

# Arbetsrättsliga villkor vid offentlig upphandling

– När får och när ska villkoren ställas?

---

*Labor conditions in public procurement*

*– When may and when shall the conditions be set?*

**Daniel Brynolf**

Handledare: Pernilla Norman

Examinator: Anders Holm

## Sammanfattning

Vilka möjligheter en upphandlande myndighet bör ha att ställa arbetsrättsliga krav vid offentlig upphandling är en omdebatterad fråga. I Sverige infördes i januari 2017 ny lagstiftning om offentlig upphandling, vilken kompletterades i juni 2017 med bl.a. ett krav på att myndigheter, i vissa fall, ska ställa arbetsrättsliga villkor. I uppsatsen undersöks de nya bestämmelserna i LOU, för att utreda när arbetsrättsliga villkor *får* respektive *ska* ställas vid offentlig upphandling. Vidare undersöks huruvida bestämmelserna är förenliga med EU-rätten, de grundläggande principerna och LOU-direktivets bakomliggande syften.

Av uppsatsen framgår att en upphandlande myndighet kan ta arbetsrättsliga hänsyn på flera olika sätt i olika moment av upphandlingen och att det skiljer sig från upphandling till upphandling vilka villkor som får ställas. Det framkommer även att kraven för att en upphandlande myndighet ska få ställa arbetsrättsliga villkor som fullgörandevillkor vid en offentlig upphandling är att villkoren ska ha koppling till kontraktsföremålet, vara tydliga och framgå av upphandlingsdokumenten, vara förenliga med de EU-rättsliga principerna, och vara möjliga att kontrollera samt följa upp.

I vissa fall finns det även ett krav på att en upphandlande myndighet ska ställa arbetsrättsliga villkor såsom fullgörandevillkor. Den upphandlande myndigheten ska ställa arbetsrättsliga villkor vid upphandlingar som överstiger tröskelvärdena, som inte avser sociala eller andra särskilda tjänster och som har påbörjats 1 juni 2017 eller senare, förutsatt att det är behövligt och villkoren går att fastställa. De krav som den upphandlande myndigheten ska ställa, förutsatt att ovan nämnda rekvisit är uppfyllda, är krav på minimivillkor om lön, semester och arbetstid. Nivåerna ska hämtas från ett centralt kollektivavtal som är allmänt tillämpligt i den aktuella branschen. Nivån får dock inte vara lägre än vad som framgår av lag. Om det inte går att fastställa ett av villkoren behöver inte det villkoret ställas, dock ska de andra ställas. Vidare ska villkoren vara proportionerliga och framgå direkt av upphandlingsdokumenten.

I uppsatsen framgår dessutom att även om bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor går utöver de krav som ställs i LOU-direktivet torde de vara förenliga med EU-rätten och de grundläggande principerna. Bestämmelserna kan dock inte anses vara förenliga med LOU-direktivets kompletterande mål, att skapa ett enklare regelverk. Även om bestämmelserna inte är förenliga med det kompletterande målet är de befogade eftersom syftet med att ställa arbetsrättsliga villkor, att motverka social dumping och oskäligen arbetsvillkor, torde väga tyngre än att till varje pris skapa ett så enkelt regelverk som möjligt.

## Förkortningar

|                           |  |
|---------------------------|--|
| Art.                      | Artikel  |
| BNP                       | Bruttonationalprodukt  |
| EU                        | Europeiska unionen   |
| EU-domstolen              | Europeiska unionens domstol  |
| FEU                       | Fördraget om Europeiska unionen  |
| FEUF                      | Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt   |
| ILO                       | Internationella arbetsorganisationen   |
| Kommissionen              | Europeiska kommissionen  |
| LOU                       | Lag (2016:1145) om offentlig upphandling   |
| 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                       | Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna   |
| 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                       | Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner   |
| LUK-direktivet            | Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner   |
| Prop.                     | Regeringens proposition  |
| Rättighetsstadgan         | Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna   |
| SFS                       | Svensk författningssamling   |
| SOU                       | Statens offentliga utredningar   |
| Utstationeringsdirektivet | Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster  |

ÄLOU

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

ÄÄLOU

Lag (1992:1528) om offentlig upphandling

# Innehållsförteckning

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1. Inledning</b>   | <b>1</b>  |
| 1.1 Problembakgrund   | 1         |
| 1.2 Problemformulering  | 3         |
| 1.3 Syfte   | 3         |
| 1.4 Metod och material  | 3         |
| 1.5 Avgränsningar   | 6         |
| 1.6 Disposition   | 7         |
| <b>2. Upphandlingsrättsliga grunder</b>   | <b>8</b>  |
| 2.1 Allmänt   | 8         |
| 2.2 Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt   | 9         |
| 2.3 Allmänna bestämmelser och grundläggande principer   | 11        |
| 2.3.1 Allmänt   | 11        |
| 2.3.2 Icke-diskrimineringsprincipen   | 12        |
| 2.3.3 Likabehandlingsprincipen  | 12        |
| 2.3.4 Proportionalitetsprincipen  | 13        |
| 2.3.5 Öppenhetsprincipen  | 13        |
| 2.3.6 Principen om ömsesidigt erkännande  | 14        |
| 2.3.7 Konkurrensprincipen   | 14        |
| <b>3. Hållbar upphandling</b>   | <b>15</b> |
| 3.1 Allmänt   | 15        |
| 3.2 Sociala hänsyn och socialt ansvarsfull offentlig upphandling  | 15        |
| 3.3 Arbetsrättsliga hänsyn  | 16        |
| <b>4. Det EU-rättsliga regelverket</b>  | <b>18</b> |
| 4.1 Allmänt   | 18        |
| 4.2 LOU- direktivet   | 19        |
| 4.2.1 Bakgrund  | 19        |
| 4.2.2 Direktivets krav  | 20        |
| 4.2.3 Det bakomliggande syftet  | 21        |
| 4.3 Möjlighet att ställa krav utöver EU-harmoniserad lagstiftning   | 21        |
| <b>5. Arbetsrättsliga villkor</b>   | <b>23</b> |
| 5.1 Allmänt   | 23        |
| 5.2 Frivilliga villkor  | 26        |
| 5.3 Obligatoriska villkor   | 26        |
| 5.3.1 Allmänt   | 26        |
| 5.3.2 Lön   | 27        |
| 5.3.3 Arbetstid   | 28        |
| 5.3.4 Semester  | 28        |
| 5.4 Kollektivavtalets nivå  | 29        |
| 5.5 Behövlighetsbedömning   | 31        |
| 5.6 Arbetsrättsliga villkor för underleverantörer   | 33        |
| 5.7 Hur uppfylls de arbetsrättsliga kraven?   | 34        |
| 5.8 Uppföljning av arbetsrättsliga villkor  | 36        |
| <b>6. Analys</b>  | <b>39</b> |
| 6.1 När får och när ska arbetsrättsliga krav ställas såsom fullgörande av kontraktsvillkor vid offentlig upphandling? | 39        |
| 6.2 Bestämmelsernas förenlighet med EU-rätten, de grundläggande principerna och LOU-direktivets bakomliggande syften  | 46        |
| 6.3 Myndighetens möjlighet att förkasta ett anbud på grund av de arbetsrättsliga kraven                               | 49        |
| <b>7. Slutsatser</b>  | <b>52</b> |

|                           |           |
|---------------------------|-----------|
| <b>8. Källförteckning</b> | <b>54</b> |
| <b>Bilaga 1</b>           | <b>63</b> |
| <b>Bilaga 2</b>           | <b>64</b> |
| <b>Bilaga 3</b>           | <b>65</b> |
| <b>Bilaga 4</b>           | <b>66</b> |

# 1. Inledning

## 1.1 Problembakgrund

Varje år upphandlar offentliga myndigheter för mycket stora belopp. Under 2015 uppgick de upphandlingspliktiga inköpen till ca 642 miljarder svenska kronor, vilket motsvarade knappt en sjättedel av Sveriges BNP.<sup>1</sup> Offentlig upphandling är med andra ord en verksamhet som har stor påverkan på samhällsekonomin.

År 2014 antogs tre EU-direktiv,<sup>2</sup> varpå nya LOU, LUF och LUK trädde ikraft den 1 januari 2017.<sup>3</sup> Någon lagstiftning om krav på arbetsrättsliga villkor återfanns dock inte i någon av lagarna, även om frågan behandlades i de bakomliggande direktiven,<sup>4</sup> eftersom riksdagen inte röstade igenom regeringens förslag.<sup>5</sup>

Den 3 maj 2017 antogs propositionen *Arbetsrättsliga villkor vid upphandling*<sup>6</sup> och i juni 2017 infördes de reviderade arbetsrättsliga villkoren i upphandlingslagstiftningen.<sup>7</sup> Propositionen bygger på upphandlingsdirektiven,<sup>8</sup> där arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt ansågs vara eftersträvansvärda och borde integreras i offentliga upphandlingar.<sup>9</sup> Även regeringen delade denna bedömning, varför både EU och regeringen ansåg att det var viktigt att eftersträva arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt.<sup>10</sup> Det föreligger dock olika skäl till varför sådana villkor ska ställas och villkoren som kan ställas varierar beroende på situationen.

De bestämmelser som återfinns i direktiven och i upphandlingslagarna, vilka bygger på direktiven, präglas av en allt större flexibilitet och är en modernisering av tidigare bestämmelser avseende offentlig upphandling. Bestämmelserna är även en kodifiering av EU-domstolens praxis. I bestämmelserna betonas även upphandlande myndigheters skyldigheter och

---

<sup>1</sup> Upphandlingsmyndigheten, Konkurrensverket, rapport 2017:5, 2017:11, *Statistik om offentlig upphandling 2017*, s. 8.

<sup>2</sup> LOU-direktivet, LUF-direktivet och LUK-direktivet.

<sup>3</sup> Prop. 2015/16:195, *Nytt regelverk om upphandling*, se även Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4. uppl., Jure, Stockholm, 2017, s. 21.

<sup>4</sup> Se bl.a. art. 18.2 och 71.1 LOU-direktivet.

<sup>5</sup> Betänkande 2016/17:FiU7, *Nytt regelverk om upphandling*, se även Riksdagsskrivelse 2016/17:66.

<sup>6</sup> Prop. 2016/17:163, *Arbetsrättsliga villkor vid upphandling*.

<sup>7</sup> Betänkande 2016/17:FiU31, *Arbetsrättsliga villkor vid upphandling* se även SFS 2017:347, Lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

<sup>8</sup> LOU-direktivet, LUF-direktivet och LUK-direktivet.

<sup>9</sup> Skäl 37–40 LOU-direktivet.

<sup>10</sup> Prop. 2016/17:163, s. 29.

möjligheter att genom hänsyn till sociala- och arbetsrättsliga skyldigheter främja samhälleliga mål.<sup>11</sup>

De reviderade bestämmelserna avseende arbetsrättsliga villkor vid upphandling över tröskelvärdena har införts i de kapitel i respektive lag som avser fullgörande av kontrakt. I LOU har bestämmelser införts i 17 kap. 2–5 §§, i LUF i 16 kap. 2–5 §§ och i LUK i 14 kap. 2–5 §§. Bestämmelserna innebär att en upphandlande myndighet, vid upphandlingar över tröskelvärdena, ska ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor avseende lön, semester och arbetstid om det är behövligt och villkoren går att fastställa.<sup>12</sup> Det är således inte alltid ett obligatoriskt krav att ställa arbetsrättsliga villkor, en sådan skyldighet beror på flera faktorer vilket leder till en osäkerhet avseende när de arbetsrättsliga villkoren ska tillämpas.

Det faktum att de arbetsrättsliga kraven, i de fall där de ska ställas, har införts som ett särskilt villkor för fullgörande av kontrakt innebär att de ”[...] ska anges i upphandlingsdokumenten och särskiljas från tekniska specifikationer, kvalificeringskrav och tilldelningskriterier. Ett anbud från en leverantör ska förkastas om leverantören förklarar sig inte vilja eller kunna följa uppställda särskilda villkor för fullgörandet. Villkoren ska dock inte påverka utvärderingen av anbuden. Villkoren behöver inte heller vara uppfyllda när anbudet lämnas.”<sup>13</sup> Det innebär att det uppstår ett gränsdragningsproblem där det inte endast är tillåtet utan ett krav att förkasta ett anbud från en leverantör som inte kan eller vill uppfylla de arbetsrättsliga kraven samtidigt som villkoren inte får påverka utvärderingen av anbuden.

Ett av syftena med de bakomliggande direktiven är att bidra till att förverkliga och främja förtroendet för den inre marknaden. Utöver det har direktiven som kompletterande mål att genom enklare och mer flexibla regler effektivisera offentlig upphandling och att utöka upphandlande myndigheters möjligheter att använda offentlig upphandling för att nå gemensamma samhälleliga mål.<sup>14</sup> Bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor har dock orsakat debatt och även fått kritik, bl.a. har det ansetts att lagstiftningen är komplicerad, att tolkningen av den kan bli tidskrävande och försvåra arbetet för de upphandlande myndigheterna och framförallt att det är oklart när arbetsrättsliga villkor faktiskt ska ställas.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Prop. 2015/16:195, s. 1 ff, se även Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, Karnov, lagkommentar.

<sup>12</sup> Prop. 2016/17:163, s. 1 ff.

<sup>13</sup> Prop. 2015/16:195, s. 1118, se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 180 f och Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 17 kap. 1 §, Karnov, lagkommentar.

<sup>14</sup> Skäl 2 LOU-direktivet, se även prop. 2015/16:195, s. 292 och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 22.

<sup>15</sup> Se bl.a. Betänkande 2016/17:FiU31, s. 13 och Säfvenberg, Erik. SOI: Stora påfrestningar med regeringens förslag. Upphandling24. 2017-03-20. <https://upphandling24.se/soi-stora-pafrestningar-med-regeringens-nya-arbetsrattsforstag/> (Hämtad 2017-12-01).



## 1.2 Problemformulering

Som beskrivits ovan föreligger flera oklarheter avseende tillämpningen av bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor. Bestämmelserna är uppdelade på olika ställen i upphandlingslagstiftningen, med skiftande karaktär som dessutom tenderar att överlappa varandra. I vissa fall *bör* en upphandlande myndighet ställa arbetsrättsliga krav, andra gånger *får* de ställa villkoren och enligt bestämmelsen i 17 kap. 2 § LOU *ska* myndigheten, förutsatt att det är behövligt och villkoren går att fastställa, i vissa fall ställa kraven. För att utreda rättsläget undersöks följande problemställningar.

- När får och när ska arbetsrättsliga krav ställas såsom fullgörande av kontraktsvillkor vid offentlig upphandling?
- Är bestämmelserna i LOU, avseende arbetsrättsliga villkor vid offentlig upphandling, förenliga med EU-rätten, de grundläggande principerna och LOU-direktivets bakomliggande syften?
- Hur förhåller sig myndighetens möjlighet att förkasta ett anbud på grund av de arbetsrättsliga kraven till att villkoren inte ska påverka utvärderingen av anbudet?

## 1.3 Syfte

Syftet med uppsatsen är att undersöka när offentliga myndigheter får respektive ska ställa arbetsrättsliga villkor inom offentlig upphandling och om de nya bestämmelserna är tillräckliga eller om de går utöver kraven som ställs enligt EU-rätten. Ytterligare ett syfte med uppsatsen är att undersöka huruvida den svenska lagstiftningen är förenlig med det bakomliggande direktivets syften och de grundläggande principerna inom offentlig upphandling.

Uppsatsen riktar sig främst till upphandlande myndigheter och enheter, men även till jurister, juriststudenter och konsulter inom offentlig upphandling eftersom det krävs en grundläggande förkunskap inom juridik, främst upphandlingsrätt och arbetsrätt, för att förstå uppsatsens innehåll.

## 1.4 Metod och material

För att uppnå uppsatsens syfte och för att besvara uppsatsens problemformuleringar används huvudsakligen traditionell juridisk metod.<sup>16</sup> Metoden inkluderar rättskällevärdet och omfattar hur fakta hanteras och dess relation till rättskällorna.<sup>17</sup> Traditionell juridisk metod är nära

---

<sup>16</sup> Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation*, 3., [utök. och rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 41 f, se även Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 9. [uppdaterade och omarb.] uppl., Iusté, Uppsala, 2016, s. 19 ff.

<sup>17</sup> Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s. 41.

besläktad med rättsdogmatisk metod,<sup>18</sup> men det föreligger vissa skillnader.<sup>19</sup> Rättsdogmatiska metodens huvuduppgift är att beskriva, tolka och systematisera gällande rätt, *de lege lata*.<sup>20</sup> Vad som anses vara gällande rätt framgår av att studera allmänt accepterade rättskällor.<sup>21</sup>

Rättskällorna i uppsatsen behandlas i enlighet med rättskällehieran och den hierarki som föreligger dem emellan.<sup>22</sup> I svensk rätt är rättskällehierarkin: lagar, rättspraxis, förarbeten, sedvana och doktrin.<sup>23</sup> Till skillnad från juridisk doktrin har lagar, rättspraxis och förarbeten en inneboende auktoritet. Den juridiska doktrinen däremot förvärvar sin auktoritet genom kvaliteten i de argument som författaren för fram.<sup>24</sup> I den juridiska argumentationen väger generellt sett lagar, prejudikat och förarbeten tyngst. Sådana rättskällor har en särställning i den juridiska argumentationen, genom att utgöra auktoritetsskäl, till skillnad från exempelvis rent sakliga skäl.<sup>25</sup>

Med tanke på att den svenska upphandlingslagstiftningen är utformad i nära anslutning till de EU-direktiv som lagarna implementerar,<sup>26</sup> och EU-rättens företrädare framför svensk rätt,<sup>27</sup> har det bakomliggande direktivet en central roll i uppsatsen. När EU-rättsliga källor presenteras i uppsatsen används en EU-rättslig metod och dess normhierarki.<sup>28</sup> Vid tolkning av EU-rätten används således, som ett komplement till traditionell juridisk metod och bokstavstolkning, en EU-rättslig metod med teleologisk tolkning, dvs. bestämmelsernas ändamål tolkas utifrån lagstiftarens syfte.<sup>29</sup>

Normhierarkin inom EU-rätten skiljer sig från den svenska modellen. Inom EU-rätten delas rättskällorna in i primärrätt<sup>30</sup>, sekundärrätt<sup>31</sup>, praxis från EU-domstolen och juridisk doktrin.<sup>32</sup> Utöver de nyss nämnda rättskällorna undersöks dessutom icke-bindande dokument, även kallat

---

<sup>18</sup> Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s. 43 ff, se även Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, ur Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 21 ff.

<sup>19</sup> Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s. 41 ff.

<sup>20</sup> Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004, s. 111, se även Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995, s. 33.

<sup>21</sup> Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, ur Korling, Fredrik & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, s. 21.

<sup>22</sup> Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s. 39 f, se även Bernitz, Ulf (red.), *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Fjortonde upplagan, Stockholm, 2017, s. 30 ff.

<sup>23</sup> Bernitz, m.fl., *Finna rätt*, s. 30 ff.

<sup>24</sup> Ibid., s. 32 se även Peczenik, *Juridikens teori och metod*, s. 42 ff.

<sup>25</sup> Peczenik, *Juridikens teori och metod*, s. 31, se även Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, s. 106.

<sup>26</sup> Prop. 2015/16:195, s. 300 ff, se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 20 f.

<sup>27</sup> Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Sjätte upplagan, Stockholm, 2018, s. 101 ff.

<sup>28</sup> Reichel, Jane, *EU-rättslig metod*, ur Korling, Fredrik & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, s. 109 ff, se även Bernitz m.fl., *Finna rätt*, s. 63 ff.

<sup>29</sup> Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011, s. 168 ff, se även Peczenik, *Juridikens teori och metod*, s. 56 ff.

<sup>30</sup> FEU, FEUF, Rättighetsstadgan och de grundläggande rättsprinciperna.

<sup>31</sup> Förordningar, direktiv, beslut, delegerade akter och genomförandeakter.

<sup>32</sup> Bernitz m.fl., *Finna rätt*, s. 63 ff, se även Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 184 ff.

*soft law*, som exempelvis yttranden och kommissionens tolkningsmeddelanden. Även om *soft law* inte är bindande har den betydelse och kan användas som stöd vid tolkning av EU-rätten.<sup>33</sup>

För att besvara uppsatsens frågeställningar används även empiriskt material i form av intervjuer som ett komplement till den traditionella juridiska metoden. Att använda empiriskt material ligger utanför rättskälleläran och således även den rättsdogmatiska metoden. I artikeln *Rättsdogmatik som vetenskap* beskriver Nils Jareborg rättsdogmatiken. Jareborg framhåller att den rättsdogmatiska metoden är en rekonstruktion av rättssystemet och att det inte finns något hinder vid tillämpningen av rättsdogmatisk metod, att vidga perspektivet genom att gå utanför gällande rätt.<sup>34</sup> Med tanke på att traditionell juridisk metod är nära besläktad med rättsdogmatisk metod torde det inte heller vid tillämpningen av traditionell juridisk metod finnas något hinder mot att utvidga perspektivet utanför rättskälleläran. Kvalitativt empiriskt material, i form av exempelvis intervjuer, är ett sätt att vidga den rättsvetenskapliga analysen och kan som komplement i en rättsvetenskaplig uppsats öka rättsvetenskapens relevans och kvalitet.<sup>35</sup> För att besvara uppsatsens frågeställningar på ett så heltäckande sätt som möjligt är det angeläget, och i princip nödvändigt, att använda empiriskt material i undersökningen. För att kunna visa hur rättsregler används i praktiken och vilka effekter de kan antas medföra, är intervjuer i många fall det enda medlet som på ett bra sätt ”fångar upp” berörda aktörers syn på regelverket.<sup>36</sup> Att använda empiri är även en lämplig metod vid en analys av bestämmelser med ett öppet och oprecist formulerat innehåll.<sup>37</sup> För att resonemang, med inslag av värderingar, ska kunna göra anspråk på vetenskaplighet måste särskilda krav ställas på resonemangens rationalitet.<sup>38</sup> Det empiriska materialet används som ett komplement till den traditionella juridiska metoden för att vidare underbygga och styrka argumentationen i uppsatsens analys och de olika resonemangens rationalitet.

Traditionell juridisk metod ger en metodisk arbetsgång där relevanta rättskällor granskas, värderas och vägs mot varandra för att utröna vad som är gällande rätt, och är således en väl lämpad huvudmetod, kompletterat med en EU-rättslig metod med ett teleologiskt synsätt samt empiri, för att uppfylla uppsatsens syften och för att besvara dess problemformuleringar.

