

Offentlig upphandling

En rättsvetenskaplig studie om möjligheter att i offentlig upphandling beakta sociala hänsyn och följa de internationella åtagandena om de mänskliga rättigheterna.



Offentlig upphandling

En rättsvetenskaplig studie om möjligheter att i offentlig upphandling beakta sociala hänsyn och följa de internationella åtagandena om de mänskliga rättigheterna.

Wanna Svedberg

Förkortningar

CSR	Corporate Social Responsibility (företagens sociala ansvar)
EFTA	European Free Trade Association
E-LCA	Environmental Life Cycle Assessment
FEU	Fördraget om Europeiska unionen (unionsfördraget)
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (funktionsfördraget)
GPA	Government Procurement Agreement
ICC	International Criminal Court (Internationella brottmålsdomstolen)
ILO	International Labour Organization
LCC	Life Cycle Costs
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LOV	Lag (2008:962) om valfrihetssystem
LUA	Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare
S-LCA	Social Life Cycle Assessment
SRPP	Socially responsible public procurement (socialt ansvarsfull offentlig upphandling)
WTO	World Trade Organization

Innehållsförteckning

Förkortningar	5
1 Inledning	10
1.1 Introduktion – lagstiftning och sociala målsättningar på upphandlingsområdet	10
1.2 Syfte och frågeställningar.....	13
1.3 Avgränsningar.....	14
1.4 Teoretiska utgångspunkter	15
1.5 Metod och material.....	19
2 Rättslig reglering av offentlig upphandling på unions-, nationell och internationell nivå	21
2.1 Unionsrätt	21
2.1.1 De grundläggande unionsrättsliga principer som styr upphandlingsområdet.....	22
2.1.2 Olika perspektiv på EU-rätten	24
2.1.3 Begreppet ”sociala hänsyn” inom offentlig upphandling	27
2.2 Nationell rätt	30
2.3 Internationell rätt	38
2.3.1 De rättsliga övervakningsinstanserna avseende de internationella åtagandena om de mänskliga rättigheterna	39
2.3.2 Den internationella rättens placering i unionsrättens normhierarki.....	40
2.3.3 ILO:s rättighetskonventioner i offentlig upphandling.....	41
3 Det reglerade upphandlingsförfarandet	43
3.1 Olika sätt att ta sociala hänsyn – exempel på kravtyper under Upphandlingsförfarandet ...	44
3.1.1 Tekniska specifikationer eller kvalificeringskrav för leverantörer (Urvalskriterier)	45
3.1.2 Utvärderingskriterier (Tilldelningskriterier)	47
3.1.3 Särskilda kontraktsvillkor (Särskilda tilläggsvillkor)	52
3.2 Olika sätt att ta sociala hänsyn – exempel på tillämpningsområden	54
3.2.1 Diskriminering	54
3.2.2 Jämställdhet	55
3.2.3 Tillgänglighet.....	58
3.2.4 Sociala företag.....	59
3.2.5 Arbetsrättsliga krav	61
3.2.6 Arbetslöshet	63
3.2.7 Upphandling från tredje land	63

4 Analys och sammanfattning	67
4.1 Regleringen av offentlig upphandling	69
4.2 Upphandlingsförfarandets olika kravtyper för att beakta sociala hänsyn och följa de internationella åtagandena om de mänskliga rättigheterna.....	70
4.2.1 Att ställa krav på sociala hänsyn med hjälp av tekniska specifikationer och kvalificeringskrav på leverantörer.....	71
4.2.2 Att ställa krav på sociala hänsyn med hjälp av utvärderingskriterier (tilldelningskriterier).....	72
4.2.3 Att ställa krav på sociala hänsyn med hjälp av särskilda kontraktsvillkor (särskilda tilläggsvillkor).	73
4.2.4 Avslutande ord.....	74
5 Bilagor	76
Bilaga 1.....	76
Bilaga 2.....	77
6 Litteraturlista.....	83

Västra Götalandsregionens förord

Västra Götalandsregionen är en stor organisation med ett brett ansvarsområde: hälso- och sjukvård, kollektivtrafik och regional utveckling i hela Västra Götalands län. Ungefär en tredjedel av Västra Götalandsregionens budget, cirka 12 miljarder kronor, används årligen för inköp av varor och tjänster. Med andra ord handlar en stor del av Västra Götalandsregionens påverkan lokalt och globalt om vilka varor och tjänster som upphandlas.

Västra Götalandsregionen har ställt och följt upp sociala krav i upphandlingar sedan flera år tillbaka. 2006 initierade Västra Götalandsregionen det nationella samarbetet om sociala hänsyn i offentlig upphandling, ett samarbete där idag alla Sveriges regioner och landsting ingår. I alla Västra Götalandsregionens upphandlingar gäller Sveriges regioner och landstings uppförandekod för leverantörer. Där fastslås bland annat att varor och tjänster ska vara framställda under förhållanden som ska vara förenliga med FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, FN:s konvention om barnets rättigheter artikel 32 (skydd mot barnarbete) samt ILO:s åtta kärnkonventioner. Leverantörer har ansvar att respektera och främja de mänskliga rättigheterna både inom den egna verksamheten och i leverantörskedjan, och att försäkra sig om att den varken direkt eller indirekt medverkar till kränkningar av mänskliga rättigheter. Om skyldigheterna inte uppfylls enligt uppförandekoden får Västra Götalandsregionen omedelbart häva avtalet, delvis eller i sin helhet.

Inom Västra Götalandsregionen är mänskliga rättigheter en central fråga och 2011 tillsattes en politisk kommitté med särskilt ansvar att stödja det systematiska arbetet med mänskliga rättigheter: kommittén för rättighetsfrågor. Som ett led i kommitténs arbete fick juridiska institutionen vid Göteborgs universitet 2013 uppdraget att fördjupa kunskapen om mänskliga rättigheter i offentlig upphandling. Resultatet är den rapport du håller i din hand: ett aktuellt och forskningsbaserat kunskapsunderlag om förutsättningarna för att ställa sociala krav och krav på mänskliga rättigheter i offentlig upphandling.

Flera perspektiv på upphandling

I denna rapport presenterar och diskuterar jur.dr. Wanna Svedberg två etablerade perspektiv på förutsättningarna att ställa krav på sociala hänsyn och krav på mänskliga rättigheter i upphandlingsprocessen: multipolicyperspektivet och det traditionella inre marknads perspektivet. Avslutningsvis presenterar Svedberg ett eget perspektiv som utgår från att den så kallade inre marknaden bör ses som en rättslig konstruktion med det yttersta syftet att säkerställa fred och internationell säkerhet. Utifrån Svedbergs perspektiv ska den inre marknaden byggas på grundläggande värden som frihet, demokrati, jämlikhet och respekt för de mänskliga rättigheterna och den fria rörligheten blir då både underkastad och ska bidra till att upprätthålla dessa värden.

Möjliga vägar att ställa krav i upphandlingsprocessen

Lagen om offentlig upphandling reglerar inte vad en upphandlande myndighet köper utan hur myndigheten köper varan eller tjänsten. Svedberg tydliggör i rapporten att det är möjligt att ställa krav i alla faser av upphandlingsprocessen: i tekniska specifikationer, kvalificeringskrav för leverantörer, utvärderingskriterier och i särskilda kontraktsvillkor. Samtidigt visar rapporten att det är viktigt när kraven ställs i upphandlingsprocessen eftersom alla krav inte är möjliga att ställa i alla delar av processen.

Svedberg presenterar ett antal olika områden där det är möjligt att ta sociala hänsyn i upphandlingar. Några exempel ingår redan idag i den gällande uppförandekoden, som att främja anständigt arbete, sociala rättigheter och arbetstagares rättigheter. Vissa exempel är inte en del av uppförandekoden men ingår ändå i vissa upphandlingar, som att främja tillgänglighet och ”design för alla”. Andra exempel som enligt Svedberg skulle kunna utvecklas och på så sätt flytta gränserna för uppfattningen om vad som är rättsligt möjligt är att främja möjligheter till anställning, social integration och den sociala ekonomin.

Förhoppningen är att denna rapport ska fungera som ett kunskapsunderlag för att arbeta vidare med hur mänskliga rättigheter ska bli en integrerad del av Västra Götalandsregionens inköp av varor och tjänster. Avdelning rättighet vill tacka Wanna Svedberg för denna forskningsrapport och samtidigt önska dig som läsare en intressant fördjupning i krav på sociala hänsyn och krav på mänskliga rättigheter i offentlig upphandling.

Viveca Reimers
Avdelningschef, avdelning rättighet

Anjelica Hammersjö
Utredningsledare, avdelning rättighet

1 Inledning

”Upphandling är ett intressant och viktigt område för kommitténs arbete. Genom en upphandling som baseras på social hållbarhet och mänskliga rättigheter finns stora möjligheter att påverka strukturer i Västra Götalandsregionen så att verksamheterna utformas på ett sådant sätt att de mänskliga rättigheterna främjas och diskriminering motverkas”.¹

1.1 INTRODUKTION – LAGSTIFTNING OCH SOCIALA MÅLSÄTTNINGAR PÅ UPPHANDLINGSOMRÅDET

Idag finns en uttalad vilja både i Sverige och internationellt att använda offentlig upphandling som ett instrument för det offentliga att främja en socialt ansvarsfull utveckling i samhället.²

Denna forskningsrapport undersöker översiktligt de rättsliga förutsättningarna för att i offentlig upphandling beakta sociala hänsyn och följa de internationella åtagandena om de mänskliga rättigheterna.³ I Västra Götalandsregionen finns en tydlig politisk vilja att prioritera och ställa krav på sociala hänsyn i offentlig upphandling, där utvecklingen gått från krav på tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning till att omfatta mänskliga rättigheter inom Västra Götalandsregionens verksamhetsområden.⁴ Rapporten har tillkommit som ett led i Kommittén för rättighetsfrågors arbete att stödja utvecklingen av ett systematiskt arbete för mänskliga rättigheter. Nedan beskrivs kortfattat rättsutvecklingen och sociala målsättningar på nationell, europeisk och internationell nivå på upphandlingsområdet.

Målsättningar på nationell nivå och nationell lagstiftning på upphandlingsområdet

På nationellt plan pågår för närvarande ett intensivt lagstiftningsarbete med anledning av EU:s nya upphandlingsdirektiv som trädde i kraft i februari 2014. I juli 2014 överlämnade Genomförandeutredningen sitt delbetänkande *Nya regler om upphandling* (SOU 2014:51), där den delredovisat sina förslag om hur EU:s nya upphandlingsregler ska omsättas i ny svensk lagstiftning och i oktober lämnade de sitt slutbetänkande *En lag om upphandling av koncessioner* (SOU 2014:69).

