



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Arvid Ekström

# Arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling

En studie om Sveriges implementering av upphandlingsdirektivets artikel 18(2)

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Max Hjärtström

Termin: VT24

# Innehåll

<b>SUMMARY .....</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING.....</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR .....</b>	<b>5</b>
<b>1 INLEDNING .....</b>	<b>6</b>
1.1 Bakgrund .....	6
1.2 Syfte och frågeställningar .....	7
1.3 Metod och material .....	8
1.3.1 EU-rättslig metod.....	8
1.3.2 Rättsdogmatisk metod.....	9
1.4 Avgränsningar .....	10
1.5 Disposition.....	11
<b>2 UNIONSRÄTTSLIG REGLERING.....</b>	<b>13</b>
2.1 Sociala hänsyn inom offentlig upphandling .....	13
2.2 De grundläggande upphandlingsrättsliga principerna .....	14
2.2.1 Likvärdighet och icke-diskriminering .....	15
2.2.2 Transparens.....	15
2.2.3 Proportionalitet.....	16
2.3 Åtgärder för att säkerställa arbetsrättsliga skyldigheter .....	17
2.4 Arbetsrättsliga villkor i upphandlingen .....	18
<b>3 SVENSK REGLERING.....</b>	<b>21</b>
3.1 Arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling .....	21
3.2 Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt .....	21
3.3 Särskilda arbetsrättsliga villkor .....	22
3.4 Nivån på de arbetsrättsliga villkoren .....	24
3.5 Arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt .....	25
3.6 Hur leverantören uppfyller de arbetsrättsliga villkoren .....	26
<b>4 DISKUSSION .....</b>	<b>28</b>
4.1 Upphandlingsdirektivets bestämmelser .....	28

4.2	Den svenska implementeringen .....	29
<b>KÄLLFÖRTECKNING.....</b>		<b>32</b>

# Summary

Since the 2010s, social considerations have played an increasingly significant role in EU public procurement. The 2014 Public Procurement Directive introduced an obligation for EU Member States to consider labour law in the procurement process, which has also been clarified by European Court of Justice. However, how this obligation should be considered remains complex. All terms and conditions in public procurement must align with the fundamental principles of public procurement law: equality and non-discrimination, transparency, and proportionality. This paper therefore begins by examining the relationship between the obligation to consider labour law and these principles.

Subsequently, this paper examines whether Sweden fulfils this obligation through its chosen model of special contract conditions, where the conditions of labour law are regulated between the supplier and the contracting authority. In Sweden, the majority of labour law is determined by collective agreements, why the special contract conditions are taken from these. This paper assesses whether this solution aligns with the principles of procurement law as articulated in EU law.

Based on the findings of this paper, the obligation to comply with labour law in the procurement procedure has gained a prominent role in the Public Procurement Directive, comparable to the basic principles of public procurement law. However, the relationship between these provisions remains complex. The paper presents several cases where the European Court of Justice has clarified the meaning of the principles in relation to conditions of labour law. In particular, the imposition of conditions of labour law on foreign tenderers presents significant challenges regarding the principle of equality and non-discrimination. Conditions have also been deemed disproportionate when imposing higher obligations than those derived from minimum wages. Additionally, the principle of transparency requires that conditions be clear, precise, and unambiguous, which means direct references to collective agreements are not permissible.

The study of the Swedish implementation shows that the legislator has successfully introduced provisions on conditions of labour law that are compatible with the principles of procurement law. However, the issue lies in whether Sweden effectively fulfils the obligation to comply with the obligation to consider labour law. Swedish procurement law now mandates the imposition of labour law conditions only if deemed necessary. This necessity assessment is the responsibility of the contracting authority, with no guarantees of compliance. Moreover, there are incentives for authorities to avoid this obligation, raising questions about whether the Swedish implementation meets the requirements of the Public Procurement Directive.

# Sammanfattning

Inom EU har det sedan 2010-talet skett en progressiv utveckling där sociala hänsyn fått en större roll inom offentliga upphandlingar. Sedan upphandlingsdirektivet från 2014 finns det numera en skyldighet för EU:s medlemsländer att iaktta arbetsrättsliga skyldigheter i upphandlingsförfarandet, vilket också tydliggjorts genom EUD:s praxis. Hur dessa skyldigheter ska beaktas är dock fortfarande komplicerat. Alla villkor i offentliga upphandlingar måste vara förenliga med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna: likvärdighet och icke-diskriminering, transparens och proportionalitet. Den här uppsatsen har därför tagit avstamp i att utreda relationen mellan skyldigheten att iaktta arbetsrättsliga skyldigheter och dessa principer.

Därefter har en granskning av den svenska implementeringen gjorts för att avgöra om Sverige uppfyller denna skyldighet. I Sverige har man valt en modell med särskilda kontraktsvillkor, där de arbetsrättsliga villkoren regleras mellan leverantören och den upphandlande myndigheten. I Sverige bestäms lejonparten av de arbetsrättsliga villkoren i kollektivavtal, varför villkoren hämtas just ur dessa. Därför undersöks i uppsatsen om denna lösning även är förenlig de upphandlingsrättsliga principerna så som de framkommer i unionsrätten.

Av vad som framkommit i uppsatsen har skyldigheten att iaktta arbetsrättsliga skyldigheter i upphandlingsförfarandet fått en framträdande roll i upphandlingsdirektivet, likställd med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Hur dessa förhåller sig till varandra är dock komplext. Uppsatsen redogör för flera fall där EUD klarlagt principernas innebörd i förhållande till arbetsrättsliga villkor. Framförallt har det framkommit att ställandet av arbetsrättsliga villkor i förhållande till utländska anbudsgivare innebär stora svårigheter i förhållande till principen om likvärdighet och icke-diskriminering. Villkor har också ansetts oproportionerliga när de ställer högre krav än vad som följer av exempelvis minimilöner. Principen om transparens ställer också krav på att villkoren ska framgå på ett klart, precis och entydigt sätt. Detta medför bland annat att det inte går att hänvisa direkt till ett kollektivavtal.

Av undersökningen av den svenska implementeringen har det framgått att lagstiftaren lyckats införa bestämmelser om arbetsrättsliga villkor som är förenliga med de upphandlingsrättsliga principerna. Problemet med den svenska implementeringen handlar snarare om huruvida man lyckas uppfylla skyldigheten att iaktta arbetsrättsliga skyldigheter. I svenska upphandlingsregler finns numera ett krav på att ställa arbetsrättsliga villkor, men endast om det anses behövt. Denna behövlighetsbedömning görs av den upphandlande myndigheten, och det finns inget som säkerställer att den blir gjort. Det finns även incitament för myndigheterna att inte iaktta denna skyldighet, varför det går att ifrågasätta om den svenska implementeringen uppfyller upphandlingsdirektivets krav.

# Förkortningar

EU	Europeiska unionen
EUD	Europeiska unionens domstol
Europa 2020-strategin	Kommissionens meddelande ”Europa 2020: En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla”, KOM(2010) 2020 slutlig.
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
ILO	Internationella arbetsorganisationen
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
Upphandlingsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU
Utstationeringsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling har länge varit ett omdebatterat ämne inom den Europeiska unionen (EU).<sup>1</sup> Det har skett en progressiv utveckling kring sociala villkor på upphandlingsområdet sedan de första upphandlingsdirektiven, nära sammanlänkade med utvidgandet av den sociala dimensionen inom unionen.<sup>2</sup>

De första direktiven innehöll inga bestämmelser om uppställandet av sociala villkor, så som arbetsvillkor i upphandlingen. I stället bedömde Europeiska unionens domstol (EUD) att uppställandet av sådana krav kunde vara möjligt, förutsatt att dessa var förenliga med primärrätten och resterade delar av det upphandlingsrättsliga regelverket.<sup>3</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG var det första upphandlingsdirektivet som omnämnde sociala villkor. När detta direktiv sedermera ersattes av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU (upphandlingsdirektivet) kom sociala villkor att få en mycket mer framträdande roll i upphandlingen där de gått från att ha varit valbara, till att nu snarare ses som en skyldighet för upphandlande myndigheter att iaktta.<sup>4</sup>

I Sverige har det under en längre tid funnits ett utbrett politiskt intresse för att beakta olika typer av sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling. Samtidigt har det rått osäkerhet om i vilken utsträckning krav på sociala hänsyn är förenliga med EU-rätten samt på vilket sätt dessa krav ska ställas. I förhållande till arbetsrättsliga villkor hänger detta till stor del ihop med hur svensk arbetsmarknad är reglerad. I Sverige regleras en stor del av anställdas arbetsvillkor i kollektivavtal. De flesta av de lagregler som finns kan dessu-

---

<sup>1</sup> För svenskt vidkommande, se exempelvis Ahlberg och Bruun (2010); Ahlberg och Bruun (2016); Sundstrand (2019). För ett europeiskt perspektiv, se exempelvis Wiesbrock (2015); Corvaglia (2017); Andhov (2019).