Tyngdpunkten i uppsatsen är bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor i LOU, dess förarbeten

---

<sup>33</sup> Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 187.

<sup>34</sup> Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004, s. 4.

<sup>35</sup> Sandgren, Claes, *Empiri och rättsvetenskap del I*, JT 1995-96, s. 728, och Sandgren, Claes, *om teoribildning och rättsvetenskap*, JT 2004-05 s. 297.

<sup>36</sup> Sandgren, Claes, *Empiri och rättsvetenskap del II*, JT 1995-96, s. 1042.

<sup>37</sup> *Ibid.*, s. 1036.

<sup>38</sup> Agell, Anders, *Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen*, SvJT 2002, s. 246.

i form av den bakomliggande propositionen,<sup>39</sup> SOU,<sup>40</sup> och övriga relevanta offentliga dokument som skrivits angående tolkning av arbetsrättsliga villkor.<sup>41</sup> De EU-rättsliga källor som undersöks är fördragen, LOU-direktivet, relevant praxis, doktrin och *soft law*.

Det har tidigare skrivits en del om möjligheterna att tillämpa både sociala hänsyn och arbetsrättsliga villkor vid offentlig upphandling, främst i form av offentliga utredningar och forskningsrapporter från statliga myndigheter men även i form av tidigare uppsatser och artiklar i tidskrifter. Rättsläget är däremot fortfarande oklart avseende när arbetsrättsliga villkor vid offentlig upphandling får respektive ska tillämpas och om bestämmelserna som införts i LOU är förenliga med EU-rätten och LOU-direktivets syften.

## 1.5 Avgränsningar

Uppsatsen är avgränsad från LUF, LUK, LUF-direktivet och LUK-direktivet eftersom de är lika bestämmelserna i LOU och LOU-direktivet. Att bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor i de olika lagarna liknar varandra innebär dock att uppsatsen ändå får viss relevans för myndigheter/enheter som ska tillämpa LUF och LUK, även om bestämmelserna inte undersöks.

Uppsatsen avgränsas dessutom från miljöhänsyn, sociala hänsyn och de övriga sociala krav, som inte är arbetsrättsliga, som kan ställas vid offentliga upphandlingar. Socialt ansvarsfull upphandling och arbetsrättsliga hänsyn behandlas dock kortfattat i kapitel tre för att öka förståelsen och för att beskriva dess samband med de arbetsrättsliga kraven vid upphandling. Arbets- och sociala hänsyn kan dessutom beaktas på flera olika sätt, i olika moment av en upphandling, uppsatsen avgränsas däremot till arbetsrättsliga krav som ställs såsom fullgörande av kontraktsvillkor.

Uppsatsen avgränsas även från *vilka* villkor som får ställas enligt utstationeringslagen<sup>42</sup> och Utstationeringsdirektivet, och berör inte *hur* de arbetsrättsliga villkoren ska tillämpas enligt ILO:s kärnkonventioner. Detta eftersom syftet med uppsatsen är att undersöka hur svenska myndigheter och företag påverkas av de nya reviderade bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor i LOU vid upphandlingar i Sverige. Däremot beskrivs *när*, och även till viss del *hur*

---

<sup>39</sup> Prop. 2016/17:163 men även prop. 2015/16:195 trots att förslaget om arbetsrättsliga villkor i den senare ej antogs.

<sup>40</sup> Se bl.a. SOU 2015:78, *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal* och SOU 2014:51, *Nya regler om upphandling*.

<sup>41</sup> Se bl.a. Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas, *Upphandling och arbete i EU*, Sieps 2010:3, Konkurrensverkets, rapport 2015:6, *Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling* och Sundstrand, Andrea, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2015:2, *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*.

<sup>42</sup> Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

utstationeringslagstiftningen påverkar vilka arbetsrättsliga villkor som får ställas av en upphandlande myndighet.

## **1.6 Disposition**

I kapitel ett presenteras uppsatsens problembakgrund, frågeställningar, metod och material, syfte samt innehåll. I kapitel två redogörs för grunderna inom upphandlingsrätt för att läsaren ska få en överblick och bättre förståelse för resterande delar av uppsatsen. I kapitel tre presenteras vad som avses med hållbar upphandling, socialt ansvarsfull upphandling, och arbetsrättsliga hänsyn. I kapitel fyra undersöks det EU-rättsliga regelverket angående arbetsrättsliga villkor och hur det påverkar svensk lagstiftning. I kapitel fem undersöks de arbetsrättsliga villkoren, med en genomgång av svensk lagstiftning, förarbeten, offentliga utredningar, rekommendationer och doktrin på området. I uppsatsens sjätte kapitel sammanfattas och analyseras gällande rätt på området för att besvara uppsatsens problemformuleringar. I det sjunde kapitlet redogörs för uppsatsens slutsatser.

## 2. Upphandlingsrättsliga grunder

### 2.1 Allmänt

Offentliga myndigheter upphandlar för mycket stora belopp, vilket påverkar samhällsekonomin.<sup>43</sup> För att pengarna ska användas så effektivt som möjligt krävs ett omfattande regelverk. LOU reglerar offentlig upphandling, vilket är upphandlingar som genomförs av en myndighet.<sup>44</sup> Vad som avses med upphandling är de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.<sup>45</sup> Upphandlingsskyldigheten omfattar alla typer av anskaffning, med undantag för rena gåvor eller bidrag utan något krav på motprestation vilka i princip inte omfattas av denna skyldighet.<sup>46</sup>

Svensk lagstiftning om offentlig upphandling är utformad i nära anslutning till de EU-direktiv som har implementerats i svensk rätt och bestämmelserna bygger på objektivitet och öppenhet. När en myndighet ska genomföra en offentlig upphandling måste de vara sakliga i valet av leverantör och det val som den upphandlande myndigheten gör ska ske på affärsmässig grund, dvs. den leverantör som erbjuder den bästa varan till de bästa villkoren ska bli vald.<sup>47</sup>

Huruvida en offentlig upphandling ska följa de nationella reglerna eller de direktivstyrda reglerna beror på om upphandlingens totala värde överstiger eller understiger tröskelvärdena. För att veta vilka regler som ska följas måste därför den upphandlande myndigheten beräkna det totala värdet av upphandlingen.<sup>48</sup> Upphandlingar som överstiger tröskelvärdena ska följas av de regler i LOU som bygger på EU-direktiv, dvs. det direktivstyrda området. Om upphandlingens totala värde understiger tröskelvärdena omfattas de inte av direktiven eftersom de inte anses ha ett gränsöverskridande intresse,<sup>49</sup> varpå medlemsstaterna kan reglera upphandlingar under tröskelvärdena i princip hur de vill. Upphandlingar vars värde understiger tröskelvärdena samt upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska dock följa

---

<sup>43</sup> Upphandlingsmyndigheten, Konkurrensverket. Rapport 2017:5, 2017:11, *Statistik om offentlig upphandling 2017*, s. 8.

<sup>44</sup> 1 kap. 2 § 1 st. 1 men. LOU.

<sup>45</sup> 1 kap. 2 § 1 st. 2 men. LOU.

<sup>46</sup> Mål C-451/08, Helmut Müller, p. 48 f, se även Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFUS och LOV*, 4 uppl., s. 34.

<sup>47</sup> Konkurrensverket, *Om offentlig upphandling*. <http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/> (Hämtad 2018-01-02), se även Upphandlingsmyndigheten, *Om regler för upphandling*, 2018-01-11. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/> (Hämtad 2018-03-13).

<sup>48</sup> Konkurrensverket, *Tröskelvärden*, 2018-01-10. <http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/troskelvarden/> (Hämtad 2018-02-26).

<sup>49</sup> Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling: en introduktion*, 2., omarb. och uppdaterade uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 56.

samma grundläggande principer som vid upphandlingar över tröskelvärdena,<sup>50</sup> även om dessa bestämmelser främst har utformats utifrån de äldre svenska upphandlingsbestämmelserna.<sup>51</sup> Bestämmelserna för upphandlingar som understiger tröskelvärdena liknar dock allt mer bestämmelserna som gäller för upphandlingar som överstiger tröskelvärdena, vilket beror på att kopplingen till de äldre svenska bestämmelserna har blivit allt svagare.<sup>52</sup> Vidare har EU-domstolen framhållit att om ”[...]nationell lagstiftning för lösning av problem i rent interna situationer anpassas till den lösning som har valts i gemenskapsrätten”,<sup>53</sup> bör bestämmelserna tolkas på ett enhetligt sätt och i enlighet med unionsrätten på området.<sup>54</sup> Beräkningen huruvida det totala värdet av upphandlingen överstiger eller understiger tröskelvärdena genomförs enligt reglerna i 5 kap. LOU. Tröskelvärdena för offentlig upphandling ska kontrolleras och vid behov revideras, av Kommissionen, vartannat år.<sup>55</sup>

Bestämmelserna i LOU reglerar hela förfarandet, från den upphandlande myndighetens beslut om val av upphandlingsförfarande till dess att upphandlingen är avslutad. I 17 kap. LOU återfinns dessutom bestämmelser vilka reglerar det som sker efter upphandlingens avslutande, dvs. bestämmelserna för fullgörande av kontrakt.<sup>56</sup>

## 2.2 Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

Av bestämmelsen i 17 kap. 1 § LOU framgår att ”[e]n upphandlande myndighet får ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras.”<sup>57</sup> Sådana villkor kallas även fullgörandevillkor eller särskilda kontraktsvillkor. Den upphandlande myndigheten kan även ställa andra villkor för fullgörande av kontrakt eftersom de nyss uppräknade villkoren endast är exemplifierande.<sup>58</sup> Villkoren måste dock ha anknytning till det som anskaffats på samma sätt som avses i tilldelningskriterierna.<sup>59</sup> Det innebär att något eller några av de villkor som ställs av den upphandlande myndigheten i något avseende ska hänföra sig till varan, tjänsten eller byggnadsverket under något skede av upphandlingens

---

<sup>50</sup> Mål C-324/98, *Teleaustria och Telefonadress*, p. 60, se även mål C-59/00, *Vestergaard*, p. 20 och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 26.

<sup>51</sup> Bl.a. Upphandlingsförordningen (1986:366), se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 26.

<sup>52</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 26.

<sup>53</sup> Mål C-28/95, *Leur-Blom*, p. 32.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Art. 6 LOU-direktivet.

<sup>56</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 180.

<sup>57</sup> 17 kap. 1 § 1 st. LOU.

<sup>58</sup> Prop. 2015/16:195, s. 1117, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFUS och LOV*, s. 278 och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 180.

<sup>59</sup> 17 kap. 1 § 2 st. LOU.

livscykel.<sup>60</sup> Det krävs dock inte att villkoret ”[...] avser en varas egenskaper som sådana, det vill säga ett element som faktiskt utgör en del av varan.”<sup>61</sup>

Kravet på anknytning till föremålet betyder att den upphandlande myndigheten inte ska kunna ställa villkor för de delar av leverantörens verksamhet som inte ingår i kontraktet, dvs. endast villkor som kan anses ha en koppling till fullgörandet av kontraktet får ställas. De särskilda kontraktsvillkoren ska även särskiljas från tekniska specifikationer, kvalificeringskrav och tilldelningskriterier.<sup>62</sup> En myndighet får utesluta en leverantör om den kan visa att leverantören, antingen vid den aktuella upphandlingen eller vid en tidigare upphandling, har åsidosatt sina arbetsrättsliga skyldigheter.<sup>63</sup> Innan uteslutning ska dock leverantören ges möjlighet att yttra sig om omständigheterna,<sup>64</sup> och leverantören ska inte uteslutas om den kan visa att de har åtgärdat problemen och kan uppfylla villkoren.<sup>65</sup> Det spelar inte heller någon roll när i upphandlingen myndigheten får reda på att det föreligger en grund för uteslutning eftersom myndigheten kan utesluta en leverantör under hela upphandlingen.<sup>66</sup>

Om en leverantör däremot förklarar att denne varken kan eller vill följa de arbetsrättsliga villkor som den upphandlande myndigheten har uppställt för fullgörandet av kontraktet, ska anbudet förkastas.<sup>67</sup> När anbudet lämnas till den upphandlande myndigheten behöver däremot inte de arbetsrättsliga villkoren vara uppfyllda, dessa kan införas under avtalstiden med en viss tidsfrist. Vid valet av leverantör ska däremot inte de särskilda villkoren som har uppställts påverka den upphandlande myndighetens utvärdering av anbudet.<sup>68</sup> Huvudregeln är att de villkor som inte strider mot de grundläggande principerna för upphandling är tillåtna, det får dock avgöras från upphandling till upphandling vilka villkor som kan ställas.<sup>69</sup>

Det är dessutom den upphandlande myndigheten som bestämmer vilken bevisning som ska kopplas till kraven som ställs. Kraven får dock inte strida mot de grundläggande principerna. Om den upphandlande myndigheten ställer krav på ett visst bevis, får den upphandlande

---

<sup>60</sup> 16 kap. 2 § 2 st. LOU, se även prop. 2015/16:195, s. 1110 f.

<sup>61</sup> Mål C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna, p. 91, se även prop. 2015/16:195, s. 1111.

<sup>62</sup> Prop. 2015/16:195, s. 1117 f, se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 180 f och Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 17 kap. 1 §, Karnov, lagkommentar.

<sup>63</sup> 13 kap. 3 § LOU se även prop. 2015/16:195, s. 733 ff.

<sup>64</sup> 13 kap. 4 § LOU.

<sup>65</sup> 13 kap. 5 § LOU.

<sup>66</sup> 13 kap. 7 § LOU.

<sup>67</sup> Prop. 2015/16:195, s. 1118, se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 180 f och Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 17 kap. 1 §, Karnov, lagkommentar.

<sup>68</sup> Prop. 2015/16:195, s. 1118, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 278, Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 180 f, Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 17 kap. 1 §, Karnov, lagkommentar och Konkurrensverket, *Särskilda kontraktsvillkor*, 2017-01-01.

<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/hallbar-upphandling/sarskilda-kontraktsvillkor/> (Hämtad 2018-01-02).

<sup>69</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 180.



myndigheten inte anta anbudet om inte anbudsgivaren lämnar in det som krävs.<sup>70</sup> Om en anbudsgivare däremot skulle bekräfta att den uppfyller kravet, genom att exempelvis i ett standardformulär ange att de uppfyller kraven, utan att det framgår att denne behöver styrka sitt svar med någon bevisning, får den upphandlande myndigheten inte utesluta anbudsgivaren av den anledningen att någon bevisning inte lämnats.<sup>71</sup>

## 2.3 Allmänna bestämmelser och grundläggande principer

### 2.3.1 Allmänt

Som tidigare nämnts är det svenska regelverket för offentlig upphandling utformat i nära anslutning till EU-rätten. Den del av EU-rätten som påverkar det svenska regelverket för offentlig upphandling består i huvudsak av fördragen, de grundläggande rättsprinciperna, praxis och upphandlingsdirektiven. De grundläggande principerna för offentlig upphandling framgår av art. 18 i LOU-direktivet. Av artikeln framgår att det är av vikt att de upphandlingsrättsliga principerna följs, och att medlemsstaterna vidtar lämpliga åtgärder för att iaktta bl.a. arbetsrättsliga hänsyn. Det varierar från upphandling till upphandling vilka krav som får ställas, men kraven kan exempelvis avse villkor som avser att skapa sysselsättningsmöjligheter för långtidsarbetslösa.<sup>72</sup>

I 4 kap. LOU återfinns de allmänna bestämmelserna och principerna för offentlig upphandling. I kapitlet stadgas bl.a. att ”[u]pphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.”<sup>73</sup> Vidare ska upphandlingar ”[...] genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.”<sup>74</sup> Principerna som lagstadgats i 4 kap. 1 § LOU följer dels av bestämmelser i FEUF och dels av EU-domstolens praxis.<sup>75</sup>

De grundläggande principer som återfinns i FEUF och EU-domstolens rättspraxis ska genomsyra hela upphandlingsförfarandet.<sup>76</sup> Principerna gäller oavsett om upphandlingens totala värde över- eller understiger tröskelvärdena och ska även gälla gentemot samtliga leverantörer, även sådana som inte har deltagit i den aktuella upphandlingen.<sup>77</sup>

---

<sup>70</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 2292-13, dom 2014-02-07.

<sup>71</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 6845-12, dom 2013-01-02.

<sup>72</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Socialt ansvarsfull upphandling*, 2018-01-29.

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/> (Hämtad 2018-03-13).

<sup>73</sup> 4 kap. 1 § 1 st. 1 men. LOU.

<sup>74</sup> 4 kap. 1 § 1 st. 2 men. LOU.

<sup>75</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 30.

<sup>76</sup> Prop. 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*, s. 156, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 97.

<sup>77</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 31.

### 2.3.2 Icke-diskrimineringsprincipen

Icke-diskrimineringsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får diskriminera en leverantör på grund av dess nationalitet. Det innebär att sådana krav som endast företag från en medlemsstat kan uppfylla eller känna till inte är tillåtna.<sup>78</sup> Principen gäller även för det fall att den upphandlande myndigheten inte förväntar sig några anbud från utländska leverantörer.<sup>79</sup> Det är inte heller tillåtet att direkt eller indirekt ställa krav som gynnar eller ger företräde för leverantörer från en speciell ort eller område även om det också missgynnar leverantörer från andra områden i samma medlemsstat.<sup>80</sup> Principen föreskriver följaktligen att samtliga leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt och är nära besläktad med likabehandlingsprincipen.<sup>81</sup>

### 2.3.3 Likabehandlingsprincipen

I art. 18 FEUF återfinns det grundläggande diskrimineringsförbudet, dvs. likabehandlingsprincipen. Principen föreskriver att all form av diskriminering, inom fördragets tillämpningsområde, är förbjuden.<sup>82</sup> Samtliga leverantörer som lämnar ett anbud till den upphandlande myndigheten ska således behandlas lika.<sup>83</sup> Det innebär att leverantörerna ska ges samma information och uppgifter och att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika.<sup>84</sup> Av EU-domstolens praxis kan dock utläsas att om det finns objektiva godtagbara skäl kan undantag göras från denna utgångspunkt.<sup>85</sup> Sådana objektiva godtagbara skäl kan vara hänsyn till ett allmänt intresse såsom exempelvis att säkerställa en godtagbar arbetsmiljö. Åtgärden som vidtas i strid med likabehandlingsprincipen måste dock vara förenlig med proportionalitetsprincipen och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det bakomliggande syftet.<sup>86</sup>

---

<sup>78</sup> Mål C-31/87, *Beentjes mot Nederländerna*, p. 30, se även prop. 2006/07:128, s. 132, Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure, Diss. Stockholm: Stockholms universitet, 2012, Stockholm, 2012, s. 45 och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 30.

<sup>79</sup> Prop. 2006/07:128, s. 132, se även Lagrådsremiss, *Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling*, s. 30 f och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 30.

<sup>80</sup> Mål C-360/89, *Kommissionen mot Italien*, se även mål C-328/96, *Kommissionen mot Österrike*, prop. 2006/07:128, s. 155, Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 46 och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 30.

<sup>81</sup> Prop. 2006/07:128, s. 155, se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 30.

<sup>82</sup> Bernitz m.fl., *Finna rätt*, s. 67.

<sup>83</sup> Mål C-458/03, *Parking Brixen mot Gemeinde Brixen*, p. 48, se även Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 43 f.

<sup>84</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 30.

<sup>85</sup> Mål C-210/03, *Swedish Match mot Secretary of State for Health*, p. 70, se även de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom mot Belgien*, p. 27 och Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 43.

<sup>86</sup> Lagrådsremiss, *Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling*, s. 30.

### 2.3.4 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen, som återfinns i art. 5.4 FEU och i Rättighetsstadgans art. 52, innebär att ett visst offentligt ingrepp mot enskilda inte får gå längre än vad som klart behövs för att det bakomliggande syftet ska uppfyllas, trots att ingreppet har laga stöd.<sup>87</sup> De krav som den upphandlande myndigheten har ställt får således inte gå längre än vad som krävs för den aktuella upphandlingen. För att proportionalitetsprincipen ska vara uppfylld krävs att det föreligger en balans mellan mål och medel, dvs. målet ska kunna nås med de använda medlen, vilket är domstolarnas uppgift att pröva från fall till fall.<sup>88</sup> Det ska inte heller finnas något annat mindre ingripande medel för att nå det eftersträvade målet.<sup>89</sup> Vidare måste de krav som den upphandlande myndigheten ställer vara effektiva genom att de dels går att kontrollera och dels genom att de ska vara ägnade till att det avsedda syftet med upphandlingen uppnås.<sup>90</sup> De fyra förutsättningar som ska vara uppfyllda för att en nationell åtgärd ska få inskränka på den fria rörligheten framgår av Gebhard-målet och bedöms utifrån det s.k. Gebhard-testet.<sup>91</sup> Där framgår att den nationella åtgärden ”[...] skall vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt, de skall framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse, de skall vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och de skall inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.”<sup>92</sup>

### 2.3.5 Öppenhetsprincipen

Offentliga upphandlingar ska vara öppna och förutsebara vilket öppenhetsprincipen, även kallad transparensprincipen, föreskriver. Öppenhetsprincipen är en förutsättning för att det ska föreligga konkurrens på marknaden och för att förhindra korrupcion samt att likabehandlingsprincipen följs.<sup>93</sup> Upphandlingar ska annonseras offentligt och de leverantörer som deltar i upphandlingen ska informeras om resultatet.<sup>94</sup> Kriterierna får inte heller vara så invecklade att det är svårt eller kanske rent av omöjligt att förstå den exakta innebörden.<sup>95</sup>

---

<sup>87</sup> De förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom mot Belgien, se även RÅ 2010 ref. 78, Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 4205-16, dom 2017-09-11, s. 7 f, Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 46, Bernitz m.fl., *Finna rätt*, s. 70, Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 31 och Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 97.

<sup>88</sup> Bernitz m.fl., *Finna rätt*, s. 70, se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 31.

<sup>89</sup> Mål C-55/94, Gebhard, p. 37, se även mål C-212/97 Centros och Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 47.

<sup>90</sup> Bernitz m.fl., *Finna rätt*, s. 70, se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 31 och Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 97.

<sup>91</sup> Mål C-55/94, Gebhard, se även mål C-234/03, Contse m.fl., p. 25 och Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 353.

<sup>92</sup> Mål C-55/94, Gebhard, p. 37.