I Socialdepartementets promemoria *Nya regler om upphandling* (Ds 2014:25), som kompletterar Genomförandeutredningens delbetänkande, föreslås direktiven genomföras i två nya lagar på upphandlingsområdet: en ny lag om offentlig upphandling som föreslås ersätta lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och en ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna som föreslås ersätta lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.⁵ I promemorian presenteras en konsoliderad lagtext där de författningsförslag som lämnas i Genomförandeutredningens delbetänkande sammanfogats med promemorians författningsförslag. På så sätt innehåller promemorian ett fullständigt författningsförslag till två nya lagar på upphandlingsområdet.

Den svenska officiella målsättningen med offentlig upphandling är att den ska vara effektiv, rättssäker och ta tillvara konkurrensen på marknaden samtidigt som innovativa lösningar främjas samt miljöhänsyn och sociala hänsyn beaktas.⁶ Offentlig upphandling beskrivs fylla

1 Förslag till uppdragsforskning år 2013 (dnr. 61-2011), tjänsteutlåtande rättighetskommitténs kansli, daterad 2012-12-05.

2 SOU 2013:12, sid. 33 ff. samt sid. 75-76.

3 Ett särskilt tack riktas till professor Eva-Maria Svensson på Juridiska institutionen vid Göteborgs universitet som har lämnat värdefulla kommentarer och synpunkter under projektets genomförande samt till utredare Anjelica Hammersjö på avdelning rättighet vid Västra Götalandsregionen för synpunkter och tillhandahållande av material under projektiden. Emellertid är de överväganden, uppfattningar och slutsatser som framförs i studien författarens egna.

4 Se Kommittén för rättighetsfrågors strategi 2013-2014 samt Handlingsplan för mänskliga rättigheter inom offentlig upphandling 2013-2014, Västra Götalandsregionen (dnr. 30-2013).

5 Ds. 2014:25; SOU 2014:51.

6 <http://www.regeringen.se/sb/d/15446/a/251920>.

en viktig funktion i samhällsekonomin då offentliga myndigheter i Sverige årligen upphandlar för mellan 500 och 700 miljarder kronor.⁷ Genom bättre upphandlingar antas den offentliga sektorn kunna frigöra resurser motsvarande minst 10 miljarder kronor.⁸ Det konstateras att få andra instrument innehåller samma potential till effektiviseringar.⁹

Målsättningar på europeisk nivå och EU:s lagstiftning på upphandlingsområdet

Som jag har beskrivit ovanför antogs den 26 februari 2014 tre nya upphandlingsdirektiv.¹⁰ Av dessa är två reviderade och ett är helt nytt. De reviderade direktiven är Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU från den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt 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.¹¹ Det nya direktivet är Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner som fokuserar på regelverket för tilldelningen av tjänste- och byggkoncessionskontrakt.¹²

Båda de reviderade direktiven hänvisar uttryckligen till EU-kommissionens meddelande om *Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*.¹³ I direktiven beskrivs de nya upphandlingsreglerna syfta till att upphandlande myndigheter kan utnyttja offentliga upphandlingar på ett bättre sätt till stöd för gemensamma samhällsmål.¹⁴

Den sociala dimensionen inom EU

Inom EU påbörjades utvecklingen av den sociala dimensionen i den europeiska integrationsprocessen på 1990-talet. Den politiska ambitionen har gett avtryck i en omfattande EU-lagstiftning gällande t.ex. jämställdhet, diskriminering på grund av ras, ålder, sexuell läggning, funktionshinder, religion eller trosuppfattning samt om hälsa och säkerhet på arbetsplatser, arbetstider, arbetsförhållanden, information och samråd.

Som ett led i den europeiska integrationsprocessen lämnade EU-kommissionen år 2008 ett meddelande om en förnyad social agenda.¹⁵ I agendan betonas att ekonomiska framsteg och social sammanhållning är viktiga delar av en hållbar utveckling och att de utgör centrala inslag i integrationsprocessen. I EU-kommissionens meddelande beskrivs utformningen av dåvarande lagstiftning och åtgärder som rör den inre marknaden ta hänsyn till sociala aspekter, däribland EU-reglerna om offentlig upphandling.¹⁶ Exempelvis ansågs de vid tidpunkten gällande reglerna om offentlig upphandling ge myndigheter stora möjligheter att beakta sociala faktorer vid valet av bästa anbud. Av meddelandet framgår även att EU-kommissionen kommer att ge ut en handbok om offentlig upphandling med socialt ansvar som kommer att innehålla närmare vägledning och praktiska exempel.¹⁷

7 <http://www.xn--upphandlingsstd-mtb.se/regelverk>.

8 Med "bättre upphandlingar" avser Upphandlingsutredningen 2010 att sektorn i sin helhet har möjlighet att pressa prisnivån med ett par procent i snitt, utan att kvaliteten försämras. Se SOU 2013:12, sid. 22. Om upphandlingars uppskattade värde inom EU, se Arrowsmith, Sue and Kunzlik, Peter (2009).

9 SOU 2013:12, sid. 22.

10 Direktiven ersätter det äldre upphandlingsdirektivet 2004/18/EG och försörjningsdirektivet 2004/17/EG.

11 I den följande texten benämns direktiven som direktiv 2014/24/EU respektive direktiv 2014/25/EU alternativt upphandlingsdirektivet respektive försörjningsdirektivet.

12 Benämns i det följande som direktiv 2014/23/EU alternativt koncessionsdirektivet.

13 KOMMISSIONEN, EUROPEISKA (2010), Bryssel den 3.3.2010 KOM(2010) 2020 slutlig MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla.

14 Se skäl (2) i DIREKTIV, EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt skäl (4) i direktiv 2014/25/EU, EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 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.

15 KOMMISSION, EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS (2008), KOM(2008) 412 slutlig, 2/7/2008, MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL EUROPAPARLAMENTET, RÅDET, EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN SAMT REGIONKOMMITTÉN, En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa.

16 KOMMISSION, EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS (2008), KOM(2008) 412 slutlig, 2/7/2008, MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL EUROPAPARLAMENTET, RÅDET, EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN SAMT REGIONKOMMITTÉN, En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa, sid. 20.

17 EU-kommissionens handbok *Socialt ansvarsfull upphandling En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling* färdigställdes i oktober 2010. För en närmare redogörelse av handboken se avsnitt 2.1.3 Begreppet "sociala hänsyn" inom offentlig upphandling.

I mars 2010 lämnade EU-kommissionen ett meddelande om *Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla* (nedan kallad Europa 2020-strategin). I sitt meddelande betonar kommissionen en ”smart och hållbar tillväxt för alla”.¹⁸ I gällande Europa 2020-strategin ges offentlig upphandling en framträdande roll för att uppnå de i strategin föreslagna överordnade målen för Europa.¹⁹ Offentlig upphandling beskrivs vara ett av de marknadsbaserade instrument som ska användas för att uppnå målsättningen om en ”smart och hållbar tillväxt för alla”.²⁰ Offentlig upphandling som styrinstrument förutsätts samtidigt säkerställa att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt. I Europa 2020-strategin utgörs kärnan i framtidens Europa av följande tre prioriteringar:

- (1) ”smart” tillväxt avser en utveckling av ekonomin baserad på kunskap och innovation,
- (2) ”hållbar” tillväxt avser främjande av en resurseffektivare, grönare och konkurrenskraftigare ekonomi och slutligen
- (3) tillväxt ”för alla” syftar till att stimulera en ekonomi med hög sysselsättning och ekonomisk, social och territoriell sammanhållning.

Ovan nämnda prioriteringar framhålls vara ömsesidigt förstärkande och ge en vision för hur Europas sociala marknadsekonomi skulle kunna utvecklas under 2000-talet.

Målsättningar på internationell nivå – internationella och regionala konventioner

På ett internationellt plan har Sverige förbundit sig att följa internationella överenskommelser genom att ratificera ett antal konventioner, som i varierande grad möjliggör för upphandlande enheter att ta sociala hänsyn i offentliga upphandlingar. Bland dessa har ILO:s (International Labour Organization) kärnkonventioner²¹ en särställning. Konventionerna reglerar grundläggande principer och rättigheter i arbetslivet som ska beaktas i offentliga upphandlingar.²²

Ytterligare internationella avtal som upphandlande myndigheter ska beakta är EES-avtalet med Efta och GPA23 (Government Procurement Agreement), där det senare utgör ett avtal inom ramen för WTO (World Trade Organization). Sverige har i gällande lagstiftning om offentlig upphandling (LOU) genomfört de skyldigheter som följer av de äldre EU-direktiven²⁴ och GPA.

Utöver nämnda konventioner har Sverige anslutit sig till ett flertal av FN:s konventioner om mänskliga rättigheter.²⁵ På regeringens hemsida anges att ansvaret²⁶ för att de mänskliga rättigheterna inte kränks vila på regeringen och den statliga och kommunala förvaltningen, vilket enligt min tolkning rimligen bör innefatta även den regionala förvaltningen.

18 Medlemsstaterna förutsätts att omvandla EU-målen, som fastställts i strategin, till nationella mål och strategier. I strategin aviseras att kommissionen kommer att föreslå ett stort antal åtgärder på EU-nivå, utöver medlemsstaternas insatser, där kombinationen av insatser på EU-nivå och nationell nivå antas vara ömsesidigt förstärkande. Se Kommissionen, Bryssel den 3.3.2010 KOM(2010) 2020 slutlig MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, sid. 10.

19 Notera att formulerade mål i Europa 2020-strategin inte är uttömmande utan ska ses som representativa, d.v.s. oavsett skillnader i levnadsstandarder och utvecklingsnivåer mellan medlemsstater anses de föreslagna målen vara relevanta för alla medlemsstater, såväl gamla som nya. Se Kommissionen, Bryssel den 3.3.2010 KOM(2010) 2020 slutlig MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, sid. 11.

20 I strategin aviseras att kommissionen kommer att föreslå ett stort antal åtgärder på EU-nivå, utöver medlemsstaternas insatser, där kombinationen av insatser på EU-nivå och nationell nivå antas vara ömsesidigt förstärkande. Se Kommissionen, Bryssel den 3.3.2010 KOM(2010) 2020 slutlig MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, sid. 11-12.

21 Med kärnkonventioner åsyftas ILO-konventionerna barnarbete/miniålder (nr: 138), de värsta formerna av barnarbete (nr: 182), diskriminering och lika lön (nr: 111 och 100), förenings- och förhandlingsrätt (nr: 87 och 98) samt förbud mot tvångs- och slavarbete (nr: 29 och 105), se Frenander, Charlotta, Räsmar, Sofia (2011), sid. 34-35. Se vidare avsnitt 2.3 Internationell rätt. Här kan nämnas att samtliga EU:s medlemsstater har ratificerat ILO:s kärnkonventioner, inklusive Schweiz samt EES-länderna Norge och Island.