<sup>2</sup> Ett viktigt dokument som belyser denna utveckling är Europa 2020-strategin, se mer under avsnitt 2.1.

<sup>3</sup> Se om domstolens resonemang i C-31/87 *Beentjes* och C-225/98 *Kommissionen mot Frankrike* under avsnitt 2.4.

<sup>4</sup> Se om domstolens resonemang C-395/18 *Tim SpA mot Italiens finansdepartement* under avsnitt 2.3.

tom frångås genom kollektivavtal, både till arbetstagarens fördel eller nackdel.<sup>5</sup> Sedan mitten av 1990 har kollektivavtalsäckningen för hela arbetsmarknaden lagat stabilt mellan 88 och 90 procent. År 2022 täcktes 88 procent av de anställda av kollektivavtal i Sverige.<sup>6</sup> Frågan om bestämmelser med krav på villkor enligt kollektivavtal har således varit angelägen i Sverige. Men också komplicerad med tanke på upphandlingsregelverkets krav på bland annat öppenhet och förutsebarhet, medan kollektivavtal normalt sett inte är allmänt tillgängliga för andra än arbetsmarknadens parter själva och deras medlemmar.<sup>7</sup>

Frågan blir nu således om svensk lagstiftning uppfyller dessa krav som upphandlingsdirektivet idag kräver, samtidigt som regelverket är förenligt med resterade upphandlingsrättsliga regler.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Denna uppsats syftar till att utreda hur EU:s medlemsländer förväntas kräva av sina upphandlande myndigheter att iaktta arbetsrättsliga skyldigheter i offentlig upphandling. Detta genom att utreda vilka krav som ställs i upphandlingsdirektivet kring arbetsrättsliga skyldigheter, hur dessa förhåller sig till de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, samt hur Sverige gått till väga för att implementera direktivets bestämmelser om arbetsrättsliga skyldigheter med beaktande av den svenska arbetsmarknadsmodellen. Följande frågeställningar kommer därför att besvaras i uppsatsen:

- *Hur förhåller sig kravet att vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att aktörer iakttar arbetsrättsliga skyldigheter i artikel 18(2) till principerna för offentlig upphandling i artikel 18(1) i upphandlingsdirektivet?*
- *Hur har Sverige implementerat bestämmelserna i artikel 18(2) i upphandlingsdirektivet i ljuset av den svenska arbetsmarknadsmodellen?*

---

<sup>5</sup> SOU 2015:78 s. 47 och s. 57.

<sup>6</sup> Medlingsinstitutets årsrapport – Avtalsrörelsen och lönebildningen 2023 s. 83 f.

<sup>7</sup> SOU 2015:78 s. 47.

- Uppfyller Sverige bestämmelserna i artikel 18(2) och är implementeringen förenlig med upphandlingsprinciperna i artikel 18(1) i upphandlingsdirektivet?

## 1.3 Metod och material

Denna uppsats kommer att angripas genom två olika metoder med utgångspunkt i de två olika delarna i uppsatsen som behandlar gällande rätt. Dels en EU-rättslig metod för att beskriva innehållet i unionsrätten, dels en rättsdogmatisk metod för att beskriva innehållet i svensk rätt. De båda metoderna kommer gemensamt att användas för att analysera och diskutera implementeringen av upphandlingsdirektivets artikel 18(2) i Sverige.

### 1.3.1 EU-rättslig metod

EU-rättslig metod består, precis som medlemsländernas juridiska metoder, inte av en enskild metod. I denna uppsats kommer jag utgå från professor Jane Reichels beskrivning av EU-rättslig metod i sitt kapitel i *Juridisk Metodlära*. Där behandlar hon EU-rättslig metod snarast som ett tillvägagångssätt för att hantera EU-rättsliga källor.<sup>8</sup>

Reichel framhåller att nationella rättstillämpare, för att uppfylla kravet om att säkerställa EU-rättens korrekta och enhetliga tillämpning, är skyldiga att analysera hela den nationella rättsordningen i ljuset av direktivet och inte enbart de regler som antagits för att genomföra det.<sup>9</sup> Om en EU-rättslig regel har genomförts i nationell lagstiftning, bör således en korrekt tolkning av regeln styras av sådana rättskällor och tolkningsunderlag som har en auktoritativ ställning inom EU-rätten. Tolkningen ska således som utgångspunkt göras gentemot rättsakten i sak, EUD:s praxis och EU:s allmänna rättsprinciper. I den mån det finns EU-rättsliga förarbeten och eventuell relevant ”soft law”<sup>10</sup> kan dessa också användas för tolkningen. Vidare poängterar Reichel att varje EU-rättslig rättsakt ska motiveras enligt Fördraget om Europeiska unionens

---

<sup>8</sup> Reichel (2021) s. 109.

<sup>9</sup> Reichel (2021) s. 125.

<sup>10</sup> Med ”soft law” menas de icke-bindande dokument i form av riktlinjer, vägledningar, koder och liknande som tagits fram av EU-organ, se Reichel (2021) s. 127 f.; Dessa tolkningsinstrument kommer inte att användas i uppsatsen på grund av dess bristande normerande verkan.

funktionssätt (FEUF) artikel 296. Detta görs genom en preambel till själva rättsakten, som kan innehålla värdefull information om hur rättsakten bör tolkas.<sup>11</sup>

I denna uppsats kommer således metoden användas först och främst i delen som beskriver upphandlingsdirektivets innehåll i de för uppsatsen relevanta bestämmelserna. När upphandlingsdirektivets bestämmelser har klarlagts, kommer metoden sedan att användas för att analysera och diskutera implementeringen i nationell rätt.

Materialet kommer här att ta sin utgångspunkt i de nämnda auktoritativa rättskällorna inom EU-rätten. Upphandlingsdirektivets bestämmelser kommer att stå i huvudfokus. Även vissa delar av primärrätten kommer att beröras. För att utreda och precisera dessa bestämmelser kommer en vid mängd praxis från EUD att användas. För att ge en djupare förståelse för bestämmelsernas innehåll kommer vissa förarbeten att lyftas fram, likaså vissa av de skäl som fastställts i direktivets preambel för att belysa syftet med bestämmelserna. Även rättsvetenskaplig litteratur kommer att användas för att beskriva innehållet i rättsregeln genom att ge förklaringar över hur regeln ska tolkas ihop med bland annat praxis och syftet. Dessutom kommer den rättsvetenskapliga litteraturen att användas för att lyfta fram djupare resonemang om innehållet i gällande unionsrätt för att kunna föra en diskussion och problematisera innehållet i upphandlingsdirektivets bestämmelser.

### 1.3.2 Rättsdogmatisk metod

I det här arbetet kommer jag att utgå från professor Jan Kleinemans beskrivning av rättsdogmatisk metod i sitt kapitel i *Juridisk Metodlära*. Han framhåller att rättsdogmatikens syfte ofta beskrivs vara att rekonstruera en rättsregel eller lösningen på ett rättsligt problem genom att applicera en rättsregel på detsamma. För detta används de allmänt accepterade rättskällorna, vilket konkret innebär att man oftast söker svaren i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och den rättsdogmatiskt orienterade litteraturen.<sup>12</sup> Rättsdogmatisk

---

<sup>11</sup> Reichel (2021) s. 125.