<sup>93</sup> Lagrådsremiss, *Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling*, s. 31, se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 31.

<sup>94</sup> Prop. 2006/07:128, s. 155.

<sup>95</sup> Mål C-448/01, EVN mot Österrike, p. 58, se även mål C-19/00, SIAC Construction, p. 42, Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 1805-10, dom 2010-06-24, Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 7510-13, dom 2014-06-03,

Vidare föreskriver principen att den upphandlande myndigheten under upphandlingsförfarandet inte kan ändra förutsättningarna för upphandlingen. Myndigheten ska således hålla sig till de dokument som tagits fram.<sup>96</sup>

### 2.3.6 Principen om ömsesidigt erkännande

Den upphandlande myndigheten ska, i enlighet med principen om ömsesidigt erkännande, erkänna motsvarande handlingar<sup>97</sup> som har utfärdats av myndigheter i en annan medlemsstat.<sup>98</sup> Det innebär t.ex. att om en upphandlande myndighet kräver att leverantören, via exempelvis ett intyg, ska bevisa att de uppfyller de arbetsrättsliga villkoren ska motsvarande bevis från en annan medlemsstat accepteras.

### 2.3.7 Konkurrensprincipen

Konkurrensprincipen framgår av bestämmelsen i 4 kap. 2 § LOU, där det stadgas att ”[e]n upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.”<sup>99</sup> Konkurrensprincipen är inget nytt i svensk upphandlingslagstiftning, även om den inte ordagrant återfanns i ÄLOU gjorde den det i ÄÄLOU.<sup>100</sup> I 4 kap. LOU stadgas dessutom, utöver de EU-rättsliga principerna, att en upphandlande myndighet bör beakta miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn.<sup>101</sup>

---

Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 2235-10, dom 2010-12-08, Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr. 6160-12, dom 2013-05-24 och Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 46.

<sup>96</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 31, se även Lagrådsremiss, *Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling*, s. 31.

<sup>97</sup> Med handlingar avses exempelvis betyg, bevis, intyg, etc.

<sup>98</sup> Mål C-120/78, Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung (Cassis de Dijon) se även Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 47 f och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 31.

<sup>99</sup> 4 kap. 2 § LOU se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 31.

<sup>100</sup> 1 kap. 4 § ÄÄLOU.

<sup>101</sup> 4 kap. 3 § LOU se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 31.

### 3. Hållbar upphandling

#### 3.1 Allmänt

Offentlig upphandling är, som tidigare nämnts, ett viktigt styrmedel för att uppnå samhällspolitiska mål. Att vid offentliga upphandlingar ta miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn bidrar inte endast till en hållbar utveckling, utan det kan även bidra till positiva effekter för samhället i stort och nå flera samhällsrelaterade mål.<sup>102</sup> Hållbar upphandling innebär att myndigheten beaktar hela livscykeln när de tillgodoser behovet av varor och tjänster. Myndigheten ska således ta hänsyn till sådana fördelar som uppstår sett till samhället i sin helhet och miljön utöver de fördelar som uppstår för organisationen.<sup>103</sup>

Inom unionens arbete för en smart och hållbar tillväxt har den offentliga upphandlingen fått en framträdande roll. Exempelvis hänvisas i LOU-direktivet till Europa 2020-strategin,<sup>104</sup> där syftet är att försöka bygga en hållbar framtid inom EU. En sådan hållbar framtid ska innefatta fler arbetstillfällen, en bättre livskvalitet, tydligare riktning för samhällsutvecklingen och en smart och hållbar tillväxt för samtliga medborgare inom unionen.<sup>105</sup> Av målsättningsbestämmelsen i 4 kap. 3 § LOU framgår att ”[e]n upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.”<sup>106</sup> Målsättningsbestämmelsen återfinns även i art. 18.2 i LOU-direktivet och motsvarar i huvudsak 1 kap. 9 a § ÄLOU.<sup>107</sup>

#### 3.2 Sociala hänsyn och socialt ansvarsfull offentlig upphandling

I svensk upphandlingslagstiftning återfinns begreppet sociala hänsyn som används för att referera till kontraktsbestämmelser avseende social hållbarhet. Det som avses med sociala hänsyn kan bl.a. vara sysselsättningsmöjligheter och arbetsrättsliga villkor.<sup>108</sup> Arbetsrättsliga hänsyn är således en del av sociala hänsynen. Regeringen ville dock särskilt framhålla

---

<sup>102</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Hållbarhet*, 2017-12-13. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/> (Hämtad 2018-01-02).

<sup>103</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Varför hållbar upphandling*, 2017-01-01.

[http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/varfor\\_upphandling/](http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/varfor_upphandling/) (Hämtad 2018-01-02).

<sup>104</sup> Se t.ex. skäl 2 i LOU-direktivet.

<sup>105</sup> Europeiska kommissionen, *Europa 2020 - En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, KOM (2010) 2020 slutlig, s. 2, se även Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, lagkommentar 4 kap. 3 §, Karnov.

<sup>106</sup> 4 kap. 3 § LOU.

<sup>107</sup> Men med undantaget att det i 1 kap. 9a § ÄLOU inte uttryckligen framgick att arbetsrättsliga hänsyn borde beaktas.

<sup>108</sup> Europeiska kommissionen, *Socialt ansvarsfull upphandling - en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, SEK(2010) 1258 slutlig, s. 7 f, se även Sundstrand, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2015:2, *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*, s. 10 f och Göteborgs stad, *Vad är social hänsyn*. <http://socialhansyn.se/vad-ar-social-hansyn/> (Hämtad 2018-01-02).

möjligheten att ställa krav på arbetsrättsliga hänsyn, eftersom de ansåg att villkoren inte ställdes i tillräckligt hög utsträckning, varför det numera ordagrant framgår av bestämmelsen i 4 kap. 3 § LOU.<sup>109</sup>

Begreppet socialt ansvarsfull offentlig upphandling anses ha en vid innebörd, och innefattar bl.a. att den upphandlande myndigheten kan ställa krav på att leverantören uppfyller sina lagliga skyldigheter, men även krav som inte omfattas av lagstiftningen, såsom olika sysselsättningsfrämjande åtgärder.<sup>110</sup> En sysselsättningsfrämjande åtgärd kan vara att erbjuda sysselsättningsmöjligheter. Ett sådant krav kan exempelvis innebära att leverantören vid utförandet av det offentliga kontraktet ska erbjuda anställning, praktik eller traineeplatser till personer som är långt från arbetsmarknaden.<sup>111</sup>

### 3.3 Arbetsrättsliga hänsyn

Att beakta arbetsrättsliga hänsyn vid offentliga upphandlingar är som tidigare nämnts inte något nytt, även om det inte ordagrant framgick av lagstiftningen, och har tidigare ansetts utgöra en del av den sociala hänsynen. I LOU-direktivet och i LOU har möjligheten att beakta arbetsrättsliga hänsyn vid offentliga upphandlingar fått en mer framträdande roll.<sup>112</sup> I LOU föreskrivs därför, genom både tvingande och frivilliga bestämmelser, att leverantörer som kan komma i fråga för fullgörande av offentliga kontrakt ska efterleva sina arbetsrättsliga skyldigheter.<sup>113</sup>

I LOU återfinns ett flertal bestämmelser som förstärker arbetstagares rättigheter, där arbetsrättsliga hänsyn kan få betydelse under olika moment i en offentlig upphandling. Bestämmelserna om bl.a. uteslutning, onormalt låga anbud, och fullgörande av kontrakt bidrar

---

<sup>109</sup> Prop. 2016/17:163, s. 26 f och s. 63, se även Lagrådsremiss, *Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling*, s. 38 f och Upphandlingsmyndigheten, *Arbetstagares rättigheter*, 2017-05-04. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetstagares-rattigheter/> (Hämtad 2018-01-02).

<sup>110</sup> Europeiska kommissionen, *Socialt ansvarsfull upphandling - en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, SEK(2010) 1258 slutlig, s. 7 f, se även Upphandlingsmyndigheten, *Socialt ansvarsfull upphandling*, 2018-01-29. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/> (Hämtad 2018-03-13).

<sup>111</sup> Europeiska kommissionen, *Socialt ansvarsfull upphandling - en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, SEK(2010) 1258 slutlig, s. 7 f, se även Konkurrensverket, rapport 2015:6, *Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling*, s. 23 f och Upphandlingsmyndigheten, *Socialt ansvarsfull upphandling*, 2018-01-29. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/> (Hämtad 2018-03-13).

<sup>112</sup> Prop. 2016/17:163, s. 26 f, se även SOU 2015:78, s. 109.

<sup>113</sup> 17 kap. 1–2 §§ LOU, se även Upphandlingsmyndigheten, *Arbetstagares rättigheter*, 2017-05-04. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetstagares-rattigheter/> (Hämtad 2018-01-02).

dels till att arbetstagares skydd stärks, och dels till att förhindra snedvridning av konkurrensen.<sup>114</sup>

Att ta arbetsrättsliga hänsyn innebär att arbetstagare som berörs av den offentliga upphandlingen ska arbeta under skäligen förhållanden, utifrån villkor som är ställda i kollektivavtal. Arbetsrättsliga hänsyn handlar dock inte enbart om arbetstagarnas skydd. Det sociala skyddet innebär även att leverantörer som är skötsamma inte ska behöva konkurrera med leverantörer som gynnas genom att deras anställda har undermåliga arbetsvillkor.<sup>115</sup>

Med arbetsrättsliga hänsyn avses den gren av sociala hänsyn som avser arbetsrätten, exempelvis att arbetstagare ska få skäligen arbetsvillkor eller att skapa incitament för företag att anställa människor som står långt utanför arbetsmarknaden. Arbetsrättsliga krav är arbetsrättsliga hänsyn uttryckta i krav-form, vilka ska uppfyllas av leverantören. Möjligheten att ställa arbetsrättsliga krav är således ett viktigt medel för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppnå en socialt hållbar upphandling. Arbetsrättsliga hänsyn är med andra ord det eftersträvaransvärda målet bakom de arbetsrättsliga kraven.

---

<sup>114</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Arbetstagares rättigheter*, 2017-05-04.  
<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetstagares-rattigheter/>  
(Hämtad 2018-01-02).

<sup>115</sup> Prop. 2016/17:163, s. 26 f, se även Lagrådsremiss, *Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling*, s. 36.

## 4. Det EU-rättsliga regelverket

### 4.1 Allmänt

Sedan den 1 januari 1995 är Sverige medlem i EU och är således en del av EU-rätten. Syftet med EU-samarbetet är att bygga en social marknadsekonomi medlemsstaterna emellan, där hög konkurrenskraft, full sysselsättning och sociala framsteg ska föreligga, dvs. att skapa en gemensam inre marknad för medlemsstaterna.<sup>116</sup> Med en gemensam inre marknad avses en marknad utan gränser. För att kunna upprätthålla en inre marknad infördes bestämmelser i FEUF om de fyra friheterna och etableringsrätten. De fyra friheterna avser fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital.<sup>117</sup> Etableringsrätten avser ett bolags rättighet att bedriva verksamhet i andra medlemsstater, och stadgar ett förbud för medlemsstaterna att missgynna bolag från andra medlemsstater.<sup>118</sup> EU-rätt har generellt företräde framför svensk rätt om det uppstår en konflikt mellan rättssystemen, varför EU-rätten är överordnad svensk rätt. Vidare är det inte endast staten och andra offentliga organ som är bundna av EU-rätten, den omfattar även företag och privatpersoner. För enskilda gäller att EU-rätten skapar rättigheter och skyldigheter som de kan åberopa inför domstolar och myndigheter, vilka är omedelbart bundna av EU-rätten.<sup>119</sup>

EU har idag ett mycket omfattande regelverk vilket benämns som unionens *acquis communautaire*. Regelverket innefattar de grundläggande fördragen, internationella konventioner och den lagstiftning som har utarbetats och utvecklats inom EU, i form av bl.a. förordningar och direktiv. EU-rätten skiljer på den primära och den sekundära EU-rätten. Den primära EU-rätten innefattar bl.a. de grundläggande fördragen och den sekundära EU-rätten består bl.a. av förordningar och direktiv.<sup>120</sup>

En sammanfattande term för sekundärrätten är rättsakt. Rättsakter ska motiveras och innehålla en hänvisning till de förslag, initiativ, rekommendationer, framställningar eller yttranden som föreskrivs i fördragen.<sup>121</sup> Vidare är samtliga medlemsstater skyldiga att vidta de nationella lagstiftningsåtgärder som är nödvändiga för att genomföra unionens rättsligt bindande rättsakter.<sup>122</sup> Som nämnts är en av de rättsakter som sekundärrätten omfattar direktiv. Direktiv som utfärdas föreskriver det resultat som samtliga medlemsstater ska uppnå genom

---

<sup>116</sup> Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 19 ff.

<sup>117</sup> Art. 26 FEUF.

<sup>118</sup> Art. 49 FEUF, se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 22.

<sup>119</sup> Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 19 ff.

<sup>120</sup> *Ibid.*, s. 56 f.

<sup>121</sup> Art. 296 FEUF.

<sup>122</sup> Art. 291.1 FEUF.



implementering av direktivet till sin nationella lagstiftning. Det är dock upp till varje medlemsstat att bestämma form och tillvägagångssätt för implementeringen av direktivet.<sup>123</sup> Det ställs emellertid höga krav på medlemsstaterna från EU-domstolen att dessa implementerar direktiven på ett lojalt och komplett sätt för att bestämmelserna ska vara klara och precisa.<sup>124</sup>

## 4.2 LOU- direktivet

### 4.2.1 Bakgrund

Att vid offentliga upphandlingar ta arbetsrättsliga hänsyn är inget nytt fenomen, varken i Sverige eller i Europa. Exempelvis antogs redan år 1949 ILO konvention 94,<sup>125</sup> vilken reglerar arbetsrättsklausuler i kontrakt där en offentlig myndighet är part.<sup>126</sup> De stater som ratificerade konventionen förpliktades att införa klausuler i kontrakten avseende leverantörens skyldighet att erbjuda arbetstagare, som ska utföra arbetet, samma arbetsvillkor som gäller för inhemsk arbetskraft.<sup>127</sup> Det var dock först i samband med att EU reviderade upphandlingsdirektivet i början av 2000-talet som bestämmelser om att upphandlande myndigheter vid offentliga upphandlingar skulle integrera sociala hänsyn i förfarandet införlivades.<sup>128</sup> Någon skyldighet att införa sådana bestämmelser infördes dock inte varpå det kom att bli upp till varje medlemsstat att avgöra huruvida de ville använda offentlig upphandling på det sättet eller inte. Vidare var det under en lång tid oklart huruvida en upphandlande myndighet kunde ställa krav för att tillförsäkra arbetstagare skäliga villkor.<sup>129</sup> Efter att Kommissionen år 2001 utfärdade ett tolkningsmeddelande klargjordes dock att sociala hänsyn kan beaktas vid offentliga upphandlingar,<sup>130</sup> vilket även infördes i 2004 års LOU-direktiv.<sup>131</sup>

Den s.k. 2020-strategin antogs av Kommissionen under år 2010.<sup>132</sup> I strategin prioriteras *smart tillväxt*<sup>133</sup>, *hållbar tillväxt*<sup>134</sup> och *tillväxt för alla*<sup>135</sup> vilka skulle uppfyllas med hjälp av bl.a.

---

<sup>123</sup> Art. 288 FEUF, se även Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 56 ff.

<sup>124</sup> Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 58.

<sup>125</sup> ILO konvention (nr 94) angående arbetsklausuler i kontrakt, däri offentlig myndighet är part.

<sup>126</sup> Art. 1 ILO konvention (nr 94).

<sup>127</sup> Art. 2 ILO konventionens (nr 94), se även Ahlberg & Bruun, *Upphandling och arbete i EU*, Sieps 2010:3, s. 17.

<sup>128</sup> Som tidigare nämnts är arbetsrättsliga hänsyn/villkor en del av den sociala hänsynen/villkoren.

<sup>129</sup> Ahlberg & Bruun, *Upphandling och arbete i EU*, Sieps 2010:3, s. 17 f.

<sup>130</sup> Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, KOM (2001) 566 slutlig.

<sup>131</sup> Art. 26 Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

<sup>132</sup> Kommissionens meddelande, *Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, KOM (2010) 2020 slutlig.

<sup>133</sup> Med *smart tillväxt* avses att utveckla en gemensam ekonomi vilken ska grundas på innovation och kunskap.

<sup>134</sup> Med *hållbar tillväxt* avses att främja en miljövänlig och konkurrenskraftig ekonomi som bedrivs mer resurseffektivt.

<sup>135</sup> Med *tillväxt för alla* avses att stimulera ekonomin med högre sysselsättning och större sammanhållning.

offentlig upphandling.<sup>136</sup> I 2020-strategin betonar Kommissionen att offentliga upphandlingar inom EU måste förbli öppna och att det måste säkerställas att offentliga medel som används vid offentliga upphandlingar används på ett effektivt sätt. Vidare presenterades en grönbok av Kommissionen i januari 2011, vilken innehöll planer för att modernisera EU:s politik för offentlig upphandling där den offentliga upphandlingen bl.a. skulle förenklas.<sup>137</sup> Ett av syftena bakom grönboken var att undersöka möjligheterna att använda offentlig upphandling som ett stöd för andra politiska områden. Strax efter att grönboken hade presenterats, presenterade Kommissionen Inremarknadsakten.<sup>138</sup> I Inremarknadsakten framhåller Kommissionen att tillväxten ska stimuleras och förtroendet stärkas för den inre marknaden genom tolv nyckelåtgärder, där en av nyckelåtgärderna är en modernisering av regelverket för den offentliga upphandlingen.<sup>139</sup>

Kommissionen presenterade i december år 2011 ett förslag till ändringar av det klassiska direktivet,<sup>140</sup> det dröjde dock över ett år innan Europaparlamentet och rådet nådde en överenskommelse. Det nya LOU-direktivet vilket, som tidigare nämnts, även är en kodifiering av EU-domstolens praxis på området kom sedermera att antas år 2014.<sup>141</sup> Senast den 18 april 2016 skulle direktivet ha varit implementerat i samtliga medlemsstaters nationella lagstiftning. Det kom dock att dröja till januari 2017 innan direktivet implementerades i svensk rätt. Möjligheten för upphandlande myndigheter att vid offentliga upphandlingar beakta sociala- och arbetsrättsliga hänsyn har kommit att utvidgas än mer genom det nya LOU-direktivet.<sup>142</sup>

#### 4.2.2 Direktivets krav

Av bestämmelsen i art. 18 i LOU-direktivet framgår, utöver att de grundläggande principerna ska följas,<sup>143</sup> att ”[m]edlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter [...]”.<sup>144</sup> De skyldigheter som avses ska även omfatta leverantörens eventuella underleverantörer.<sup>145</sup> Vidare framgår att krav på sociala villkor får ställas som

---

<sup>136</sup> Kommissionens meddelande, *Europa 2020 - En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, KOM (2010) 2020 slutlig, se även Prop. 2015/16:195, s. 290 f och Lagrådsremiss, *nytt regelverk om upphandling*, s. 283.

<sup>137</sup> Kommissionens grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, KOM (2011) 15 slutlig.

<sup>138</sup> Kommissionens meddelande om Inremarknadsakten – Tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för inre marknaden ”Gemensamma insatser för att skapa ny tillväxt”, KOM (2011) 206 slutlig.

<sup>139</sup> Ibid., se även prop. 2015/16:195, s. 290 ff, Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 77 f och Lagrådsremiss, *nytt regelverk för upphandling*, s. 283 ff.

<sup>140</sup> Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM (2011) 896 slutlig.

<sup>141</sup> Prop. 2015/16:195, s. 291 f.

<sup>142</sup> Art. 18.2 LOU-direktivet, se även SOU 2014:51, s. 14.

<sup>143</sup> Art. 18.1 LOU-direktivet, se även avsnitt 2.3.

<sup>144</sup> Art. 18.2 LOU-direktivet.

<sup>145</sup> Art. 71 LOU-direktivet.

fullgörandevillkor, om de är kopplade till kontraktsföremålet och framgår av upphandlingsdokumenten.<sup>146</sup>

### 4.2.3 Det bakomliggande syftet

Upphandlingsdirektiven<sup>147</sup> ska bl.a. genom att motverka hinder mot den fria rörligheten, bidra till att förverkliga den inre marknaden. Utöver detta har upphandlingsdirektiven två kompletterande mål. Att genom enklare och mer flexibla regler effektivisera offentlig upphandling för att det ska bedrivas mer resurseffektivt, utgör det ena målet. Det andra målet är att utöka upphandlande myndigheters möjlighet att använda offentlig upphandling för att nå gemensamma samhällliga mål.<sup>148</sup>

I skälen till direktiven framgår syftet med bestämmelserna om miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn.<sup>149</sup> I skäl 37 i LOU-direktivet framgår bl.a. att det är av ”[...] särskild vikt att medlemsstater och upphandlande myndigheter vidtar relevanta åtgärder för att säkerställa efterlevnaden av de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter [...]”.<sup>150</sup> Sådana krav är således av särskild vikt att beakta vid offentliga upphandlingar, och kan användas för att uppnå större samhällliga mål.

Kommissionen framhåller att det framförallt är ”[...] i samband med utförandet av kontraktet, dvs. efter kontraktets tilldelning, som ett offentligt upphandlingskontrakt kan vara ett medel för de upphandlande myndigheterna att befrämja olika sociala mål.”<sup>151</sup> Att ställa arbetsrättsliga villkor som särskilda villkor för fullgörande av kontraktet innebär att myndigheten kan ställa villkor som gäller under hela avtalstiden.

## 4.3 Möjlighet att ställa krav utöver EU-harmoniserad lagstiftning

Att skapa en harmoniserad lagstiftning inom EU innebär inte en unifiering av lagstiftningen utan ett närmande av medlemsstaternas lagstiftning för att undanröja olikheter som hindrar de fyra friheterna eller snedvrider konkurrensen. För att en fungerande inre marknad inom EU ska kunna upprätthållas är det av vikt att samtliga aktörer inom EU har liknande förutsättningar, oavsett vilken geografisk plats inom EU de är verksamma från.<sup>152</sup> Harmoniseringsåtgärder genomförs vanligtvis genom utfärdande av direktiv. Direktiven förpliktar medlemsstaterna att

---

<sup>146</sup> Art. 70 LOU-direktivet.

<sup>147</sup> LOU-direktivet, LUF-direktivet och LUK-direktivet.

