



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Rick Cuperus

Arbetsrättsliga villkor i offentliga upphandlingar

En kartläggning samt analys av upphandlingsregelverkets praktiska
tillämpningsproblem

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Torvald Larsson

Termin: VT2021

Innehåll

Summary	3
Sammanfattning	4
Förkortningar	5
1 Inledning	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte & frågeställningar	7
1.3 Metod, material och forskningsläge	8
1.5 Avgränsningar	9
1.6 Disposition	9
2 Ställandet av arbetsrättsliga villkor	10
2.1 Särskilda kontraktsvillkor	10
2.2 Arbetsrättsliga villkor och den svenska arbetsmarknadsmodellen	12
2.3 De grundläggande upphandlingsprinciperna	15
2.3.1 Principen om icke-diskriminering	15
2.3.2 Likabehandlingsprincipen	16
2.3.3 Principen om öppenhet	17
2.3.4 Principen om ömsesidigt erkännande	19
2.3.5 Proportionalitetsprincipen	19
3 Uppföljandet av arbetsrättsliga villkor	21
3.1 Allmänt om uppföljning	21
3.2 GDPR och uppföljning	21
3.2.1 Allmänt om GDPR	21
3.2.2 GDPR och uppföljningen av arbetsrättsliga villkor	23
4 Avslutande reflektion	26
4.1 Arbetsrättsliga villkor och den svenska arbetsmarknaden	26
4.2 Arbetsrättsliga villkor och GDPR	28
4.3 Slutsats	28
Käll- och litteraturförteckning	29
Rättsfallsförteckning	32

Summary

Through Sweden's implementation of EU's 2014 public procurement directives the Swedish legal system contains since 2017 optional and mandatory statutes regarding specific labour law requirements in public procurement. This thesis however identifies several practical difficulties regarding the use of these statutes because of the characteristics typical for the Swedish labour market model. The absence of a statutory minimum wage shifts focus to collective agreements: a shift in practice entailing tenders can meet set labour law requirements with different labour conditions depending on which collective agreement they adopt. Additionally, the system's current design treats tenders offering their employees better working conditions negatively. Also, collective agreements normally are not publicly available. These practical consequences stand in variance with the public procurement principles such as the principle of equal treatment and the principle of transparency but are also counterproductive in regard to the statutes' underlying purpose: social sustainability. Furthermore, the principle of proportionality connotes, regarding the following up on set labour law requirements, only certain aspects may be taken into account. This has proven itself to be unwieldy in practice with cumbersome assessments as a result.

Another fundamental principle in public procurement law coined by the Court of Justice of the European Union is that only verifiable requirements may be set. The introduction of GDPR has caused uncertainty for contracting authorities how set labour law requirements can be verified, this because such verifications often demand the processing of sensitive personal data. GDPR demands legal basis in either domestic or EU-law to process sensitive personal data – Swedish law currently lacks such statutes. Because of this present uncertainty the National Agency for Public Procurement has on multiple occasions signified the Swedish government to institute statutes that grant the processing of sensitive personal data for verification purposes. The Swedish government has though not yet acted on these requests.

This thesis partly questions the Swedish government's unwillingness to act on the multiple requests to adopt relevant statutes, but also whether Sweden's way of implementing the EU-directives' statutes regarding labour law requirements is acceptable. Is an implementation rather poorly tailored to the domestic legal system and that gives rise to such practical difficulties and unwieldiness an acceptable implementation?

Sammanfattning

Genom Sveriges implementering av EU:s 2014 års upphandlingsdirektiv innehåller svensk rätt sedan år 2017 såväl fakultativa som obligatoriska bestämmelser om ställandet av arbetsrättsliga villkor i offentliga upphandlingar. Denna uppsats identifierar dock flera praktiska svårigheter gällande användandet av dessa bestämmelser på grund av den svenska arbetsmarknadsmodellens särdrag. I brist på en lagstadgad minimilön kan anbudsgivare uppfylla villkoren genom bundenhet av kollektivavtal: i praktiken innebärande att ställda krav kan uppfyllas genom olika arbetsvillkor beroende på kollektivavtal, men även, som systemet nu är utformat, en negativ särbehandling för leverantörer som erbjuder mer förmånliga arbetsvillkor. Dessutom är kollektivavtal som utgångspunkt inte offentliga. Dessa praktiska konsekvenser står i strid med de grundläggande upphandlingsprinciper såsom likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen men är även kontraproduktiva i förhållande till bestämmelsernas bakomliggande syfte: social hållbarhet. Den grundläggande proportionalitetsbedömningen innebär, gällande uppföljning av ställda krav, att endast vissa aspekter får beaktas. Detta har visat sig vara otympligt i praktiken och har resulterat i omständliga bedömningar.

Ytterligare en grundläggande princip på upphandlingsområdet, skapad av EU-domstolen, är att endast krav som går att kontrollera i praktiken får ställas. Införandet av GDPR har medfört osäkerheter för upphandlande myndigheter hur arbetsrättsliga villkor kan följas upp, detta då känsliga personuppgifter såsom lön och sjukdomshistoria ofta behöver behandlas. Känsliga personuppgifter regleras särskilt i GDPR och kräver lagstöd för att behandling får ske. Sådant lagstöd finns i nuläge inte i svensk rätt. Med anledning av nu föreliggande osäkerheter har Upphandlingsmyndigheten flera gånger vädjat till regeringen för införandet av bestämmelser som möjliggör behandling av känsliga personuppgifter i uppföljningssyfte. Regeringen har hittills dock inte agerat.

Denna uppsats ifrågasätter dels regeringens ovillighet att agera, dels huruvida Sveriges implementering av EU-direktivets bestämmelser avseende arbetsrättsliga villkor egentligen är godtagbart. Är en implementering av ett EU-direktiv som är illa skraddarsydd till det inhemska rättssystemet och som ger upphov till omfattande praktiska svårigheter verkligen en godtagbar implementering?

Förkortningar

EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
GDPR	The General Data Protection Regulation
LO	Landsorganisationen i Sverige
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUK	Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner
LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
LUF-direktivet	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
LUK-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner
Prop.	Proposition
Rskr.	Riksdagsskrivelse
SACO	Sveriges Akademikers Centralorganisation
SFS	Svensk författningssamling

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Av regeringens nationella upphandlingsstrategi från år 2016 framgår att offentlig upphandling ska användas för att verka för ett mer socialt hållbart samhälle.¹ Det sociala skyddet är dessutom något som särskilt framhållits i LOU-direktivet, direktivet som föranlett 2016 års LOU.² EU-kommissionen har dessutom så sent som år 2019 betonat möjligheterna att använda offentliga kontrakt för genomförandet av sociala mål. Kommissionen uppmanade då medlemsstaterna till ökat ställande av sociala hållbarhetskrav i offentliga upphandlingar.³

År 2016 antog riksdagen tre upphandlingslagar⁴ som trädde i kraft den 1 januari 2017.⁵ Upphandlingslagarna genomför varsitt EU-direktiv gällande upphandling.⁶ Gällande arbetsrättsliga villkor antogs en fakultativ reglering, jfr. dagens 17 kap 1 § LOU som stadgar att upphandlande myndigheter *får* ställa sociala hållbarhetskrav.⁷ Vid implementeringen av direktiven satte riksdagen stopp för en motsvarande obligatorisk bestämmelse som föreskrev en skyldighet för upphandlande myndigheter att i vissa upphandlingar ställa arbetsrättsliga villkor. Detta nedröstade förslag innehöll utöver krav på skäliga arbetsvillkor gällande lön, semester och arbetstid även krav på tjänstepension samt försäkringar, något som kritiserades hårt av ett flertal remissinstanser såsom Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket. Remissinstanserna anförde bl.a. att denna bestämmelse skulle leda till alldeles för komplexa bedömningar i praktiken. Dessutom var remissinstanserna tveksamma gällande förslaget förenlighet med EU-rätten.⁸ Flera remissinstanser påpekade även att de särdrag som utmärker den svenska arbetsmarknadsmodellen kunde komma i konflikt med bestämmelserna: förslaget förutspåddes ta makt från arbetsmarknadens parter medan Arbetsgivarverket framförde till och med att lagförslaget stod i strid med modellen.⁹

¹ Se Upphandlingsmyndigheten, *Mål 7 — Offentlig upphandling som bidrar till ett mer socialt hållbart samhälle*.

² Se Prop. 2016/17:163 s.26.

³ Se EU-kommissionen (2020) s.2.

⁴ Lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK).

⁵ Se rskr. 2016/17:66; SFS 2016:1145).