<sup>12</sup> Kleineman (2021) s. 21.

analys handlar således att analysera de olika elementen i rättskälleläran så att slutresultatet får antas spegla innehållet i gällande rätt, eller hur rättsreglerna ska uppfattas i ett visst sammanhang.<sup>13</sup>

När denna rekonstruktion av gällande rätt genom analysen av innehållet i rättskällorna avslutats, finns möjligheten till en kritisk inriktad rättsdogmatik enligt Kleineman. Han framhåller att möjligheten att granska hur den rättsdogmatiska lösningen ter sig, dess konsekvenser och vilka alternativ som hade stått till buds är en viktig del av rättsvetenskapens uppgift. Förutom att påvisa rättsläget, finns alltså också möjlighet att kritisera vad som framkommit.<sup>14</sup>

Materialet i denna del kommer således att ta sin utgångspunkt i de regler som finns i lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). För att tolka dessa kommer utlåtanden i lagförarbeten att användas, nästan uteslutande propositionen i och med dess tydliga fokus på tillämpningen av reglerna. Tyvärr finns det väldigt få rättsfall som berör arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling. Inga av dessa är heller relevanta till frågeställningen. Offentlig upphandling är även ett område med en mycket begränsad mängd forskning utifrån ett svenskt perspektiv, inte minst rörande arbetsrättsliga villkor. Det mesta som finns är skrivet i ett praktiker- eller undervisningssyfte, vilket således inte lämpar sig att användas tillsammans med den rättsdogmatiska metoden.

I slutet av uppsatsen kommer en kritisk rättsdogmatisk metod att användas för att granska de svenska reglerna om arbetsrättsliga villkor som klarlagts genom analysen av rättskällorna. Detta kommer göras i ljuset av innehållet i EU-rätten som klarlagts genom den redan anförda EU-rättsliga metoden i avsnitt 1.3.1.

## 1.4 Avgränsningar

Uppsatsen kommer endast att beröra arbetsrättsliga villkor utifrån upphandlingsdirektivet och LOU, som reglerar upphandlingar i den så kallade ”klassiska sektorn”. De upphandlingsrättsliga principerna är desamma inom de

---

<sup>13</sup> Kleineman (2021) s. 26.

<sup>14</sup> Kleineman (2021) s. 35 f.

andra sektorernas respektive regelverk; lika så bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor. Det räcker således att analysera bestämmelserna inom den klassiska sektorn för att få en heltäckande bild av arbetsrättsliga villkor inom upphandlingsrätten.

De upphandlingsrättsliga principerna kommer inte att gås igenom på något djupare plan utan bara i den mån de är relevanta i förhållande till arbetsrättsliga villkor. Likaså kommer de framför allt att beröras så som de kommer till uttryck i upphandlingsdirektivet. Dess förhållande till primärrätten kommer endast att beröras kortfattat.

Principerna kommer även bara att beröras utifrån unionsrätten, inte utifrån nationell reglering, då syftet inte är att utreda Sveriges implementering av principerna i artikel 18(1) utan bara i fråga om arbetsrättsliga villkor utifrån artikel 18(2) i upphandlingsdirektivet. Principerna förutsätts således vara desamma i nationell reglering, så som de kommer till uttryck i unionsrätten.

För att minska uppsatsens omfång kommer upphandlingsreglernas relation till Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG (utstationeringsdirektivet) och där medföljande praxis inte att behandlas.

## 1.5 Disposition

Denna uppsats består av två kapitel som beskriver innehållet i gällande rätt, kapitel två och tre. Kapitel två beskriver de relevanta delarna av unionsrätten. Denna del innehåller först ett delkapitel som ger en kort bakgrund om utvecklingen av sociala villkor i offentlig upphandling och den problematik som finns gentemot resten av regelverket. Detta följs av ett delkapitel som beskriver de upphandlingsrättsliga principerna i artikel 18(1) i upphandlingsdirektivet för att läsaren ska ha med sig dessa i relationen till de arbetsrättsliga skyldigheterna i det sista delkapitlet. Där beskrivs innehållet i artikel 18(2) i upphandlingsdirektivet genom en stor mängd praxis på arbetsrättsliga villkor vilka kontinuerligt ställs mot de upphandlingsrättsliga principerna. Kapitel tre behandlar den svenska implementeringen för att säkerställa arbetsrättsliga skyldigheter, i form av särskilda kontraktsvillkor. Här delas de olika bestämmelserna i LOU upp i var sitt delkapitel för att tydliggöra för läsaren. Slutligen förs en diskussion om resultatet. Här delas innehållet upp genom att först

diskutera innehållet i unionsrätten, för att sedan ställas mot den svenska implementeringen.

## 2 Unionsrättslig reglering

### 2.1 Sociala hänsyn inom offentlig upphandling

För att förstå hur arbetsrättsliga villkor förhåller sig till resterande delar av upphandlingsreglerna, finns det skäl att belysa bakgrunden till sociala hänsyn inom offentlig upphandling, samt hur EU-lagstiftaren motiverat införandet av regler om detta.

I Europa 2020-strategin ges offentlig upphandling en framträdande roll som ett av de marknadsbaserade instrument som ska användas för att uppnå smart och hållbar tillväxt för alla, samtidigt som den säkerställer att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt.<sup>15</sup> Denna strategi kom att spela en stor roll i grönboken som lade grunden till det förslag som kom att mynna ut i upphandlingsdirektivet.<sup>16</sup>

Numera återfinns flera hänvisningar tillbaka till strategin i de beaktandesatser som finns i upphandlingsdirektivets preambel. I den andra beaktandesatsen framhålls att de mål som fastställs i Europa 2020-strategin ska uppnås genom att de upphandlingsrättsliga reglerna ses över och moderniseras så att upphandlande myndigheter kan utnyttja offentliga upphandlingar på ett bättre sätt till stöd för gemensamma samhällsmål. I den sista meningen ges även ett uttalande om att det finns ett behov av att klargöra grundläggande begrepp och principer för att säkerställa rättslig säkerhet samt inbegripa vissa aspekter i väletablerad rättspraxis från EUD. Detta visar att EU-lagstiftaren, i samma beaktandesats där den lyfter fram strävan att uppnå gemensamma samhällsmål, även betonar vikten av att principerna i den väletablerade praxisen upprätthålls. Detta är en tydlig påminnelse om komplexiteten i att kombinera marknadsmässiga syften med sociala, som kommer att beröras vidare i det här kapitlet.

---

<sup>15</sup> Se Kommissionens meddelande ”Europa 2020: En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla”, KOM(2010) 2020 slutlig.

<sup>16</sup> Se Grönboken om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, KOM(2011) 15 slutlig.; Se Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig.



Hur dessa mål ska kombineras med de andra syftena med upphandlingslagstiftningen, har även berörts av professor Sue Arrowsmith. Hon lyfter att det är både svårt och kontroversiellt hur man ska balansera intresset av konkurrens på inre marknaden gentemot det legitima intresset hos medlemsländer att använda offentlig upphandling som ett strategiskt verktyg för socialpolitik. Hon noterar likväl betydelsen av Europa 2020-strategin och den inverkan den haft på det nya upphandlingsdirektivet. Arrowsmith konstaterar att det har funnits en bakomliggande drivkraft att använda offentlig upphandling som ett policyverktyg, och flera förändringar och förtydliganden angående bland annat sociala villkor finns numera i upphandlingsdirektivet.<sup>17</sup>

Hur detta förhåller sig till de regler som syftar till att säkerställa konkurrens och främja ekonomisk utveckling, som Arrowsmith framhäver kommer att fortsätta vara den huvudsakliga inriktningen i upphandlingsrätten, återstår att utforska.<sup>18</sup>

## 2.2 De grundläggande upphandlingsrättsliga principerna

EU:s upphandlingsrätt bygger på följande principer: likvärdighet och icke-diskriminering, transparens och proportionalitet. Dessa principer bygger på en lång rad avgöranden från EUD som bidragit till upphandlingsreglernas utveckling. De upphandlingsrättsliga principerna är nära sammanlänkade med de principer som fastställts i EU:s primärrätt, rörande reglerna om den fria rörligheten på den inre marknaden i förhållande till FEUF artikel 34, 49 och 56.<sup>19</sup> Principerna för offentlig upphandling återfinns numera i upphandlingsdirektivets artikel 18(1) första stycket:

De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

En grundläggande förståelse av dessa regler är en förutsättning för att kunna förstå de mer specifika reglerna om offentlig upphandling; i detta fall gällande

---

<sup>17</sup> Arrowsmith (2018) s. 717 ff.