<sup>148</sup> Skäl 2 LOU-direktivet, se även prop. 2015/16:195, s. 292 och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 22.

<sup>149</sup> Se bl.a. skäl 2 och 37 LOU-direktivet.

<sup>150</sup> Skäl 37 LOU-direktivet.

<sup>151</sup> Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, KOM (2001) 566 slutlig, s. 3.

<sup>152</sup> Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 283 ff.

implementera dess bestämmelser i sin nationella lagstiftning i den utsträckning det är nödvändigt. Direktiv kan vara utformade på olika sätt, och kan antingen innebära en miniminivå, som medlemsstaten kan gå utöver vid sin implementering, eller en maximinivå vilken medlemsstaten inte får gå utöver vid implementeringen. Maximidirektiv innefattar ofta krav på fullharmonisering, vilket innebär att direktivet innehåller kompletta regler som ska gälla enhetligt i medlemsstaterna. Innebörden av sådana fullharmoniseringsdirektiv är således att en medlemsstat inte kan tillämpa strängare nationella regler på det fullharmoniserade området. Det beror på att skyddsvärda intressen redan anses ha tagits i beaktning vid lagstiftningens utformning.<sup>153</sup>

Minimidirektiv däremot, uppställer endast ett minimikrav på medlemsstaternas lagstiftning, vilket medlemsstaterna måste införa. Det innebär att en medlemsstat tillåts att hålla en högre skyddsnivå än vad direktivet föreskriver. De områden som vanligtvis omfattas av minimidirektiv är av välfärdskaraktär, såsom arbetstagar skydd.<sup>154</sup> En medlemsstat kan välja att applicera ett överskjutande införlivande av ett minimidirektiv. Det innebär att den lagstiftning medlemsstaten inför, vid implementeringen av direktivet, blir tillämplig även på områden eller situationer som egentligen inte omfattas av direktivet.<sup>155</sup>

Vidare framgår av skäl 37 i LOU-direktivet att om arbetsrättsliga villkor tillämpas i överensstämmelse med de grundläggande principerna, finns inget hinder mot att ställa arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna. Även Upphandlingsmyndigheten har kommit fram till slutsatsen att det är fullt möjligt att ställa krav som går utöver EU-harmoniserad lagstiftning.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 291.

<sup>154</sup> *Ibid.*, s. 292.

<sup>155</sup> Art. 169.4 FEUF och art. 193 FEUF, se även SOU 2009:71, *EU, Sverige och den inre marknaden – en översyn av horisontella bestämmelser inom varu- och tjänsteområdet*, s. 166 och Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 292 f.

<sup>156</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Hållbarhet*, 2017-12-13. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/> (Hämtad 2018-01-02).

## 5. Arbetsrättsliga villkor

### 5.1 Allmänt

Nya LOU trädde ikraft den 1 januari 2017, som en följd av att ett nytt LOU-direktiv hade antagits.<sup>157</sup> Trots att frågan om krav på arbetsrättsliga villkor behandlades i det bakomliggande direktivet återfanns inte någon sådan lagstiftning i LOU,<sup>158</sup> eftersom riksdagen inte röstade igenom regeringens förslag i den del som avsåg arbetsrättsliga villkor.<sup>159</sup> Majoriteten i riksdagen ansåg att regeringens förslag om bl.a. arbetsrättsliga villkor gick utöver de EU-rättsliga kraven och att det därmed skulle riskera att missgynna svenska företag.<sup>160</sup> Riksdagen kom därför att rösta ned regeringens förslag om att upphandlande myndigheter ska ha möjlighet att ställa krav på att leverantören ska erbjuda sina anställda tjänstepension, försäkringar och annan ledighet än semester samt att myndigheter, i vissa fall, även under tröskelvärdena, skulle ha en skyldighet att ställa villkoren.<sup>161</sup> Regeringen utformade ett nytt förslag om arbetsrättsliga villkor,<sup>162</sup> vilket antogs och infördes i upphandlingslagstiftningen.<sup>163</sup> Det nya förslaget innehöll vissa ändringar, såsom att skyldigheten enbart avser upphandlingar som överstiger tröskelvärdena, och att de inte avser pension, försäkringar eller annan ledighet än semester. Vidare ska bestämmelserna enbart tillämpas på offentliga upphandlingar som har påbörjats efter det att bestämmelsen har börjat gälla, dvs. efter den 1 juni 2017.<sup>164</sup>

Införlivandet av arbetsrättsliga villkor har kritiserats och även förslaget som antogs har fått kritik. Kritiken handlar bl.a. om, som lagrådet påpekar i sin remiss, att bestämmelserna om arbetsrättsliga hänsyn, både vad gäller det första förslaget och det förslag som sedan röstades igenom, går längre än vad som krävs för att genomföra unionsreglerna vilket riskerar att missgynna svenska leverantörer. Lagrådet framhöll att regelsystemet är otydligt vilket understryks av att vissa bestämmelser anger att krav *bör* ställas,<sup>165</sup> andra att krav *får* ställas,<sup>166</sup> och i 17 kap. 2 § LOU framgår att arbetsrättsliga krav i vissa fall *ska* ställas. De ansåg att det uppstår en osäkerhet vid tolkningen av den enskilda bestämmelsens innebörd eftersom bestämmelserna är av skiftande karaktär som dessutom har införts på olika ställen i

---

<sup>157</sup> Prop. 2015/16:195, se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 21.

<sup>158</sup> Se bl.a. art 18.2 LOU-direktivet.

<sup>159</sup> Betänkande 2016/17:FiU7, se även Riksdagsskrivelse 2016/17:66.

<sup>160</sup> Betänkande 2016/17:FiU7, se även prop. 2015/16:195, s. 81.

<sup>161</sup> Betänkande 2016/17:FiU7, se även Betänkande 2016/17:FiU31.

<sup>162</sup> Prop. 2016/17:163.

<sup>163</sup> Betänkande 2016/17:FiU31, se även SFS 2017:347, Lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

<sup>164</sup> Betänkande 2016/17:FiU31.

<sup>165</sup> 4 kap. 3 § LOU.

<sup>166</sup> 17 kap. 1 § LOU.

regelsystemet, och att tolkningen försvåras ytterligare genom att bestämmelserna i vissa fall tenderar att överlappa varandra.<sup>167</sup>

Vidare framhåller lagrådet att en grundläggande tanke med upphandlingslagstiftningen är att den svenska modellen ska främjas och att kollektivavtal även i fortsättningen ska ange nivån för villkoren oavsett om de bör, får eller ska ställas. Det anses vara problematiskt eftersom reglerna i kollektivavtal ofta är invecklade och svårtolkade vilket innebär att det krävs stor kunskap av den som ska fastställa avtalens innebörd. Ingående sakkunskap, och juridisk kompetens, krävs således för att tolka avtalen vilket många av de som tillämpar lagstiftningen inte alltid har. Vidare saknar många mindre företag kollektivavtal och kollektivavtalen är inte alltid allmänt tillgängliga.<sup>168</sup>

Svenskt Näringsliv framhåller att fler krav ofta leder till ett krångligare regelverk, vilket i sin tur minskar företagets intresse av att delta i konkurrensen om de offentliga kontrakten. De framhåller att företagets intresse av att delta i offentliga upphandlingar har minskat de senaste åren, att det vanligaste antalet anbud vid en upphandling idag är två och att det ibland endast inkommer ett anbud, vilket innebär att det inte uppstår någon konkurrens om kontraktet. Det innebär dessutom att det skapas en osäkerhet huruvida anbudet ligger på rätt prisnivå vilket kan leda till att upphandlingen avbryts.<sup>169</sup>

Vad som avses med den svenska modellen är den modell utifrån vilken svensk arbetsrätt är uppbyggd. Inom svensk arbetsrätt regleras villkoren på arbetsmarknaden i huvudsak genom avtal och inte genom lagstiftning. Exempelvis finns det, i Sverige, inte någon lagstadgad miniminivå avseende löner utan lönenivån regleras i huvudsak av arbetsmarknadens parter via kollektivavtal. Enligt den svenska modellen finns det inte heller ett allmängiltigt kollektivavtal, utan de flesta yrkesgrupper har egna kollektivavtal som fastställs genom förhandlingar mellan arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer.<sup>170</sup> Vidare anses alla kollektivavtal vara likvärdiga.<sup>171</sup> Det finns även möjlighet att i kollektivavtal göra avsteg från arbetsrättslig lagstiftning,<sup>172</sup> eftersom den i många fall är dispositiv, eller semidispositiv.<sup>173</sup>

---

<sup>167</sup> Prop. 2016/17:163, s. 148.

<sup>168</sup> Ibid.

<sup>169</sup> Intervju med Birgitta Laurent, Svenskt Näringsliv, Bilaga 3, se även Upphandlingsmyndigheten, Konkurrensverket, rapport 2017:5, 2017:11, *Statistik om offentlig upphandling 2017*, s. 71.

<sup>170</sup> Konkurrensverket, rapport 2015:6, *Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling*, s. 30 f, se även Sundstrand, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2015:2, *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*, s. 7 f.

<sup>171</sup> Konkurrensverket, rapport 2015:6, *Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling*, s. 34.

<sup>172</sup> Se bl.a. Lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS) och Arbetstidslagen (1982:673).

<sup>173</sup> Konkurrensverket, rapport 2015:6, *Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling*, s. 36.

Syftet med att ställa arbetsrättsliga villkor är dels att motverka snedvridning av konkurrensen, och dels att säkerställa att de arbetstagare som utför arbetet har skäliga arbetsvillkor vid fullgörandet av kontraktet. Vad som anses vara skäligt är de arbetsvillkor som arbetsmarknadens parter, i kollektivavtal, har kommit överens om. Ytterligare ett syfte med bestämmelserna är att säkerställa att offentliga medel inte bidrar till att arbetstagare som utför arbete i andra länder arbetar under sämre förhållanden än vad som framgår av ILO:s kärnkonventioner.<sup>174</sup> För att säkerställa att de arbetstagare som berörs av upphandlingen erhåller sina arbetsrättsliga rättigheter kan den upphandlande myndigheten agera på olika sätt. Däremot får den upphandlande myndigheten varken ställa krav på att leverantören ska vara kollektivavtalssluten eller att de ska teckna ett kollektivavtal.<sup>175</sup>

För att arbetsrättsliga villkor ska få ställas som fullgörande av kontraktsvillkor krävs att det finns en koppling till kontraktsföremålet. Det innebär att myndigheten endast får ställa krav på de arbetstagare som omfattas av upphandlingen. Det är dock möjligt att ställa arbetsrättsliga krav för arbetstagare som endast delvis berörs av upphandlingen. Kraven får dessutom endast avse den del av arbetet som berörs av upphandlingen. Den upphandlande myndigheten kan således inte kräva att arbetsrättsliga villkor ska ställas för samtliga arbetstagare hos leverantören och heller inte kräva att leverantören ska tillämpa villkoren för tiden före eller efter den offentliga upphandlingen.<sup>176</sup>

När arbetsrättsliga villkor ställs i offentliga upphandlingar ska vägledningar och allmänna råd från Upphandlingsmyndigheten utgöra utgångspunkter för den upphandlande myndigheten.<sup>177</sup> Viktigt att beakta är att Upphandlingsmyndighetens vägledning och allmänna råd inte utgör några bindande föreskrifter för de upphandlande myndigheterna. För att uppnå en enhetlig rättstillämpning fungerar de allmänna råden och vägledningen mer som en hjälp vid tolkningen av olika föreskrifter.<sup>178</sup>

---

<sup>174</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Arbetsrättsliga villkor*, 2018-01-29.

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/> (Hämtad 2018-03-13), se även Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, specialmotivering 17 kap. 1 §, Zeteo.

<sup>175</sup> Mål C-341/05, Laval, se även mål C-346/06, Rüffert, Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 1713-1995, dom 1995-03-28, Konkurrensverket, rapport 2015:6, *Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling*, s. 52 f, Sundstrand, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2015:2, *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentligt upphandling*, s. 16 och Upphandlingsmyndigheten, *Arbetstagares rättigheter*, 2017-05-04. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetstagares-rattigheter/> (Hämtad 2018-01-06).

<sup>176</sup> Prop. 2015/16:195 s. 1118 f, se även Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, lagkommentar 17 kap. 1 §, Karnov och Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, specialmotivering 17 kap. 1 §, Zeteo.

<sup>177</sup> Prop. 2016/17:163, s. 71, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 283.

<sup>178</sup> Prop. 2016/17:163, s. 63 f, se även Bernitz m.fl., *Finna rätt*, s. 50.

## 5.2 Frivilliga villkor

Att en upphandlande myndighet *får* ställa arbetsrättsliga villkor vid en offentlig upphandling framgår av den allmänna bestämmelsen i 17 kap. 1 § LOU. Av förarbeten och praxis kan utläsas att en upphandlande myndighet har stor frihet vid definitionen av upphandlingsföremålet och får, i princip, ställa vilka krav de vill under förutsättning att kraven är klara och precisa, har koppling till kontraktetsföremålet och inte strider mot de grundläggande principerna.<sup>179</sup> Vidare framgår av bestämmelsen i 4 kap. 3 § LOU att upphandlande myndigheter *bör* ställa arbetsrättsliga villkor om det är motiverat utifrån den specifika upphandlingen.

EU-domstolen har även klarlagt att inte heller Utstationeringsdirektivet hindrar möjligheten att ställa arbetsrättsliga krav genom arbetsklausuler.<sup>180</sup> Vilka krav den upphandlande myndigheten kan ställa när det förekommer utstationerad arbetskraft begränsas dock, i huvudsak, till Utstationeringsdirektivets ”hårda kärna”.<sup>181</sup>

## 5.3 Obligatoriska villkor

### 5.3.1 Allmänt

Från och med den 1 juni 2017 är upphandlande myndigheter skyldiga att ställa arbetsrättsliga villkor om det är behövligt och om villkoren går att fastställa.<sup>182</sup> Det är dock endast vid offentliga upphandlingar vars totala värde överstiger det aktuella tröskelvärdet, och som har påbörjats 1 juni 2017 eller senare, som de upphandlande myndigheterna har en skyldighet att ställa sådana villkor. Skyldigheten avser inte heller sociala tjänster och andra särskilda tjänster, oavsett om de är över eller under tröskelvärdena. Villkoren innebär att myndigheten ska ställa krav på att leverantören ger sina anställda vissa minimivillkor vid arbetet. Vidare är det också avgörande för bestämmelsernas tillämplighet huruvida kontraktet kommer att utföras i Sverige, där de svenska bestämmelserna blir tillämpliga, eller om kontraktet kommer att utföras i ett annat land där det istället är ILO:s kärnkonventioner som kommer att bli tillämpliga.<sup>183</sup>

---

<sup>179</sup> Prop. 2016/17:163, s. 34, se även HFD 2012 ref. 48 I-II, RÅ 2002 ref. 50, RÅ 2010 ref. 78, Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 7510-13, dom 2014-06-03, Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 2370-13, dom 2013-09-10, Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr. 1332-17, dom 2017-09-26 och Konkurrensverket, 2015:6, *Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling*, s. 28.

<sup>180</sup> Mål C-115/14, RegioPost, se även SOU 2016:15, *Arbetsklausuler och sociala hänsyn i offentlig upphandling – ILO:s konvention nr 94 samt en internationell jämförelse*, s. 54.

<sup>181</sup> ”Hårda kärnan” avser de rättigheter som utstationerad arbetskraft ska erhålla när de utför arbete i Sverige. I undantagsfall kan dock ytterligare villkor ställas med hänsyn till *ordre public*, se art. 3 och 10 Utstationeringsdirektivet, se även prop. 2016:17:163, s. 65.

<sup>182</sup> 17 kap. 2–5 §§ LOU.

<sup>183</sup> Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, lagkommentar 17 kap. 1 §, Karnov, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFU och LOV*, s. 283 och Upphandlingsmyndigheten, *Arbetsrättsliga villkor*, 2018-01-29. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrättsliga-villkor/> (Hämtad 2018-03-13).



Vilka särskilda arbetsrättsliga villkor som den upphandlande myndigheten, om det anses behövt, ska kräva att leverantören fullgör framgår av bestämmelsen i 17 kap. 2 § LOU.

”En upphandlande myndighet ska, om det är behövt, 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.”<sup>184</sup>

Det är således villkor om lön, semester och arbetstid som, vid behov och om villkoren går att fastställa, enligt lag är obligatoriska att ställa för en upphandlande myndighet vid upphandlingar över tröskelvärdena.

### 5.3.2 Lön

För minimilöner och lönenivån i Sverige finns det i den svenska modellen ingen lagstiftning som reglerar området, utan nivån regleras till stor del genom kollektivavtal. I svensk lag återfinns inte heller någon definition av begreppet lön, varför det kan variera mellan olika branscher vad som faktiskt åsyftas med begreppet. Ledning får därmed hämtas från praxis och kollektivavtal för den specifika branschen för att kunna avgöra lönebegreppets närmare innehåll,<sup>185</sup> men exempelvis kan begreppet även avse OB-tillägg samt vissa andra ersättningar och tillägg.<sup>186</sup> Det är dock endast lönen som har utgått för den arbetade tiden som avses med begreppet lön i 17 kap. 2 § LOU, varför exempelvis *permittering*<sup>187</sup> inte omfattas av begreppet.<sup>188</sup> Vidare är det den medlemsstat där upphandlingen sker som beslutar om nivån på minimilön och hur den ska beräknas, oavsett om lönen avser utstationerad arbetskraft eller inte.<sup>189</sup>

Frågan huruvida den upphandlande myndigheten har agerat i strid med de grundläggande principerna, genom de fullgörandevillkor som ställts avseende minimilöner, har prövats i ett mål i förvaltningsrätten i Uppsala.<sup>190</sup> Målet rörde en upphandling av taxiresor med beställningscentral där det av kollektivavtal framgick två olika avlöningsmodeller vilka kunde

---

<sup>184</sup> 17 kap. 2 § 1 st. LOU.

<sup>185</sup> Prop. 2016/17:163, s. 69 f, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 281.

<sup>186</sup> Intervju med Charlotta Frenander, Upphandlingsmyndigheten, Bilaga 2, se även mål C-396/13, Sähköalojen ammattiliitto mot Elektrobudowa Spółka Akcyjna och Upphandlingsmyndigheten, *Begrepp och termer inom arbetsrättsliga villkor i upphandling*, 2018-01-09. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/begrepp-och-termer-inom-arbetsrattsliga-villkor/> (Hämtad 2018-02-04).

<sup>187</sup> Med *permittering* avses den tidsperiod när arbetsgivaren inte tillhandahåller arbetstagaren något arbete men vanligen ändå full lön, utan att anställningen upphör. Anledningen till att *permittering* inte omfattas är eftersom ”lönen” inte har koppling till kontraktsföremålet eftersom den inte avser ett fullgörande av kontrakt.

<sup>188</sup> Prop. 2016/17:163, s. 69 f, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 281.

<sup>189</sup> Mål C-396/13, Sähköalojen ammattiliitto mot Elektrobudowa Spółka Akcyjna, p. 39, se även Konkurrensverket, rapport 2015:6, *Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling*, s. 43 f.

<sup>190</sup> Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr. 1332-17, dom 2017-09-26.

användas för att beräkna minimilönen. Fullgörandevillkoren som tillämpades av den upphandlande myndigheten, avseende bl.a. lörens miniminivå, hade tagits fram av Upphandlingsmyndigheten i samarbete med en expertgrupp bestående av bl.a. det arbetsgivarförbundet som den klagande parten var medlem i. Kriterierna var resultatet av ett pilotprojekt för att arbeta fram villkor i nivå med det centrala kollektivavtalet i branschen. Den klagande parten, som var bunden av ett av de kollektivavtal som den upphandlande myndigheten utgick från vid utformningen av villkoren, tillämpade avlöning i enlighet med den ena avlöningsmodellen, vilket resulterade i lägre minimilöner, medan den upphandlande myndigheten ställde krav på villkor enligt den andra avlöningsmodellen vilket resulterade i att minimikravet bestämdes till en högre nivå. Förvaltningsrätten konstaterade att kravet på minimilön återfinns i ett centralt och allmängiltigt kollektivavtal samt att kraven var klara och precisa varför det inte strider mot varken LOU eller de grundläggande principerna att ställa ett sådant krav. Vidare framhåller förvaltningsrätten att ”[d]et ligger inom kommunens rätt att definiera föremålet för upphandlingen och ta sociala hänsyn utifrån egna preferenser och behov samt att bedöma vilka avlöningsmodeller i ett kollektivavtal som är ändamålsenliga sett till föremålet för upphandlingen.”<sup>191</sup> Målet har dock överklagats och beviljats prövningstillstånd i Kammarrätten,<sup>192</sup> varför rättsläget ännu inte är klarlagt.

### 5.3.3 Arbetstid

Arbetstagares arbetstid regleras i arbetstidslagen.<sup>193</sup> Förutsatt att EU-rättens minimikrav avseende arbetstid inte kränks kan en arbetsgivare frångå arbetstidslagen, det skall dock göras i enlighet med ett kollektivavtal.<sup>194</sup> I arbetstidsdirektivet framgår EU-rättens minimikrav, vilka bl.a. avser minimitider för dygnsvila, veckovila och årlig semester.<sup>195</sup>

### 5.3.4 Semester

I semesterlagen återfinns bestämmelser om vilka miniminivåer angående semester en arbetstagare är berättigad till.<sup>196</sup> För att bestämmelserna om arbetstagares rätt till semester skulle överensstämma med EU-rättens krav kom lagen att ändras under 2010,<sup>197</sup> vilket gjordes

---

<sup>191</sup> Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr. 1332-17, dom 2017-09-26.

<sup>192</sup> Se Bilaga 1, prövningstillstånd för mål nr. 1332-17 i Kammarrätten, meddelat 2017-11-16.

<sup>193</sup> Arbetstidslag (1982:673).

<sup>194</sup> Sigeman, Tore & Sjödin, Erik, *Arbetsrätten: en översikt*, Sjunde upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 249 f.

<sup>195</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden.

<sup>196</sup> Semesterlag (1977:480).