⁶ LOU-, LUF-, samt LUK-direktivet, jfr. Prop. 2015/16:195.

⁷ Se Rskr. 2016/17:66; Prop. 2016/17:163 s.25.

⁸ Se Prop. 2016/17:163 s.32.

⁹ Ibid s.28.

Med hänsyn till att en komplettering var nödvändig för fullständigt införlivande av bakomliggande EU-direktiven presenterades ett nytt förslag där de omdiskuterade krav på tjänstepension samt försäkringar tagits bort. Förslaget antogs av riksdagen och LOU tillfördes juni 2017 obligatoriska bestämmelser för upphandlande myndigheter gällande ställandet av arbetsrättsliga villkor i upphandlingar i vissa fall.¹⁰

Vid införandet av ovan nämnda bestämmelser bedömdes förenligheten med den då gällande personuppgiftslagen (1998:204) och några hinder ansågs då inte föreligga.¹¹ Rättsutvecklingen har dock ej stått still. Maj 2018 trädde EU:s dataskyddsförordning (nedan GDPR) ikraft.¹² Förordningen syftar till att skydda enskildas grundläggande rättigheter och friheter i form av personuppgifter och omfattar all slags verksamhet som behandlar personuppgifter – även myndigheter.¹³ Denna rättsutveckling har föranlett vissa praktiska tillämpningsproblem för upphandlande myndigheter, något som jag upptäckte som studentmedarbetare vid upphandlingsenheten vid Lunds kommun HT19. Just dessa praktiska hinder under min tid där är anledningen till att jag nu fördjupar mig i just dessa problem samt visar enligt mig på ett stort behov av att problemen kartläggs, undersöks och analyseras.

1.2 Syfte & frågeställningar

Denna uppsats syftar till att utreda samt redogöra för de praktiska tillämpningsproblem när arbetsrättsliga villkor ställs i offentliga upphandlingar i enlighet med 17 kap LOU. De praktiska tillämpningsproblem utredas huvudsakligen i förhållande till integritetsskyddslagstiftningen samt den svenska arbetsmarknadsmodellens särdrag.

Följande frågor diskuteras för att uppfylla uppsatsens syfte:

- ❖ När kan respektive ska upphandlande myndigheter ställa arbetsrättsliga villkor i upphandlingar och hur kan dessa utformas?
- ❖ Hur ska arbetsrättsliga villkor som ställs följas upp?
- ❖ Vilka praktiska utmaningar avseende arbetsrättsliga villkor innebär integritetsskyddslagstiftningen respektive den svenska arbetsmarknadsmodellen?
- ❖ Vilka förändringar föreslås av Upphandlingsmyndigheten och är dessa förändringar tillräckliga för ett praktiskt fungerande regelverk?

¹⁰ Se Prop. 2016/17:163; SFS 2017:347.

¹¹ Se Prop. 2016/17:163 s.68.

¹² Jfr. A99 GDPR; se Wendleby & Wetterberg (2019) s.23.

¹³ Se Wendleby (2021) s.13.

1.3 Metod, material och forskningsläge

Vid skrivandet av denna uppsats har såväl en rättsdogmatisk som en rättsanalytisk metod använts. Den förstnämnda metoden har använts för att redogöra för den gällande rätten utifrån de enligt rättskällelära vedertagna rättskällor; lagstiftning, praxis, förarbeten samt rättsdogmatisk litteratur.¹⁴ Området präglas starkt av de bakomliggande europeiska upphandlingsdirektiven, därför har ledning inhämtats även från motsvarande rättskällor i EU-rätten.¹⁵ Viktigt att nämna här är att den dominerande uppfattningen bland rättsvetare på upphandlingsområdet är att utförlig litteratur kring LOU saknas.¹⁶ Gällande forskningsläget ska dessutom tilläggas att praxis angående bestämmelserna centrala i denna uppsats i huvudsak saknas, såväl från nationella instanser som på europeiskt plan.¹⁷

I brist på litteratur har utgångspunkten i stället varit författningskommentarer utgivna av Norstedts juridik och Lexino, skrivna av yrkesverksamma på området, samt offentligt tryck. Dessa källor har använts för att minimera risken att använda felaktigt, eller utdaterat, material. För att inhämta aktuell information gällande praktiska aspekter vid tillämpning och uppföljning av rätten har främst publikationer och skrivelser från Upphandlingsmyndigheten¹⁸ samt Integritetsskyddsmyndigheten¹⁹ använts. För uppfyllandet av uppsatsens syfte samt för att garantera en pedagogisk presentation av uppsatsens problemidentifiering samt analys har även redogjorts för de grundläggande principerna på upphandlingsområdet samt relevanta grunder i dataskyddsförordningen.

En svaghet hos den rättsdogmatiska metoden som ska beaktas är att metoden fokuserar på gällande rätt snarare än hur rätten faktiskt tillämpas i praktiken, exempelvis i underrätter eller i praktiken på myndigheter.²⁰ För att uppfylla uppsatsens syfte har således även den rättsanalytiska metoden använts. Denna metod tillåter användandet av underrättspraxis samt myndighetspraxis och möjliggör således analyser av materialet utifrån viss infallsvinkel.²¹ Då

¹⁴ Se Kleineman (2018) s.21.

¹⁵ Se Ulfsdotter Forssell, Anna, Lag (2016:1145) 17 kap 1 §, Lexino lagkommentar (JUNO) 2020-12-21.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Se Falk (2020) s.17.

¹⁸ Upphandlingsmyndigheten har i uppdrag att verka för effektiva, hållbara samt rättssäkra upphandlingar samt näringslivets utveckling, detta genom vägledning åt myndigheter och leverantörer, se UHM-2020-0286 s.1.

¹⁹ Integritetsskyddsmyndigheten har i uppdrag att säkerställa mänskliga rättigheter respekteras i samband med behandling av personuppgifter, se Integritetsskyddsmyndigheten, *Om IMY*.

²⁰ Se Kleineman (2018) s.24 f.

²¹ Se Sandgren (2018) s.50 ff.

denna uppsats har till syfte att kartlägga och analysera den faktiska tillämpningen har denna metod varit nödvändig.²²

1.5 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar p.g.a. omfångsbegränsningen endast regleringen gällande arbetsrättsliga villkor 17 kap 1-3 § § LOU. De bestämmelser i 17 kap LOU avseende ställandet av arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt faller utom uppsatsens område. Motsvarande bestämmelser gällande arbetsrättsliga villkor i LUF respektive LUK behandlas inte heller med anledning av omfångsbegränsningen.

1.6 Disposition

Kapitel två inleder arbetet med en presentation av bestämmelserna i 17 kap LOU som stadgar när upphandlande myndigheter får respektive ska ställa arbetsrättsliga villkor i sina upphandlingar. Därefter redogörs för de grundläggande upphandlingsprinciperna samt hur dessa principer förhåller sig till den svenska arbetsmarknadsmodellens särdrag. Kapitel tre behandlar hur uppföljningen av kontraktsvillkor ska gå till. Därefter redogörs i samma kapitel för grunderna i GDPR samt de praktiska utmaningarna gällande uppföljning av arbetsrättsliga villkor med hänsyn till dataskyddslagstiftningen. Slutligen avslutas arbetet genom kapitel fyra där frågeställningarna diskuteras.

²² Se Sandgren (2018) s.50 ff.

2 Ställandet av arbetsrättsliga villkor

2.1 Särskilda kontraktsvillkor

Särskilda kontraktsvillkor är villkor som ska gälla som avtalsvillkor i upphandlingskontraktet och ska således skiljas från kvalificeringskriterier samt tilldelningskriterier, jfr. 13-15 kap. respektive 16 kap. LOU. År 1988 slog EU-domstolen i det så kallade Beentjes-målet fast att såväl särskilda tilläggsvillkor som särskilda kvalificeringskrav kan utgöra särskilda villkor.²³ EU-domstolens praxis har successivt utökat det spektrum inom vilket särskilda kontraktsvillkor kan ställas och spektrumet idag är brett.²⁴ Anledningen till varför vissa samhällseliga önskvärda aspekter som den upphandlande myndigheten vill främja kan och bör sättas som avtalsvillkor snarare än tilldelningskriterier är för att säkerställa efterlevnad; för att garantera att den leverantör som tilldelas upphandlingen faktiskt har en skyldighet att uppfylla villkoren.²⁵ Detta upplägg är att föredra över ett upplägg där villkoren räknas som ett tilldelningskriterier i utvärderingsdelen.²⁶ Exempelvis kan den vinnande anbudsgivare erhållit höga utvärderingspoäng på andra delar av utvärderingsdelen och tilldelas då, trots brister gällande efterfrågat hänsyn, kontraktet.²⁷

17 kap 1 § LOU stadgar att upphandlande myndigheter *får* ställa särskilda kontraktsvillkor för fullgörandet av kontrakt. Regleringen tillkom genom ikraftträdandet av nya LOU i januari 2017.²⁸ Paragrafen innehåller en exemplifiering av vad sådana villkor kan vara. I denna uppräknning hittas arbetsrättsliga villkor men även sociala och miljömässiga krav nämns, jfr. 17 kap 1 § LOU. I praktiken innebär detta exempelvis att villkor syftande på att få långtidsarbetslösa i arbete eller vissa miljömärkningar vid upphandling av livsmedel får ställas av upphandlande myndigheter.²⁹

²³ Se mål C-31/87 p.43.