22 Se skäl (98) och artikel 18.2 i direktiv 2014/24/EU. Se även artikel 36.2 i direktiv 2014/25/EU.

23 Det kan nämnas att till skillnad från de flesta övriga WTO-avtal är GPA ett plurilateralt avtal, d.v.s. inte alla WTO-medlemmar har skrivit under avtalet. I dagsläget är EU med sina 28 medlemsstater (sedan Kroatens anslutning den 1 juli 2013) och 14 ytterligare länder med i GPA. Avtalet täcker handel inom offentlig upphandling som värderas uppgå till cirka 500 miljarder euro årligen. Se Falk, Jan-Erik (2011), sid. 29; <http://www.regeringen.se/sb/d/8059/a/17209>.

24 Notera att lagstiftningsprocessen pågår gällande implementering av de nya EU-direktiven som antogs i februari 2014, d.v.s. upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, försörjningsdirektivet 2014/24/EU och koncessionsdirektivet 2014/23/EU.

25 Se bifogade bilaga 1, där en sammanställning ges av konventioner om mänskliga rättigheter som Sverige har undertecknat. Det bör även påpekas att Sverige har sedan 1990-talet publicerat internationella överenskommelser i en av Utrikesdepartementet utgiven publikation som numera kallas Sveriges internationella överenskommelser (SÖ), se även publikationsdelen på regeringens hemsida <http://www.regeringen.se/sb/d/108/action/browse/c/127>. Enligt förordning (1990:1070) om publicering av Sveriges internationella överenskommelser m.m. ska överenskommelser som Sverige ingår med andra stater eller mellanfolkliga organisationer offentliggöras i publikationen Sveriges internationella överenskommelser (SÖ) i den utsträckning som förordningen föreskriver.

26 Mänskliga rättigheter i juridisk mening behandlas under avsnitt 2.3 Internationell rätt och underliggande avsnitt om ILO:s rättighetskonventioner i offentlig upphandling.

I detta sammanhang ska även den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna nämnas. Genom lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har konventionen inkorporerats med svensk rätt vilket innebär att den, sedan januari 1995, blivit gällande som svensk lag.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att normbildningen, som i varierande grad påverkar offentliga upphandlingar, sker på olika nivåer och att detta får betydelse för tolkning och viktning av rättskällor.²⁷ Detta gäller både inom och mellan olika rättssystem, eftersom tolkningsmetoderna skiljer sig åt beroende på rättskällornas karaktär. Offentlig upphandling betonas alltmer som ett viktigt instrument för att uppnå önskvärda samhällsliga mål och används av ett flertal stater världen över.²⁸

1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR

Denna studie syftar till att kartlägga och analysera de rättsliga förutsättningarna för Västra Götalandsregionen att i offentlig upphandling beakta sociala hänsyn och följa de internationella åtagandena om de mänskliga rättigheterna.

Utifrån syftet har följande frågeställningar formulerats:

- Vilken reglering har Västra Götalandsregionen att ta hänsyn till i offentlig upphandling?
- Ger upphandlingsreglerna möjlighet att beakta sociala hänsyn och följa de internationella åtagandena om de mänskliga rättigheterna i upphandlingsförfarandet?

Syftet och frågeställningarna har utformats med utgångspunkt i det uppdrag som Västra Götalandsregionen har tilldelat Juridiska institutionen vid Göteborgs universitet. Uppdraget har bestått i att utreda förutsättningarna för att ställa krav på mänskliga rättigheter i offentlig upphandling.²⁹ Västra Götalandsregionens beslut om finansiering av föreliggande forskningsprojekt har fokuserat på följande frågeställningar: "Hur kan tjänstepersoner möta upp och konkretisera de politiska ambitionerna att ställa sociala krav på mänskliga rättigheter i offentlig upphandling? Hur kan tjänstepersoner inom Västra Götalandsregionen skapa möjligheter för Västra Götalandsregionens politiker att driva rättsutvecklingen framåt inom området mänskliga rättigheter i offentlig upphandling? Vilka krav kan Sverige som nation ställa för att gå i täten i arbetet för mänskliga rättigheter i offentlig upphandling?"³⁰ I uppdraget har också ingått att klargöra vissa rättsliga begrepp som förekommer i offentliga upphandlingar samt att skriva en forskningsrapport.

Västra Götalandsregionens uttryckta ambitioner i uppdragshandlingen har sammantaget styrt kunskapsintresset i denna rapport, som avser att öka kunskapen om den rättsliga regleringen på olika nivåer av offentlig upphandling.

27 Förenklat avses med "rättskällor" skrivna och oskrivna källor, t.ex. lag, förarbeten, förordningar, rättspraxis, sedvänja, rättsvetenskaplig litteratur, rättsprinciper m.m.

28 I ett globalt perspektiv använder statsmakter ofta offentlig upphandling som ett komplement till andra statliga åtgärder för att främja olika samhälleliga mål såsom social integration och jämlikhet samt för att främja missgynnade grupper t.ex. kvinnor och olika etniska grupper. Sue Arrowsmith m.fl. exemplifierar med bl.a. Sydafrika som under apartheid fäste stor vikt vid upphandling som ett verktyg för att främja jämlikhet mellan olika sociala grupper i samhället. Sydafrikas nuvarande konstitution beskrivs explicit föreskriva att upphandlingar måste utföras i enlighet med ett system som är rättvist, transparent, konkurrenskraftigt och kostnadseffektivt, men att detta inte hindrar genomförandet av en upphandlingspolicy som föreskriver a) referens kategorier vid tilldelning av kontrakt och b) skydd för eller främjande av personer eller grupper av personer som missgynnas på grund av diskriminering. För fler exempel där upphandling i ett internationellt perspektiv används som ett medel för att uppnå miljömål och sociala mål, se Arrowsmith, Sue, Linarelli, John, and Wallace, Don (2000), sid. 257-287.

29 Uppdragshandling, daterad 2013-10-15.

30 Uppdragshandling, daterad 2013-10-15.

1.3 AVGRÄNSNINGAR

Studien inriktas på den rättsliga regleringen av offentlig upphandling. Det innebär att eventuella hinder för att beakta sociala hänsyn och följa de internationella åtagandena om de mänskliga rättigheterna som beror på organisatoriska frågor och/eller t.ex. interna policies, handlingsplaner och målsättningar inom Västra Götalandsregionen, inte kommer att uppmärksammas.

Upphandling brukar delas in i en klassisk sektor och en försörjningssektor.³¹ De centrala skillnaderna mellan dessa sektorer är att upphandling inom försörjningssektorerna inte kallas offentlig, eftersom även privata organ kan vara upphandlande enheter inom dessa sektorer. En annan skillnad är att upphandling inom den klassiska sektorn är mer reglerad än upphandling inom försörjningssektorerna. Fokus ligger på den klassiska sektorn som på ett nationellt plan regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och på ett unionsrättsligt plan huvudsakligen genom direktivet 2004/18/EG. Försörjningssektorn³² kommer inte att uppmärksammas mer än i undantagsfall.

Som i alla studier har det även i denna studie varit viktigt att göra väl avvägda avgränsningar i ämnet. Regelverk på olika nivåer, som i många avseenden är både omfattande och detaljrika på upphandlingsområdet, har medfört ett flertal avgränsningar. Av utrymmesskäl har det inte varit möjligt att med alltför hög detaljeringsgrad fördjupa sig i enskilda regler i olika rättssystem eller i intressanta frågeställningar kopplat till ett givet rättsligt material, t.ex. EU-domstolens domar.

I studien görs hänvisningar huvudsakligen till EU-domstolens domar, vilket innebär att nationell praxis inte kommer att beröras i någon nämnvärd omfattning. Anledningen är att endast EU-domstolen kan göra auktoritativa uttalanden om tolkningen och tillämpningen av unionsrätten. Även i frågor som rör nationell lagstiftning kan de komma att underställas EU-domstolen genom en begäran av nationell domstol om förhandsavgöranden som alltså slutligen avgör i frågan om deras förenlighet med grundläggande unionsrättsliga principer.

Fokus på upphandling innebär att parternas ageranden *innan* och *efter* upphandlingen inte berörs. Här avses i första hand avtals-, köp- och skadeståndsrättsliga bestämmelser som uteslutande regleras genom nationella bestämmelser i varje enskild medlemsstat. Detsamma gäller vissa bestämmelser i förvaltningslagen (1986:223)³³ som kan aktualiseras vid offentlig upphandling, oavsett om ärendet avser myndighetsutövning. Det gäller bestämmelser om myndigheternas serviceskyldighet³⁴ (4 och 5 §§), inkommande av handlingar (10 §), jäv (11 §) samt rättelse av skrivfel och liknande (26 §).

Vidare uppmärksammas inte lag (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) som utgör ett alternativ till LOU och som kan tillämpas av kommuner och landsting på bland annat omsorgs- och stödverksamhet för äldre och för personer med funktionsnedsättning samt på hälso- och sjukvårdstjänster.³⁵

31 Prop. 2006/07:128, sid. 137 ff.

32 Denna regleras genom lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och på ett unionsrättsligt plan huvudsakligen genom direktivet om samordning av förfarandena vid upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2004/17/EG).

33 Eftersom bestämmelserna i förvaltningslagen i första hand inriktas på handläggning av ärenden som avser myndighetsutövning mot enskilda där ärendet avgörs ensidigt genom beslut av myndigheten omfattas inte ärenden som rör offentlig upphandling eftersom de senare avgörs genom att myndigheten träffar avtal med en enskild. I förarbetena har det inte ansetts behövt att i upphandlingslagarna hänvisa till de få bestämmelser i förvaltningslagen som kan komma ifråga i ett upphandlingsärende hos en myndighet.

34 Dock aktualiseras inte bestämmelserna om serviceskyldighet eller rättelse i beslut av skrivfel för det fall ärendet rör offentlig upphandling, som utgör ett civilrättsligt förhållande. Se Prop. 2006/07:128, sid. 143.

35 I korthet reglerar LOV vad som ska gälla när kommun och landsting vill konkurranspröva verksamheter genom valfrihetssystem. Det innebär att valet av utförare av stöd, vård-, och omsorgstjänster kan överlåtas till en brukare som fått en tjänst beviljad av kommunen eller landstinget. Lagen bygger på att det inte råder någon priskonkurrens mellan leverantörerna, eftersom alla leverantörer ersätts med samma ekonomiska summa av upphandlande myndighet. Genom LOV ges den enskilde möjlighet att välja den leverantör som han eller hon uppfattar tillhandahåller den bästa kvaliteten. Om en upphandlande myndighet beslutat att tillämpa valfrihetssystem vad gäller tjänster inom hälsovård och socialtjänster ska förfarandet följa bestämmelserna i LOV, men den enskilde/brukaren har alltså rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten som en upphandlande myndighet godkänt och tecknat kontrakt med. Se prop. 2008/09:29.