<sup>197</sup> Prop. 2009/10:4, *En förenklad semesterlag, m.m.*, s. 1, se även Sigeman & Sjödin, *Arbetsrätten: en översikt*, s. 172.

genom att Arbetstidsdirektivet införlivades.<sup>198</sup> Även om det finns undantag är semesterlagen, i princip, tvingande till arbetstagarens förmån.<sup>199</sup> Exempelvis är vissa bestämmelser om beräkning av semesterlön inte tvingande och kan frångås genom kollektivavtal som träffas av en central arbetstagarorganisation.<sup>200</sup> Även avseende arbetstagare som inte är medlemmar i en arbetstagarorganisation kan arbetsgivaren välja att tillämpa kollektivavtalets undantagsbestämmelser.<sup>201</sup> Däremot är det endast arbetsgivare som är bundna av kollektivavtal som får göra avsteg från de semidispositiva reglerna vid en offentlig upphandling. Om en arbetsgivare inte är bunden av ett kollektivavtal kommer det därmed inte att finnas någon möjlighet för avsteg, dvs. de bestämmelser som reglerar semester och arbetstid måste följas. Oavsett om ett kollektivavtal föreligger eller inte ska de villkor som ställs av den upphandlande myndigheten motsvara den nivå som anges i lagen även om nivån i kollektivavtalet understiger lagen.<sup>202</sup>

Vidare gäller myndighetens skyldighet att ställa villkoren enbart när villkoren går att fastställa, vilket t.ex. inte är möjligt vid ”sifferlösa” avtal.<sup>203</sup> Kravet omfattar dessutom endast arbetstagare i enlighet med det civilrättsliga begreppet, således omfattas exempelvis inte egenföretagare eller uppdragstagare.<sup>204</sup> Det finns i svensk rätt ingen lagstadgad civilrättslig definition av begreppet arbetstagare.<sup>205</sup> Av praxis från Arbetsdomstolen kan dock utläsas att det i tveksamma fall kan behöva göras en helhetsbedömning där bl.a. hur varaktigt arbetsförhållandet är och hur beroende eller självständig uppdragstagaren är gentemot huvudmannen ska vägas in för att i tveksamma fall avgöra om en arbetstagare ska anses vara anställd eller exempelvis egenföretagare.<sup>206</sup>

#### 5.4 Kollektivavtalets nivå

Det är inte tillräckligt att myndigheten hänvisar till ett kollektivavtal, och att leverantören således själv får söka vilka villkor, eller vilken nivå på villkoren, som avses i kollektivavtalet när de ställer arbetsrättsliga villkor. Vilka villkor som avses ska således tas ur kollektivavtalet

---

<sup>198</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden.

<sup>199</sup> 2 § Semesterlag (1977:480), se även Sigeman & Sjödin, *Arbetsrätten: en översikt*, s. 172.

<sup>200</sup> 2 a § Semesterlag (1977:480), se även Sigeman & Sjödin, *Arbetsrätten: en översikt*, s. 172.

<sup>201</sup> 2 a § 3 st. Semesterlag (1977:480), se även Sigeman & Sjödin, *Arbetsrätten: en översikt*, s. 172.

<sup>202</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Fastställa nivån på villkoren*, 2017-07-04.

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/vilka-villkor-ska-stallas/faststalla-nivan-pa-villkoren/> (Hämtad 2018-02-20).

<sup>203</sup> 17 kap. 3 § 3 st. LOU, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUF S och LOV*, s. 282.

<sup>204</sup> Intervju med Charlotta Frenander, Upphandlingsmyndigheten, Bilaga 2.

<sup>205</sup> Sigeman & Sjödin, *Arbetsrätten: en översikt*, s. 29.

<sup>206</sup> *Ibid.*, s. 29 ff, se även bl.a. AD 1979 nr. 155, AD 2012 nr. 24.

och framgå av upphandlingsdokumenten, vilket framgår av att det är den upphandlande myndigheten som ska ange nivåerna för villkoren.<sup>207</sup>

Av 17 kap. 3 § LOU framgår att de ”obligatoriska villkoren” ”[...] 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.”<sup>208</sup> Villkoren som den upphandlande myndigheten ställer får därmed inte vara sämre för arbetstagarna än villkoren som anges i kollektivavtalet, däremot finns det inget som säger att de inte kan vara bättre.<sup>209</sup>

Av förarbetena framgår att Upphandlingsmyndighetens vägledning och allmänna råd kan avse dels inom vilka branscher det föreligger ett särskilt behov av att ställa arbetsrättsliga villkor och dels vilka de aktuella nivåerna på arbetsmarknaden är.<sup>210</sup> Det är däremot parternas gemensamma tolkning av kollektivavtalet som är utgångspunkt när den upphandlande myndigheten ska ange nivån på villkoren.<sup>211</sup> En upphandlande myndighet ska därför, om det inte är obehövligt, även ”[...] ge de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som har slutit det centrala kollektivavtal som nivån på villkoren ska motsvara enligt 2 § tillfälle att yttra sig [...]”<sup>212</sup> Det anses dock inte vara behövligt om informationen kan ges direkt av Upphandlingsmyndigheten eller om den upphandlande myndigheten nyligen tillämpat samma villkor i en annan upphandling.<sup>213</sup>

Upphandlingsmyndigheten framhåller att det är viktigt att värna om den svenska modellen och att utgångspunkten är att de överenskommelser som parterna på arbetsmarknaden har nått ska gälla. Upphandlingsmyndigheten försöker även, så långt det är möjligt, att tillsammans med parterna identifiera vilka nivåer som ska gälla.<sup>214</sup>

---

<sup>207</sup> 17 kap. 3 § LOU, se även mål C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna, prop. 2016/17:163, s. 70 f, Ahlberg, Kerstin, *Arbetsrättsliga villkor i offentliga kontrakt: Vad är möjligt och vad är lämpligt?*, Upphandlingsrättslig Tidskrift 1/2016, s. 48 f och Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 281.

<sup>208</sup> 17 kap 3 § LOU.

<sup>209</sup> Prop. 2016/17:163, s. 45, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 282 och Upphandlingsmyndigheten, *Fastställa nivån på villkoren*, 2017-07-04. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/vilka-villkor-ska-stallas/faststalla-nivan-pa-villkoren/> (Hämtad 2018-02-20).

<sup>210</sup> Prop. 2016/17:163, s. 71, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 283.

<sup>211</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Fastställa nivån på villkoren*, 2017-07-04.

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/vilka-villkor-ska-stallas/faststalla-nivan-pa-villkoren/> (Hämtad 2018-02-20).

<sup>212</sup> 17 kap. 3 § 2 st. LOU.

<sup>213</sup> Prop. 2016/17:163, s. 71 f, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 282 f.

<sup>214</sup> Intervju med Charlotta Frenander, Upphandlingsmyndigheten, Bilaga 2.

Även om det av lagstiftningen framgår att nivån ska anges enligt den lägsta nivån i ett centralt kollektivavtal,<sup>215</sup> får den upphandlande myndigheten, som tidigare nämnts, varken ställa krav på att leverantören ska vara kollektivavtalsluten eller att de ska teckna ett kollektivavtal.<sup>216</sup> Av praxis från EU-domstolen kan även utläsas att kollektivavtalet ska vara allmängiltigt för att det ska kunna användas för att fastställa ett minimivillkor angående villkor som omfattas av Utstationeringsdirektivet.<sup>217</sup> Vidare kan krav i enlighet med ett visst lands kollektivavtalsvillkor endast uppställas om kontraktet ska fullgöras i det landet.<sup>218</sup>

## 5.5 Behövlighetsbedömning

Av bestämmelsen i 17 kap. 2 § LOU framgår att en av grundförutsättningarna för att en upphandlande myndighet ska ha en skyldighet att ställa krav på arbetsrättsliga villkor är att det ska anses vara *behövligt* att ställa sådana krav. För att kunna bedöma huruvida det är *behövligt* eller inte att ställa arbetsrättsliga villkor ska den upphandlande myndigheten göra en helhetsbedömning av omständigheterna kring upphandlingen. Vid behövlighetsbedömningen ska den upphandlande myndigheten beakta flera olika omständigheter, bl.a. egna eller andras erfarenheter från tidigare upphandlingar, vilken bransch upphandlingen avser och uppgifter från intresse- och branschorganisationer.<sup>219</sup> Helhetsbedömningen anses vara en del av bestämningen av det som ska anskaffas, dvs. behövlighetsbedömningen är en del av fastställandet av kontraktsföremålet. Däremot finns ingen etablerad metodik eller fastställd systematik för *hur* en myndighet ska genomföra en sådan bedömning.<sup>220</sup>

Vad som däremot är fastlagt är att den upphandlande myndigheten, vid en behövlighetsbedömning, ska göra en riskanalys för att säkerställa att anställningsvillkoren, åtminstone avseende de ”obligatoriska villkoren”, lön, semester och arbetstid, inte avviker från en skälig nivå. Riskanalysen ska göras utifrån arbetstagarnas perspektiv, utifrån hur stor risk det är för snedvridning av konkurrensen, genom social dumping, i den aktuella upphandlingen. Även om bedömningen ska göras ur arbetstagarnas perspektiv är det den upphandlande

---

<sup>215</sup> 17 kap. 3 § LOU.

<sup>216</sup> Mål C-341/05, Laval, se även mål C-346/06, Rüffert, Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 1713-1995, dom 1995-03-28, Konkurrensverket, rapport 2015:6, *Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling*, s. 52 f, Sundstrand, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2015:2, *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*, s. 16 och Upphandlingsmyndigheten, *Arbetstagares rättigheter*, 2017-05-04. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetstagares-rattigheter/> (Hämtad 2018-01-06).

<sup>217</sup> Mål C-346/06, Rüffert, se även Sundstrand, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2015:2, *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*, s. 22.

<sup>218</sup> Mål C-549/13, Bundesdruckerei, p. 36, se även Sundstrand, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2015:2, *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*, s. 15.

<sup>219</sup> Prop. 2016/17:163, s. 68 f, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 280 f.

<sup>220</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Behövlighetsbedömning – när ska villkoren ställas?*, 2018-01-29.

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/behovlighetsbedomning-nar-ska-villkoren-stallas/> (Hämtad 2018-03-13).

myndigheten som ska göra bedömningen, det är även upp till myndigheten att beskriva vad som ska anskaffas.<sup>221</sup>

För att kunna bedöma huruvida det föreligger ett behov för den upphandlande myndigheten att ställa arbetsrättsliga villkor har Upphandlingsmyndigheten tagit fram ett antal utgångspunkter. Upphandlingsmyndigheten framhåller dock att ”[d]et är varje enskild upphandlande myndighet eller enhet som har ansvaret att utifrån tillgänglig information hos exempelvis Upphandlingsmyndigheten och egna erfarenheter samt nationella eller regionala omständigheter bedöma om det är behövt att ställa arbetsrättsliga villkor.”<sup>222</sup>

En av omständigheterna som ska beaktas vid behövlighetsbedömningen är vilken bransch som avses. För de fall det anses vara behövt att ställa särskilda kontraktsvillkor är däremot branschen som sådan inte en omständighet som direkt medför en konstaterad risk för oskäliga arbetsvillkor. Andra omständigheter som relaterar till branschen kan dock medföra att det är behövt för den upphandlande myndigheten att ställa arbetsrättsliga villkor. Sådana omständigheter kan exempelvis vara ”[...] att en viss yrkesgrupp riskerar oskäliga arbetsvillkor, att vissa villkor i en bransch är oskäliga eller saknas, att risk för oskäliga arbetsvillkor finns i ett visst geografiskt område eller att det för en viss grupp arbetstagare kan konstateras att det förekommer eller finns risk för oskälig konkurrens med undermåliga anställningsvillkor.”<sup>223</sup> Det är således möjligt att endast en specifik grupp inom en bransch blir föremål för bedömning istället för att bedömningen tar sikte på hela branschen.<sup>224</sup> De branscher eller yrkeskategorier där det ofta förekommer utländsk arbetskraft i form av migrantarbetare eller utstationerad arbetskraft är sådana yrkeskategorier som Upphandlingsmyndigheten anser vara i riskzonen varför det ofta är behövt att ställa arbetsrättsliga villkor i sådana branscher. Ytterligare indikationer på att arbetsrättsliga villkor är behövt och att det finns en risk för oskäliga villkor är bl.a. när upphandlingen omfattar ”yrken utan eller med låga formella utbildnings- eller kvalifikationskrav”, branscher med ”låg kollektivavtalsäckning”, eller när det förekommer ”komplexa eller långa leverantörskedjor där arbetet utförs av många underleverantörer”.<sup>225</sup>

---

<sup>221</sup> Prop. 2016/17:163, s. 68 ff, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUF S och LOV*, s. 280.

<sup>222</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Behövlighetsbedömning – när ska villkoren ställas?*, 2018-01-29. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/behovlighetsbedomning-nar-ska-villkoren-stallas/> (Hämtad 2018-03-13).

<sup>223</sup> Prop. 2016/17:163, s. 69.

<sup>224</sup> Ibid.

<sup>225</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Behövlighetsbedömning – när ska villkoren ställas?*, 2018-01-29. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/behovlighetsbedomning-nar-ska-villkoren-stallas/> (Hämtad 2018-03-13).

Erfarenheter från tidigare upphandlingar är som tidigare nämnts en del av behövighetsbedömningen. Erfarenheten behöver inte komma från den upphandlande myndigheten som ska utföra upphandlingen, utan även erfarenheter från andra myndigheter kan beaktas. Om det av tidigare upphandlingar framkommer att den personal, inom en viss bransch eller ett specifikt företag, som har genomfört kontraktet inte har erbjudits skäligen villkor bör den upphandlande myndigheten ställa sådana krav vid nästa offentliga upphandling. Det kan även finnas anledning att avstå från att ställa arbetsrättsliga villkor om det av senare upphandlingar visar sig att det har skett en ”sanering” hos leverantören och att den numera erbjuder sina anställda skäligen arbetsvillkor. Det är med andra ord inte fastslaget exakt vilka villkor som ska påverka bedömningen i det specifika fallet och villkoren kan även variera med tiden.<sup>226</sup>

Den upphandlande myndigheten ska, eftersom villkoren måste kunna fastställas, vid sin bedömning huruvida det föreligger ett behov av att ställa arbetsrättsliga villkor även beakta vilken möjlighet det finns att ställa villkoren. Samtliga villkor behöver inte ställas om det exempelvis saknas ett centralt kollektivavtal eller om det inte finns några lönenivåer i avtalet. Villkoren behöver inte heller ställas om parterna inte vill lämna ut avtalen eller om parternas tolkning av avtalen är oklar. Däremot ska myndigheten ställa de villkor som går att fastställa, exempelvis ska myndigheten ställa krav på arbetstid och semester även om det inte går att fastställa någon lönenivå. För att det ska vara behövligt att ställa arbetsrättsliga villkor krävs endast att ett av villkoren lön, semester och arbetstid är oskäligt för att samtliga måste ställas vid en offentlig upphandling.<sup>227</sup> När den upphandlande myndigheten ska göra sin bedömning ska de även beakta vilka möjligheter som finns att kontrollera och följa upp villkoren.<sup>228</sup>

## 5.6 Arbetsrättsliga villkor för underleverantörer

En upphandlande myndighet ska, när de ställer arbetsrättsliga villkor, kräva att leverantören säkerställer att även de underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller villkoren.<sup>229</sup> Skyldigheten avser även upphandlingar där svensk arbetsrätt inte är tillämplig,<sup>230</sup> och myndigheten får även ”[...] ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor

---

<sup>226</sup> Prop. 2016/17:163, s. 69, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 281.

<sup>227</sup> 17 kap. 3 § 3 st. LOU, se även prop. 2016/17:163, s. 47 och Upphandlingsmyndigheten, *Fastställa nivån på villkoren*, 2017-07-04. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/vilka-villkor-ska-stallas/faststalla-nivan-pa-villkoren/> (Hämtad 2018-02-20).

<sup>228</sup> Prop. 2016/17:163, s. 44.

<sup>229</sup> 17 kap. 4 § 2 st. LOU, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 282.

<sup>230</sup> 17 kap. 4 § LOU, se även Prop. 2016/17:163, s. 73 och Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 283.

om att arbetet ska utföras enligt det arbetsrättsliga regelverk som gäller i del land där arbetet utförs.”<sup>231</sup>

Villkoren kan uppfyllas avtalsrättsligt, via ett avtal mellan leverantören och dess eventuella underleverantörer. Myndighetens ansvar kan således uppfyllas genom att de ställer krav på huvudleverantören, för att huvudleverantören sedan ska uppfylla villkoren ska de i sin tur avtalsrättsligt, via en specifik klausul, binda sina underleverantörer att följa de arbetsrättsliga villkoren som följer av upphandlingskontraktet. Det finns inte heller något som hindrar att underleverantören i sin tur har egna underleverantörer, dock måste även dessa, via avtal, åta sig att fullfölja kontraktet i enlighet med villkoren som ställts av myndigheten. Huvudleverantören måste inte vara part i varje avtal i leverantörskedjan utan det är tillräckligt, för att uppfylla villkoren, att denne åtar sig att säkerställa att dess underleverantörer uppfyller villkoren.<sup>232</sup> Någon begränsning avseende hur långt ned i leverantörskedjan villkoren gäller finns inte, däremot ska hänsyn tas till vad som är proportionerligt i den specifika upphandlingen. Vidare ska hänsyn tas till kopplingen till kontraktets föremål och myndighetens möjlighet att följa upp kraven.<sup>233</sup>

De arbetsrättsliga kraven som myndigheten ska ställa avser villkor om lön, semester och arbetstid.<sup>234</sup> Oavsett vilka villkor som ställs får de dock inte vara mer långtgående gentemot underleverantörerna än kraven gentemot huvudleverantören, utan villkoren som myndigheten kräver att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer fullgör ska vara på samma nivå som kraven myndigheten ställer på huvudleverantören.<sup>235</sup>

## 5.7 Hur uppfylls de arbetsrättsliga kraven?

Huvudregeln är att den leverantör som tilldelats kontraktet, under fullgörandet av kontraktet, ska uppfylla de villkor som myndigheten har ställt. Leverantören ska även säkerställa att dess underleverantörer följer villkoren. Med andra ord ska leverantören, för att uppfylla villkoren, erbjuda de anställda som utför arbetet löner eller förmåner i samma nivå eller bättre än det som den upphandlande myndigheten angav i upphandlingsdokumentet. Leverantören har dock olika

---

<sup>231</sup> Prop. 2016/17:163, s. 73.

<sup>232</sup> Ibid., s. 51.

<sup>233</sup> Ibid., s. 70, se även Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, s. 282 och Upphandlingsmyndigheten, *Villkor för underleverantörer*, 2017-07-05. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/villkor-for-underleverantorer/> (Hämtad 2018-01-07).

<sup>234</sup> 17 kap. 2 § LOU.

<sup>235</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Villkor för underleverantörer*, 2017-07-05.

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/villkor-for-underleverantorer/> (Hämtad 2018-01-07).



möjligheter att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren.<sup>236</sup> Anledningen till att lagstiftningen ger utrymme för alternativa sätt att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren är för att upprätthålla likabehandlingsprincipen.<sup>237</sup>

Leverantörer som är bundna av kollektivavtal kan uppfylla villkoren genom huvudregeln ovan, eller genom att tillämpa motsvarande villkor i ett alternativt centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.<sup>238</sup> En förutsättning är dock att nivåerna minst motsvarar vad som framgår av lag och att villkoren hämtas från ett och samma kollektivavtal.<sup>239</sup> Enligt förarbetena finns dock, vid bedömningen huruvida en leverantör uppfyller villkoren, inte någon ”[...] absolut begränsning till de nivåer som följer enligt lag.”<sup>240</sup> Med det avses att om semidispositiv lagstiftning har avvikits från i ett kollektivavtal, och parterna i kollektivavtalet har enats om mindre förmånliga villkor för arbetstagarna, anses de arbetsrättsliga villkoren vara uppfyllda om leverantören tillämpar villkoren i kollektivavtalet, även om villkoren är sämre än vad som framgår av lagstiftningen.<sup>241</sup> Leverantören kan även tillämpa de villkor som framgår av ett lokalt avtal som är slutet med stöd av ett centralt kollektivavtal.<sup>242</sup> Om leverantören skulle vilja återropa ett annat kollektivavtal, än det av myndigheten angivna, ska de visa att det är tillämpligt på motsvarande arbetstagare i ett centralt kollektivavtal.<sup>243</sup>

Leverantörer som inte är bundna av kollektivavtal kan, precis som de som är bundna av kollektivavtal, uppfylla villkoren genom huvudregeln, eller genom att tillämpa motsvarande villkor i ett alternativt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i branschen.<sup>244</sup> Det innebär att även leverantörer som inte är bundna av kollektivavtal kan uppfylla villkoren genom att följa villkor som framgår av ett alternativt centralt kollektivavtal,

---

<sup>236</sup> 17 kap. 5 § LOU.

<sup>237</sup> Prop. 2016/17:163, s. 74, se även Upphandlingsmyndigheten, *Olika sätt för leverantörer att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren*, 2018-01-09. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/olika-satt-for-leverantorer-att-uppfylla-de-arbetsrattsliga-villkoren/> (Hämtad 2018-01-11).

<sup>238</sup> 17 kap. 5 § 1 st. LOU, se även prop. 2016/17:163, s. 74 och Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFU och LOV*, s. 284.

<sup>239</sup> Prop. 2016/17:163, s. 74, se även Upphandlingsmyndigheten, *Olika sätt för leverantörer att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren*, 2018-01-09. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/olika-satt-for-leverantorer-att-uppfylla-de-arbetsrattsliga-villkoren/> (Hämtad 2018-01-11).

<sup>240</sup> Prop. 2016/17:163, s. 74.

<sup>241</sup> Ibid.

<sup>242</sup> Ibid., se även Upphandlingsmyndigheten, *Olika sätt för leverantörer att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren*, 2018-01-09. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/olika-satt-for-leverantorer-att-uppfylla-de-arbetsrattsliga-villkoren/> (Hämtad 2018-01-11).

<sup>243</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Olika sätt för leverantörer att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren*, 2018-01-09. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/olika-satt-for-leverantorer-att-uppfylla-de-arbetsrattsliga-villkoren/> (Hämtad 2018-01-11).

<sup>244</sup> Ibid., se även 17 kap. 5 § 1 st. LOU och prop. 2016/17:163, s. 74.