<sup>18</sup> Arrowsmith (2018) s. 721.

<sup>19</sup> Janssen (2023) s. 42 f.

ställandet av arbetsrättsliga villkor. Nedan följer en redogörelse för principerna.

### 2.2.1 Likvärdighet och icke-diskriminering

I en upphandlingsrättslig kontext syftar principen om likvärdighet till att motverka missgynnande av ekonomiska aktörer, genom åtskillnad på grund av nationalitet eller särbehandling av anbudsgivare i allmänhet. Sammantaget betyder detta att liknande situationer inte får behandlas olika utan någon objektiv motivering.<sup>20</sup>

Principen om icke-diskriminering är i sig en precisering av principen om likvärdighet och innebär att diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden.<sup>21</sup> Denna princip härstammar från EUD:s praxis, där domstolen som fastslog principen redan innan en sådan bestämmelse fanns i upphandlingsdirektiven. Domstolen motiverade detta med att förbudet mot diskriminering redan framkom i själva kärnan av direktivet, vars syfte särskilt var att säkerställa utvecklingen av en effektiv konkurrens inom området för offentlig upphandling. Detta resonemang ligger i linje med vad som gäller enligt FEUF artikel 18.<sup>22</sup> I den upphandlingsrättsliga kontexten är det även viktigt att bära med sig att principen inte bara gäller diskriminering på grund av nationalitet, utan innebär att alla anbudsgivare, oavsett nationalitet eller hemvist, måste behandlas lika.<sup>23</sup>

### 2.2.2 Transparens

Principen om transparens har dubbla roller i upphandlingsrätten. Dels fungerar den som en självständig princip för att säkerställa insyn i upphandlingsprocessen. Dels fungerar den som en princip vars främsta syfte är att säkerställa att principerna om likvärdighet och icke-diskriminering upprätthålls.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Janssen (2023) s. 44.

<sup>21</sup> Janssen (2023) s. 44.

<sup>22</sup> C-243/89 *Kommissionen mot Danmark*, EU:C:1993:257 punkt 33; Steinicke och Vesterdorf (2018) s. 294.

<sup>23</sup> C-87/94 *Kommissionen mot Belgien*, EU:C:1996:161 punkt 33.

<sup>24</sup> Steinicke och Vesterdorf (2018) s. 319.

Professor Willem A. Janssen lyfter fram att principen om transparens stödjer skapandet av ett upphandlingssystem grundat i öppenhet. Ett transparent upphandlingsförfarande leder till ökad ansvarsskyldighet och förebyggande av diskriminering, och utesluter samtidigt varje riks för favorisering eller godtycke.<sup>25</sup>

I rättsfallet *Telaustria* fastslog EUD att skyldigheten att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att marknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfaranden är opartiska.<sup>26</sup>

Ett annat viktigt rättsfall att lyfta fram är *Succhi di Frutta*. Där fastslog EUD att samtliga villkor och bestämmelser ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att garantera insyn i upphandlingsförfarande. Detta för att anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt. Men också för att den upphandlande myndigheten ska kunna kontrollera om anbudet faktiskt uppfyller upphandlingskriterierna.<sup>27</sup>

### 2.2.3 Proportionalitet

Denna princip introducerades först i en direktivbestämmelse på upphandlingsrättens område genom det nuvarande upphandlingsdirektivet, men har även tidigare haft en roll i den rättsliga bakgrunden till direktiven genom proportionalitetsprincipens allmänna ställning inom EU-rätten, samt genom den framträdande ställning som principen hade i ett antal av bestämmelserna i direktivet. Genom den nu tydliga referensen till principen i artikel 18 i upphandlingsdirektivet menar professor Michael Steinicke och doktor Peter L. Vesterdorf att denna princip måste förväntas få en allt större betydelse vid tillämpningen av upphandlingsdirektivet.<sup>28</sup>

På upphandlingsrättens område kräver proportionalitetsprincipen att alla villkor och kriterier måste vara proportionerliga och rimliga i förhållande

---

<sup>25</sup> Janssen (2023) s. 45.

<sup>26</sup> C-324/98 *Telaustria och Telefonadress*, EU:C:2000:669 punkt 62.

<sup>27</sup> C-496/99 *Succhi di Frutta*, EU:C:2004:236 punkt 111.

<sup>28</sup> Steinicke och Vesterdorf (2018) s. 326.

till kontraktsföremålet; villkor och kriterier ska alltså ha en koppling till detta. Följaktligen är denna princip relevant i förhållande till uteslutningsgrunderna, tilldelningskriterierna, urvalskriterierna och antalet kriterier.<sup>29</sup>

## 2.3 Åtgärder för att säkerställa arbetsrättsliga skyldigheter

Att medlemsstater ska vidta åtgärder för att säkerställa arbetsrättsliga skyldigheter vid fullgörande av offentliga kontrakt framgår av artikel 18(2) som har följande lydelse:

Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X<sup>30</sup>.

Artikel 18 är till sin form en allmän bestämmelse. Med sin placering i artikel 18 med rubriken ”Principer för upphandling” jämföras således innehållet med de principer som redogjorts för i avsnitt 2.2 och är i och med detta en av de mest framträdande reglerna i direktivet, vilket framförs av Steinicke och Vesterdorf.<sup>31</sup>

EUD har i *Tim*-målet fastslagit att det inte endast är en möjlighet för upphandlande myndigheter att ställa sociala krav, utan att det även är en skyldighet. Då kravet på tillämpliga arbetsrättsliga skyldigheter nämns i direktivet i samband med principerna om likabehandling, öppenhet, proportionalitet och förbud mot att begränsa konkurrensen, drar domstolen slutsatsen att skyldigheterna rörande arbetsrättsliga krav är upphöjda till en princip som ska vara likställd med de andra principerna.<sup>32</sup>

Professor Brigitta Nyström drar här slutsatsen att arbetsrättsliga krav är ett grundläggande värde som medlemsstaterna ska iaktta, och att uppställda

---

<sup>29</sup> Janssen (2023) s. 45.

<sup>30</sup> Bilaga X innehåller hänvisningar till internationella konventioner, bland annat ILO:s kärnkonventioner som berörs i korthet i avsnitt 3.5.

<sup>31</sup> Steinicke och Vesterdorf (2018) s. 331.

<sup>32</sup> C-395/18 *Tim SpA mot Italiens finansdepartement*, EU:C:2020:58 punkt 38.

krav på arbetsrättsliga skyldigheter efter *Tim*-målet inte ska förstås som en möjlighet utan ses just som en skyldighet.<sup>33</sup>

I och med bestämmelsens allmänna form, lyfter Arrowsmith fram att det inte är helt klart i vilken utsträckning medlemsländerna måste säkerställa att arbetsrättsliga villkor iakttas, samt på vilket sätt eller på vilka områden detta ska ske.<sup>34</sup> Värt att notera är att Arrowsmith framförde denna åsikt innan *Tim*-målet.