I lagen föreskrivs att kommunen eller landstinget ansvarar för att brukaren eller patienten får fullödlig information om samtliga leverantörer som man kan välja emellan samt bestämmelser om annonsering, om krav på utförarna, förfrågningsunderlagets innehåll, anbudsansökningar och tilldelning av kontrakt, information till brukare, brukarnas val av utförare och överprövning. Det kan nämnas att även vid tillämpning av valfrihetssystem ska den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 2 § LOV). Lagen ger den upphandlande myndigheten att ställa särskilda kontraktsvillkor. Sådana villkor kan exempelvis avse sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Samtliga villkor ska anges i annonsen om valfrihetssystem eller i förfrågningsunderlaget (4 kap. 2 § LOV).

Utöver vad som redan nämnts finns ett flertal lagar och förordningar som kompletterar LOU vilka inte heller kommer att beröras mer än i undantagsfall. Det gäller exempelvis upphandlingsförordning (2011:1040), lag (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster jämte förordning (2011:847) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster.³⁶

1.4 TEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER

I detta avsnitt redogörs för studiens teoretiska utgångspunkter. Syftet är att behandla de svårigheter som är kopplade till tolkningen av rättskällor samt att beskriva de teoretiska perspektiven, *multipolicyperspektivet* respektive *det traditionella inre marknads perspektivet*, som har utvecklats inom ramen för Upphandlingsutredningens 2010 betänkande *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*. Därefter behandlas EU:s olika regleringsgrader av den inre marknaden och hur dessa påverkar upphandlande myndigheters handlingsutrymme i offentliga upphandlingar enligt tankegångar inom ramen för respektive teoretiska perspektiv.

Denna studie utgår från en upphandlande myndighets perspektiv med syftet att flytta gränserna för uppfattningar om vad som är rättsligt möjligt. Det betyder bland annat att ambitionen inte är att vara renodlat deskriptiv i mina analyser av det rättsliga materialet. Vidare innebär perspektivet att studien fokuserar på bestämmelser som möjliggör sociala hänsyn samt att följa de internationella åtagandena om mänskliga rättigheter i offentlig upphandling.

Som framgått i studiens inledande avsnitt är upphandling ett område som regleras på tre nivåer. Den viktigaste normbildningen sker inom ramen för EU eftersom den i allra högsta grad påverkar en upphandlande myndighets handlingsutrymme i offentliga upphandlingar. Att normbildningen sker på flera nivåer innebär att det juridiska landskapet är komplext och att förändringar kan ske i olika riktningar. Inte minst bidrar EU-domstolens många avgöranden till denna rörelse. Samtidigt har domstolars³⁷ normgivning sina begränsningar genom att avgörandena ges inom ramen för prövningen av ett enskilt fall. Eftersom juridik i stora delar handlar om att tolka rättskällor finns uppenbara svårigheter med att inte endast tolka det enskilda fallet utan även att bedöma effekterna utanför det enskilda fallet. Tolkningsutrymmet är alltså inte givet utan kan gå olika långt. En tolkning i enlighet med syftet, att beakta sociala hänsyn, menar jag bör väga tungt i konkreta fall där andra hänsyn som t.ex. ekonomi och effektivitet tenderar att ta över. Med denna utgångspunkt följer också uppfattningen om att rätten bör användas för att uppnå samhällliga mål.

Att tolkningsutrymmet inte är givet visar de teoretiska tankegångarna inom ramen för *multipolicyperspektivet* respektive det traditionella *inre marknads perspektivet*, vilka i olika avseenden kommer fram till vitt skilda ståndpunkter gällande den inre marknads roll i förhållande till EU-rättens påverkan på upphandlande myndighets handlingsutrymme.

Den internationalisering som skett av normbildningen över tid, främst genom Sveriges inträde i EU, visar att det juridiska landskapet är i ständig förändring. På så sätt har lagstiftningsansvaret flyttat ut från Sveriges riksdag till unionens olika organ.³⁸ På upphandlingsområdet innebär det att större delen av vår nationella lagstiftningsverksamhet numera avser implementering och anpassning till internationella normer, särskilt på EU-området. De rättsliga normerna har tillkommit i olika sammanhang. Därför kan det tänkas att de styrs av olika logiker och bakomliggande politiska prioriteringar och intressen. Enligt Fredrik Wersäll har internationaliseringen också färgat av sig på synen av Sveriges internationella åtaganden,

³⁶ Se Ds. 2010:31. I promemorian som utarbetats av Näringsdepartementet föreslås en ny lag och en ny förordning om miljökrav vid inköp och leasing av bilar som grundas på EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2009/33/EG av den 23 april 2009 om främjande av rena och energieffektiva vägtransportfordon.

³⁷ Det gäller både Högsta domstolens och EU-domstolens normgivning.

³⁸ Wersäll, Fredrik (2014).

vilket märks genom att den dualistiska³⁹ principen som traditionellt gällt konventionsrättens område inte längre är lika tydlig.⁴⁰ Wersäll hävdar att det numera är en självklarhet att vår inhemska lagstiftning ska tolkas i enlighet med Sveriges internationella åtaganden.⁴¹ Det betyder att frågan inte endast gäller vilka rättskällor som ska tillmätas betydelse utan även hur de ska tolkas.

I denna studie har jag inspirerats av teoretiska tankegångar som utvecklats inom ramen för Upphandlingsutredningens 2010 betänkande *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*.⁴² I betänkandet presenteras *multipolicyperspektivet och det traditionella inre-marknadsperspektivet* på den inre marknadsens roll i förhållande till EU-rättens påverkan på den upphandlande myndighetens handlingsutrymme och därmed dess möjligheter att använda krav och tilldelningskriterier inom det *harmoniserade* respektive *ickeharmoniserade* området. På uppdrag av Upphandlingsutredningen 2010 har Jörgen Hettne⁴³ analyserat hur långtgående krav och kriterier EU-rätten tillåter, och därefter låtit Roberto Caranta⁴⁴ och Peter Kunzlik⁴⁵ kommentera Hettnes EU-rättsliga analys. Genom deras analyser har på så sätt två olika synsätt utkristalliserats avseende det nationella handlingsutrymmet i upphandlingar. Inom ramen för nämnda teoretiska perspektiv har det även utvecklats en begreppsterminologi som denna studie utgår ifrån. Dessa perspektiv menar jag ger en god grund för att förstå och förklara den unionsrättsliga regleringen som omgärdar offentlig upphandling. Nedan behandlas först olika grader av EU-reglering eftersom de är centrala för de teoretiska perspektiven avseende EU-rättens påverkan på en upphandlande myndighets handlingsutrymme.

Olika grader av EU-reglering

Harmonisering kan förenklat beskrivas handla om att nationella regler i medlemsländerna i *varierande* grad närmar sig varandra, som i slutändan innebär att de nationella reglerna upphävs och ersätts med unionsrättsliga regler. I betänkandet av Upphandlingsutredningen 2010 avses med harmoniserad lagstiftning den lagstiftning som är gemensam för alla medlemsstater, som omfattar exempelvis läkemedel, kosmetika, telekommunikationsutrustning, fordon, kemikalier, leksaker, bank- och försäkringstjänster samt elektronisk handel.⁴⁶ Syftet med harmoniseringen är huvudsakligen att åtgärda de problem som nationella lagar och föreskrifter skapar för den inre marknadsens utveckling. Därmed varierar graden av harmonisering mellan olika varu- och tjänsteområden.⁴⁷

Enligt min uppfattning tycks det råda enighet om att EU-lagstiftning som är *total- eller fullharmoniserande* innebär att medlemsstater måste tillåta fri rörlighet för varor och tjänster som uppfyller harmoniserade krav, vilket innebär att denna typ av reglering utgör såväl golv som tak och att det saknas generella möjligheter att avvika från dessa bestämmelser.⁴⁸ Däremot råder viss oklarhet rörande frågan om upphandlande myndigheter får ställa krav på varan eller tjänsten som går längre än motsvarande krav i fullt ut harmoniserande EU-lagstiftning. Enligt Upphandlingsutredningen 2010 beror detta på avsaknaden av tydlig praxis från EU-domstolen.

39 Den dualistiska principen innebär att den svenska rättsordningen förhållande till internationella rättsregler, för att bli gällande internt (t.ex. kunna åberopas i domstol), kräver en särskild lagstiftningsakt varigenom den ifrågavarande rättsregeln antingen 1) transformeras till en svensk lag eller 2) eller genom en särskild lag införlivas med den svenska rätten (inkorporering). Nämnda konvention har successivt tillerkänts en ökad betydelse som ett tolkningsdatum vid tolkning och tillämpning av svenska rättsregler. I rättspraxis har den s.k. fördragskonforma tolkningens princip framhållits. I korthet innebär den att svenska författningar ska presumeras vara förenliga med Sveriges internationella överenskommelser och ska därför tolkas i fördragsvänlig anda, se Ehrenkrona, Carl-Henrik (21 februari 2015, *Karnov internet*). När det gäller unionsrättslig tillämpning av internationella överenskommelser, se Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), sid. 254-256.

40 Se Wersäll, Fredrik (2014).

41 Fredrik Wersäll, som är hovrättspresident, nämner barnkonventionen och Sveriges åtaganden på tortyrområdet som exempel vid tillämpningen av nationell lagstiftning.

42 Utredningen antog namnet Upphandlingsutredningen 2010. I den fortsatta framställningen kommer inte alltid året att skrivas utan kommer att framgå av sammanhanget.

43 Jörgen Hettne är docent i EU-rätt vid Lunds universitet samt ställföreträdande direktör och forskare vid Svenska institutet för europapolitiska studier.

44 Roberto Caranta är professor i administrativ rätt vid universitetet i Turin.

45 Peter Kunzlik är professor i juridik vid City University of London.

46 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 3-4 ff.

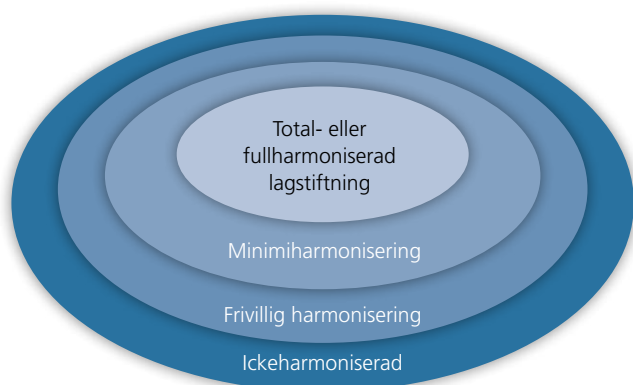
47 För en utförligare beskrivning av olika typer av harmonisering som presenteras av Upphandlingsutredningen 2010, se SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 3-6.

48 Se SOU 2013:12, sid. 388, not. 9, där det talas om "säkerhetsventiler" som dock kräver att medlemsstaten meddelar övriga medlemsstater och kommissionen om åtgärden och skälen för åtgärden ifråga.