även om villkoren däri är sämre än vad som framgår av semidispositiv lagstiftning till arbetstagarens nackdel. Möjligheten att en leverantör kan uppfylla de arbetsrättsliga villkoren i upphandlingen, genom att tillämpa bestämmelser som är sämre än kraven som framgår av upphandlingsdokumenten, förändrar dock inte dennes skyldigheter enligt arbetsrätten.<sup>245</sup>

Dessutom anses leverantörer som har utstationerad arbetskraft, uppfylla de arbetsrättsliga villkoren om de tillämpar motsvarande villkor från utstationeringslagen.<sup>246</sup> Det är däremot upp till leverantören att visa att en utstationeringssituation är aktuell. Vidare är det alltid, om myndigheten begär det, leverantören som ska visa *att* och *hur* de ställda villkoren kommer att fullgöras.<sup>247</sup>

## 5.8 Uppföljning av arbetsrättsliga villkor

Beroende på *hur* leverantören uppfyller villkoren kan olika situationer uppstå avseende uppföljningen. Svårigheten med att tillgodose likabehandlingsprincipen vid uppföljning och villkorsställandet har diskuterats flitigt i förarbetena, samt i flera offentliga utredningar. Särskilt svårt har det ansetts vara ”[...] när leverantörerna lyder under och tillämpar skilda arbetsrättsliga regler och villkor för sina anställda, vilket är fallet för arbetsgivare som anlitar utstationerad personal i förhållande till de som inte gör det eller för arbetsgivare som tillämpar olika kollektivavtal. Leverantören kan då arbetsrättsligt befinna sig i olika situationer, genom att de tillämpar olika bestämmelser.”<sup>248</sup> Det faktum att förutsättningarna för leverantörerna kan skilja sig åt anser regeringen dock inte innebära ”[...] att de upphandlingsrättsligt befinner sig i olika situationer”,<sup>249</sup> utan det anses vara en del av konkurrensen som upphandlingen ska ta tillvara. Villkoren i sig skiljer sig inte åt, och alla leverantörer ska uppfylla samtliga krav som ställs.<sup>250</sup> Däremot kan leverantörerna, som en följd av hur arbetsrätten är utformad, ha olika förutsättningar att uppfylla kraven genom att de tillämpar olika bestämmelser om de följer olika kollektivavtal eller omfattas av utstationeringslagstiftningen. Det följer av den svenska modellen, eftersom kollektivavtal ska anses likvärdiga även om dess bestämmelser skiljer sig

---

<sup>245</sup> Prop. 2016/17:163, s. 74, se även Upphandlingsmyndigheten, *Olika sätt för leverantörer att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren*, 2018-01-09. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/olika-satt-for-leverantorer-att-uppfylla-de-arbetsrattsliga-villkoren/> (Hämtad 2018-01-11).

<sup>246</sup> 17 kap. 5 § 2 st. LOU, se även Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare, prop. 2016/17:163, s. 75, Forsberg, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFs och LOV*, s. 284 och Upphandlingsmyndigheten, *Olika sätt för leverantörer att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren*, 2018-01-09. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/olika-satt-for-leverantorer-att-uppfylla-de-arbetsrattsliga-villkoren/> (Hämtad 2018-01-11).

<sup>247</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Olika sätt för leverantörer att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren*, 2018-01-09. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/olika-satt-for-leverantorer-att-uppfylla-de-arbetsrattsliga-villkoren/> (Hämtad 2018-01-11).

<sup>248</sup> Prop. 2016/17:163, s. 57.

<sup>249</sup> Ibid.

<sup>250</sup> Ibid.

åt. Villkoren får däremot ”[...] inte utformas så att anbudsgivarna ges skilda möjligheter att utforma sina anbud.”<sup>251</sup>

Som nämnts tidigare ska arbetsrättsliga villkor vara möjliga att kontrollera samt följa upp, eftersom det strider mot de upphandlingsrättsliga principerna om myndigheten ställer villkor som den varken ämnar eller har möjlighet att kontrollera och följa upp.<sup>252</sup> Den upphandlande myndigheten måste dock inte alltid kontrollera om de uppgifter som lämnats i ett anbud är riktiga.<sup>253</sup> Om det däremot finns anledning att ifrågasätta huruvida en anbudsgivare uppfyller de obligatoriska kraven ska den upphandlande myndigheten undersöka om kraven är uppfyllda eller inte. Det gäller oavsett om leverantören enbart kryssat i ett standardformulär om att de uppfyller villkoren eller om det i upphandlingsdokumenten framgår att någon bevisning inte behövs.<sup>254</sup> Vidare ska kontrollen vara förutsebar och ske under kontraktstiden.<sup>255</sup> En upphandlande myndighet får däremot inte utvärdera ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumenten, sådana anbud ska förkastas. Det gäller oavsett när i upphandlingsförfarandet felet upptäcks.<sup>256</sup>

Att följa upp avtalen är en förutsättning för att en upphandlande myndighet ska kunna säkerställa att arbetstagarna i det specifika fallet får de arbetsrättsliga villkor som villkoren är till för att säkerställa. Upphandlingsmyndigheten framhåller att om villkoren inte följs upp av myndigheten under avtalsperioden riskerar oseriösa leverantörer att gynnas vilket kan leda till en snedvridning av konkurrensen. Att inte följa upp villkoren kan således leda till att de

---

<sup>251</sup> Prop. 2016/17:163, s. 57.

<sup>252</sup> C-448/01, EVN mot Österrike, p. 50 ff, se även prop. 2016/17:163, s. 51 och Kammarätten i Göteborg, mål nr. 2216-2221-10, dom 2010-12-16.

<sup>253</sup> Kammarätten i Göteborg, mål nr. 2216-2221-10, dom 2010-12-16, se även Kammarätten i Jönköping, mål nr. 981-11, dom 2011-06-10 och Upphandlingsmyndigheten, *Sammanställning av frågor från frukostseminarium om arbetsrättsliga villkor*, om kontroll och uppföljningen, s. 13 f, 2017-07-06. [http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/sammanstallning-av-fragor-fran-frukostseminarium-om-arbetsrattsliga-villkor\\_webb.pdf](http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/sammanstallning-av-fragor-fran-frukostseminarium-om-arbetsrattsliga-villkor_webb.pdf) (Hämtad 2018-02-28).

<sup>254</sup> Kammarätten i Stockholm, mål nr. 4060-14, dom 2014-10-08, Kammarätten i Göteborg, mål nr. 3688-14, dom 2014-12-11. Även om domarna berör obligatoriska krav i upphandlingsdokumenten och inte specifikt fullgörande av kontraktsvillkor så torde resonemangen vara detsamma. Se även prop. 2015/16:195, s. 1111.

<sup>255</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Sammanställning av frågor från frukostseminarium om arbetsrättsliga villkor*, om kontroll och uppföljningen, s. 13 f, 2017-07-06. [http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/sammanstallning-av-fragor-fran-frukostseminarium-om-arbetsrattsliga-villkor\\_webb.pdf](http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/sammanstallning-av-fragor-fran-frukostseminarium-om-arbetsrattsliga-villkor_webb.pdf) (Hämtad 2018-02-28).

<sup>256</sup> Mål C-243/89, Europeiska gemenskapernas kommission mot Danmark (Stora Bält), p. 37 ff, se även Kammarätten i Stockholm, mål nr. 5798-13, dom 2014-02-17, Kammarätten i Jönköping, mål nr. 2755-13, dom 2014-04-24, och mål nr. 981-11, dom 2011-06-10 och Kammarätten i Göteborg, mål nr. 1569-1572-14, dom 2014-10-21.

arbetsrättsliga kraven direkt motverkar syftet med att ställa arbetsrättsliga villkor och skada den upphandlande myndighetens trovärdighet.<sup>257</sup>

---

<sup>257</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Sammanställning av frågor från frukostseminarium om arbetsrättsliga villkor, om kontroll och uppföljningen*, s. 13 f, 2017-07-06.  
[http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/sammanstallning-av-fragor-fran-frukostseminarium-om-arbetsrattsliga-villkor\\_webb.pdf](http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/sammanstallning-av-fragor-fran-frukostseminarium-om-arbetsrattsliga-villkor_webb.pdf) (Hämtad 2018-01-11).

## 6. Analys

### 6.1 När får och när ska arbetsrättsliga krav ställas såsom fullgörande av kontraktsvillkor vid offentlig upphandling?

Att ställa arbetsrättsliga villkor vid offentlig upphandling anses vara eftersträvansvärt, och det framgår av 4 kap. 3 § LOU att en upphandlande myndighet *bör* ställa sådana villkor. Anledningen till att det anses eftersträvansvärt är att myndigheten, genom att ställa arbetsrättsliga villkor, bidrar till att motverka en snedvridning av konkurrensen och att de arbetstagare som utför arbetet erhåller oskäligen arbetsvillkor. Arbetsrättsliga hänsyn kan tas på flera olika sätt och i olika moment av upphandlingen men att ställa villkoren som fullgörande av kontraktsvillkor torde vara det mest effektiva för att uppnå syftet med de arbetsrättsliga villkoren eftersom myndigheten kan ställa krav som gäller under hela kontraktstiden.

Att arbetsrättsliga villkor *får* ställas vid offentlig upphandling är inget nytt, varken i svensk rätt eller inom EU-rätten, även om det under en längre tid var osäkert huruvida sådana villkor var möjliga att ställa.<sup>258</sup> Att arbetsrättsliga villkor får ställas som fullgörande av kontraktsvillkor framgår av bestämmelsen i 17 kap. 1 § LOU. Möjligheten avser alla upphandlingar, oavsett om dess totala värde är över eller under tröskelvärdena. Villkoren måste dock ha koppling till det som anskaffas på det sätt som avses i tilldelningskriterierna vilket innebär att villkoren som ställs av den upphandlande myndigheten i något avseende ska hänföra sig till varan, tjänsten eller byggnadsverket under något skede av upphandlingens livscykel.<sup>259</sup> Kravet på koppling till kontraktsföremålet innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa krav på hela leverantörens verksamhet, utan endast på de delar av verksamheten som omfattas av utförandet av kontraktet. De arbetsrättsliga villkor som ställs ska således avse arbetstagarnas förmåner under den del av arbetet som berör upphandlingskontraktet. Eftersom villkoren endast får avse arbetstagare som omfattas av upphandlingskontraktet kan myndigheten inte kräva att de arbetsrättsliga villkoren ska ställas för samtliga anställda hos leverantören och inte heller kräva att leverantören ska tillämpa villkoren för tiden före eller efter den offentliga upphandlingen.

Direktiven omfattar endast upphandlingar vars totala värde överstiger tröskelvärdena vilket innebär att medlemsstaterna, i princip, kan reglera upphandlingar vars totala värde understiger tröskelvärdena hur de vill. Den svenska regeringen har dock vid införlivandet av direktiven valt att tillämpa de grundläggande principer som framgår av direktiven samt möjligheten att ställa arbetsrättsliga villkor även vid upphandlingar som understiger tröskelvärdena. De

---

<sup>258</sup> Se avsnitt 4.2.1.

<sup>259</sup> 16 kap. 2 § LOU, se även avsnitt 2.2.

grundläggande principerna ska dessutom genomsyra hela upphandlingsförfarandet och avse samtliga leverantörer, även sådana som inte har deltagit i den aktuella upphandlingen. Eftersom bestämmelserna har införlivats i nära anslutning till direktivet, bör de tolkas i enlighet med unionsrätten på området, även vid upphandlingar under tröskelvärdena där det egentligen inte finns något gränsöverskridande intresse.<sup>260</sup>

Således får de villkor som myndigheten ställer, oavsett upphandlingens värde, inte strida mot de grundläggande principerna. Det innebär bl.a. att villkoren, för att upprätthålla öppenhetsprincipen, ska framgå av upphandlingsdokumenten. Det är således inte tillräckligt att hänvisa till ett kollektivavtal eller till den nivå som framgår av kollektivavtalet. Vilka villkor som avses, samt vilken nivå som avses, ska klart och tydligt framgå direkt av upphandlingsdokumenten. Villkoren får inte heller vara så invecklade att det är svårt eller kanske rent av omöjligt att förstå den exakta innebörden. Även om samtliga villkor inte alltid måste kontrolleras, måste de vara möjliga att kontrollera samt följa upp. En myndighet får således inte heller ställa villkor som den varken ämnar eller har möjlighet att följa upp och kontrollera.<sup>261</sup>

Det är EU-rätten och de grundläggande principerna som till stor del sätter gränsen för vilka villkor som får ställas vid en offentlig upphandling, och det skiljer sig från upphandling till upphandling vilka villkor som får ställas. Den upphandlande myndigheten har dock stor frihet när det kommer till att definiera föremålet för upphandlingen, och får i princip ställa vilka krav de anser är nödvändiga.<sup>262</sup> Att en upphandlande myndighet, i princip, får ställa vilka villkor de vill torde innebära att även om riksdagen röstade ner regeringens ursprungliga förslag om att det utöver de ”obligatoriska kraven” även *får* ställas villkor om pensioner, försäkringar och annan ledighet än semester är det ändå, i vissa fall, förenligt med svensk rätt att ställa sådana krav. Förutsatt att villkoret i den specifika upphandlingen har koppling till kontrakt föremålet och är utformat så att det är förenligt med de grundläggande principerna.

Även om myndigheten redan innan lagändringen hade stora möjligheter att ställa arbetsrättsliga villkor ansåg regeringen att villkoren inte ställdes i tillräckligt hög utsträckning och att det inte var tillräckligt att konstatera att en upphandlande myndighet *bör* och *får* ställa arbetsrättsliga villkor vid offentliga upphandlingar. Regeringen införde därför en skyldighet, i vissa fall, för myndigheter att ställa arbetsrättsliga villkor.

---

<sup>260</sup> Se avsnitt 2.1.

<sup>261</sup> Se avsnitt 5.8.

<sup>262</sup> Se avsnitt 5.2.

Bestämmelserna infördes i 17 kap. 2–5 §§ LOU och av bestämmelserna framgår att upphandlande myndigheter *ska* ställa arbetsrättsliga villkor om det är behövt och om villkoren går att fastställa.<sup>263</sup> Det är dock endast vid offentliga upphandlingar som överstiger tröskelvärdena, och som har påbörjats 1 juni 2017 eller senare, som de upphandlande myndigheterna har en skyldighet att ställa sådana villkor. Skyldigheten gäller inte heller för sociala tjänster och andra särskilda tjänster, oavsett om dess totala värde är över eller under tröskelvärdena. Vidare är det också avgörande, för bestämmelsernas tillämplighet, huruvida kontraktet kommer att utföras i Sverige, där de svenska bestämmelserna blir tillämpliga, eller om kontraktet kommer att utföras i ett annat land där det istället är ILO:s kärnkonventioner som kommer att bli tillämpliga.<sup>264</sup>

Av bestämmelsen i 17 kap. 2 § LOU framgår att det är villkor om lön, semester och arbetstid som myndigheten, om ovanstående rekvisit är uppfyllda, är skyldig att ställa krav på vid fullgörandet av kontraktet. Myndigheten *ska* således, i vissa fall, ställa krav på att leverantören ger de anställda som fullgör kontraktet vissa arbetsrättsliga minimikrav. Minimikraven framgår av bestämmelsen i 17 kap. 3 § LOU, där det framgår att nivån på villkoren, när villkoren ska ställas, ”[...] 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 motsvara de nivåer som följer av lag.”<sup>265</sup>

Enligt den svenska modellen finns inte någon lagstiftning som reglerar minimilöner, utan den svenska lönenivån regleras till stor del genom kollektivavtal vilket innebär att det kan vara problematiskt att fastställa den aktuella miniminivån. Kollektivavtal är inte alltid allmänt tillgängliga och kan vara komplicerade att tolka. Vidare är det parternas gemensamma tolkning av kollektivavtalet som är utgångspunkt när den upphandlande myndigheten ska ange nivån på villkoren. För att kunna avgöra parternas gemensamma tolkning ska den upphandlande myndigheten därför, om det inte anses obehövt, låta parterna yttra sig om vilka nivåer som avses. Det är dock inte säkert att parterna är överens om tolkningen av avtalet.<sup>266</sup>

Upphandlingsmyndigheten har enligt förarbetena en viktig roll där det framgår att deras vägledning och allmänna råd bl.a. kan avse vilka de aktuella nivåerna på arbetsmarknaden är. Om Upphandlingsmyndigheten har tagit fram nivåer, och den aktuella nivån kan ges direkt av Upphandlingsmyndigheten, anses det inte vara behövt att höra arbetsmarknaden parter. Vidare anses det inte vara behövt att höra arbetsmarknadens parter när den upphandlande

---

<sup>263</sup> 17 kap. 2 § LOU.

<sup>264</sup> Se avsnitt 5.3.1.

<sup>265</sup> 17 kap. 3 § 1 st. LOU.

<sup>266</sup> 17 kap. 3 § andra stycket LOU, se även avsnitt 5.1 och 5.4.

myndigheten, eller någon annan myndighet, nyligen har tillämpat samma villkor i en annan upphandling.<sup>267</sup>

I ett mål i förvaltningsrätten i Uppsala framhöll domstolen att ”[d]et ligger inom kommunens rätt att definiera föremålet för upphandlingen och ta sociala hänsyn utifrån egna preferenser och behov samt att bedöma vilka avlöningsmodeller i ett kollektivavtal som är ändamålsenliga sett till föremålet för upphandlingen.”<sup>268</sup> Av målet kan utläsas att om det i ett centralt kollektivavtal finns två eller flera olika metoder för att beräkna en viss miniminivå på villkoren är det upp till myndigheten att bedöma vilket som är ändamålsenligt i den specifika upphandlingen. Det torde innebära att den upphandlande myndigheten inte är begränsad till att ställa krav enligt den lägsta nivå som följer av kollektivavtalet. Målet har dock överklagats och beviljats prövningstillstånd i kammarrätten,<sup>269</sup> varför rättsläget fortfarande inte är klarlagt. Vilken den högsta nivån är, för de krav som myndigheten kan ställa, får prövas i varje enskilt fall utifrån vad som är proportionerligt. Om myndigheten ställer för höga krav föreligger en risk att leverantörer avskräcks från att delta i upphandlingen vilket leder till färre anbud och att konkurrensen försämras.

Ytterligare ett problem angående att fastställa vilken miniminivå som ska gälla avseende löner är att det inte finns någon enhetlig definition av vad som ryms inom begreppet lön, varför det kan variera mellan olika branscher. För att fastställa vad som ryms inom begreppet får ledning hämtas från praxis och kollektivavtal för den specifika branschen. Av förarbetena kan dock utläsas att det endast är lön som utgår för den arbetade tiden som omfattas av begreppet, således kan vissa former av lön uteslutas såsom exempelvis permitteringslön.<sup>270</sup>

Miniminivån på semester och arbetstid regleras av lagstiftning, även om avsteg kan göras i semidispositiv lagstiftning genom kollektivavtal.<sup>271</sup> Av bestämmelsen i 17 kap. 3 § LOU framgår dock att villkoren inte får vara sämre för arbetstagarna än vad som framgår av lag. Med andra ord ska myndigheten således, om villkoren inte kan utläsas av kollektivavtalet eller om villkoren i kollektivavtalet är sämre för arbetstagarna än vad som framgår av lagstiftningen, ställa krav enligt de nivåer som följer av lag, varför en upphandlande myndighet inte torde ha några större problem att fastställa de aktuella minimivillkoren i den specifika upphandlingen.

Vad som däremot kan vara problematiskt är att det i 17 kap. 2 § LOU lagstadgade kravet att den upphandlande myndigheten, i vissa fall, ska ställa arbetsrättsliga villkor endast omfattar

---

<sup>267</sup> Se avsnitt 5.4.

<sup>268</sup> Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr. 1332-17, dom 2017-09-26, se även avsnitt 5.3.2.

<sup>269</sup> Bilaga 1, prövningstillstånd för mål nr. 1332-17 i Kammarrätten, meddelat 2017-11-16.

<sup>270</sup> Se avsnitt 5.3.2.

<sup>271</sup> Se avsnitt 5.3.3 och 5.3.4.



arbetstagare enligt det civilrättsliga begreppet.<sup>272</sup> Det innebär att exempelvis egenföretagare och uppdragstagare inte omfattas. Att bestämmelserna inte omfattar exempelvis egenföretagare medför att det föreligger en risk att leverantörer, för att undvika kraven, istället för att använda egen personal anlitar egenföretagare vilket innebär att syftet med bestämmelserna går förlorat. Ytterligare problem kan uppkomma eftersom det är det civilrättsliga begreppet av arbetstagare som avses varför en egenföretagare ändå, vid en prövning, kan anses vara anställd arbetstagare. Dessutom är det, om en sådan situation skulle uppkomma i en upphandling, förvaltningsdomstolarna<sup>273</sup> och inte Arbetsdomstolen som skulle pröva frågan. Det är ett avsteg från den svenska modellen där Arbetsdomstolen ska avgöra arbetsrättsliga tvister.

Vidare avser skyldigheten att ställa arbetsrättsliga villkor endast villkor som går att fastställa.<sup>274</sup> Samtliga villkor behöver inte ställas för det fall att det saknas ett centralt kollektivavtal eller om det inte framgår någon minimivå i kollektivavtalet. Villkoren behöver inte heller ställas om parterna inte vill lämna ut kollektivavtalen eller om deras tolkning av avtalet är oklar. Myndigheten ska dock, förutsatt att de kommer fram till att det finns ett behov att ställa arbetsrättsliga villkor, ställa de villkor som går att fastställa. Villkoren ska dessutom framgå av samma kollektivavtal, det är således inte möjligt att ”plocka” villkor från olika kollektivavtal.

En grundförutsättning för att arbetsrättsliga villkor *ska* ställas som fullgörande av kontraktsvillkor är att det anses vara behövligt att ställa villkoren.<sup>275</sup> Behövlighetsbedömningen utgör en del av det som ska anskaffas och är således en del av fastställandet av kontraktsföremålet. Det är tillräckligt att myndigheten kommer fram till att det finns risk för att ett av villkoren är oskäligt i den aktuella upphandlingen för att det ska anses behövligt att ställa samtliga ”obligatoriska” villkor. För att bedöma huruvida det är behövligt att ställa villkoren ska den upphandlande myndigheten göra en behövlighetsbedömning.<sup>276</sup>

Behövlighetsbedömningen ska utgå från vilken risk som föreligger för oskäliga arbetsvillkor och snedvriden konkurrens i samband med den specifika upphandlingen. Även om riskanalysen ska göras utifrån arbetstagarnas perspektiv är det den upphandlande myndigheten som ska göra bedömningen. Behövlighetsbedömningen är en helhetsbedömning där den upphandlande myndigheten ska beakta fler olika omständigheter. Det finns ingen etablerad metodik eller fastställd systematik för *hur* en myndighet ska genomföra en behövlighetsbedömning, och det är inte heller klarlagt exakt vilka villkor som ska påverka bedömningen i det specifika fallet.