²⁴ Se Prop. 2015/16:195 s. 1117 f.

²⁵ Se Andersson m.fl., Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap 1 §, Norstedts Juridik lagkommentar (JUNO) 2020-12-28.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Se SFS 2016:1145.

²⁹ Se Andersson m.fl., Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap 1 §, Norstedts Juridik lagkommentar (JUNO) 2020-12-28.

Huvudregeln i upphandlingsregelverket är att den upphandlande myndigheten själv avgör vad den ska upphandla och hur kraven utformas under förutsättning att de är förenliga dels med EU:s grundläggande upphandlingsprinciper, dels den primära unionsrätten.³⁰ För den svenska praktiska tillämpningen innebär detta att vilka särskilda kontraktsvillkor som kan ställas samt dessa villkors utformning endast begränsas av de grundläggande upphandlingsprinciperna som hittas i 4 kap 1 § LOU samt anknytningskravet till kontraktsföremålet som hittas i 17 kap 1 § andra stycket LOU.³¹

Utöver den fakultativa bestämmelsen i 17 kap 1 § LOU tillkom juni år 2017 även obligatoriska bestämmelser för upphandlande myndigheter gällande ställandet av arbetsrättsliga villkor i vissa fall. Av 17 kap 2 § LOU framgår att upphandlande myndigheter *ska*, när det är behövt, ställa arbetsrättsliga villkor gällande lön, semester samt arbetstid för de arbetstagare som kommer fullgöra det offentliga kontraktet.³² Behövlighetsbedömningen är det verktyget för att avgöra paragrafens tillämpningsområde och pekar ut i vilka typer av upphandlingar praktiska tillämpningsproblem kan aktualiseras.

Av förarbeten till paragrafen framgår att en helhetsbedömning ska göras.³³ Behovet i behövlighetsbedömningen tar sikte på risken för oskäligen arbetsvillkor. Alltså arbetsvillkor som inte är på en godtagbar nivå.³⁴ Upphandlande myndigheter ska således beakta huruvida det finns en risk för konkurrens mellan olika anbudsgivare genom att erbjuda undermåliga anställningsvillkor för att bli tilldelat upphandlingen.³⁵ I denna riskbedömning kan hänsyn tas till uppgifter från branschorganisationer eller arbetsmarknadens parter men även erfarenheter från tidigare upphandlingar kan beaktas.³⁶ Av förarbeten framgår att denna bedömning alltid ska göras i det enskilda fallet, detta då många olika faktorer påverkar denna risk. Exempelvis är risken att arbetare drabbas av oskäligen arbetsvillkor olika för yrkesgrupper men även att risken skiljer sig beroende på geografiskt område.³⁷ Risken för oskäligen arbetsvillkor anses

³⁰ Se Stavenow & Sennström (2013) s.51.

³¹ Se avsnitt 2.3; Se prop. 2015/16:195 s.1118.

³² Se Upphandlingsmyndigheten, *Arbetsrättsliga villkor i upphandlingsreglerna*.

³³ Se Prop. 2016/17:165 s.56.

³⁴ Ibid.

³⁵ Se Andersson m.fl., Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap 2 §, Norstedts Juridik lagkommentar (JUNO) 2020-12-28.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

alltså vara olika hög beroende på vart i Sverige arbetet utförs. Detta är också ett av de viktigaste skälen till varför en riskbedömning alltså ska det i det enskilda fallet.³⁸

Trots att riskbedömningar alltid ska göras i det enskilda fallet har Upphandlingsmyndigheten i dialog med relevanta myndigheter samt arbetsmarknadens parter gjort riskbedömningar i vägledande syfte. Enligt myndigheten föreligger risk för oskäligen arbetsvillkor i offentliga kontrakt framförallt vid följande typer av upphandlingar: måleritjänster, skogsvårdare, städtjänster, tvätteriarbetare, taxiförare, flyttjänster, snöskottare på tak, godsförare.³⁹ I upphandlingar av dessa tjänster talar således mycket för att upphandlande myndigheter har en skyldighet att ställa arbetsrättsliga villkor i enlighet med 17 kap 2 § LOU.⁴⁰

2.2 Arbetsrättsliga villkor och den svenska arbetsmarknadsmodellen

Arbetstid samt semestertid regleras i arbetstidslagen (1982:673) respektive semesterlagen (1977:480). Sverige har däremot inte ett regelverk som reglerar arbetstagares lön.⁴¹ Då lön i stället uteslutande regleras i kollektivavtal i Sverige finns utöver ovan nämnda bestämmelse i 17 kap 2 § LOU ett tillägg i 3 § samma kapitel för att ändå kunna reglera krav på lägsta lön i offentliga kontrakt.⁴² Bestämmelsen föreskriver att de arbetsrättsliga villkor ska anges till de lägsta nivåerna som följer av ett centralt kollektivavtal tillämplig på motsvarande arbetstagare i den för upphandlingen aktuella branschen om dessa är förmånligare än de villkor som följer av lag.⁴³ Bestämmelsen möjliggör således ställandet av krav på lön motsvarande det som regleras i det specifika kollektivavtalet men också att arbetsrättsliga villkor avseende arbetstid och semestertid ställs enligt kollektivavtalet i stället för semidispositiva bestämmelser i respektive lag.⁴⁴ Bakgrunden till denna reglering är att mer förmånliga minimivillkor i ett centralt kollektivavtal än vad som följer av lag anses spegla ett uttryck för

³⁸ Se Andersson m.fl., Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap 2 §, Norstedts Juridik lagkommentar (JUNO) 2020-12-28.

³⁹ Se Upphandlingsmyndigheten, *Publicerade riskbedömningar*.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Se Andersson m.fl., Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap 1 §, Norstedts Juridik lagkommentar (JUNO) 2020-12-28.

⁴² Ibid.

⁴³ Se Ulfsdotter Forssell, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap 3 §, Lexino lagkommentar (JUNO) 2020-12-21.

⁴⁴ Ibid.

arbetsmarknadens parter gemensamma uppfattning gällande skäligen villkor i den specifika branschen.⁴⁵

Flera aspekter gällande denna lösning, skräddarsydd till den svenska arbetsmarknadsmodellen, ska dock nämnas. Först och främst får den upphandlande myndigheten välja vilket kollektivavtal ska tillämpas i upphandlingen om det finns flera centrala kollektivavtal inom den för upphandlingen aktuella branschen.⁴⁶ Denna reglering kritiserades av ett flertal remissinstanser som kommenterat på bestämmelsernas bakomliggande lagförslag. Remissinstanserna påpekade att kollektivavtalen må vara formellt likvärdiga men att avtalen knappast är lika i praktiken – dessutom lyftes fram att utvecklingen inom den svenska kollektiva arbetsrätten går mot företags- samt branschanpassning.⁴⁷ Denna utveckling kombinerat med faktumet att upphandlande myndigheter ska välja mellan flera konkurrerande kollektivavtal argumenterades vara mycket bekymmersamt.⁴⁸ Principen om kollektivavtals jämlighet ska således beaktas: denna princip innebär att kollektivavtal ska formellt anses vara likvärdiga – trots att rättsutvecklingen som sagt innebär avtalens materiella innehåll blir allt mer annorlunda och företags-specifikt. Kollektivavtal anses således reglera arbetstagarnas villkor på ett likvärdigt sätt även om villkoren skiljer sig från varandra materiellt.⁴⁹ Denna principens eventuella konsekvenser påpekades också av ett flertal remissinstanser. Då kollektivavtals materiella innehåll kan skilja sig åt markant är principens praktiska följd att ett och samma arbetsvillkor kan uppfyllas genom tillhandahållandet av helt olika arbetsvillkor beroende på vilket kollektivavtal en anbudsgivare är bunden av. Denna praktiska följd argumenterades utmana de grundläggande upphandlingsprinciperna, framförallt likabehandlingsprincipen.⁵⁰

Likvärdighetsprincipen beaktades vid införandet av bestämmelserna och därför stadgar 17 kap 5 § LOU att leverantörer också kan uppfylla ställda arbetsrättsliga villkor genom att arbetsrättsliga villkor i enlighet med ett alternativt centralt kollektivavtal tillämpas.⁵¹ Denna reglering finns till för de fall en anbudsgivare är bunden av ett annat centralt kollektivavtal och medför således, med anledning av principen om kollektivavtals likvärdighet, att

⁴⁵ Se Ulfsdotter Forssell, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap 3 §, Lexino lagkommentar (JUNO) 2020-12-21.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Se Prop. 2016/17:163 s.35.