Vidare lyfter Arrowsmith fram att bestämmelsen lämnar utrymme åt medlemsstaterna att göra skönsmässiga bedömningar. Hon poängterar att det kommer vara upp till EUD att tolka bestämmelsen – huruvida den kräver särskilda åtgärder som att inkludera kontraktsvillkor eller uteslutningsvillkor på bestämmelsens grunder.<sup>35</sup> Av *Tim*-målet framstår det således som att EUD fastslagit att bestämmelsen kräver särskilda åtgärder, men att formen för dessa fortfarande är upp till medlemsländerna att bestämma. Helt fritt är detta dock inte för medlemsländerna då EUD berört frågan om hur villkor relaterade till sociala hänsyn ska komma till uttryck i upphandlingar även innan det nuvarande upphandlingsdirektivet. Denna praxis är fortfarande relevant.

## 2.4 Arbetsrättsliga villkor i upphandlingen

EUD fastslog, innan det fanns regler om sociala villkor i upphandlingsdirektiven, i den så kallade *Bentjes*-domen att sociala villkor varken ryms inom områdena teknisk förmåga och teknisk kapacitet eller ekonomisk och finansiell ställning, men ändock kan vara tillåtna om de inte strider mot fördragsbestämmelserna.<sup>36</sup>

Med hänsyn till denna dom har det i den rättsvetenskapliga litteraturen gjorts gällande att den mest naturliga tolkningen är att villkoren ska kunna ställas upp som sekundära kontraktsvillkor och medföra uteslutning av anbudsgivare.<sup>37</sup> Kommissionen intog dock en motsatt ståndpunkt innebärande

---

<sup>33</sup> Nyström (2021) s. 114.

<sup>34</sup> Arrowsmith (2018) s. 772.

<sup>35</sup> Arrowsmith (2018) s. 723.

<sup>36</sup> C-31/87 *Beentjes*, EU:C:1988:422 punkt 37.

<sup>37</sup> Se Arrowsmith (2014) s. 1208.

ett förbud mot att utesluta anbudsgivare på grund av sekundära kontraktsvillkor.<sup>38</sup>

EUD stod dock i målet *Kommissionen mot Frankrike* fast vid sitt ställningstagande i *Bentjees*-domen om att det finns möjlighet till sociala hänsyn trots kommissionens ståndpunkt, förutsatt att villkoren uppfyller kraven på icke-diskriminering och transparens samt att korrekta regler kring förfarandet iakttagits.<sup>39</sup>

Vidare finns det även frågor om hur villkoren kan ställas. I målet *Rüffert* fastslog EUD att det inte var tillåtet att ställa villkor om att utländska företag skulle betala lön enligt ett kollektivavtal i det tyska förbundslandet Niedersachsen. Kollektivavtalet var endast tillämplig i byggsektorn, omfattade inte privata kontrakt och hade inte allmängiltigförklarats<sup>40</sup>. Dessutom påpekade domstolen att den lön som fastställdes i kollektivavtalet översteg den minimilön som var tillämplig i den aktuella sektorn och därför inte kunde motiveras av sociala hänsyn.<sup>41</sup>

Domstolen förde ett liknande resonemang i målet *Bundesdruckerei*, men då gällde frågan i stället ett villkor om minimilön. Här skulle anbudsgivarna intyga att de skulle betala den tyska delstatens minimilön till sina arbetstagare. Bundesdruckerei tänkte anlita en polsk underentreprenör som skulle utföra arbetet i Polen. EUD fastslog att villkoret gick längre än vad som var nödvändigt för att skydda arbetstagarna, utifrån det förhållande att den tyska minimilönen inte stod i proportion till levnadskostnaderna i den medlemsland där arbetet skulle utföras. Villkoret kunde inte motiveras med hänsyn till stabiliteten i det tyska socialförsäkringssystemet.<sup>42</sup>

I målet *Regiopost* fann emellertid EUD att upphandlingsdirektiven, eller unionsrätten i övrigt, inte utgör något hinder för villkor om att anbudsgivare ska följa minimilön och en åtföljande skyldighet för upphandlande myndigheter att annars förkasta anbudsgivaren. Detta under förutsättning att vill-

---

<sup>38</sup> COM (89) 400 final. punkt 47–59.

<sup>39</sup> C-225/98 *Kommissionen mot Frankrike*, EU:C:2000:494 punkt 49–54.

<sup>40</sup> Allmängiltigförklaring av kollektivavtal genomförs till exempel genom att ett kollektivavtal för en specifik bransch väljs ut och upphöjs till lag. Detta förekommer i Norge och Finland, men inte i Sverige och Danmark, se Ahlberg och Bruun (2016).

<sup>41</sup> C-346/06 *Dirk Rüffert mot Land Niedersachsen*, EU:C:2008:189 punkt 39–43.

<sup>42</sup> C-549/13 *Bundesdruckerei mot Stadt Dortmund*, EU:C:2014:2235 punkt 33–36.

koret om minimilön motsvarar nivån i en lag om minimilön och att upphandlingen avser en tjänst som ska utföras i samma land som den upphandlande myndigheten är belägen i.<sup>43</sup>

Utifrån de tre sistnämnda rättsfallen kan EUD:s praxis framstå som något spretig. I de två första rättsfallen, *Ruffert* och *Bundesdruckerei* underkänner domstolen de arbetsrättsliga villkoren. Medan i *Regiopost*, som bara kom ett år efter *Bundesdruckerei*, fann domstolen att det inte fanns några hinder mot arbetsrättsliga villkor i unionsrätten, men bara under vissa förutsättningar. Dessa förutsättningar är ändock likande de grunder som de arbetsrättsliga villkoren blev underkända på i de två först nämnda rättsfallen, och kopplar tydligt till de upphandlingsrättsliga principerna om likvärdighet och icke-diskriminering, transparens och proportionalitet.

För att summera ställandet av arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling, framstår det numera som ett krav inom unionsrätten. Av äldre rättspraxis, som fortfarande är relevant i förhållande till de upphandlingsrättsliga principerna, är en förutsättning att de arbetsrättsliga villkoren är förenliga med dessa principer.

---

<sup>43</sup> C-115/14 *Regiopost mot Stadt Landau in der Pfalz*, EU:C:2015:760 punkt 66–77 och 85–88.

## 3 Svensk reglering

### 3.1 Arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling

I Sverige har man genomfört upphandlingsdirektivet genom bestämmelser i LOU. I 17 kap. 1–5 §§ LOU hittar man bestämmelser om när och hur upphandlande myndigheter ska ställa arbetsrättsliga villkor. Dessa bestämmelser är avsedda att implementera artikel 18(2) i upphandlingsdirektivet.<sup>44</sup>

### 3.2 Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

I 17 kap. 1 § LOU anges att upphandlade myndigheter får ställa bland annat särskilda arbetsrättsliga villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Bestämmelsen är fakultativ, det vill säga att den upphandlande myndigheten får, men inte måste ställa sådana villkor. Bestämmelsen har följande lydelse:

En upphandlande myndighet får ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras.

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt ska ha anknytning till det som anskaffas i den mening som avses i 16 kap. 2 § andra stycket och anges i upphandlingsdokumenten.

Bestämmelserna gäller uppställandet av särskilda villkor för hur ett tilldelat kontrakt ska fullgöras. Sådana villkor måste accepteras av en anbudsgivare för att denne ska kunna tilldelas kontraktet. Villkoren ska dock inte påverka utvärderingen av anbudet. Det är således inte fråga om tekniska specifikationer, urvals- eller tilldelningskriterier. Villkoren behöver inte heller vara uppfyllda när anbudet lämnas.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Prop. 2015/16:195, del 2, s. 1117; Prop. 2016/17:163 s. 27 ff.

<sup>45</sup> Prop. 2015/16:195, del 2, s. 801.



I och med att arbetsvillkoren ställs upp som kontraktsklausuler är den upphandlande myndigheten garanterad att dessa villkor kommer att efterföljas. Att uppställa dem som ett tilldelningskriterium hade inte haft samma effekt då anbudsgivare som inte uppfyller de arbetsrättsliga villkoren kan tilldelas kontrakten ändå tack vare höga poäng på andra områden.<sup>46</sup>

Vilka villkor som kan ställas får den upphandlande myndigheten avgöra från fall till fall. En grundförutsättning för att villkoren ska vara tillåtna är att de inte strider mot de grundläggande principerna för upphandling,<sup>47</sup> se avsnitt 2.2.