Utöver ovanstående begrepp diskuterar Upphandlingsutredningen begreppen *minimiharmonisering* och *frivillig harmonisering*. Minimiharmonisering utgör en lägre grad av EU-reglering och beskrivs utgöra ett golv. Den ger på så sätt medlemsstaterna ett visst utrymme för nationella föreskrifter som går längre än EU:s reglering förutsatt att de inte strider mot grundläggande bestämmelser i FEU, Fördraget om Europeiska unionen (unionsfördraget) och FEUF, Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (funktionsfördraget) samt de grundläggande principerna såsom likabehandling, ickediskriminering, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Enligt FEUF får minimiharmonisering förekomma i samband med bland annat miljöskyddsåtgärder och reglering av arbetsförhållanden.⁴⁹

Till skillnad mot minimiharmonisering beskrivs frivillig harmonisering i praktiken utgöra ett tak för vilka krav som medlemsstaten får ställa på andra medlemsländers producenter. Frivillig harmonisering innebär att medlemsstaterna måste tillåta varor och tjänster som uppfyller EU:s krav men de får behålla ett parallellt system med bestämmelser som producenterna i det aktuella landet ska följa. Sådan reglering är mindre vanlig än full- och minimiharmonisering och förutsätts vara mer flexibel och mindre innovationshämmande än fullharmonisering. Däremot befarar Upphandlingsutredningen 2010 att frivillig harmonisering kan medföra nackdelar för det inhemska näringslivet. Jag tolkar utredningen som att de med ”nackdel” menar att *olika villkor* tillämpas beroende på var producenterna härstammar från, eftersom nationella föreskrifter som rör exempelvis miljökrav inte i sig själva kan anses utgöra nackdelar. Istället kan de verka stimulerande för marknaden, som en positiv drivkraft för producenter att utveckla miljövänliga innovationer, som i sin tur bidrar till samhällsutvecklingen och därigenom ger enskilda producenter konkurrensfördelar. Nedan illustreras EU:s olika grader av harmonisering.

EU:s olika regleringsgrader av den inre marknaden



Figur 1

© Wanna Svedberg

Olika teoretiska perspektiv på EU-rätten – harmoniseringsgradens påverkan på upphandlande myndigheters handlingsutrymme

I detta avsnitt kommer jag att gå igenom *multipolyperspektivet* och *det traditionella inre-marknadsperspektivet*. I korthet innebär perspektiven att de går olika långt när det gäller tolkningen av rättskällor. Denna tolkning och EU:s olika regleringsgrader av den inre marknaden påverkar tillsammans uppfattningen om myndighetens möjligheter att ställa olika krav i offentlig upphandling.

⁴⁹ Se artiklarna 193 och 153.2b FEUF.

I Upphandlingsutredningens betänkande från 2010 beskrivs det traditionella inre marknads-perspektivet baseras på den lagstiftning och praxis som har utvecklats i syfte att upprätta och fördjupa den inre marknaden.⁵⁰ Enligt detta synsätt, som företräds av Hettne, är utgångspunkten att hänsyn till varors och tjänsters fria rörlighet är överordnad miljöhänsyn och social hänsyn. Det innebär att sådana hänsyn för att få genomslag, bl.a. kräver att de är motiverade utifrån en tvingande hänsyn till allmänintresset. Med allmänintresse avses intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, bevara växter, miljöskyddsåtgärder, arbets-skyddsåtgärder, brottsbekämpning m.m.

Multipolicyperspektivet, som företräds av Caranta och Kunzlik, innebär i korthet att stor vikt läggs vid fördragets krav på att miljöskydd och sociala hänsyn integreras i EU:s politik och verksamheter. De menar att synsättet har kommit till uttryck i 2020-agendan.⁵¹ Inom ramen för detta perspektiv anses vidare att miljöhänsyn och sociala hänsyn genom Lissabon-fördraget har en jämbördig ställning med varors och tjänsters fria rörlighet. De menar att EU-domstolen genom målet *PreussenElektra*⁵² ger stöd för uppfattningen att nationella miljöåtgärder inom ramen för EU:s policy kan undgå att betraktas som handelshindrande åtgärd trots att de är direkt diskriminerande mot vissa företag.

C- 379/98 *PreussenElektra*

I tysk lag stadgades att elförsörjningsföretag är skyldiga att köpa el från förnybara energikällor inom företagets försörjningsområde, dvs. i praktiken inom ett begränsat område i Tyskland. EU-domstolen konstaterade att bestämmelsen potentiellt kan hindra handeln på den inre marknaden. Bestäm-melsen ansågs dock tjäna ett miljöskyddsändamål eftersom den ansågs bidra till att minska utsläppen av växthusgaser som är en huvudorsak till klimatförändringarna. Domstolen tydliggjorde att EU och medlemsstaterna föresatt sig och, i både internationella och europeiska sammanhang, åtagit sig att motverka klimatförändringarna. Syftet med denna politik är att skydda människors och djurs hälsa och liv samt att bevara växtlivet. Dessutom följer av EG-fördraget^[53, ord. not utelämnad] att miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens övriga politik. Vidare hänvisade domstolen till elmarknadsdirektivet^[54, ord. not utelämnad] som anger att medlemsstaterna med hänsyn till miljöskyddet får prioritera elproduktion från förnybara energikällor. Domstolen hänvisade även till kommissionens dåvarande direktivförslag om s.k. ursprungscertifikat för el från förnyelsebara källor. Domstolen konstaterade att den tyska bestämmelsen, mot bakgrund av det anförda, inte utgjorde något hinder för handeln på den inre marknaden.⁵⁵

Genom Lissabonfördraget anses inom båda perspektiven att miljöhänsyn och sociala hänsyn fått en mer framträdande roll. Dessa hänsyn ska integreras och beaktas enligt båda perspektiven, men med den skillnaden att enligt inre marknads-perspektivet uppfattas fördragets krav rikta sig främst till EU:s lagstiftare (rådet och Europaparlamentet). Enligt inre marknads-perspektivet bedöms fullharmoniserande lagstiftning i princip alltid begränsa myndigheternas handlingsutrymme.⁵⁶ Utöver detta anses artikel 34 i FEUF begränsa de upphandlande myndigheters möjligheter att utforma krav och kriterier inom ickeharmoniserade områden. Sådana krav är enligt det traditionella inre marknads-perspektivet endast tillåtna om de klarar de kriterier som följer av det s.k. inre marknads-testet. Testet innebär i korthet att en potentiellt handelshindrande åtgärd ska vara *motiverad av en tvingande hänsyn till allmänintresset, icke-diskriminerande och proportionerlig i förhållande till det eftersträlvade målet*.⁵⁷

50 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 7.

51 Se SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 8; Caranta, Roberto, Commentaries on Jörgen Hettne's Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law (SOU 2013:12, bilaga 13); Kunzlik, Peter, Commentaries on Professor Jörgen Hettne's Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law and professor Roberto Caranta's commentary (SOU 2013:12, bilaga 14).

52 Mål C-379/98 *PreussenElektra*.

53 I betänkandet anges att det numera är artikel 11 i FEUF, se SOU 2013:12 (bilaga 11a), not 22.

54 I betänkandet hänvisas till Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el, se SOU 2013:12 (bilaga 11a), not 23.

55 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 8-9.

56 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 7. Enligt synsättet anförs som stöd för resonemanget EU-domstolens avgörande i mål C-234/03 *Contse*.

57 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 7.

I betänkandet framgår att Hettne, till skillnad mot Caranta och Kunzlik, anser att EU-domstolen tillämpat det s.k. inremarknadstestet i PreussenElektra.⁵⁸ Caranta och Kunzlik menar istället att EU-domstolen inte i något mål om offentlig upphandling påtalat att miljöhänsyn och sociala hänsyn ska motiveras utifrån ett allmänintresse. De menar istället att dessa hänsyn som utgångspunkt inte ska betraktas som möjliga handelshinder utan som prioriterade politikområden som ska integreras inom EU.

Inremarknadstestet och dess påverkan på kravens utformning i offentlig upphandling utvecklas närmare längre fram. Här kan dock nämnas att perspektiven förhåller sig olika till inremarknadstestet beroende på graden av harmonisering.

I enlighet med primärrätten kommer således sociala hänsyn att beaktas och ges prioritet vid tolkningen av sekundärrätten⁵⁹, d.v.s. de målsättningar som fastslagits i de grundläggande fördragen FEU och FEUF samt de av EU-domstolen utvecklade allmänna rättsprinciperna.⁶⁰

1.5 METOD OCH MATERIAL

I denna studie beaktas rättskällornas hierarkiska ordning. Utifrån studiens syfte menar jag att det är rimligt att utgå från vad som uppfattas som gängse rättskällor och metoder, samt att använda sig av auktoritativa tolkningar som tidigare gjorts av domstolar och myndigheter.⁶¹ Syftet med tillvägagångssättet är att undersöka upphandlande myndigheters tolknings- och handlingsutrymme och att visa på möjliga förhållningssätt. Jag kommer därmed inte att återge en fullständig genomgång av rättspraxis, presentera en ”korrekt” tolkning eller förespråka en viss specifik rättslig lösning som ska tillämpas på konkreta fall. Studien utgår inte heller från konkreta krav eller kriterier på exempelvis sociala hänsyn.

Mot bakgrund av vad som beskrivits ovan finns det skäl för att påpeka några viktiga skillnader mellan en forskares och en praktikers arbete. En pedagogisk beskrivning av skillnaderna mellan en praktikers⁶² och en forskares kritik har utvecklats av Svensson. Hon menar att en praktiker ofta strävar efter att fastställa gällande rätt, medan en forskare exempelvis pekar på motsättningar i olika källor eller argumenterar utifrån en källa som inte placerar sig så högt upp i hierarkin. Det kan även handla om att framföra kritik som på sikt syftar till att ”[...] förändra gällande rätt så att den bättre lever upp till de förväntningar samtiden har. Forskarens kritik kan bilda underlag för en förändring av lagen, men en förändring förutsätter givetvis att denna kritik accepteras och tas tillvara i den demokratiska processen”.⁶³

Konkretiserat om metod och material

I tolkningen av nationell lagstiftning används i huvudsak förarbeten som tolkningsdata för att förstå de uttryckta ändamålen med en viss lagstiftning eller en bestämmelse. Detta tillvägagångssätt utgår från att rättsliga normers syfte är att tjäna ett visst ändamål i betydelsen att en viss ”händelse” ska inträffa eller att ett visst resultat ska uppnås vilket gör det rimligt att beakta lagstiftningens eller bestämmelsens ändamål.⁶⁴ Eftersom studien behandlar EU-direktiv som har införlivats med svensk rätt genom transformering (överförs till svensk lagtext) iakttas dock en viss försiktighet gällande förarbetsuttalanden. Det gäller särskilt förarbetsuttalanden till de äldre upphandlingsdirektiven och i viss mån även till gällande direktiv (förarbeten till föreliggande författningsförslag till nya upphandlingslagar). Det innebär att i den mån den

58 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 9.