⁵⁰ Se avsnitt 2.3.2; Ibid.

⁵¹ Ibid. s.71.

anbudsgivaren anses uppfylla de arbetsrättsliga villkor oberoende av innehållet i det kollektivavtalet.⁵² I propositionen påpekade regeringen redan att denna reglering kan innebära att, om parterna i ett kollektivavtal avviker från en semidispositiv regel och enats om för arbetstagare mindre förmånliga villkor, arbetsrättsliga villkor i en upphandling anses vara uppfyllda trots att de är sämre för arbetstagaren än vad som följer av lag.⁵³

Att ställandet av minimivillkor kan ha en begränsande, kontraproduktiv, effekt gällande social hållbarhet beaktades av EU-kommissionen vid utformandet av upphandlingsdirektiven. För att undvika denna typ av begränsningar stadgar skäl 37 till LOU-direktivet att åtgärder för säkerställande av sociala och arbetsrättsliga skyldigheter i upphandlingar ej på något sätt får hindra mer förmånliga anställningsvillkor för arbetstagare.⁵⁴ Lagrådet argumenterade i sin granskning av just 17 kap 5 § LOU att regleringen stod i strid med just skäl 37 i LOU-direktivet med hänsyn till bestämmelsens begränsade effekter i praktiken.⁵⁵

Ett ytterligare problem är att, då arbetsmarknadens parter själva förfogar över avtal, kollektivavtal som utgångspunkt inte är allmänt tillgängliga.⁵⁶ Flera remissinstanser till bestämmelsens bakomliggande lagförslag anförde att denna icke-offentlighet skulle försvåra den praktiska tillämpningen av bestämmelsen i praktiken: det argumenterades vara svårt för potentiella leverantörer att bekanta sig med eventuella framtida kontraktsvillkor.⁵⁷ Bestämmelsen kritiserades för att vara särskilt problematiskt med hänsyn till de höga krav på öppenhet, förutsebarhet och transparens som upphandlingsregelverket ställer.⁵⁸

⁵² Se Prop. 2016/17:163 s.35.

⁵³ Ibid. s.74.

⁵⁴ Ibid. s.155.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid. s.74.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Se avsnitt 2.2.3; Se Prop 2016/17:163 s.27.

2.3 De grundläggande upphandlingsprinciperna

De grundläggande upphandlingsprinciper styr i stora drag den praktiska utövningen av LOU och är hämtade direkt från EU-rätten.⁵⁹ Principerna återfinns i såväl LOU som EU:s bakomliggande LOU-direktiv och syftar till att säkerställa att upphandlingar öppnar upp för effektiv konkurrens samt att EU:s fyra friheter respekteras.⁶⁰ Principerna ska beaktas hela upphandlingsförfarandet och upphandlande myndigheter som bryter mot dessa principer kan behöva rätta till eller till och med göra om upphandlingar samt bli skadeståndsskyldiga.⁶¹ De fem grundläggande upphandlingsprinciper är principen om ömsesidigt erkännande, principen om öppenhet, principen om icke-diskriminering, likabehandlingsprincipen samt proportionalitetsprincipen.⁶² Som ovan nämnt är det i praktiken huvudsakligen dessa principer som begränsar hur särskilda kontraktsvillkor kan ställas samt utformas.⁶³

2.3.1 Principen om icke-diskriminering

Principen om icke-diskriminering innebär att skillnad ej får göras på leverantörer från olika länder; ett förbud mot såväl direkt som indirekt diskriminering gentemot utländska företag.⁶⁴ Denna princip innebär således att svenska upphandlande myndigheter inte får ställa krav som endast svenska företag kan uppfylla. Gällande arbetsrättsliga villkor i offentliga upphandlingar medför denna princip att bundenhet av ett svenskt kollektivavtal ej får krävas, detta då detta är omöjligt för utländska anbudsgivare.⁶⁵ Redan år 2001 gick EU-kommissionen ut med ett tolkningsmeddelande där de tydligt påpekade att villkor i offentliga upphandlingar endast får ställas under förutsättning att kraven varken har en direkt eller indirekt diskriminerande effekt mot anbudsgivare hemmahörande i andra medlemsstater – detta för att säkerställa en konkurrenskraftig och icke-diskriminerande inre marknad.⁶⁶

⁵⁹ Se Falk (2020) s.109.

⁶⁰ Jfr. skäl 1 samt A18.1 i LOU-direktivet; se Toftegaard (2020) s.49.

⁶¹ Se Toftegaard (2020) s.50

⁶² Ibid. s.49.

⁶³ Jfr. avsnitt 2.1.

⁶⁴ Se Toftegaard (2020) s.51 f.

⁶⁵ Se EU-kommissionen (2001) s.9.

⁶⁶ Ibid.

2.3.2 Likabehandlingsprincipen

Principen om likabehandling kräver att samtliga (potentiella) leverantörer behandlas lika, såväl inhemska som utländska leverantörer. Likaså likabehandling för såväl stora som små företag.⁶⁷ Denna princip är nödvändig för att garantera att konkurrensneutralitet råder under upphandlingsförfarandet.⁶⁸ Principen stod central i det så kallade Fabricom-målet där EU-domstolen uttryckte att principen ska tolkas så att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika.⁶⁹ Principen diskuterades även av samma domstol i Concordia Bus Finland där en finsk upphandlande myndighet ställt diverse miljökrav som en oberoende självständig kommunal enhet haft lättast att klara. Av domslutet framgår att faktumet att endast ett fåtal anbudsgivare lyckas klara ett villkor inte nödvändigtvis innebär att likabehandlingsprincipen åsidosatts.⁷⁰

Hur långt likabehandlingsprincipen sträcker sig i praktiken är alltså inte helt självklart. EU-domstolen har år 2013 i målet eVigilo betonat att vikten ska läggas vid huruvida anbudsgivare ges samma möjligheter gällande utformande av anbud och att samma anbudsvillkor måste gälla för samtliga anbudsgivare – detta för att säkerställa en utveckla en sund och effektiv konkurrens.⁷¹

Det är just likabehandlingsprincipen som ett flertal remissinstanser till lagförslaget avseende införandet av obligatoriska arbetsrättsliga villkor hänvisat till. Synpunkter lyftes fram med hänsyn till principen om kollektivavtals likvärdighet och dess konsekvenser.⁷² Som ovan nämnt tillåter regelverket att företag bundna av ett kollektivavtal med mindre förmånliga villkor än vad som framgår av lag eller det kollektivavtalet aktuellt i upphandlingen ändå kan anses uppfylla ställda arbetsrättsliga krav.⁷³ Regelverket tillåter således att vissa företag, beroende på vilket kollektivavtal de är anslutna till, de facto tillämpar andra (lägre) villkor och nivåer.⁷⁴ Remissinstanserna anförde att det är svårt att förstå hur denna utformning lever upp till upphandlingsregelverkets höga krav på likabehandling, men också hur denna

⁶⁷ Se Toftegaard (2020) s.54.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Se förenade målen C-21/03, C-34/03, p. 27.

⁷⁰ Se Mål C-513/99 p.2 i domslutet.

⁷¹ Se Mål C-538/13 p. 33.

⁷² Se Prop 2016/17:163 s.74.

⁷³ Jfr. avsnitt 2.2.