### 3.3 Särskilda arbetsrättsliga villkor

I 17 kap. 2 § första stycket LOU anges när en upphandlande myndighet ska ställa arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt:

En upphandlande myndighet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor om lön, semester och arbetstid som arbetstagarna som ska utföra arbetet enligt kontraktet minst ska tillförsäkras.

Här stadgas huvudregeln att en upphandlande myndighet ska ställa vissa särskilda arbetsrättsliga villkor, men detta endast om det är behövligt. I propositionen framhålls att det, när behövligheten ska bedömas, ska göras en helhetsbedömning vid vilken myndigheten kan beakta såväl erfarenheter från tidigare upphandlingar som uppgifter från branschorganisationer, arbetsmarkandes parter eller från andra aktörer.<sup>48</sup>

Behovet ska avse risken för oskäliga arbetsvillkor, det vill säga risken för att anställningsvillkoren avviker från en godtagbar nivå, och ska därför ske utifrån arbetstagarnas perspektiv. Bedömningen är emellertid myndighetens och utgör en del av bestämningen av kontraktsföremålet. Det är således myndighetens ansvar och rätt att beskriva vad den vill anskaffa. Villkoren liksom kraven i övrigt på kontraktsföremålet måste vara kopplade till varandra, samt vara proportionella.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Prop. 2015/16, del 2, s. 801.

<sup>47</sup> Prop. 2015/16, del 2, s. 1117.

<sup>48</sup> Prop. 2016/17:163 s. 68 f.

<sup>49</sup> Prop. 2016/17:163 s. 69.

Propositionen lyfter särskilt fram vikten av att beakta vilken bransch upphandlingen avser vid bedömningen. Även om branschen som sådan inte medför risk för oskäligen arbetsvillkor kan det finnas andra omständigheter som medför att det ska anses behövt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktvillkor, till exempel att en viss yrkesgrupp riskerar oskäligen arbetsvillkor, att vissa villkor i en bransch är oskäligen eller saknas, att risk för oskäligen arbetsvillkor finns i ett visst geografiskt område eller att det för en viss grupp arbetstagare kan konstateras att det förekommer eller finns risk för oskäligen konkurrens med undermåliga anställningsvillkor. Behövlighetsbedömningen behöver således inte ta sikte på hela branscher. Även egna och andras erfarenheter från tidigare upphandlingar är en betydelsefull omständighet att beakta. Erfarenheter från tidigare upphandlingar kan komma från den upphandlande myndigheten eller från andra upphandlande myndigheter och kan bestå av uppgifter om låga nivåer för villkor som har tillämpats eller avsaknad av villkor.<sup>50</sup>

De villkor som ska ställas är de mest centrala för arbetstagarna, det vill säga arbetstid, lön och semester. Arbetstid och semester regleras i arbetstidslagen (1982:673) respektive semesterlagen (1977:480). I Sverige saknas reglering som definierar begreppet lön. Med lön brukar i Sverige avses inte bara själva grundlönen utan även vissa tillägg som den som utför arbetet kan ha rätt till, till exempel tillägg för obekväm arbetstid och övertidsersättning.<sup>51</sup>

Att kontraktet ska fullgöras enligt angivna villkor innebär att det inte är tillräckligt att hänvisa till ett kollektivt i sig och att leverantörerna där själva ska söka upp de villkor som ska gälla. I propositionen poängteras att ett sådant tillvägagångssätt dessutom skulle strida mot transparensprincipen. Av 17 kap. 3 § framgår vidare att den upphandlande myndigheten ska ange nivåerna för villkoren. Detta kan inte heller uppfyllas genom en ren hänvisning till ett kollektivavtal.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Prop. 2016/17:163 s. 69.

<sup>51</sup> Prop. 2016/17:163 s. 69 f.

<sup>52</sup> Prop. 2016/17:163 s. 70.

### 3.4 Nivån på de arbetsrättsliga villkoren

Hur nivån på villkoren enligt 17 kap. 2 § LOU ska anges fastställs i 17 kap. 3 § LOU med följande lydelse:

Nivåerna på villkoren enligt 2 § ska anges enligt de lägsta nivåer som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Villkoren ska dock alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag.

När en upphandlande myndighet ska ange nivån på villkoren, ska myndigheten ge de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som har slutit det centrala kollektivavtal som nivån på villkoren ska motsvara enligt 2 § tillfälle att yttra sig, om det inte är obehövligt.

Om det saknas förutsättningar för myndigheten att ange nivån för ett villkor enligt 2 § är den inte skyldig att ställa villkoret.

I första stycket framgår att de villkor som ställs ska ange de förmåner som arbetstagare minst ska tillförsäkras när arbete utförs enligt upphandlingskontraktet. I propositionen betonas att villkoren ska formuleras på ett sätt som möjliggör att arbetstagarna kan erbjudas mer förmånliga villkor än vad som anges i kontraktsvillkoren. Syftet med villkoren är att säkerställa den nivå som minst anses godtagbar, inte att hindra goda arbetsvillkor över den nivå.<sup>53</sup>

Villkoren som ställs av den upphandlande myndigheten ska alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag. Om parterna i kollektivavtalet avviker från en semidispositiv regel och därmed enats om för arbetstagarna mindre förmånliga villkor, ska de villkor som ställs ändå motsvara lagens nivå. Av 5 § framgår att leverantörer också kan anses uppfylla de villkor som ställs, om de tillämpar villkoren i ett alternativt centralt kollektivavtal. Då gäller inte någon absolut begränsning till de nivåer som följer enligt lag för att uppfylla kraven i upphandlingen,<sup>54</sup> se under avsnitt 3.5.

För att den upphandlande myndigheten ska få kunskap om de villkor som gäller enligt tillämpliga kollektivavtal ska den enligt andra stycket ge avtalsparterna, det vill säga arbetstagarorganisationen och arbetsgivarorgani-

---

<sup>53</sup> Prop. 2016/17:163 s. 71.

<sup>54</sup> Prop. 2016/17:163 s. 71.

sationen som är part i det aktuella kollektivavtalet, möjlighet att lämna uppgift om vilka villkor som enligt avtalet minst ska tillförsäkras arbetstagarna. Propositionen understryker att myndigheten endast är skyldig att höra parterna om de villkor den själv avser ställa i kontraktsvillkoren. Finns flera avtalsparter till kollektivavtalet bör samtliga höras. För att underlätta handläggningen behöver myndigheten inte höra parterna om den kan få kännedom om villkoren till exempel genom Upphandlingsmyndighetens stödjande arbete.<sup>55</sup>

Med lag avses den lag som är tillämplig på det område som villkoret avser. För arbetstid syftar det på arbetstidslagen (1982:673) och för semester på semesterlagen (1977:480). Eftersom det i svensk rätt saknas regler om lön kommer lönen alltid att behöva hämtas ur ett kollektivavtal.<sup>56</sup>

Om den upphandlande myndigheten trots kontakt med arbetsmarknadens parter inte kan fastställa tillämpliga nivåer på villkoren är myndigheten enligt tredje stycket inte skyldig att ställa de villkor den annars enligt 2 § första stycket är skyldig att ställa. Undantaget tar bland annat sikte på avtal utan angivet löneutrymme och utan fastställda lönenivåer, så kallade sifferlösa avtal.<sup>57</sup>

### 3.5 Arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt

Hur arbetsrättsliga villkor ska ställas när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt framgår av 17 kap. 4 § första stycket LOU som har följande lydelse:

En upphandlande myndighet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner, om arbetet utförs under sådana förhållanden att svensk arbetsrätt inte är tillämplig.

Av bestämmelsen framgår att det även i dessa fall ska göras en behövlighetsbedömning. Enligt propositionen måste det anses obehövligt att ange sådana villkor om det på förhand står helt klart att arbetet endast kommer att utföras i Sverige med tillämpning av svensk rätt. Men i de fall det finns någon, även

---

<sup>55</sup> Prop. 2016/17:163 s. 71.