---

<sup>272</sup> Se avsnitt 5.3.4.

<sup>273</sup> Förvaltningsrätt, Kammarrätt och Högsta förvaltningsdomstolen.

<sup>274</sup> 17 kap. 3 § 3 st. § LOU.

<sup>275</sup> 17 kap. 2 § LOU.

<sup>276</sup> Se avsnitt 5.5.

Det riskerar således att bli en skönsmässig bedömning där de anställda på den upphandlande myndigheten, med skiftande kompetens, ska bedöma om det är behövt att ställa villkoren eller inte. Det innebär att det kan bli helt olika bedömningar, beroende på vem/vilka som ska göra bedömningen. Olika myndigheter, på olika ställen i landet, kan således göra helt olika bedömningar vilket skapar en osäkerhet kring hur regelverket ska tillämpas.

Upphandlingsmyndigheten har dock arbetat fram ett antal utgångspunkter för behövlighetsbedömningen där det framhålls att bl.a. egna och andras erfarenheter från tidigare upphandlingar, vilken bransch upphandlingen avser och uppgifter från bransch- och intresseorganisationer ska beaktas. Upphandlingsmyndigheten har även, i samarbete med aktuella arbetsgivar- och arbetstagarförbund inom de specifika branscherna, tagit fram villkor, och vilka de aktuella nivåerna bör anses vara inom vissa speciellt utsatta branscher.

Även om det av förarbetena framgår att Upphandlingsmyndigheten har en viktig roll, utgör deras vägledning och allmänna råd inte några bindande föreskrifter. Det är således den upphandlande myndighets ansvar att bedöma vilka villkor som ska ställas, villkorens nivå och om det är behövt att ställa arbetsrättsliga villkor i den specifika upphandlingen. Exakt hur stor vikt Upphandlingsmyndighetens rekommendationer får i praktiken är ännu inte klarlagt. Stor hänsyn tas dock till rekommendationer från myndigheter med liknande uppdrag inom andra rättsområden.<sup>277</sup>

En upphandlande myndighet ska dessutom kräva att leverantören, förutsatt att denne har underleverantörer och att det anses behövt, säkerställer att även de underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller villkoren.<sup>278</sup> Skyldigheten avser även upphandlingar där svensk arbetsrätt inte är tillämplig.<sup>279</sup> En leverantör ska således, för att uppfylla villkoren, dels uppfylla villkoren själv och dels säkerställa att de underleverantörer som anlitas för att fullgöra kontraktet uppfyller villkoren. Kravet avser dock endast de underleverantörer som direkt medverkar till fullgörandet av kontraktet, vilket följer av att kravet ska ha koppling till kontraktets föremål. För myndigheten är det tillräckligt att ålägga leverantören att, genom exempelvis en klausul i kontraktet, säkerställa att dennes underleverantörer uppfyller villkoren. Leverantören måste dock, vid en eventuell kontroll eller uppföljning, visa att även deras underleverantörer följer villkoren. Det finns inte heller någon gräns angående hur många led i leverantörskedjan som en upphandlande myndighet får begära uppgifter om underleverantörer, utan det ska avgöras från upphandling till upphandling med

---

<sup>277</sup> Se exempelvis Skatteverket.

<sup>278</sup> 17 kap. 4 § 2 st. LOU.

<sup>279</sup> 17 kap. 4 § 1 st. LOU.

beaktande av proportionalitetsprincipen.<sup>280</sup> Att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer uppfyller villkoren kan anses medföra orimliga krav på leverantören. Det torde vara oproportionerligt att en leverantör ska säkerställa och vid en kontroll visa att underleverantörer, vars anställda exempelvis endast utför ett engångsarbete under en kortare period, erhåller skäligen arbetsvillkor. Det torde således vara tillräckligt att avtalsrättsligt binda underleverantörerna till villkoren för att uppfylla kraven. Om underleverantören sedan, trots avtalet, inte följer villkoren torde det inte vara proportionerligt att hålla huvudleverantören ansvarig för underleverantörens kontraktsbrott.

Även om EU-domstolen har klarlagt att Utstationeringsdirektivet inte hindrar möjligheten att ställa arbetsrättsliga krav via arbetsklausuler begränsas, i princip, de krav en myndighet kan ställa gentemot en leverantör med utstationerad arbetskraft till Utstationeringsdirektivets ”hårda kärna”.<sup>281</sup> Det följer av att en leverantör med utstationerad arbetskraft anses uppfylla de arbetsrättsliga kraven om de tillämpar motsvarande villkor från utstationeringslagstiftningen.<sup>282</sup> Det kan även vara svårt för en upphandlande myndighet när den ska utforma upphandlingsdokumenten att med säkerhet veta om det i den specifika upphandlingen kommer att förekomma utstationerad arbetskraft eller inte. Det kan innebära att myndigheten, för att vara säker, begränsar villkoren till villkor som omfattas av utstationeringsdirektivets ”hårda kärna” även om det kanske vore lämpligt att ställa ytterligare krav. Det kan även vara så att den upphandlande myndigheten ställer villkor som de inte kan kräva att leverantörer med utstationerad arbetskraft ska följa varför det indirekt blir olika krav på leverantörerna beroende på om de har utstationerad arbetskraft eller inte. Att myndigheten ställer olika krav på olika leverantörer torde dock inte vara tillåtet enligt likabehandlingsprincipen. Eftersom nivån på de arbetsrättsliga kraven, även när det förekommer utstationerad arbetskraft, ska fastställas enligt de bestämmelser som gäller där upphandlingen sker, ska nivån anges i enlighet med bestämmelsen 17 kap. 3 § LOU. Bestämmelserna om utstationerad arbetskraft påverkar dock inte frågan *när* arbetsrättsliga villkor får eller ska ställas utan *vilka* villkor som i den aktuella upphandlingen kan ställas.

Det är även viktigt att komma ihåg att de krav som en upphandlande myndighet ställer är villkorens lägsta gräns, det finns inget som säger att en leverantör inte får erbjuda sina anställda, som ska fullgöra kontraktet, bättre villkor.

---

<sup>280</sup> Se avsnitt 5.6.

<sup>281</sup> Se avsnitt 5.2.

<sup>282</sup> Se avsnitt 5.7.

## 6.2 Bestämmelsernas förenlighet med EU-rätten, de grundläggande principerna och LOU-direktivets bakomliggande syften

LOU-direktivets huvudsyfte är att bidra till att förverkliga den inre marknaden. För att förverkliga den inre marknaden krävs en harmoniserad lagstiftning, och att nationella bestämmelser som hindrar de fyra friheterna eller snedvrider konkurrensen undanröjs.<sup>283</sup>

LOU-direktivet är ett s.k. minimidirektiv vilket innebär att direktivet uppställer minimikrav på medlemsstaternas lagstiftning. Det innebär att medlemsstaterna kan införa en högre skyddsnivå än vad direktivet föreskriver. Sverige har vid implementeringen av direktivet dels valt att införa ett krav att under vissa förutsättningar ställa arbetsrättsliga villkor,<sup>284</sup> dels infört möjligheten att ställa arbetsrättsliga villkor på upphandlingar som inte omfattas av det direktivstyrda området, dvs. vid upphandlingar under tröskelvärdena.<sup>285</sup> Även de grundläggande principerna har i LOU gjorts allmänt tillämpliga och gäller vid samtliga upphandlingar, under hela förfarandet, oavsett värde.<sup>286</sup>

De krav som ställs av direktivet är att medlemsstaterna ska vidta *lämpliga* åtgärder för att säkerställa att arbetsrättsliga villkor följs vid en offentlig upphandling,<sup>287</sup> och att sociala krav *får* ställas såsom fullgörande av kontraktsvillkor om de är kopplade till kontraktsföremålet samt anges i upphandlingsdokumenten.<sup>288</sup> Även om det i direktivet står sociala krav, omfattas arbetsrättsliga krav eftersom de är en del av de sociala kraven.<sup>289</sup>

Det framgår dock av skäl 37 i LOU-direktivet att om arbetsrättsliga villkor tillämpas i överensstämmelse med de grundläggande principerna finns inget hinder mot att i nationell lagstiftning erbjuda möjligheter att ställa arbetsrättsliga krav som är förmånligare för arbetstagarna. Vidare är det förenligt med EU-rätten att applicera ett överskjutande införlivande av ett direktiv,<sup>290</sup> såsom har gjorts när möjligheten att ställa arbetsrättsliga villkor som fullgörandevillkor även omfattar upphandlingar under tröskelvärdena. Möjligheten att ställa arbetsrättsliga villkor och de grundläggande principerna bör således tolkas på liknande sätt som vid upphandlingar över tröskelvärdena för att skapa en enhetlig tolkning inom EU.<sup>291</sup>

---

<sup>283</sup> Se avsnitt 4.2.3.

<sup>284</sup> 17 kap. 2 § LOU.

<sup>285</sup> 17 kap. 1 § LOU.

<sup>286</sup> Se avsnitt 2.3.1.

<sup>287</sup> Art. 18 LOU-direktivet.

<sup>288</sup> Art. 70 LOU-direktivet, se även avsnitt 4.2.2.

<sup>289</sup> Se avsnitt 3.2 och 3.3.

<sup>290</sup> Att applicera ett överskjutande införlivande av ett direktiv innebär att den lagstiftning medlemsstaten inför, vid implementeringen av direktivet, blir tillämplig även på områden eller situationer som egentligen inte omfattas av direktivet. Art. 169.4 FEUF och art. 193 FEUF, se även avsnitt 4.3.

<sup>291</sup> Se avsnitt 2.1.

Även om direktivet framhåller att lämpliga åtgärder ska vidtas för att säkerställa att arbetsrättsliga villkor följs vid offentlig upphandling, framgår inte att det ska införas något krav på att arbetsrättsliga villkor, i vissa fall, ska ställas. Huruvida ett sådant krav är lämpligt eller inte är dock en politisk fråga men med tanke på att LOU-direktivet är ett minimidirektiv och möjlighet ges att införa striktare krav torde det vara förenligt med EU-rätten att i svensk lagstiftning ha en sådan bestämmelse.

Direktivet har dessutom som kompletterande mål att utöka myndigheters möjlighet att använda offentlig upphandling för att nå samhällliga mål.<sup>292</sup> Arbetsrättsliga krav är arbetsrättsliga hänsyn uttryckta i krav-form, vilket är ett viktigt medel för att den upphandlande myndigheten ska uppnå en socialt hållbar upphandling och samhällliga mål.<sup>293</sup> Av svensk lagstiftning framgår att arbetsrättsliga krav är möjliga att ställa såsom fullgörande av kontraktsvillkor,<sup>294</sup> och det anses även eftersträvansvärt att ställa sådana krav. Svensk lagstiftning har dessutom gått längre än vad som krävs av direktivet eftersom möjligheten att ställa arbetsrättsliga villkor även omfattar upphandlingar under tröskelvärdena samt att en upphandlande myndighet, i vissa fall, ska ställa arbetsrättsliga krav. Det torde således inte vara någon tvekan om att svensk lagstiftning är förenlig med det första av direktivets kompletterande mål.

Det andra kompletterande målet är att effektivisera den offentliga upphandlingen genom enklare och mer flexibla regler.<sup>295</sup> Bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor har dock kritiserats för att vara raka motsatsen. Lagrådet framhöll att regelsystemet är otydligt, av skiftande karaktär och att bestämmelserna tenderar att överlappa varandra. Bestämmelserna har även fått mycket kritik för att de är svåra att tillämpa i förhållande till den svenska modellen. Svenskt Näringsliv framhåller även att fler krav leder till ett krångligare regelverk vilket minskar företagens intresse av att delta i konkurrensen om de offentliga kontrakten. Det var redan innan lagändringen få anbud, och företagens intresse av att delta i offentliga upphandlingar har minskat än mer de senaste åren. Att det är få anbud är negativt för konkurrensen om de offentliga kontrakten och skapar en osäkerhet huruvida anbudena ligger på rätt prisnivå vilket kan leda till att upphandlingen avbryts och får göras om.<sup>296</sup> Även om bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor inte är den enda anledningen till att intresset för att konkurrera om offentliga upphandlingar är relativt svalt bland företagen torde ytterligare bestämmelser, som dessutom är svårtydda, inte förbättra situationen.

---

<sup>292</sup> Se avsnitt 4.2.3.

<sup>293</sup> Se avsnitt 3.3.

<sup>294</sup> 17 kap. 1 § LOU.

<sup>295</sup> Se avsnitt 4.2.3.

<sup>296</sup> Se avsnitt 5.1.

Det finns olika skäl till varför arbetsrättsliga krav bör ställas och även de villkor som får ställas varierar mellan olika upphandlingar. Ett skäl till att ställa arbetsrättsliga krav är för att undvika att arbetstagare ska ha oskäligen arbetsvillkor när de utför arbetet, ett annat att motverka att leverantörer konkurrerar med oskäligen villkor.<sup>297</sup> Regeringen torde således ha, vid implementeringen av direktiven, ansett att det var mer eftersträvansvärt att motverka social dumping och att arbetstagare arbetar under oskäligen arbetsvillkor än att till varje pris ha ett så enkelt regelverk som möjligt.

Att följa upp villkoren anses vara en förutsättning för att en upphandlande myndighet ska kunna säkerställa att arbetstagarna i det specifika fallet får de arbetsrättsliga villkor som villkoren är till för att säkerställa. Att inte följa upp villkoren kan dessutom, som Upphandlingsmyndigheten framhåller, gynna oseriösa leverantörer och leda till en snedvridning av konkurrensen.<sup>298</sup> Även om det anses viktigt att kontrollera de arbetsrättsliga villkoren måste inte samtliga villkor alltid kontrolleras, däremot ska villkoren alltid vara möjliga att följa upp och kontrollera. En upphandlande myndighet måste inte heller kontrollera om de uppgifter som lämnats i ett anbud är riktiga. Om det däremot uppkommer tvivel och det finns anledning att ifrågasätta huruvida en anbudsgivare uppfyller obligatoriska krav måste den upphandlande myndigheten undersöka om kraven är uppfyllda eller inte. Det gäller oavsett om leverantören enbart kryssat i ett standardformulär om att de uppfyller villkoren eller om det i upphandlingsdokumenten framgår att någon bevisning inte behövs. Vidare måste kontrollen vara förutsebar, och en förutsättning för att kontrollen ska vara förutsebar är att leverantören vet vad som förväntas av denne.<sup>299</sup> Därför bör det för att uppfylla öppenhetsprincipen framgå av upphandlingsdokumenten dels *hur* uppföljningen ska gå till, dels *när* uppföljningen ska ske.

Eftersom villkoren även ska omfatta leverantörens underleverantörer som direkt medverkar till kontraktets fullgörande blir uppföljningen och säkerställandet av villkoren än mer problematisk, särskilt vid upphandlingar med lång leverantörskedja.<sup>300</sup> Säkerställandet av arbetsrättsliga villkor kan därför även uppfyllas avtalsrättsligt, där myndigheten ställer krav på att huvudleverantören, via avtal med dess underleverantörer, ska säkerställa att även de ska följa kraven som myndigheten ställt upp. Underleverantörerna kan även i sin tur ha egna underleverantörer som genom avtal ska åta sig att fullfölja kontraktet i enlighet med de uppställda villkoren. Huvudleverantören måste dock inte vara part i varje avtal i

---

<sup>297</sup> Se avsnitt 3.3.

<sup>298</sup> Se avsnitt 5.8.

<sup>299</sup> Se avsnitt 5.8.

<sup>300</sup> 17 kap. 4 § LOU.

leverantörskedjan utan det är tillräckligt att denne åtar sig att säkerställa att dess underleverantörer uppfyller villkoren.<sup>301</sup>

Även *hur* en leverantör uppfyller de arbetsrättsliga kraven påverkar uppföljningen. Eftersom olika leverantörer ges olika möjligheter att uppfylla de arbetsrättsliga kraven är det möjligt att de arbetsrättsliga villkoren ska anses vara uppfyllda även om leverantören erbjuder sina anställda sämre villkor än de krav myndigheten har uppställt.<sup>302</sup> Det kan tyckas motsägelsefullt att anledningen till att leverantörer ges alternativa möjligheter att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren är för att upprätthålla likabehandlingsprincipen,<sup>303</sup> dvs. att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika.<sup>304</sup> Enligt den svenska modellen ska dock alla kollektivavtal anses likvärdiga även om dess bestämmelser skiljer sig åt. Oavsett vilket kollektivavtal som tillämpas av leverantören kommer samtliga kollektivavtal att likställas varför likabehandlingsprincipen torde vara uppfylld trots att de föreskrivna villkoren i respektive kollektivavtal väsentligt kan skilja sig åt. Det blir således en fråga om liknande fall, och lika fall ska behandlas lika.

Möjligheten att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren på olika sätt bidrar till ett mer flexibelt regelverk, bestämmelserna komplicerar dock ett redan komplicerat regelverk. Det kan även anses olämpligt att så stor vikt läggs på en uppföljning när det inte finns någon skyldighet för myndigheten att följa upp villkoren.

### **6.3 Myndighetens möjlighet att förkasta ett anbud på grund av de arbetsrättsliga kraven**

Arbetsrättsliga villkor *får*, och *ska* även i vissa fall, ställas som fullgörande av kontraktsvillkor.<sup>305</sup> Sådana villkor ska i något avseende anknytas till varan, tjänsten eller byggnadsverket under något skede av upphandlingens livscykel.<sup>306</sup> Villkoren ska även särskiljas från tekniska specifikationer, kvalificeringskrav och tilldelningskriterier samt anges i upphandlingsdokumenten. Vid valet av leverantör ska däremot inte de särskilda villkoren som har ställts påverka den upphandlande myndighetens utvärdering av anbudet.<sup>307</sup>

Att ställa arbetsrättsliga villkor såsom fullgörande av kontraktsvillkor, vilka ska särskiljas från övriga krav, innebär att villkoren ska accepteras av anbudsgivaren för att dennes anbud

---

<sup>301</sup> Se avsnitt 5.6.

<sup>302</sup> Se avsnitt 5.7 och 5.8.

<sup>303</sup> Se avsnitt 5.7.

<sup>304</sup> Se avsnitt 2.3.3.

<sup>305</sup> 17 kap. 1–2 §§ LOU, se även avsnitt 6.1.

<sup>306</sup> 16 kap. 2 § 2 st. LOU.

<sup>307</sup> Se avsnitt 2.2.

överhuvudtaget ska utvärderas. Antingen åtar sig leverantören att uppfylla de arbetsrättsliga kraven och myndigheten ska utvärdera leverantörens anbud, eller uppfylls inte de arbetsrättsliga kraven och anbudet ska förkastas redan innan utvärderingen av anbudet. Fullgörande av kontraktsvillkor ska dock inte uppfyllas förrän under själva kontraktstiden, varför det torde vara i princip omöjligt för en myndighet att i förväg kontrollera att villkoren faktiskt kommer att uppfyllas. Det är först vid en eventuell framtida uppföljning som myndigheten kan kontrollera huruvida de arbetsrättsliga villkoren faktiskt följs. För att i förväg kunna bedöma huruvida en leverantör kan uppfylla villkoren ges en möjlighet att beakta föregående upphandlingar för att se om leverantören tidigare har gett sina anställda oskäligen arbetsvillkor.

Av bestämmelsen i 13 kap. 3 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från upphandlingen om den kan visa att leverantören har åsidosatt sina arbetsrättsliga skyldigheter. Det räcker således inte att myndigheten tror att leverantören inte kommer att fullgöra sina skyldigheter, myndigheten måste kunna bevisa att leverantören inte uppfyllt de arbetsrättsliga kraven. En leverantör ska dock inte uteslutas om den kan visa att den har åtgärdat problemen och kan uppfylla villkoren, vilket följer av leverantörens möjlighet till självsanering.<sup>308</sup> Myndighetens möjligheter att utesluta en leverantör kompliceras än mer av att leverantörer har olika möjligheter att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren.<sup>309</sup> De kan således inte utgå ifrån att en leverantör inte uppfyller villkoren bara för att de inte följer den nivå som har ställts. Det är dessutom den upphandlande myndigheten som bestämmer vilken, om någon, bevisning som ska kopplas till kraven som ställs. Kraven får dock inte strida mot de grundläggande principerna, dvs. de ska bl.a. vara tillräckligt klara och precisa för att leverantören ska veta vad som krävs, de ska vara proportionerliga till vad som eftersträvas och de ska inte vara diskriminerande. Om en upphandlande myndighet ställer krav på att leverantören ska lämna ett visst bevis eller intyg på att de arbetsrättsliga villkoren är uppfyllda, får den upphandlande myndigheten inte anta anbudet om inte leverantören lämnar in de bevis som krävs. För att uppfylla principen om ömsesidigt erkännande, ska även motsvarande bevis som lämnas från en annan medlemsstat godkännas.<sup>310</sup>

Om anbudsgivaren däremot bekräftar att denne uppfyller kravet, genom att exempelvis kryssa i en ruta i ett standardavtal om att de uppfyller villkoren, utan att det framgår av upphandlingsdokumenten att denne behöver styrka sitt svar med någon form av bevisning, får den upphandlande myndigheten inte utesluta anbudsgivaren av den anledningen.<sup>311</sup> Om en

---

<sup>308</sup> 13 kap. 5 § LOU.

<sup>309</sup> 17 kap. 5 § LOU, se även avsnitt 5.7.

<sup>310</sup> Se avsnitt 2.3.6.