⁷⁴ Se prop 2016/17:163 s.35.

reglering bidrar till social hållbarhet. Ett flertal remissinstanser, bland annat de fackliga organisationerna LO och SACO, anförde att regleringen nämligen riskerar att pressa lönerna nedåt.⁷⁵ Upphandlingsregelverket argumenteras nu skapa ett större incitament att teckna det minst förmånliga kollektivavtalet eller inte teckna kollektivavtal överhuvudtaget.⁷⁶

2.3.3 Principen om öppenhet

Principen om öppenhet, också kallad transparensprincipen, har till syfte att garantera öppenhet i upphandlingarna och innefattar i praktiken likväl ett krav på förutsebarhet.⁷⁷ Principen är en rättssäkerhetsåtgärd för att säkerställa att upphandlingar sker i konkurrens.⁷⁸ Kravet på öppenhet medför ett flertal praktiska aspekter upphandlande myndigheter ska beakta. Principen innebär exempelvis ett krav på tydliga formuleringar i upphandlingsdokument.⁷⁹ Rättspraxis från EU-domstolen visar tydligt att leverantörer ska kunna förutse vad som förväntas av dem samt vad som kommer tillmätas betydelse i upphandlingen.⁸⁰ EU-domstolen har uttryckt att upphandlingsdokumentet ska vara utformat så att denna tillhandahåller “normalt omsorgsfulla anbudsgivare” tillräcklig ledning.⁸¹ Kravet på ett tydligt upphandlingsdokument innebär likväl, gällande ställandet av arbetsrättsliga villkor, att det inte räcker med en hänvisning till ett kollektivavtal vars villkor avses gälla.⁸² Likväl ska kravet på öppenhet genomsyra utvärderingsprocessen: i efterhand ska anbudsgivare, domstolar samt andra intresserade kunna förstå hur utvärderingen gått till.⁸³

EU-domstolen har i Wienstrom-målet slagit fast att denna princip innefattar ett krav på kontrollerbarhet. Målet avsåg upphandling av elförsörjning där anbudsgivare “så långt som möjligt” skulle tillhandahålla el från förnybara energikällor. EU-domstolen argumenterar i målet att detta är en formulering som inte går att kontrollera i praktiken. En avsaknad av reella möjligheter till kontroll innebär enligt EU-domstolen att kravet ej är uppföljningsbar.⁸⁴

⁷⁵ Se prop 2016/17:163 s.35.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Se Toftegaard (2020) s.61.

⁷⁸ Ibid. s.61 f.

⁷⁹ Ibid. s.62.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Se mål C19/00 p.42.

⁸² Se Andersson m.fl., Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap 2 §, Norstedts Juridik lagkommentar (JUNO) 2020-12-28.

⁸³ Se Toftegaard (2020) s.62.

⁸⁴ Se mål C-448/01 p.1 i domslutet; jfr. Ulfsson Forssell, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap 3 §, Lexino lagkommentar (JUNO) 2020-12-21.

I målet kom EU-domstolen fram till att villkoret därför inte fick ställas.⁸⁵ Detta krav på kontrollerbarhet finns p.g.a. rättssäkerhetsskäl.⁸⁶

Just de höga krav på transparens i upphandlingsregelverket påpekades av ett flertal kritiska remissinstanser gällande faktumet att de flesta kollektivavtal inte är allmänt tillgängliga.⁸⁷ Som ovan nämnt räcker det inte med endast en hänvisning till ett kollektivavtal samtidigt som villkoren som behöver uppfyllas som utgångspunkt ej är tillgängliga för potentiella anbudsgivare, något som innebär praktiska utmaningar för potentiella anbudsgivare.⁸⁸

2.3.4 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att intyg, olika typer av bevis samt certifikat utfärdade av behöriga myndigheter inom EU/EES ska gälla även i övriga EU/EES-länder.⁸⁹ I upphandlingssammanhang innebär principen att exempelvis bokslutshandlingar ska accepteras av upphandlande myndigheter även om de framställts i eller utfärdats av andra länder.⁹⁰

2.3.5 Proportionalitetsprincipen

Att upphandlingar ska präglas av proportionalitet innebär att kraven i upphandlingen ska stå i rimlig proportion till upphandlingsföremålet samt att kraven ska ha ett naturligt samband med denna.⁹¹ Principen gäller såväl krav på leverantören som krav som ställs på upphandlingsföremålet.⁹² Kammarrätten gjorde år 2018 en proportionalitetsbedömning i enlighet med EU-domstolens praxis med anledning av ett ställt krav på lägsta lön i en upphandling rörande taxitjänster enligt 17 kap 1 § LOU.⁹³ Proportionalitetsbedömningen består av tre olika steg.⁹⁴

⁸⁵ Se mål C-448/01 p.1 i domslutet.

⁸⁶ Jfr. Prop 2016/17:163 s.34; s.44; s.50.

⁸⁷ Se SOU 2015:78 s.47.

⁸⁸ Se SOU 2015:78 s.47.

⁸⁹ Se Toftegaard (2020) s.64.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid. s.58.

⁹² Ibid.

⁹³ Se kammarrätten i Stockholm, mål nr 6023-17, 12 mars 2018.

⁹⁴ Ibid.

Först och främst ska bedömas huruvida åtgärden är lämplig samt effektiv i förhållande till det syftet som eftersträvas. Andra steget innebär en bedömning huruvida åtgärden är nödvändig för kravets eftersträvade syfte. Tredje steget innebär en bedömning huruvida de negativa effekterna av åtgärden är proportionerliga i förhållande till det eftersträvade syftet.⁹⁵ Högre krav än nödvändigt får således inte ställas enligt proportionalitetsprincipen; detta för att undvika obefogade begränsningar av konkurrensen.⁹⁶ Proportionalitet i förhållande till syftet med upphandlingen kan således begränsa vilka arbetsrättsliga villkor som kan ställas. Av förarbeten framgår att syftet med de arbetsrättsliga bestämmelserna i 17 kap LOU är att säkerställa skäliga arbetsvillkor för arbetstagare och förhindra konkurrens genom undermåliga anställningsvillkor.⁹⁷ En bedömning när det kan anses proportionerligt att ställa denna typ av villkor bör kontraktets art samt längd, typ av bransch samt de allmänna arbetsförhållanden i den aktuella branschen.⁹⁸ Ovan nämnda kammarrättsbedömning gällande kravet på lägsta lön i taxitjänstupphandlingen avsåg just huruvida syftet med de arbetsrättsliga villkoren stod i proportion till begränsningen villkoren innebar för anbudsgivare. Kammarrätten bedömde att så var fallet och villkoren fick därmed ställas.⁹⁹

Ett utflöde av proportionalitetsprincipen som aktualiseras vid ställandet av särskilda kontraktsvillkor, som exempelvis sociala hållbarhetskrav, hittas i 17 kap 1 § 2 st LOU. Stycket stadgar ett anknytningskrav till kontraktsföremålet för upphandlingen om särskilda kontraktsvillkor önskas ställas.¹⁰⁰ Detta anknytningskrav medför att arbetsrättsliga villkor endast får avse de arbetstagaren sysselsatta med arbetet motsvarande upphandlingen. Om dessa arbetare arbetar med ett flertal olika uppdrag får ställda arbetsrättsliga villkor endast avse den delen av anställningen som motsvarar upphandlingen.¹⁰¹ Det är alltså inte möjligt att ställa arbetsrättsliga villkor som arbetsgivaren ska tillämpa generellt på samtliga anställda eller villkor som avser arbetstid som ej omfattas av upphandlingen, exempelvis före eller efter.¹⁰² Gällande detta anknytningskrav föreligger dock viss praktisk problematik då de som genomför offentliga kontrakt oftast arbetar med flera parallella uppdrag, jfr. exempelvis

⁹⁵ Se kammarrättens resonemang i mål nr 9894-14, dom 6 maj 2015.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Se Prop 2016/17:163 s.27.

⁹⁸ Se kammarrättens resonemang i mål nr 9894-14, dom 6 maj 2015.

⁹⁹ Se kammarrätten i Stockholm, mål nr 6023-17, 12 mars 2018.