59 Se avsnitt 2.1 Unionsrätt. För en mer detaljerad sammanställning av EU-rättens indelning av rättskällor, se följande länkar: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114530_sv.htm; http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114533_sv.htm.

60 Angående principernas ställning i förhållande till övriga rättskällor, se not 67 samt ovanstående not 59.

61 Se Svenssons begrepp *traditionskonform tolkning*, Svensson, Eva-Maria (2014), sid. 224.

62 Jag är medveten om att ”praktiker” kan indelas mellan offentlig-privat, nationellt-internationellt, avse olika expertisområden (rättsområden) etc., d.v.s. att utifrån yrkesroller kan avse allt från jurister som arbetar som domare, lagstiftare (här som tjänsteperson på departement), advokater till jurister inom olika slags organisationer, bolags-, försäkrings- och bankjurister. Jag föreställer mig dock ett domstolsförfarande och med ”praktiker” avses därmed domare och advokater som förutsätts att utifrån redan givna metodologiska ramar t.ex. förhålla sig till (olika) rättskällehierarkier och följa såväl olika argumentationsnormer som argumentationstyper som gäller för olika juridiska roller, se Peczenik, Aleksander (1995), sid. 305-312.

63 Svensson, Eva-Maria (2014), sid. 224.

64 Peczenik, Aleksander (1995), sid. 362-363. Synsättet ligger till grund för det tillvägagångssätt som traditionellt brukar benämnas som teleologisk lagtolkningsmetod.

nationella lagstiftningen är oklar eller har en utformning som är öppen för tolkning tillämpas *direktivkonform* tolkning och *unionsrättskonform* tolkning.⁶⁵ Den förra innebär att nationell lagstiftning tolkas så långt som möjligt i ljuset av (hänförliga) direktivs ordalydelse och syfte. Den senare tolkningsmetoden tar hänsyn till andra krav unionsrätten ställer t.ex. grundläggande unionsrättsliga principer.

I sammanhanget bör det också påpekas att en viktig skillnad mot svenska förhållanden är att unionsrätten i stort sett saknar lagförarbeten.⁶⁶ I metodhänseende kommer därför EU:s sekundärlagstiftning t.ex. upphandlingsdirektiven att tolkas med hjälp av ingresser (preamble) som inleder rättsakterna och skäl, där rättsakternas syften preciseras i form av korta nummerade satser. Sekundärrätten tolkas i ljuset av primärrätten, som inkluderar allmänna rättsprinciper.⁶⁷ Vid tolkningen av primärrätten läggs, där så är möjligt, stor vikt vid de målangivelser som finns i de grundläggande fördragen eftersom dessa saknar ingresser.

Som nämnts saknar EU:s rättskällor förarbeten och inte sällan är ingresserna allmänt hållna och kortfattade. Av dessa skäl används även rättskällor som inte är direkt bindande men som av auktoritetsskäl⁶⁸ bör beaktas som tolkningsunderlag då de preciserar en viss fråga eller behandlar angränsande frågor. Exempel på en sådan rättskälla är EU-kommissionens meddelande om socialt ansvarsfull upphandling. I ett nationellt perspektiv utgör myndighetsmaterial, offentliga utredningar och departementspromemorior exempel på rättskällor som inte är direkt bindande men som av auktoritetsskäl bör beaktas. Samtliga nämnda material utgör, enligt min uppfattning, sådana auktoritetsskäl som bör beaktas genom att de kan ge besked om hur bestämmelser och principer ska tolkas på upphandlingsområdet. I samma syfte används därutöver rättsvetenskaplig litteratur.

Det bör även påpekas att när det gäller EU-domstolens avgöranden i mål rörande upphandling utgår studien i huvudsak från befintliga sammanfattningar och översikter av EU-domstolens ofta refererade avgöranden. Det innebär att Upphandlingsutredningens 2010 tolkningar och sammanfattningar av EU-domstolens rättspraxis samt de EU-rättsliga analyserna som tagits fram på uppdrag av utredningen ligger till grund för analysen i kapitel 4. Eftersom studiens avsikt är att ge en överblick av den rättsliga regleringen kring upphandling, snarare än en komplett bild, bör detta dock inte utgöra ett betydande problem.

I tolkningen av de nationella rättskällorna har allmänna tolkningsprinciper som *lex superior*,⁶⁹ *lex specialis*⁷⁰ och *lex posterior*⁷¹ tillämpats för att avgöra vilken norm som har företräde. Utöver detta har principerna varit bestämmande för urvalet av de nationella rättskällorna. Det sistnämnda innebär att studien fokuserar på aviserade författningsförslag till de nya upphandlingsreglerna, trots att dessa inte har trätt i kraft. De föreslås träda i kraft under 2016 och ersätta nuvarande lag (2007:1091) om offentlig upphandling och lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Slutligen kan det också nämnas att jag har beaktat rättsligt material fram till den sista juli 2014. Det betyder att material som har kommit därefter inte behandlas närmare, exempelvis gäller det Genomförandeutredningens slutbetänkande *En lag om upphandling av koncessioner* (SOU 2014:69) och Näringsdepartementets promemoria *Tilldelning av koncessioner för kollektivtrafik*.⁷²

65 Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), sid. 123-126.

Det bör påpekas att nationella domstolar och myndigheter inte har en möjlighet att välja tolkningsmetoder, utan de har en skyldighet att tillämpa nämnda tolkningsmetoder.

66 Wersäll, Fredrik (2014) sid. 187. Exempelvis är förarbetena till Romfördraget (1957) i huvudsak okända och har aldrig publicerats.

67 Se avsnitt 2.1.1 De grundläggande unionsrättsliga principer som styr upphandlingsområdet. De allmänna rättsprinciperna har i huvudsak utvecklets inom ramen för EU-domstolens rättspraxis, där domstolen har härlett principerna ur fördragen samt fastställt deras närmare innebörd på olika områden t.ex. upphandlingsområdet. Vissa rättsprinciper har successivt kodifierats och framgår numer av fördragen. Det bör i sammanhanget påpekas att både kodifierade och okodifierade allmänna rättsprinciper har, enligt Bernitz och Kjellgren, en överordnad position i förhållande till andra rättskällor t.ex. sekundärlagstiftning. Det innebär att även de allmänna rättsprinciperna räknas till primärrätten, d.v.s. även om EU-domstolens rättspraxis som sådan hör till sekundärrätten, se Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), sid. 139-142.

68 Peczenik, Aleksander (1995), sid. 213-215. Se även Svedberg, Wanna (2013), sid. 115-116.

69 Principen innebär att en författning med högre rang har företräde.

70 Principen innebär att en specialförfattning har företräde framför en generell författning.

71 Principen innebär att en nyare författning (rättskälla) har företräde framför en äldre författning.

72 Näringsdepartementets promemoria *Tilldelning av koncessioner för kollektivtrafik* (utgiven 17 december 2014).

2 Rättslig reglering av offentlig upphandling på unions-, nationell och internationell nivå

En ökad kunskap om den rättsliga regleringen av offentlig upphandling på olika nivåer kan förhoppningsvis ligga till grund för ett medvetet och systematiskt arbete för att ta sociala hänsyn och följa de internationella åtagandena om mänskliga rättigheter i offentlig upphandling. I det följande undersöks den rättsliga regleringen utifrån unions-, nationellt- och internationellt perspektiv på upphandlingsområdet.

Det har inte varit möjligt att göra en klar avgränsning mellan vad som i studien rubriceras som nationell rätt och unionsrätt, eftersom den förra i stor utsträckning baserar sig på EU-direktiv om upphandling. En viss indelning har dock bedömts vara lämplig utifrån huvudsakligen pedagogiska skäl men även för att underlätta åskådligheten av den rättsliga regleringen på olika nivåer och förhållandet dem emellan. Det innebär att den indelning mellan unionsrätt och nationell rätt som kommer till uttryck i rubriksättningen kommer att frångås vid behov.

2.1 UNIONSRÄTT

EU har i huvudsak tre rättskällor: primära källor, sekundärkällor och subsidiära källor. *Primärrätten* omfattar huvudsakligen unionens grundläggande fördrag, exempelvis Fördraget om Europeiska unionen (unionsfördraget/FEU) och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (funktionsfördraget/FEUF). Till *sekundärrätten* räknas de kategorier som förekommer i artikel 288 i fördraget om EU:s funktionssätt (FEUF): förordning, direktiv, beslut, rekommendationer och yttranden. Upphandlingsdirektiven hör således till sekundärrätten. De *subsidiära källorna* innefattar utöver EU-domstolens rättspraxis även internationell rätt och allmänna rättsprinciper.

EU-domstolens rättspraxis utgör en central rättskälla i unionsrätten och omfattar en tidsperiod av över femtio år. EU-domstolen har ansvar för att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördragen och utgör i viss mening unionens författningsdomstol. Det senare genom att domstolen ”i stor utsträckning tolkar och tillämpar själva fördragen, kan avgöra kompetensvister mellan andra EU-institutioner, ogiltigförklara fördragsstridiga rättsakter och avgöra om medlemsstater har begått fördragsbrott [...]”.⁷³

Enligt Ulf Bernitz och Anders Kjellgren är det EU-domstolen som har utvecklat “[...] de från början nakna och oklara reglerna i fördragen och gett dem rättslig struktur och konkret innehåll”.⁷⁴ Den nuvarande unionsrätten beskrivs därför vara ett resultat av EU-domstolens intensiva arbete över åren för att utveckla unionsrätten, där den ofta hämtat ledning i fördragens syften och grundläggande principer.

De finns två dominerande omständigheter som gör att EU-domstolen kan bli aktuell i offentlig upphandling. Den *första* omständigheten är framför allt fördragsbrottstalan med stöd av artikel 258 i FEUF. Det är kommissionen som för fördragsbrottstalan mot medlemsstater för antingen bristande implementering av direktivbestämmelser eller bristande efterlevnad. Skillnaden mellan de båda fallen är att i det förra fallet rör sig om en direkt underlåtenhet att i föreskriven tid implementera direktiv till nationell rätt och i det senare att direktivbestämmelser implementerats felaktigt.

Den *andra* omständigheten som inneburit att EU-domstolen fått pröva olika upphandlingsmål är möjligheterna för medlemsstaternas nationella domstolar att begära förhands-

⁷³ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), sid. 181.