<sup>311</sup> Se avsnitt 2.2.



leverantör däremot inte accepterar de arbetsrättsliga villkoren och förklarar att denne varken kan eller vill följa de arbetsrättsliga villkoren som den upphandlande myndigheten har uppställt för fullgörandet av kontraktet, *ska* anbudet förkastas.<sup>312</sup>

Den gräns som kan utläsas är således att om en leverantör klart och tydligt framhåller att den inte kan eller vill uppfylla de arbetsrättsliga villkoren, ska deras anbud förkastas redan innan utvärderingen av anbuden. Myndigheten har även en möjlighet att utesluta en leverantör om det kan bevisas att leverantörens anställda i tidigare upphandlingar inte erhållit skäliga arbetsvillkor, förutsatt att någon självsanering inte har skett sedan dess. Om det däremot inte går att bevisa att leverantören inte kommer att fullfölja villkoren och leverantören ljuger och anger att den vid fullgörandet av kontraktet kommer att uppfylla villkoren, även om den i praktiken inte kommer att göra det, kan den upphandlande myndigheten inte utesluta leverantören. Myndighetens möjlighet att utesluta en leverantör gäller under hela upphandlingen,<sup>313</sup> fullgörandevillkor reglerar däremot tiden efter upphandlingens avslutande till dess kontraktet är fullbordat. Under fullgörandet av kontraktet är det avtalsrättsliga regler som avgör huruvida en leverantör kan ”uteslutas”. Om en leverantör inte fullgör de arbetsrättsliga villkoren torde det innebära ett väsentligt avtalsbrott varför leverantören kan ”uteslutas” genom att myndigheten exempelvis häver kontraktet och kräver skadestånd. Att ”utesluta” en leverantör i det skedet kan dock bli kostsamt, både i tid och pengar, eftersom myndigheten i så fall måste påbörja en ny upphandling. För att undvika en sådan situation är det av vikt för samtliga inblandade parter att det klart och tydligt framgår vad som kommer att hända om en leverantör, eller dess underleverantörer, inte följer de arbetsrättsliga villkoren. Det är således lämpligt att ha med en vitesklausul eller dylikt i kontraktet där det framgår exakt vad som kommer att ske om villkoren inte följs.

Att villkoren inte ska påverka utvärderingen av anbuden torde innebära att det, vid utvärderingen, inte ska påverka myndighetens bedömning huruvida en leverantör precis uppfyller de krav som ställs, eller om de ger sina anställda betydligt bättre villkor än den miniminivå som kraven framhåller. Antingen är kraven uppfyllda, eller inte.

---

<sup>312</sup> Se avsnitt 2.2.

<sup>313</sup> 13 kap. 7 § LOU, se även avsnitt 2.2.

## 7. Slutsatser

En upphandlande myndighet har stor frihet när den ska definiera föremålet för upphandlingen, och *får* i princip ställa vilka krav de anser är nödvändiga. Det skiljer sig dock från upphandling till upphandling vilka villkor som får ställas. Arbetsrättsliga hänsyn kan dessutom beaktas på flera olika sätt och i olika moment av upphandlingen. Att ställa villkoren som fullgörande av kontraktsvillkor torde dock vara det mest effektiva eftersom myndigheten kan ställa krav under hela kontraktstiden. De krav som finns för att en upphandlande myndighet får ställa arbetsrättsliga villkor såsom fullgörande av kontraktsvillkor är att villkoren ska ha koppling till kontraktsföremålet och vara förenliga med de grundläggande principerna. Vidare ska kraven som ställs framgå av upphandlingsdokumenten, vara tydliga och möjliga att kontrollera samt följa upp.

Det finns även fall då den upphandlande myndigheten är skyldig att ställa arbetsrättsliga villkor. Den upphandlande myndigheten *ska* ställa arbetsrättsliga villkor vid upphandlingar som överstiger tröskelvärdena, som inte avser sociala eller andra särskilda tjänster och som har påbörjats 1 juni 2017 eller senare, förutsatt att det är behövligt och villkoren går att fastställa. De krav som den upphandlande myndigheten ska ställa, förutsatt att ovan nämnda rekvisit är uppfyllda, är krav på minimivillkor om lön, semester och arbetstid. Nivåerna ska hämtas från ett centralt kollektivavtal som är allmänt tillämpligt i den aktuella branschen, men myndigheten torde även kunna ställa krav utöver den lägsta nivån. När det finns en lagstadgad miniminivå får krav inte ställas under den nivån, även om avsteg har gjorts i kollektivavtal. Om det inte går att fastställa ett av villkoren behöver inte det villkoret ställas, dock ska de andra ställas. Vidare ska villkoren framgå direkt av upphandlingsdokumenten.

Regelverket angående arbetsrättsliga villkor torde vara förenligt med EU-rätten och de upphandlingsrättsliga principerna. Bestämmelserna kan däremot inte anses förenliga med det kompletterande målet, att skapa ett enklare regelverk. Syftet med att ställa arbetsrättsliga villkor, att motverka social dumping och oskäligen arbetsvillkor, torde dock vara befogat och väga tyngre än att till varje pris skapa ett så enkelt regelverk som möjligt.

Myndighetens möjlighet att utesluta en leverantör på grund av de arbetsrättsliga villkoren beror på vad som kan bevisas. Om det klart och tydligt framgår och kan bevisas *får* myndigheten utesluta leverantören. Om leverantören däremot framhåller att denne inte kan eller vill uppfylla de arbetsrättsliga villkoren *ska* denne uteslutas redan innan utvärderingen av anbudet. Vidare ska det, vid utvärderingen av anbudet, inte ha betydelse huruvida en leverantör precis uppfyller

villkoren eller om de ger sina anställda betydligt bättre villkor än de minimikrav den upphandlande myndigheten har ställt.

## **8. Källförteckning**

### **Offentligt tryck från EU**

#### **Fördrag**

2012/C 326/01 Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

2012/C 326/02 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

#### **Direktiv**

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

Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/88/EG av den 4 november 2003 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden.

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

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

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

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

#### **Kommissionens meddelanden**

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

Europeiska kommissionen, *Socialt ansvarsfull upphandling – en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, SEK(2010) 1258 slutlig.

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

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

Kommissionens meddelande om Inre marknadsakten – Tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för inre marknaden ”Gemensamma insatser för att skapa ny tillväxt”, KOM (2011) 206 slutlig.

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

### **Konventioner**

ILO konvention (nr 94) angående arbetsklausuler i kontrakt, däri offentlig myndighet är part.

### **Svenskt offentligt tryck**

#### **Författningar**

|               |  |
|---------------|--|
| SFS 1977:480  | Semesterlag.   |
| SFS 1982:80   | Lag om anställningsskydd.                                    |
| SFS 1982:673  | Arbetstidslag.   |
| SFS 1992:1528 | Lag om offentlig upphandling.                                |
| SFS 1999:678  | Lag om utstationering av arbetstagare.                       |
| SFS 2007:1091 | Lag om offentlig upphandling.                                |
| SFS 2016:1145 | Lag om offentlig upphandling.                                |
| SFS 2016:1146 | Lag om upphandling inom försörjningssektorerna.              |
| SFS 2016:1147 | Lag om upphandling av koncessioner.                          |
| SFS 2017:347  | Lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. |

#### **Förordningar**

Upphandlingsförordning (1986:366).

#### **Propositioner**

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

Regeringens prop. 2009/10:4, *En förenklad semesterlag, m.m.*

Regeringens prop. 2015/16:195, *Nytt regelverk om upphandling.*

Regeringens prop. 2016/17:163, *Arbetsrättsliga villkor vid upphandling*.

### **Statens offentliga utredningar**

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

SOU 2014:51, *Nya regler om upphandling*.

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

SOU 2016:15, *Arbetsklausuler och sociala hänsyn i offentlig upphandling – ILO:s konvention nr 94 samt en internationell jämförelse*.

### **Betänkanden**

2016/17:FiU7, *Nytt regelverk om upphandling*.

2016/17:FiU31, *Arbetsrättsliga villkor vid upphandling*.

### **Riksdagsskrivelser**

Rskr. 2016/17:66.

### **Remisser**

Lagrådsremiss, *Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling*.

Lagrådsremiss, *Nytt regelverk för upphandling*.

## **Rättspraxis**

### **EU-domstolen**

Mål C-120/78, Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, ECLI:EU:C:1979:42.

Mål C-31/87, Gebroeders Beentjes BV mot Konungariket Nederländerna, ECLI:EU:C:1988:422.

Mål C-360/89, Europeiska kommissionen mot Italien, ECLI:EU:C:1992:235.

Mål C-243/89, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark, ECLI:EU:C:1993:257.

Mål C-55/94, Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, ECLI:EU:C:1995:411.

Mål C-28/95, A. Leur-Bloem mot Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, ECLI:EU:C:1997:369.

Mål C-212/97, Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ECLI:EU:C:1999:126.

Mål C-328/96, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Österrike, ECLI:EU:C:1999:526.

Mål C-324/98, Teleaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, ECLI:EU:C:2000:669.

Mål C-19/00, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo, ECLI:EU:C:2001:553.

Mål C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab, ECLI:EU:C:2001:654.

Mål C-448/01, EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike, ECLI:EU:C:2003:651.

Mål C-210/03, The Queen, på begäran av Swedish Match AB och Swedish Match UK Ltd mot Secretary of State for Health, ECLI:EU:C:2004:802.

Förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom SA mot Belgien, ECLI:EU:C:2005:127.

Mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG, ECLI:EU:C:2005:605.

Mål C-234/03, Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), ECLI:EU:C:2005:644.

Mål C-341/05, Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, ECLI:EU:C:2007:809.

Mål C-346/06, Dirk Ruffert mot Land Niedersachsen, ECLI:EU:C:2008:189.

Mål C-451/08, Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, ECLI:EU:C:2010:168.

Mål C-368/10, Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna, ECLI:EU:C:2012:284.

Mål C-549/13, Bundesdruckerei GmbH mot Stadt Dortmund, ECLI:EU:C:2014:2235.

Mål C-396/13, Sähköalojen ammattiliitto ry mot Elektrobudowa Spółka Akcyjna, ECLI:EU:C:2015:86.

Mål C-115/14, RegioPost GmbH & Co. KG mot Stadt Landau in der Pfalz,  
ECLI:EU:C:2015:760.

## **Svenska domstolar**

### **Arbetsdomstolen**

AD 1979 nr. 155.

AD 2012 nr. 24.

### **Högsta förvaltningsdomstolen**

RÅ 2002 ref. 50.

RÅ 2010 ref. 78.

HFD 2012 ref. 48 I-II.

### **Kammarrätten**

Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 2216-2221-10, dom 2010-12-16.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 6845-12, dom 2013-01-02.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 7510-13, dom 2014-06-03.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 1569-1572-14, dom 2014-10-21.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 3688-14, dom 2014-12-11.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 2235-10, dom 2010-12-08.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 981-11, dom 2011-06-10.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 2292-13, dom 2014-02-07.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 2755-13, dom 2014-04-24.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 1713-1995, dom 1995-03-28.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 1805-10, dom 2010-06-24.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 2370-13, dom 2013-09-10.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 5798-13, dom 2014-02-17.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 4060-14, dom 2014-10-08.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 4205-16, dom 2017-09-11.



## **Förvaltningsrätten**

Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr. 6160-12, dom 2013-05-24.

Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr. 1332-17, dom 2017-09-26.

## **Doktrin**

### **Litteratur**

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Sjätte upplagan, Stockholm, 2018.

Bernitz, Ulf (red.), *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Fjortonde upplagan, Stockholm, 2017.

Forsberg, Niclas, *Upphandling: enligt LOU, LUF, LUK, LUFS och LOV*, Fjärde upplagan, Stockholm, 2017.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 9. [uppdaterade och omarb.] uppl., Iusté, Uppsala, 2016.

Pedersen, Kristian. *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*. 4 uppl., Jure, Stockholm, 2017.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation*, 3., [utök. och rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015.

Sigeman, Tore & Sjödin, Erik, *Arbetsrätten: en översikt*, Sjunde upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling: en introduktion*, 2., omarb. och uppdaterade uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure, Diss. Stockholm: Stockholms universitet, 2012, Stockholm, 2012.

## Övriga källor

### Tidskrifter

Agell, Anders, *Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen*, SvJT 2002.

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

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004.

Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004.

Sandgren, Claes, *Empiri och rättsvetenskap del I*, JT 1995-96.

Sandgren, Claes, *Empiri och rättsvetenskap del II*, JT 1995-96.

Sandgren, Claes, *Om teoribildning och rättsvetenskap*, JT 2004-05.

### Rapporter

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

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

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

Upphandlingsmyndigheten, Konkurrensverket, rapport 2017:5, 2017:11, *Statistik om offentlig upphandling 2017*. Kalmar 2017.

### Internetkällor

Göteborgs stad, *Vad är social hänsyn*. <http://socialhansyn.se/vad-ar-social-hansyn/> (Hämtad 2018-01-02).

Konkurrensverket, *Om offentlig upphandling*. <http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/> (Hämtad 2018-01-02).

Konkurrensverket, *Särskilda kontraktsvillkor*, 2017-01-01. <http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/hallbar-upphandling/sarskilda-kontraktsvillkor/> (Hämtad 2018-01-02).

Konkurrensverket, *Tröskelvärden*, 2018-01-10.  
<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/troskelvarden/> (Hämtad 2018-02-26).

Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, specialmotivering, Zeteo.

Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, Karnov, lagkommentar.

Säfvenberg, Erik. SOI: Stora påfrestningar med regeringens förslag. Upphandling24. 2017-03-20. <https://upphandling24.se/soi-stora-pafrestningar-med-regeringens-nya-arbetsrattsforslag/> (Hämtad 2017-12-01).

Upphandlingsmyndigheten, *Arbetsstagares rättigheter*, 2017-05-04.  
<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsstagares-rattigheter/> (Hämtad 2018-01-02).

Upphandlingsmyndigheten, *Arbetsrättsliga villkor*, 2018-01-29.  
<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/> (Hämtad 2018-03-13).

Upphandlingsmyndigheten, *Begrepp och termer inom arbetsrättsliga villkor i upphandling*, 2018-01-09. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/begrepp-och-termer-inom-arbetsrattsliga-villkor/> (Hämtad 2018-02-04).

Upphandlingsmyndigheten, *Behövlighetsbedömning – när ska villkoren ställas?*, 2018-01-29.  
<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/behovlighetsbedomning-nar-ska-villkoren-stallas/> (Hämtad 2018-03-13).

Upphandlingsmyndigheten, *Fastställa nivån på villkoren*, 2017-07-04.  
<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/vilka-villkor-ska-stallas/faststalla-nivan-pa-villkoren/> (Hämtad 2018-02-20).

Upphandlingsmyndigheten, *Hållbarhet*, 2017-12-13.  
<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/> (Hämtad 2018-01-02).

Upphandlingsmyndigheten, *Olika sätt för leverantörer att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren*, 2018-01-09. <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/olika-satt-for-leverantorer-att-uppfylla-de-arbetsrattsliga-villkoren/> (Hämtad 2018-01-11).

Upphandlingsmyndigheten, *Om regler för upphandling*, 2018-01-11.  
<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/> (Hämtad 2018-03-13).

Upphandlingsmyndigheten, *Sammanställning av frågor från frukostseminarium om arbetsrättsliga villkor*, om kontroll och uppföljningen, 2017-07-06.  
[http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/sammanstallning-av-fragor-fran-frukostseminarium-om-arbetsrattsliga-villkor\\_webb.pdf](http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/sammanstallning-av-fragor-fran-frukostseminarium-om-arbetsrattsliga-villkor_webb.pdf) (Hämtad 2018-01-11).

Upphandlingsmyndigheten, *Socialt ansvarsfull upphandling*, 2018-01-29.  
<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/> (Hämtad 2018-03-13).

Upphandlingsmyndigheten, *Vanliga frågor och svar om arbetsrättsliga villkor*, 2017-07-05.  
<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/vanliga-fragor-och-svar-om-arbetsrattsliga-villkor/> (Hämtad 2018-01-06).

Upphandlingsmyndigheten, *Varför hållbar upphandling*, 2017-01-01.  
[http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/varfor\\_upphandling/](http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/varfor_upphandling/) (Hämtad 2018-01-02).

Upphandlingsmyndigheten, *Villkor för underleverantörer*, 2017-07-05.  
<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/villkor-for-underleverantorer/> (Hämtad 2018-01-07).

## **Intervjuer**

Birgitta Laurent, Svenskt Näringsliv, via mail, svar 2018-02-01.

Charlotta Frenander, Upphandlingsmyndighetens Hållbarhetsenhet, Stockholm, Solna, Svetsarvägen 10, 2018-01-15.

Malin de Jounge, Enhetschef, Enheten för upphandlingsskadeavgift, Konkurrensverket, telefonintervju, 2018-01-25.

# Bilaga 1

1



**KAMMARRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Avdelning 05

**PROTOKOLL**  
2017-11-16  
Föredragning i  
Stockholm

Aktbilaga 5  
Mål nr 6023-17

## **RÄTTEN**

Kammarrättsrådet Eva Hammar, ordförande  
Kammarrättsrådet Pernilla Flank, referent

## **FÖREDRAGANDE OCH PROTOKOLLFÖRARE**

Föredraganden Lizette Harletun Ilkhani

## **PARTER**

### **KLAGANDE**

Taxi Exact AB, 556612-9762

Ombud: Advokat Johanna Näslund och jur.kand. Sanela Begovic  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 143  
701 42 Örebro

### **MOTPART**

Enköpings kommun

Ombud: Advokat Maria Pedersen och jur.kand. Sofia Wedbäck  
Advokatfirman Pedersen AB  
Box 3462  
103 69 Stockholm

## **ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 26 september 2017  
i mål nr 1332-17

## **SAKEN**

Offentlig upphandling; nu fråga om prövningstillstånd

---

Målet föredras, varefter kammarrätten fattar följande

## **BESLUT**

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Dok.Id 417236

| Postadress                   | Besöksadress        | Telefon   | Telefax     | Expeditionstid                 |
|------------------------------|---------------------|---|-------------|--------------------------------|
| Box 2302<br>103 17 Stockholm | Birger Jarls Torg 5 | 08-561 690 00<br>E-post: kammarrattenistockholm@dom.se<br>www.kammarrattenistockholm.domstol.se | 08-14 98 89 | måndag – fredag<br>08:00–16:00 |

## Bilaga 2

Frågor intervju med Charlotta Frenander, Upphandlingsmyndighetens Hållbarhetsenhet, Stockholm, Solna, Svetsarvägen 10, 2018-01-15.

Villkoren som *ska* ställas kallas ofta för den ”hårda kärnan”, men vilka villkor omfattas av den ”hårda kärnan”? Är det något mer än lön, semester och arbetstid?

Kravet avser anställda arbetstagare, men vad omfattas av det begreppet?

Vad omfattas av lönebegreppet?

Vilka villkor som *ska* ställas av myndigheten regleras av 17:2 LOU, men var regleras de villkor som myndigheten *får* ställa?

Vilka villkor *får* myndigheten ställa?

Hur går behövlighetsbedömning till?

Om det är ett gränsfall huruvida det är behövt eller inte, är det då bättre för myndigheten att ställa arbetsrättsligakrav eller att inte göra det?

De arbetsrättsliga kraven ska vara proportionerliga till det som anskaffas och myndigheten får inte ställa för långtgående krav, om det inte är nödvändigt. Men vad händer om den upphandlande myndigheten har ställt oproportionerliga krav?

Vem ska kontrollera om villkoren kan fastställas?

Vilka krav ställs på uppföljning av dem upphandlande myndigheterna? Och hur går en sådan uppföljning till?

När ska kontrollen, eller uppföljningen av villkoren ske?

Hur påverkas myndigheterna av bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor?

Hur påverkas leverantörerna av bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor?

Vad händer om det skulle visa sig att en leverantör inte uppfyller de arbetsrättsliga villkoren?

Det framgår av lag att de arbetsrättsliga kraven ska ställas som fullgörande av kontraktsvillkor, vilka inte ska påverka utvärderingen av anbud. Men sen samtidigt ska myndigheten förkasta ett anbud av en leverantör som inte vill eller kan uppfylla de arbetsrättsliga villkoren. Hur kan en myndighet lösa en sådan gränsdragning?

## Bilaga 3

Frågor via mail till Birgitta Laurent, Svenskt Näringsliv, svar 2018-02-01.

Svenskt Näringsliv var en av många som var väldigt kritiska till förslagen om arbetsrättsliga villkor, både det första och det andra som sedermera blev lagstiftning. Men vad är det som ni var/är kritiska till angående de här förslagen/bestämmelserna?

Hur påverkas företagen av bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor och kan det påverka deras vilja att lämna anbud?

Har det blivit några skillnader, i praktiken, för företagen i och med det nya regelverket och då framförallt lagändringen i juni 2017? (ska-villkoret)

Vad anser ni att det finns för nackdelar, eller kanske fördelar, med att ha bestämmelserna som ett ska-krav istället för ett bör-krav som det var tidigare?

Anser ni att det är fråga om ”gold-plating” vid införlivandet av de arbetsrättsliga bestämmelserna? Har lagstiftningen gått utöver vad som framgår av EU-rätten?

Finns det några nackdelar, för svenska företag, att regeringen har infört de här bestämmelserna? (inte ska-kravet men bör-kravet) även på upphandlingar under tröskelvärdena?

## Bilaga 4

Frågor telefonintervju med Malin de Jounge, Enhetschef, Enheten för upphandlingsskadeavgift, Konkurrensverket, 2018-01-25.

Förutsättningarna för att en upphandlande myndighet enligt 17:2 LOU ska ställa arbetsrättsliga villkor vid en offentlig upphandling är, bl.a., att det är *behövligt* och att *villkoren går att fastställa*. Och det är den upphandlande myndigheten, som i det enskilda fallet ska avgöra om det finns ett behov och att villkoren går att fastställa. Men *hur* kontrolleras att villkoren ställs vid ”rätt” tillfällen?

Hur/vem kontrollerar myndighetens bedömningen huruvida villkoren går att fastställas?

De arbetsrättsliga kraven ska även vara proportionerliga till det som anskaffas, och myndigheten får inte ställa allt för långtgående krav om det inte är nödvändigt. Men om en myndighet *har* ställt oproportionerliga krav, vad händer då? Hur kontrolleras det?

Vilka krav ställs på uppföljning av de upphandlande myndigheterna?

Är det någon som kontrollerar att en uppföljning faktiskt görs?

När de arbetsrättsliga kraven ska ställas, enligt 17:2 LOU, ska de ställas som fullgörande av kontraktsvillkor/särskilda villkor för fullgörande av kontrakt. Det innebär även att de ska särskiljas från de tekniska specifikationerna, kvalificeringskraven och tilldelningskriterierna. Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt ska inte påverka utvärderingen av anbudet och behöver inte heller vara uppfyllda när anbudet lämnas. Men sen samtidigt så ska en leverantörs anbud förkastas om leverantören förklarar sig inte vilja eller kunna följa de särskilda villkoren för fullgörandet. Det innebär att det uppstår ett gränsdragningsproblem där det inte bara är tillåtet utan ett krav att myndigheten förkastar ett anbud från en leverantör som inte vill eller kan uppfylla de arbetsrättsliga kraven samtidigt som dessa villkor inte får påverka utvärderingen av anbudet. Hur kan en myndighet lösa ett sådant gränsdragningsproblem?