¹⁰⁰ Se Andersson m.fl., Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap 1 §, Norstedts Juridik lagkommentar (JUNO) 2020-12-28.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

taxichaufförer.¹⁰³ Anknytningskravet innebär att vid en uppföljning, kontroll, av ställda arbetsrättsliga villkor endast lön och andra förmåner motsvarande det offentliga kontraktet får beaktas. Då arbetsförmåner sannolikt avser tjänsten i sin helhet snarare än kompensation för specifika uppdrag är det i praktiken svårt att identifiera just de förmåner som motsvarar det offentliga kontraktet – följaktligen blir uppföljningen av dessa villkor tämligen omständlig.¹⁰⁴ Med hänsyn till upphandlingsregelverkets höga krav på förutsebarhet krävs att denna uppföljningsproblematik beaktas redan vid utformandet av upphandlingsdokumentet och utformandet av eventuella avtalsvillkor.¹⁰⁵

¹⁰³ Se Andersson m.fl., Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap 1 §, Norstedts Juridik lagkommentar (JUNO) 2020-12-28.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

3 Uppföljandet av arbetsrättsliga villkor

3.1 Allmänt om uppföljning

Uppföljning är nödvändig för att säkerställa trovärdighet för den upphandlande myndigheten. Denna trovärdighet är nödvändigt för att säkerställa att inte företag som inte uppfyller satta villkor ändå konkurrerar om kontraktet.¹⁰⁶ Upphandlingsmyndigheten uppmanar till ett tvåstegsmodell för uppföljning där den kontraktbundna leverantören först gör en egenrapportering och där det andra steget innebär en uppföljning, kontroll, från den upphandlande myndighetens sida.¹⁰⁷ En egenrapportering innebär att leverantören fyller i ett formulär där leverantören förklarar hur ställda villkor såsom arbetsrättsliga villkor uppfylls.¹⁰⁸ Andra steget innebär en faktisk kontroll där den upphandlande myndigheten kontrollerar uppgifterna leverantören lämnat i sin egenrapportering. Det är vid detta steg personuppgifter sannolikt kommer att behandlas. Därför aktualiseras GDPR.¹⁰⁹

3.2 GDPR och uppföljning

3.2.1 Allmänt om GDPR

GDPR började gälla inom EU maj 2018. Regelverket innehåller regler om skydd av enskilda individens grundläggande fri- och rättigheter av personuppgifter. Behandlingen av personuppgifter¹¹⁰ måste ske på det sätt som GDPR föreskriver, annars anses behandlingen vara olaglig. En olaglig behandling av personuppgifter kan föranleda sanktionsavgift för den som bryter mot GDPR.¹¹¹

Kortfattat kan sägas att behandlingen av personuppgifter enligt GDPR kräver ett ändamål, en laglig grund samt nödvändighet.¹¹² Gällande ändamålet framgår av skäl 39 i förordningen att det ska röra sig om ett specifikt, tydligt och legitimt ändamål samt att detta ska bestämmas

¹⁰⁶ Se Upphandlingsmyndigheten, *Uppföljning av arbetsrättsliga villkor*.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Personuppgifter är uppgifter som går att, direkt eller indirekt, koppla till en fysisk person, exempelvis personnummer, adress, namn, telefonnummer samt e-postadress, se A4.1 GDPR.

¹¹¹ Se Integritetsskyddsmyndigheten, *Sanktionsavgifter och varningar*.

¹¹² Se Wendleby (2021) s.61.

vid den tidpunkt då personuppgifterna samlas in.¹¹³ Vad gäller rättslig grund finns en uppräknig i GDPR vilka dessa kan vara. Samtycke från den registrerade, ingående eller fullgörande av avtal eller annan rättslig förpliktelse, skydd av människors vitala intressen, uppgifter av allmänt intresse, myndighetsutövning eller ett annat berättigat intresse är de rättsliga grunderna som GDPR erbjuder.¹¹⁴ Utan rättslig grund är personuppgiftsbehandlingen olaglig.¹¹⁵ Slutligen innehåller regelverket ett krav på nödvändighet, jfr. skäl 39 i förordningen som stadgar att personuppgifter bör behandlas endast om syftet inte kan uppnås genom andra rimliga medel.¹¹⁶ Detta krav på nödvändighet utgör således det sista steget i bedömningen huruvida en behandling av personuppgifter anses laglig.¹¹⁷

Utöver ovan nämnda bestämmelser för behandling av personuppgifter erhåller två typer av uppgifter ytterligare skydd; känsliga personuppgifter och personuppgifter om lagöverträdelser.¹¹⁸ GDPR definierar känsliga personuppgifter som följande: personuppgifter som avslöjar etniskt ursprung eller ras, politiska åsikter, religiös eller filosofisk övertygelser men även medlemskap i fackförening, genetiska uppgifter samt uppgifter om hälsa som exempelvis sjukskrivningar.¹¹⁹ Huvudregeln är att behandling av dessa integritetskänsliga uppgifter är förbjuden.¹²⁰ GDPR innehåller dock vissa undantag till huvudregeln: behandling av känsliga personuppgifter kan möjligtvis ske enligt någon av grunderna som räknas upp i A9.2 GDPR.¹²¹ Artikeln föreskriver ett krav på uttrycklig samtycke från den vars uppgifter behandlas alternativt att nationell rätt eller unionsrätten kräver det.¹²² Dataskyddsutredningen, den svenska offentliga utredningen med uppdraget att utreda vilka nationella lagkompletteringar i svensk rätt införandet av GDPR betingade, nämnde bl.a. myndigheters behandling inom hälso- och sjukvård för statistikändamål samt personuppgifter inom arbetsrätten som sådana rättsliga undantag som gör behandling av känsliga uppgifter befogad.¹²³ Gällande myndigheter nämnde utredningen att de ofta har berättigade skäl till behandling av människors personuppgifter – dessutom sker detta ofta i den registrerades eget

¹¹³ Se Wendleby (2021) s.61.

¹¹⁴ Jfr uppräknigen i A6.1 GDPR; se Wendleby (2021) s.61.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid. s.62.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid. s.66.

¹¹⁹ Jfr, A9 GDPR; Ibid s.66.

¹²⁰ Se Wendleby & Wetterberg (2019) s.63.

¹²¹ Ibid. s.67.

¹²² Ibid.

¹²³ Se SOU 2017:39 s.22.

intresse.¹²⁴ Således behövdes tydliga nationella regleringar som skulle tillåta sådan behandling. Flera sådana regleringar har också införts; exempelvis i utlänningsdatalagen, patientdatalagen och lagen om socialförsäkringsregister.¹²⁵ Nämnas ska dock att den dominerande uppfattningen bland jurister aktiva på dataskyddsområdet är att det i nuläge är svårt att förstå vilka undantag som gäller allmänt respektive kräver kompletteringar via nationell lag.¹²⁶

3.2.2 GDPR och uppföljningen av arbetsrättsliga villkor

Uppföljandet av sociala hållbarhetskrav kräver ofta att just (känsliga) personuppgifter behöver hanteras. Med anledning av införandet av dataskyddsförordningen år 2018 har osäkerheter uppkommit avseende den faktiska möjligheten att i praktiken att följa upp kraven.¹²⁷ Anledningen till denna osäkerhet är att GDPR i vissa avseenden skiljer sig från tidigare gällande personuppgiftslagen (1998:204).¹²⁸ När de arbetsrättsliga bestämmelser infördes kontrollerades förenligheten med personuppgiftslagen och hinder ansågs då inte föreligga.¹²⁹ December år 2019 skrev Upphandlingsmyndigheten till Finansdepartementet med anledning av den praktiska problematiken införandet av GDPR inneburit och vädjade därför i skrivelsen för reformer.¹³⁰ Upphandlingsmyndigheten konstaterade i skrivelsen att rättsläget då var osäkert gällande det rättsliga stödet nödvändigt för den behandlingen av känsliga personuppgifter som förekommer vid uppföljningen av upphandlingskontrakt.¹³¹

Anders Asplund, chefsjuristen på Upphandlingsmyndigheten, framförde i den skrivelsen att syftet med ställandet av arbetsrättsliga kontraktvillkor ej går att säkerställa om kraven inte kan följas upp: det finns ingen garanti att de arbetare som genomför de offentliga kontrakten har skäligena arbetsvillkor.¹³² I skrivelsen diskuterades dessutom ovan berörda Wienstrom-fallet där EU-domstolen har betonat att krav som inte går att kontrollera i praktiken inte får ställas.¹³³ Upphandlingsmyndigheten framförde att, trots att ett första steg i ett

¹²⁴ Se SOU 2017:39 s.22.

¹²⁵ Se Wendleby & Wetterberg (2019) s.68.

¹²⁶ Ibid s.65; Se UHM-2019-0284 s.4.

¹²⁷ Se Upphandlingsmyndigheten, *Dataskyddsförordningen (GDPR) innebär en osäkerhet vid uppföljningen av arbetsrättsliga villkor*.