⁷⁴ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), sid. 181.

besked från EU-domstolen med stöd av artikel 267 i FEUF. Av artikeln framgår att EU-domstolen är behörig att meddela förhandsavgöranden angående dels tolkning av fördragen, dels giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutats av unionens institutioner, organ eller byråer. Vad som är viktigt att påpeka i sammanhanget är att om den nationella domstolen utgör sista instans, exempelvis Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen i Sverige, måste sådana instanser normalt begära ett förhandsbesked vilket framgår av artikel 267 tredje stycket. Syftet med bestämmelsen är att säkerställa att unionsrätten genomsyrar varje medlemsstats nationella rättsordning och tolkas på ett likartat sätt inom hela EU.⁷⁵ En stor andel mål som EU-domstolen prövar kommer dit med stöd av artikel 267.⁷⁶

2.1.1 De grundläggande unionsrättsliga principer som styr upphandlingsområdet

Offentlig upphandling av medlemsstaternas myndigheter måste överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt⁷⁷ (FEUF) som reglerar rätten till fri rörlighet för varor⁷⁸, etableringsfrihet⁷⁹ och frihet att tillhandahålla tjänster,⁸⁰ samt de principer som anses följa därav, bland annat om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.⁸¹ Principerna tillämpas generellt i unionsrätten men genom EU-domstolens rättspraxis har den närmare innebörden av principerna konkretiserats på upphandlingsområdet. Vissa av dessa är numera kodifierade⁸² i EU-direktiven om offentlig upphandling.⁸³ I den nationella lagstiftningen, LOU, återfinns dessa principer i 1 kap. 9 §, där dessa har gjorts tillämpliga på all upphandling. Det innebär att principerna ska tillämpas även vid sådan upphandling som normalt faller utanför de direktivstyrda bestämmelserna. Nedan beskrivs i korthet principerna och hur de har kommit att tillämpas vid offentliga upphandlingar.

Principen om likabehandling och icke-diskriminering

Principerna om likabehandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudssökande och anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet.⁸⁴ Principen om likabehandling innebär exempelvis att alla ges samma information och vid samma tillfälle,⁸⁵ att upphandlande myndighet är förhindrad att tillåta endast vissa anbudsgivare att komplettera sitt anbud eller att upphandlande myndighet lämnar meddelanden om förtydliganden av anbud på olika sätt till olika mottagare. Principen innebär också att leverantörernas olika förutsättningar ska beaktas,⁸⁶ att upphandlingens genomförandetid ska vara skäligen,⁸⁷ att utvärdering ska ske med hänsyn till samtliga utvärderingskriterier eller att en normalt omsorgsfull leverantör ska ha kunnat förstå vad som efterfrågas och omfattas av myndighetens bedömningar.

75 Den ger uttryck för målet för den europeiska unionen som, sedan Romfördraget 1957, är "en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken" (se formuleringen i ingressen till Romfördraget "*DETERMINED to lay the foundations of an ever-closer union among the peoples of Europe*") och i gällande FEU-fördrag "*RESOLVED to continue the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe*").

76 Falk, Jan-Erik (2011), sid. 30.

77 FEUF 2012/C 326/01, Konsoliderade versioner av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

78 Se artikel 28 FEUF 2012/C 326/01, jämte bestämmelser om förbud mot kvantitativa importrestriktioner artikel 34 respektive kvantitativa exportrestriktioner artikel 36.

79 Artikel 49 FEUF 2012/C 326/01.

80 Artikel 56 FEUF 2012/C 326/01. Se även artikel 106, FEUF 2012/C 326/01, som hänvisar till artiklarna 18 (som föreskriver ett förbud mot all diskriminering på grund av nationalitet) samt artiklarna 101-109 i samma fördrag.

81 Se skäl (1) i upphandlingsdirektivet 2014/24/EU.

82 Här menas att de EU-rättsliga principerna i fördragen som utvecklats främst i EU-domstolens rättspraxis numera finns uttryckta/har skrivits in i gällande upphandlingsdirektiv.

83 Notera att vissa av principerna finns explicit uttryckta i nuvarande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU, men att de kodifierades redan i det äldre upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) och försörjningsdirektivet (2004/17/EG).

84 Prop. 2006/2007:128, sid. 155.

85 Fryksdahl, Ann och de Jonghe, Malin (2012), sid. 9.

86 Här kan nämnas att krav på lång erfarenhet inte bör uppställas mot såväl etablerade leverantörer som nystartade företag. Ett nystartat företag ska exempelvis ha möjlighet att genom att anlita underleverantörer uppfylla ställda krav på ekonomisk eller teknisk kapacitet. Se Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie (2012), sid. 80.

87 Likabehandlingsprincipen innebär i detta avseende att en upphandlings genomförandetid sätts i relation till den enskilda upphandlingens art, komplexitet och omfattning, så att även andra än den befintliga leverantören ges en reell möjlighet att tilldelas kontakt. Se Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie (2012), sid. 80.

Icke-diskriminering förutsätter att anbudssökande och anbudsgivare från andra orter behandlas på samma sätt som t.ex. företag från den egna kommunen. I EU-domstolens domar i mål C-31/97 Beentjes och mål C-243/89 Stora Bält har innebörden av icke-diskriminering tolkats så att de krav som ställts på upphandlingen inte får gynna någon som kommer från den egna orten eller representerar ett visst område och inte heller på annat sätt vara diskriminerande eftersom det utgör diskriminering av företag från andra länder.⁸⁸ I Stora Bält fastslog EU-domstolen att kravet på leverantörerna att använda dansk arbetskraft och danska produkter stred mot principen. Däremot har höga krav som endast ett fåtal leverantörer har möjlighet att uppfylla inte ansetts strida mot likabehandlingsprincipen förutsatt att kraven är sakligt motiverade av upphandlingsföremålet vilket fastställdes av EU-domstolen i mål C- 513/99 Concordia Bus.⁸⁹

Principen om öppenhet/transparens

Principen om öppenhet innebär att en offentlig upphandling ska vara förutsägbar och transparent (öppen). Principen om öppenhet förutsätter exempelvis att upphandlingsförfarandet inte hemlighålls, att upphandlingen annonseras offentligt,⁹⁰ att de som deltagit i ett anbudsförfarande ges information om resultatet av upphandlingarna samt att upphandlingshandlingar i princip är offentliga.⁹¹ Vidare innefattar principen om öppenhet att ett förfrågningsunderlag ska vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på dels det som ska upphandlas, dels på de leverantörer som ska kunna antas. Alla anbudsgivare ska kunna tolka förfrågningsunderlaget på samma sätt.⁹² Vad som också är viktigt att påpeka i sammanhanget är att den upphandlande myndigheten inte får frånga de ställda kraven eftersom syftet med kravet på öppenhet är att garantera att upphandlingsförfarandet är öppet för konkurrens samt att det ska vara möjligt att i efterhand kontrollera om upphandlingsförfarandet har varit opartiskt.⁹³

Principen om proportionalitet

Proportionalitetsprincipen innebär att krav och kriterier som ställs i upphandlingar måste stå i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Det innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa mer långtgående krav på leverantören eller på den vara eller tjänst som upphandlas än vad som är nödvändigt och kan anses ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska vara både lämpliga och effektiva.⁹⁴ I bedömningen om begränsningar/hinder mot varors och tjänsters fria rörlighet på den inre marknaden ska anses vara tillåtna är det möjligt att få vägledning i exempelvis EU-domstolens mål C-234/03 Contse. Det aktuella målet rörde värdtjänstupphandlingar av hemrespiratorbehandlingar och andra tekniker för andningsstöd. Vid upphandlingen ställdes som krav för att få delta och lämna anbud, att anbudsgivare vid tidpunkten för anbudslämnandet förfogade över lokaler som var öppna för allmänheten i den stad där tjänsten skulle tillhandahållas. Som tilldelningskriterium gavs tilläggs-poäng till den anbudsgivare som vid tidpunkten för anbudsgivningen ägde anläggningar för att tillverka, bereda och fylla på syrgas som låg högst 100 mil från den aktuella provinsen eller hade lokaler på andra angivna orter i provinsen. I förfrågningsunderlaget angavs att om anbud uppnådde samma poäng skulle företräde ges till det företag som tidigare tillhandahållit tjänsten. EU-domstolen konstaterade att både villkoret för att få delta i upphandlingen och det aktuella tilldelningskriteriet var diskriminerande när man tillämpade inre marknadstestet.⁹⁵

88 Prop. 2006/2007:128, sid. 155. Se EU-domstolens domar i mål C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländska staten och C-243/89 Stora bält.

89 Se SOU 2013:12 (bilaga 11a). Se referat av domen i avsnitt 3.1.2 Utvärderingskriterier (Tilldelningskriterier).

90 Se vidare Europeiska kommissionens webbplats SIMAP, http://simap.europa.eu/index_sv.htm, där olika standardformulär utformats t.ex. för annonser av upphandlingar som överstiger tröskelvärdet samt den elektroniska upphandlingsdatabasen Ted (Tenders Electronic Daily), <http://ted.europa.eu>, där annonser (meddelanden) om upphandlingar publiceras. Enligt Konkurrensverkets informationsskrift ska i regel upphandlingar under tröskelvärdet och B-tjänster ska i regel dessa annonseras nationellt i en allmänt tillgänglig elektronisk databas, se Frenander, Charlotta och Råsmar, Sofia (2011), sid. 11.

91 Prop. 2006/07:128, sid. 155.

92 Frenander, Charlotta och Råsmar, Sofia (2011).

93 I rättspraxis har man fastslagit att kravet på öppenhet innebär att tillbörlig offentlighet ska iaktas också i samband med upphandlingar som inte omfattas av direktiven om upphandlingar, se vidare Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie (2012), sid. 83.

94 Frenander, Charlotta och Råsmar, Sofia (2011), sid. 12.

95 Inre marknadstestet behandlas under avsnitt 2.1.2 Olika perspektiv på EU-rätten och underliggande avsnitt.

Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att en vara som lagligen har tillverkats och saluförts i ett av EU:s medlemsländer utan hinder ska godtas och kunna säljas till andra medlemsländer/EES-länder. Enda undantaget från denna princip är förbud eller restriktioner en stat kan införa om det kan hävdas att det finns särskilda skyddsintressen för exempelvis människors och djurs liv och hälsa eller allmän moral och säkerhet i synnerhet med sikte på en hållbar utveckling, förutsatt att åtgärderna överensstämmer med Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.⁹⁶ Principen är ett utflöde av friheten att tillhandahålla tjänster i artikel 56 FEUF.

I EU-domstolen har principen om ömsesidigt erkännande prövats i samband med bland annat frågor om yrkesgrupper ska få utöva sina yrken i en annan medlemsstat än den där viss examina förvärvats. Principen om ömsesidigt erkännande innebär att bland annat intyg och certifikat som utfärdas av behöriga myndigheter i ett EU-medlemsland ska godtas av övriga medlemsländer. Mål C-120/78 Cassis de Dijon rörde en fransktillverkad likör som enligt tysk lagstiftning inte fick marknadsföras som likör då denna krävde att alkoholhalten inte fick understiga 25 volymprocent. Alkoholhalten på den fransktillverkade likören uppnådde inte kravet i den tyska lagstiftningen eftersom den låg mellan 15-20 volymprocent. I målet fastslog EU-domstolen att en vara som lagligen tillverkats i ett medlemsland i princip inte fick vägras tillträde till andra medlemsländers marknader om inte detta kunde motiveras av tvingande hänsyn.⁹⁷

2.1.2 Olika perspektiv på EU-rätten

Vid tolkning av upphandlingsdirektiven förekommer två skilda men etablerade perspektiv. Enligt min uppfattning tycks det råda meningsskiljaktigheter rörande dels om och när inre-marknadstestet ska göras i praktiken, i relation till EU:s olika typer av harmonisering, dels i vilken mån graden av harmonisering av EU-lagstiftningen påverkar olika typer av krav.