<sup>56</sup> Prop. 2016/17:163 s. 71.

<sup>57</sup> Prop. 2016/17:163 s. 72.

en ringa, möjlighet att arbetet eller en del av detta kan komma att utföras i ett annat land än Sverige ska övervägas om dessa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor ska anges.<sup>58</sup>

Av paragrafen framgår även vilka särskilda villkor som är aktuella i dessa fall. För de fall det är behövligt ska den upphandlande myndigheten som särskilda kontraktsvillkor ange villkor i enlighet med ILO:s åtta kärnkonventioner. Dessa består av ILO-konvention (nr 87) om föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten, ILO-konvention (nr 98) om tillämpning av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten, ILO-konvention (nr 29) om tvångs- eller obligatoriskt arbete, ILO-konvention (nr 105) om avskaffande av tvångsarbete, (ILO-konvention nr 138) om minimiålder för tillträde till arbete, ILO-konvention (nr 111) om diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning, ILO-konvention (nr 100) om lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde och ILO-konvention (nr 182) om avskaffande av de värsta formerna av barnarbete.<sup>59</sup> Som framgår är dessa av en mycket grundläggande arbetsrättslig karaktär och innehåller inte bestämmelser om lön, arbetstid eller semester.

### 3.6 Hur leverantören uppfyller de arbetsrättsliga villkoren

I 17 kap. 5 § första stycket finns en bestämmelse som reglerar hur leverantören uppfyller de särskilda arbetsrättsliga villkoren även när leverantören inte uppfyller just de villkor som den upphandlande myndigheten har ställt upp i upphandlingen. Bestämmelsen har följande lydelse:

Även om de särskilda arbetsrättsliga villkoren inte är uppfyllda, ska en leverantör anses uppfylla villkoren, om den tillämpar motsvarande villkor i ett och samma centrala kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Huvudregeln för att leverantörerna ska anses uppfylla de särskilda kontraktsvillkoren är att de minst ska följa de villkor som ställs av den upphandlande

---

<sup>58</sup> Prop. 2016/17:163 s. 72 f.

<sup>59</sup> Prop. 2016/17:163 s. 73.

myndigheten. Om arbetstagarna således medges bättre villkor än de kontraktsvillkor som den upphandlande myndigheten har ställt, är villkoren uppfyllda. Här ges ett alternativ till leverantörerna att följa ett annat centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige oavsett om de är bundna av det eller inte. Det ligger i linje med principen om att kollektivavtalen ska anses likvärdiga och innebär att leverantören uppfyller de ställda kraven även om ett enskilt villkor inte når upp till den nivå som den upphandlande myndigheten krävt. Det förekommer att villkor i centrala kollektivavtal närmare förtydligas i lokala avtal. Även ett lokalt avtal kan komma i fråga om leverantören är bunden av ett centralt kollektivavtal och det lokala avtalet är slutet med stöd av ett sådant centralt avtal. Bestämmelsen medger dock inte avsteg från skyldigheter som följer av arbetsrätten.<sup>60</sup>

Det görs i bestämmelsen inte någon skillnad på leverantörer som är bundna av det alternativa kollektivavtalet och leverantörer som inte är det. Också en leverantör som inte är bunden av det alternativa kollektivavtalet kan alltså anses uppfylla de ställda villkoren i upphandlingen om den tillämpar motsvarande villkor som i detta, vilket alltså kan innebära till exempel avvikelser från arbetstidslagen till arbetstagarnas nackdel. Även om en sådan leverantör därmed uppfyller villkoren i upphandlingen kvarstår dennes skyldigheter enligt arbetsrätten, t.ex. arbetstidslagen.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Prop. 2016/17:163 s. 74.

<sup>61</sup> Prop. 2016/17:163 s. 74.

## 4 Diskussion

### 4.1 Upphandlingsdirektivets bestämmelser

Redan i Europa 2020-strategin framhölls att offentlig upphandling är ett viktigt instrument för att uppnå smart och hållbar tillväxt för alla. Strategin har haft en tydlig påverkan på utvecklingen av det nuvarande upphandlingsdirektivets mer sociala och hållbarhetsinriktade mål, inte minst i förhållande till ställandet av arbetsrättsliga villkor. Det finns numera tydligt reglerat i upphandlingsdirektivets artikel 18(2) att upphandlande myndigheter ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga arbetsrättsliga skyldigheter. Av EUD har detta förtydligats som en reell skyldighet för upphandlande myndigheter, där domstolen till och med upphöjer denna skyldighet till samma nivå som skyldigheten att följa de upphandlingsrättsliga principerna i upphandlingsdirektivets artikel 18(1).

Ändock är det fortfarande komplicerat på vilket sätt arbetsrättsliga villkor får ställas. De ska alltså nu ses som lika viktiga som upphandlingsprinciperna, men måste likväl fortfarande vara förenliga med dessa. Genom den praxis från EUD som redogjorts för i uppsatsen, går det att utröna några viktiga aspekter av de upphandlingsrättsliga principerna som de arbetsrättsliga villkoren måste förhålla sig till.

Gällande principen om likvärdighet och icke-diskriminering har arbetsrättsliga villkor i flera uppmärksammade fall, underkänts på denna grund. Generellt sett handlar det om när utländska företag med arbetstagare från andra länder ska utföra arbetet och då, genom utformningen av villkoren, diskrimineras genom att på så vis bli tvingade att tillämpa bättre villkor än de annars hade gjort genom tillämpning av lokala arbetsrättsliga skyldigheter. Att tillämpa nationella arbetsrättsliga regler på utländska aktörer är således mycket begränsat, om än inte omöjligt. Av EUD:s praxis framgår också att principen om icke-diskriminering även gäller inhemska anbudsgivare; alla aktörer måste alltså behandlas lika. Detta är viktigt att ha med sig när det kommer till

villkor som fastslås i branschspecifika kollektivavtal, vilket kommer att beröras nedan.

EUD har i dessa fall också gjort bedömningar utifrån om dessa villkor som överstiger de skyldigheter utländska anbudsgivare ska följa enligt sin lokala rättsordning, kan motiveras genom en proportionalitetsbedömning. Här har EUD varit mycket restriktiv och har inte ansett att argument om att värna sociala hänsyn eller stabilitet i inhemska socialförsäkringssystem kan motivera diskriminerande villkor. Frågan är om proportionalitetsprincipens numera framträdande roll i artikel 18(1) kommer att innebära ett förändrat synsätt på detta i kommande praxis från EUD. Enligt min mening är detta inte troligt då proportionalitetsprincipen är en sådan grundläggande princip inom unionsrätten, som bör ha behandlats på ett sådant vis tidigare, som även nu med dess inkludering i upphandlingsdirektivet, inte borde innebära några förändringar bara för att den tas med i en uttrycklig bestämmelse. Innehållet och tillämpningen kommer troligtvis att ligga i linje med tidigare praxis.

Principen om transparens är en grundläggande förutsättning för att kunna bedöma huruvida ett villkor över huvud taget är förenligt med upphandlingsrätten, vilket har framförts av EUD. Går det inte för anbudsgivare att skaffa sig en klarhet över vilka villkor som ställs, går det inte heller att avgöra om villkoret är proportionerligt eller icke-diskriminerande. Det finns inte lika tydlig praxis från EUD när villkor anses ha brutit i transparens, men principens betydelse är minst lika viktigt som de andra principerna. Framför allt är den av vikt när det kommer till att ställa villkor utifrån kollektivavtalsbestämmelser. Det är till exempel inte förenligt med transparensprincipen att enbart hänvisa till ett kollektivavtal, utan att specificera villkoren.

## 4.2 Den svenska implementeringen

I Sverige framstår det som att lagstiftaren har tagit en väl avvägd balansgång för att förena den, för EU:s vidkommande, speciella arbetsmarknadsmodellen med det upphandlingsrättsliga regelverket. Lagstiftaren har tydligt beaktat den praxis som redogjorts för i uppsatsen, i vart fall i förhållande till de upphandlingsrättsliga principerna i artikel 18(1).