¹²⁸ Se Prop. 2016/17:163 s.68.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Se UHM 2019-0284 s.7.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

uppföljningsarbete kan ske på ett generellt plan utan att känsliga personuppgifter berörs, det andra steget i uppföljningsarbetet oftast kräver uppföljning på individnivå; en process där den upphandlande myndighet behöver ta del av enskilda arbetstagarens arbetsschema, tidrapporter, lönespecifikationer.¹³⁴ Dessa handlingar kan dels innehålla personuppgifter såsom adress och personnummer, dels personuppgifter såsom uppgifter om hälsa och sjukfrånvaro.¹³⁵ Detta är personuppgifter som enligt GDPR således klassas som känsliga personuppgifter.¹³⁶

Upphandlingsmyndigheten argumenterade i skrivelsen att rättslig grund för behandling av reguljära personuppgifter vid uppföljning av upphandlingars avtalsvillkor enligt GDPR föreligger, såväl för den upphandlande myndigheten såväl som för leverantören som lämnar ut uppgifter. Den rättsliga grunden som aktualiseras är enligt Upphandlingsmyndigheten ”uppgifter av allmänt intresse” för den upphandlande myndigheten och ”intresseavvägning” för den leverantören som lämnar ut uppgiften.¹³⁷

Gällande känsliga personuppgifter argumenterade dock Upphandlingsmyndigheten att saken var annorlunda. Samma rättsliga grund som vid reguljära personuppgifter argumenterades kunna tillämpas, men de ytterligare undantagsbestämmelser som finns för behandlingen av känsliga personuppgifter gjorde att lagstöd för sådan behandling då saknades.¹³⁸ Myndigheten diskuterade även GDPR:s andra grund, samtycke, som kan göra denna behandling tillåten men kom fram till att denna grund inom arbetslivet är olämplig.¹³⁹ Samtyckesgrunden argumenterades vara problematiskt då ett samtycke kan återkallas. Likväl ska ett giltigt samtycke ges till en jämlik part, inte i ett beroendeförhållande såsom mellan arbetsgivare och arbetstagare.¹⁴⁰ Samtyckesgrunden ansågs i detta fall således vara olämpligt med hänsyn till det särskilda förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.¹⁴¹ Övriga grunder för användandet av känsliga personuppgifter som GDPR erbjuder diskuterades av Upphandlingsmyndigheten men myndigheten kom till slutsatsen att dessa antagligen ej är tillämpliga på denna typ av situation.¹⁴²

¹³⁴ Se UHM 2019-0284 s.7.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Jfr. A6 e) & f) GDPR; se Ibid s.5.

¹³⁸ Se UHM-2019-0284 s.5.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Se DI-2019-2221 s.4.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Se UHM-2019-0284 s.6.

Den slutsatsen Upphandlingsmyndigheten presenterade i 2019 års skrivelse var att det då förelåg en betydande osäkerhet gällande det rättsliga stödet avseende behandlingen av känsliga personuppgifter – såväl för den upphandlande myndigheten som för den leverantören som lämnar ut uppgifterna.¹⁴³ Regelverket argumenterades således vara dysfunktionellt och därför gjordes en vädjan för förändringar i regelverket för att säkerställa lämpliga krav kan ställas och följas upp.¹⁴⁴ Upphandlingsmyndigheten föreslog i skrivelsen att den undantagsgrunden för behandling av känsliga personuppgifter som GDPR erbjuder, att nationell rätt kräver, skulle tillämpas.¹⁴⁵ En sådan bestämmelse föreslogs införas i LOU.¹⁴⁶

Under författandet av denna uppsats har Upphandlingsmyndigheten, den 7 april 2021, i ett remissvar ännu en gång vädjat Finansdepartementet för förändringar i regelverket för att lösa nuvarande praktiska tillämpningsproblem.¹⁴⁷ Några förändringar har nämligen inte skett trots Upphandlingsmyndighetens vädjan för cirka ett och ett halvt år sedan. Uppmaningen görs i Upphandlingsmyndigheten remissvar på lagförslagen ”En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar”.¹⁴⁸ Detta förslag avser ett utkast till lagrådsremiss. Utkastet från regeringen innehåller förslag till införandet av dels ett skyndsamhetskrav, dels preklusionsfrister i såväl förvaltnings- som kammarrätt. Dessutom föreslås ändringar i regelverket gällande skadeståndstalan vid fel och brister i upphandlingar; ändringarna föreslås för att det nuvarande regelverket inte stämmer överens med EU-rätten.¹⁴⁹ Trots att utkastet till lag främst avser förslag av processuell karaktär framför Upphandlingsmyndigheten i sitt remissvar en del övriga synpunkter – detta för att ”dessa snarast skulle behöva avhjälpas genom lagstiftning”.¹⁵⁰ Upphandlingsmyndigheten framför i detta avsnitt återigen bekymmer avseende det rättsliga stödet för känslig personuppgiftsbehandling samt att några förändringar sedan skrivelsen år 2019 inte skett. Remissvaret är främst en påminnelse till regeringen att överväga införa bestämmelser i enlighet med GDPR:s undantagsbestämmelser för att säkerställa rättsligt stöd finns för just uppföljandet av kontraktsvillkor i upphandlingar – och lösa regelverkets nuvarande praktiska problematik.¹⁵¹

¹⁴³ Se UHM-2019-0284 s.6.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Se UHM-2020-0286 s.1.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Ibid. s.15.

¹⁵¹ Ibid. s.16.

4 Avslutande reflektion

Sammanfattningsvis kan konstateras att det är huvudsakligen tre aspekter som markant försvårar den faktiska tillämpningen och uppföljningen av arbetsrättsliga villkor i enlighet med 17 kap LOU: de grundläggande upphandlingsprinciperna, grunderna för den svenska arbetsmarknadsmodellen samt GDPR.

4.1 Arbetsrättsliga villkor och den svenska arbetsmarknaden

Ur ett svenskt perspektiv kan sägas att LOU-direktivet innebär en något problematisk EU-harmonisering skräddarsydd för en arbetsmarknadsmodell annorlunda än den svenska. Nuvarande reglering innebär visserligen att Sverige fullgjort sina skyldigheter gällande att fullständigt implementera LOU-direktivets arbetsrättsliga bestämmelser. Ifrågasättas kan dock huruvida denna lösning är anpassad till den svenska arbetsmarknadsmodellen på ett lämpligt sätt. Semidispositiva bestämmelser i kollektivavtal och principen om kollektivavtals likvärdighet genererar båda intressanta gränsdragningsfrågor i förhållande till de grundläggande upphandlingsprinciperna. Likaså genererar faktumet att vi saknar en lagstadgad minimilön och faktumet att kollektivavtal som huvudregel inte är offentliga sådana intressanta gränsdragningsfrågor. Dessutom har det visat sig att de praktiska konsekvenserna är kontraproduktiva till de arbetsrättsliga bestämmelsernas syfte: social hållbarhet.

Bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor har introducerats för att säkerställa att leverantörer inte konkurrerar genom att erbjuda undermåliga arbetsvillkor och använda offentliga upphandlingar för att bidra till bättre social hållbarhet har resulterat i ett system där leverantörer som erbjuder bättre villkor än de lägsta minimivåer egentligen kan sägas negativt särbehandlas då upphandlingar ofta tilldelas efter det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr. 16 kap 1§ LOU). Likaså innebär regleringen, utformat efter principen om kollektivavtals likvärdighet, att kollektivavtalsbundna leverantörer, bundna av det för arbetstagare minst fördelaktiga avtalet, får en fördel. Dessutom, som regeringen själv också uttryckt, kan regleringen innebära att semidispositiva lagbestämmelser till skydd för

arbetstagare kan ha ersatts av mindre förmånliga villkor i kollektivavtal och ändå uppfylla upphandlingars arbetsrättsliga villkor. Lösningen är enligt mig märklig då den skapar en ovilja att teckna det för arbetstagare mest gynnsamma kollektivavtal. Lösningen verkar ännu mer kontraproduktiv då företag som gör mer än lagens miniminivåer gällande hållbarhetskrav särbehandlas negativt. En reglering för att framtvunga social hållbarhet ska inte (riskera) pressa lönerna nedåt. Regleringen kan ifrågasättas än mer med hänsyn till den nu pågående utvecklingen mot allt mer bransch- och företagsanpassade kollektivavtal. Dessutom anser jag att bestämmelserna resulterar i ett system som står i strid med skäl 37 till upphandlingsdirektivet som föreskriver att arbetsrättsliga villkor ej får hindra mer förmånliga villkor för arbetstagare. Även om sådana juridiska hinder nödvändigtvis ej föreligger uppkommer praktiska sådana hinder: systemet straffar ambitiöst socialt hållbarhetsarbete.