För att behandla anbudsgivare likvärdigt och icke-diskriminerande finns det tydliga bestämmelser för hur arbetsrättsliga villkor ska ställas. Dessa villkor hämtas ur kollektivavtal, som innehåller den betydande delen av arbetsrättsliga bestämmelser i det svenska anställningsskyddet. Det finns tydliga riktlinjer hur upphandlande myndigheter ska fastställa villkoren. Lika så finns det möjlighet för anbudsgivare som tillämpar andra kollektivavtal med andra bestämmelser, att ändå anses uppfylla villkoren genom principen om kollektivavtals likvärdighet. Gentemot anbudsgivare utanför Sverige finns det bestämmelser om att inte tillämpa villkor ur svenska kollektivavtal, utan istället hämta minimi-villkor från internationella konventioner. Detta garanterar att anbudsgivare från olika medlemsländer behandlas lika och har möjlighet att konkurrera på den svenska marknaden, vilket säkerställer den fria rörligheten.

Villkoren som ställs har i sig gjorts oberoende av kollektivavtalets bestämmelser. Anbudsgivarna tar del av villkoren direkt i upphandlingsdokumenten och måste inte vidta några åtgärder för att ta reda på dessa. Genom Upphandlingsmyndighetens assistans kommer förhoppningsvis villkoren att vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt. Genom att inte hänvisa direkt till kollektivavtal, säkerställs principen om transparens, som garanterar principen om likvärdighet och icke-diskriminering.

I uppsatsen framkommer flera tydliga proportionalitetsbedömningar som lagstiftaren gjort. Bland annat att kravet på att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor endast omfattar lön, semester och arbetstid, vilka framhålls som de mest centrala villkoren för arbetstagarna. Villkoren anges även som minimivillkor vilket inte stänger ute möjligheten till bättre villkor. Även att villkoren bara ska ställas om det anses behövligt är en tydlig proportionalitetsavvägning för att inte begränsa de ekonomiska syftena med upphandlingsreglerna i onödan.

Frågan är dock om just denna behövlighetsbedömning brister gentemot direktivets artikel 18(2). Utifrån vad som har redogjorts för är det nu mera en skyldighet att säkerställa arbetsrättsliga skyldigheter i offentliga upphandlingar. Att upphandlande myndigheter då själva ska behöva göra en bedömning om det i aktuellt fall är behövligt utifrån bland annat aktuell bransch och

tidigare erfarenheter, utarmar kravet och säkerställer inte att skyldigheten efterlevs. Upphandlande myndigheter kan också ha vissa incitament att inte ställa arbetsrättsliga villkor, då villkoren försvårar upphandlingsprocessen med mer material att utvärdera, samtidigt som myndigheten riskerar att anbudsgivare drar sig undan vilket kan innebära ett ur den upphandlande myndighetens perspektiv sämre resultat. En skyldighet att beakta arbetsrättsliga krav bör således innebära att arbetsrättsliga villkor alltid ska ställas i upphandlingen. Att upphandlande myndighet också helt kan befrias från skyldigheten att ställa arbetsrättsliga villkor när sådana villkor inte går att fastställa ur kollektivavtalen, förefaller heller inte förenligt med artikel 18(2) i upphandlingsdirektivet.

Likaså är det tveksamt om Sveriges lösning på arbetsrättsliga villkor gentemot utländska anbudsgivare uppfyller denna skyldighet. Som berörts rör det sig bara om villkor på en absolut miniminivå, vilket knappast kan anses förenligt med de skyldigheter som annars följer av svensk arbetsrätt. Här är dock EUD:s praxis tongivande och utrymmet för krav gentemot utländska anbudsgivare är mycket begränsat. För en fulländad analys på detta område måste också utstationeringsdirektivets regler och medföljande praxis analyseras. Utrymmet för en tydlig slutsats lämnas således därhän i denna uppsats, mer än att ett tydliggörande önskas, antingen från EU-lagstiftaren eller EUD, om hur skyldigheten att säkerställa arbetsrättsliga skyldigheter gentemot utländska anbudsgivare ska förenas med principen om likvärdighet och icke-diskriminering.

En positiv sak som dock ska lyftas fram med den svenska implementeringen av artikel 18(2) är att arbetsvillkoren ställs upp som särskilda kontraktsvillkor, vilket innebär att sannolikheten är mycket hög att de kommer att efterlevas, när de väl ställs.

# Källförteckning

## KÄLLOR

### *Tryckta källor*

#### **Offentligt tryck**

##### *Sverige*

Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling.

Prop. 2016/17:163 Arbetsrättsliga villkor vid upphandling.

SOU 2015:78 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal.

##### *Europeiska unionen*

#### Europeiska kommissionen

Public Procurement Regional and Social Aspects, COM (89) 400 final.

Kommissionens meddelande ”Europa 2020: En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla”, KOM(2010) 2020 slutlig.

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

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

#### **Rättsfall**

##### *Europeiska unionen*

#### EU-domstolen

C-31/87 *Beentjes*, EU:C:1988:422

C-243/89 *Kommissionen mot Danmark*, EU:C:1993:257

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

C-225/98 *Kommissionen mot Frankrike*, EU:C:2000:494

C-324/98 *Telaustria och Telefonadress*, EU:C:2000:669

C-496/99 *Succhi di Frutta*, EU:C:2004:236

C-283/00 *Kommissionen mot Spanien*, EU:C:2003:544

C-346/06 *Dirk Rüffert mot Land Niedersachsen*, EU:C:2008:189  
C-549/13 *Bundesdruckerei mot Stadt Dortmund*, EU:C:2014:2235  
C-115/14 *Regiopost mot Stadt Landau in der Pfalz*, EU:C:2015:760  
C-395/18 *Tim SpA mot Italiens finansdepartement*, EU:C:2020:58

## Övrigt

Medlingsinstitutets årsrapport – Avtalsrörelsen och lönebildningen 2023

## LITTERATUR

Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niklas (2010), *Upphandling och arbete i EU*. Sieps.

Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niklas (2016), 'Transparens, likabehandling och kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling – en svårlöst ekvation' i: *Sui Generis – Festskrift til Stein Evju*. Universitetsforlaget AS.

Andhov, Marta (2019), 'Contracting Authorities and Strategic Goals of Public Procurement – A Relationship Defined by Discretion?' i: *Discretion in EU Public Procurement Law*. Hart Publishing.

Arrowsmith, Sue (2014), *The Law of Public and Utilities Procurement*. Vol. 1. Uppl. 3., Sweet & Maxwell.

Arrowsmith, Sue (2018), *The Law of Public and Utilities Procurement*. Vol. 2. Uppl. 3., Sweet & Maxwell.

Corvaglia, Maria Anna (2017), *Public Procurement and Labour Rights*. Hart Publishing.

Janssen, Willem A. (2023), 'Public Procurement Law in the European Union' i: Grandia, Jolien och Volker, Leentje (red.), *Public Procurement: Theory, Practices and Tools*. Palgrave Macmillan.

Kleineman, Jan (2021), 'Rättsdogmatisk metod' i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk Metodlära*. Uppl. 2., Studentlitteratur AB.

Nyström, Birgitta (2021) *EU och arbetsrätten*. Uppl. 6. Nordstedts Juridik AB.

Reichel, Jane (2021), 'EU-rättslig metod' i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk Metodlära*. Uppl. 2., Studentlitteratur AB.

Steinicke, Michael och Vesterdorf, Peter L. (2018), *EU Public Procurement Law: Brussels Commentary*. Nomos Verlagsgesellschaft.

Sundstrand, Andrea (2019), 'Arbetsmiljökrav i offentlig upphandling.' *Upphandlingsrättslig tidskrift* s. 1–12.

Wiesbrock, Anja (2015), 'Socially responsible public procurement: European value or national choice? I: Sjäfjell, B och Wiesbrock, Anja (red.), *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder*. Cambridge University Press.