Inte heller är det i min mening självklart att nu föreliggande lösning nödvändigtvis stämmer överens med EU-domstolens resonemang i eVigilio-målet där tydligt uttryckts att alla anbudsgivare ska ges samma förutsättningar. Enligt mig kan ifrågasättas huruvida anbudsgivare ges samma möjligheter när olika nivåer räcker för att uppfylla ett och samma avtalsvillkor. Likaså är det svårt att förstå hur detta system som lägger ett stort fokus på kollektivavtalsvillkor, som som utgångspunkt ej är offentliga, går ihop med de höga krav på transparens och förutsebarhet som upphandlingsregelverket kräver. Som flera remissinstanser påpekat kan det vara svårt för anbudsgivare att ta till sig innehållet i dessa avtal. Även om systemet utifrån denna synpunkt inte nödvändigtvis innebär lagstridighet skapar systemet praktisk otymplighet, detta för såväl företag som upphandlande myndigheter.

Apropå praktisk otymplighet ska proportionalitetsprincipens konsekvenser för uppföljningsprocessen nämnas. Ovan diskuterade upphandling av taxitjänster visar väl vilka omständliga bedömningar regelverket medför. Kravet på anknytning till kontrakt föremålet innebär att en kontroll av arbetsrättsliga villkor endast får avse det arbetet som motsvarar det offentliga kontraktet. Detta har visat sig praktiskt omständligt med hänsyn till att många uppdragstagare har flera parallella uppdrag och därmed även kompensation som motsvarar en tjänst snarare än respektive uppdrag. Att kontrollera just de arbetsförmåner som motsvarar upphandlingen är således svårt. Enligt min mening finns inget entydigt svar på hur dessa praktiska tillämpningsproblem som de grundläggande upphandlingsprinciperna i kombination med arbetsmarknadsmodellens särdrag ger upphov till ska lösas – men omständliga, resurskrävande eller till och med omöjliga bedömningar gynnar ingen.

4.2 Arbetsrättsliga villkor och GDPR

Det råder inga tvivel om att det idag finns stora osäkerheter gällande uppföljningen av arbetsrättsliga villkor utifrån integritetssynpunkt och det är minst sagt märkligt att regeringen trots upprepade uppmaningar från den på området centrala myndigheten, Upphandlingsmyndigheten, inte agerat överhuvudtaget. Upphandlingsmyndighetens vädjan under skrivandet av denna uppsats gång visar att nu föreliggande osäkerheter, som resulterar i praktiska svårigheter, fortsätter tillsvidare. Regeringen omöjliggör upphandlande myndigheters arbete i praktiken. Dessutom kan sägas att deras ovilja att agera i frågan i praktiken tvingar upphandlande myndigheter att bryta mot det som EU-domstolen i Wienstrom-målet slagit fast: krav som inte kan följas upp får inte ställas. Av denna anledning får Upphandlingsmyndighetens vädjan medhåll av mig. Regeringen bör snarast genomföra undantagsbestämmelser som tillåter behandling av känsliga personuppgifter i uppföljningssyfte.

4.3 Slutsats

Slutligen kan sägas att den svenska arbetsmarknadsmodellens särdrag resulterar i ett system som medför svåra gränsdragningsfrågor i förhållande till de grundläggande upphandlingsprinciperna – med praktiska otympligheter och kontraproduktiva lösningar som konsekvens. Det återstår att se huruvida regeringen ger gehör till Upphandlingsmyndighetens upprepade vädjanden för förändringar på området. Införandet av undantagsbestämmelser i enlighet med GDPR skulle lösa den praktiska problematik integritetsskyddslagstiftningen i nuläget innebär. Övriga nu identifierade praktiska svårigheter kommer sannolikt dock finnas kvar.

Likaså återstår att se vad EU-domstolen, unionsrättens högsta uttolkare, har för synpunkter på denna svenska implementering. Implementeringen utmanar på ett flertal sätt domstolens tidigare uttalanden såsom i Wienstrom-målet samt eVigilo-målet. Det är avslutningsvis enligt min mening osäkert om denna implementering anses laglig. Om detta visar sig vara ett lagligt förfarande är jag vidare ytterst osäker huruvida denna lagliga, men i praktiken otympliga implementering, är en godtagbar implementering.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, Fjärde upplagan, Jure, Stockholm, 2020.

Kleineman, Jan: 'Rättsdogmatiskmetod' i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2:a upplagan, Lund, 2018.

Lindahl Toftgaard, Eva, *Offentlig upphandling: LOU och upphandlingsprocessen*, Upplaga 1, Studentlitteratur, Lund, 2018.

Rosén Andersson, Helena m.fl., *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling*, Norstedts Juridik (JUNO), 2020-12-28.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, Fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018.

Stavenow, Christoffer & Sennström, Lisa, *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling: juridik och praktik*, Jure, Stockholm, 2013.

Ulfsdotter Forssell, Anna, *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling*, Lexino lagkommentar (JUNO), 2020-12-21.

Wendleby, Monika & Wetterberg, Dag, *Dataskyddsförordningen GDPR: förstå och tillämpa i praktiken*, Andra upplagan, Sanoma Utbildning, Stockholm, 2019.

Wendleby, Monika, *Dataskyddsförordningen GDPR: hantera registrerades rättigheter*, Första upplagan, Sanoma utbildning, Stockholm, 2021.

Elektroniska källor

Integritetsskyddsmyndigheten, *Om IMY*, <<https://www.imy.se/om-oss/>>, besökt 7 maj 2021.

Integritetsskyddsmyndigheten, *Sanktionsavgifter ch varning*,

<<https://www.imy.se/lagar--regler/dataskyddsförordningen/sanktionsavgifter-och-varningar/>>, besökt 22 april 2021.

Upphandlingsmyndigheten, *Arbetsrättsliga villkor i upphandlingsreglerna*,

<<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/hallbarhet-i-upphandlingsreglerna/arbetsrattsliga-villkor-i-upphandlingsreglerna/>>, besökt 20 april 2021.

Upphandlingsmyndigheten, *Dataskyddsförordningen (GDPR) innebär en osäkerhet vid uppföljningen av arbetsrättsliga villkor*,

<<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/nyheter/2021/dataskyddsförordningen-gdpr-innebar-en-osakerhet-vid-uppfoljningen-av-arbetsrattsliga-villkor/>>, hämtad 2021-04-27.

Upphandlingsmyndigheten, *Mål 7 — Offentlig upphandling som bidrar till ett mer socialt hållbart samhälle*,

<<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/forbered-organisationen/nationella-upphandlingstrategin/mal-7--offentlig-upphandling-som-bidrar-till-ettmer-socialt-hallbart-samhalle/>>, besökt 14 april 2021).

Upphandlingsmyndigheten, *Publicerade riskbedömningar*,

<<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/om-hallbar-upphandling/socialt-hallbar-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/arbetsrattsliga-villkor-enligt-kollektivavtal/publicerade-riskbedomningar/>>, besökt 21 april 2021.

Upphandlingsmyndigheten, *Uppföljning av arbetsrättsliga villkor*,

<<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/om-hallbar-upphandling/socialt-hallbar-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/arbetsrattsliga-villkor-enligt-kollektivavtal/uppfoljning-av-arbetsrattsliga-villkor/>>, besökt 22 april 2021.

Offentligt tryck

Europeiska kommissionen

EU-kommissionen (2020), *Buying for social impact*, Publications office of the European Union, Luxemburg.

KOM(2001) 0566 slutlig, om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.

Sverige

Propositioner

Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling

Prop. 2016/17:163 Arbetsrättsliga villkor vid upphandling

Statens offentliga utredningar

SOU 2015:78 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal

SOU 2017:39 Ny dataskyddslag

Utskottsbetänkanden

Bet. 2016/17:FiU7 Nytt regelverk om upphandling

Övrigt

Rskr. 2016/17:66

Upphandlingsmyndigheten 2019-12-18 Behandling av personuppgifter i samband med uppföljning av sociala åtaganden i offentliga kontrakt (UHM-2019-0284). [Cit. UHM-2019-0284].

Upphandlingsmyndigheten 2021-03-23 En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar (UHM-2020-0286). [Cit. UHM-2020-0286].

Datainspektionen 2019-08-20 Tillsyn enligt EU:s dataskyddsförordning 2016/679 - ansiktigenkänning för närvarokontroll av elever (DI-2019-2221). [Cit. DI-2019-2221].

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-19/00 SIAC Construction, ECLI:EU:C:2001:553.

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

C-434/02 Arnold André, ECLI:EU:C:2004:800.

C-448/01 EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich, ECLI:EU:C:2003:651.

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

C-538/13, eVigilo, EU:C:2015:166.

Förenade målen C-21/03, C-34/03 Fabricom, EU:C:2005:127.

Svenska domstolar

Kammarrätten i Stockholm, dom 6 maj 2015, mål nr 9894-14.

Kammarrätten i Stockholm, dom 12 mars 2018, mål nr 6023-17.