Med utgångspunkt i Upphandlingsutredningens⁹⁸ betänkande behandlar detta avsnitt inre-marknadsperspektivets syn på kravens utformning inom harmoniserade områden och minimiharmoniserade respektive ickeharmoniserade områden. På samma sätt behandlas multipolicyperspektivet. Med ”kravens utformning” menas olika typer av krav som kan ställas under olika faser i upphandlingsförfarandet kopplade till graden av harmonisering.⁹⁹

2.1.2.1 Inre-marknadsperspektivet beträffande kravens utformning inom harmoniserade områden

Totalharmoniserande EU-lagstiftning anses enligt inre-marknadsperspektivet utgöra både golv och tak för vilka krav som den upphandlande myndigheten får ställa på den vara eller tjänst som omfattas av lagstiftningen. Fullharmoniserande EU-lagstiftning innebär att medlemsstater måste tillåta fri rörlighet för varor och tjänster som uppfyller harmoniserade krav. Samtidigt innebär kraven att medlemsstaterna inte får tillåta handel med varor och tjänster som inte uppfyller kraven. Bedömningen utgår i huvudsak från EU-domstolens avgörande i Medipac.¹⁰⁰

⁹⁶ Se skäl (41) i upphandlingsdirektivet 2014/24/EU och artikel 36 i FEUF.

⁹⁷ Se Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie (2012), sid. 85 samt EU-domstolen C-120/78 Cassis de Dijon. EU-domstolen fastslår i domen att begreppet ”kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan” i artikel 30 i det tidigare fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen (EEG-fördraget) ska tolkas så att förbudet även omfattar fastställandet i en medlemsstats lagstiftning av en lägsta alkoholhalt för alkoholhaltiga drycker när det gäller import av alkoholhaltiga drycker som lagligen har tillverkats och saluförts i en annan medlemsstat.

⁹⁸ SOU 2013:12.

⁹⁹ Se kap. 3 Det reglerade upphandlingsförfarandet och underliggande avsnitt, där terminologin avseende olika typer av krav behandlas närmare.

¹⁰⁰ EU-domstolens avgörande i mål C-6/05 Medipac.

C-6/05 Medipac

I det aktuella avgörandet var en offentlig upphandling av suturer föremål för prövning. Upphandlingen underskred EU:s tröskelvärden. Den upphandlande myndigheten – ett grekiskt sjukhus ställde som enda krav att suturerna skulle vara CE-märkta. För sådan märkning krävs att suturerna uppfyller krav och standarder i enlighet med direktivet om medicintekniska produkter.[not utelämnad] Sjukhuset omfattades av direktivet i sin egenskap av offentligtorgan.[not utelämnad] Medipac lämnade anbud på CE-märkta produkter. Trots detta förkastades Medipacs anbud. Det skedde på rekommendation av sjukhusets kirurger som klagade på att Medipacs suturer hade kvalitetsbrister.

EU-domstolen uppmärksammar inledningsvis att det inte framgår av handlingarna att den upphandlande myndigheten skulle ha ställt krav som gick utöver gemenskapsrättens minimikrav.[not utelämnad] Domstolen konstaterar att principerna om likabehandling och insyn inte tillåter att en upphandlande myndighet förkastar ett anbud som uppfyller det ställda kravet på CE-märkning.

Om myndigheten ansett att produkterna skulle kunna utgöra en risk för folkhälsan skulle man i stället ha genomfört de skyddsåtgärder som regleras i direktivet om medicintekniska produkter. Den upphandlande myndigheten skulle därvid ha låtit upphandlingen vila till dess att förfarandet för vidtagande av skyddsåtgärder hade avslutats.¹⁰¹

Vad som särskilt bör noteras är att EU-domstolen även fastslog i målet att ”[d]et följer av domstolens fasta rättspraxis att det åligger organ eller enheter som är underställda staten eller en offentlig myndighet, eller som står under statens eller en offentlig myndighets tillsyn, att iakttä de skyldigheter som följer av gemenskapsdirektiv”.¹⁰² Jag menar att det bör tolkas som att även upphandlingar som underskrider det vid tidpunkten gällande tröskelvärdet ska vara förenliga med direktivbestämmelserna.

2.1.2.2 Inre marknads perspektivet beträffande kravens utformning inom minimiharmoniserade och ickeharmoniserade områden

Inom minimiharmoniserade områden finns ett visst utrymme enligt inre marknads perspektivet att gå längre i kravställandet. Det gäller även när det aktuella området inte alls är föremål för harmoniserande åtgärder (lagstiftning).

Upphandlande myndigheter som vill gå längre än gällande minimiregler ska, enligt inre marknads perspektivet, klara det s.k. inre marknads testet. Som framgått innebär det att kraven ska 1) tillämpas på ett ickediskriminerande sätt, 2) vara motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset, 3) vara lämpliga för att uppnå målet som eftersträvas, och 4) inte gå utöver vad som krävs för att uppnå det eftersträfvade målet.

I Upphandlingsutredningens betänkande beskrivs perspektivet utgå från EU-domstolens praxis som syftar till att bedöma om begränsningar av/hinder mot varors och tjänsters fria rörlighet på den inre marknaden ska anses vara tillåtna.¹⁰³

Hettne fastslår i sin EU-rättsliga analys att EU-domstolens avgörande i Contse ger stöd för att inre marknads testet ska tillämpas när upphandlande myndigheter ställer exempelvis miljökrav och sociala krav i sina upphandlingar, d.v.s. även i sammanhang då minimiharmoniserade regler gäller.¹⁰⁴

2.1.2.3 Multipolicy perspektivet beträffande kravens utformning inom harmoniserade områden

Att fullharmoniserande EU-lagstiftning skulle utgöra både tak och golv för krav och kriterier i upphandlingar har enligt Upphandlingsutredningen 2010 ifrågasatts av företrädare för multipolicy perspektivet.¹⁰⁵ Med hänvisning till Kunzlik menar utredningen att ett sådant synsätt skulle medföra dels att företaget endast kan konkurrera med låga priser, dels hindra

101 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 10.

102 EU-domstolens avgörande i mål C-6/05 Medipac, punkt 43.

103 Se beskrivning av rättsfallet (C 234/03 Contse) under rubriken *Principen om proportionalitet* i avsnitt 2.1.1 De grundläggande unionsrättsliga principer som styr upphandlingsområdet. Se även SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 11.

104 Se Hettne, Jörgen Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law (SOU 2013:12, bilaga 12), sid. 31.

105 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 12.

företag med innovativa lösningar från att konkurrera om offentliga kontrakt. Företrädare för multipolicyperspektivet ställer sig tveksamma till att detta skulle vara syftet med den inre marknaden eller harmoniserande lagstiftning. I likhet med kommittén tolkar jag Caranta som att han dessutom ifrågasätter grunderna för Hettnes ståndpunkt rörande inre marknads-testets tillämpning på minimiharmoniserade områden. Enligt Caranta har EU-domstolen i Contse inte alls behandlat frågan om möjligheter för upphandlande myndigheter att ställa krav i upphandlingar som går längre än EU-lagstiftningen.¹⁰⁶

Samma grundläggande invändning beskrivs i betänkandet gälla även för fallet Medipac. I det fallet anses EU-domstolen uttryckligen endast ha tagit ställning till kravet i den aktuella upphandlingen och att domen således inte ger stöd för tolkningen att krav i upphandlingar inte får gå utöver harmoniserande lagstiftning.¹⁰⁷ I det fallet konstateras den upphandlande myndighetens förkastande av Medipacs anbud, trots att företaget uppfyllde kravet på CE-märkning, vara en överträdelse av likabehandlings- och insynsprinciperna.

2.1.2.4 Multipolicyperspektivet beträffande kravens utformning inom minimiharmoniserade och ickeharmoniserade områden

Inom både ickeharmoniserade och minimiharmoniserade områden skiljer Kunzlik på köpkrav och tillträdeskrav.¹⁰⁸ *Köpkrav* uttrycker ”vad den upphandlande önskar köpa”,¹⁰⁹ medan *tillträdeskrav* ”begränsar kretsen av vilka företag som får tillträde till upphandlingsförfarandet, inklusive villkoren för tillgången till förfarandet”.¹¹⁰ Kunzlik uttrycker det på följande sätt:

In either case a public purchaser's decisions will be unlawful if they infringe the principle of equal treatment [...] or if they are not sufficiently transparent [...]. On the other hand, the legal treatment of non-discriminatory decisions differs according to whether they are 'what to buy' decisions or 'access to contract decisions.' In my view the Court has refrained from treating 'what to buy' decisions as 'hindrances' to trade within the Dassonville doctrine so as to require their justification on grounds of imperative interest. This has meant, in particular, that such decisions have not been required to be justified in terms of proportionality.¹¹¹

Upphandlingsutredningen 2010 konstaterar att enligt multipolicyperspektivet förutsätts båda typerna av beslut (köpkrav och tillträdeskrav) vara förenliga med principerna om lika-behandling, ickediskriminering och transparens/insyn.¹¹² Köpbeslut¹¹³ anses definiera marknaden i varje specifik upphandling.

EU-domstolen har alltså, enligt Kunzlik, inte bedömt köpkrav som potentiella handels-hinder och inre marknads-testet är därför inte tillämpligt på krav eller tilldelningskriterier som definierar vad den upphandlande myndigheten vill köpa (köpkrav).

Vad gäller tillträdeskrav menar Kunzlik att de kan vara handelshindrande och de ska därför klara inre marknads-testet för att få användas. Sådana krav kan verka begränsande för leverantörers tillträde till förfarandet, d.v.s. deras möjlighet att överhuvudtaget delta i upphandlingen. Kunzlik stöder sin bedömning på EU-domstolens avgörande i Contse. I det fallet konstateras att den upphandlande myndighetens krav, att anbudsgivaren vid tidpunkten för anbuds-

106 Caranta, Commentaries on Jörgen Hettne's Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law (SOU 2013:12, bilaga 13), sid. 3.

107 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 12.

108 Kunzlik, Commentaries on Professor Jörgen Hettne's Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law and professor Roberto Caranta's commentary (SOU 2013:12, bilaga 14), sid. 2.

109 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 13. Uppfattningar om "köpkravets" betydelse stämmer väl överens med EU-kommissionens vägledningsdokument, där anges: "I princip är den upphandlande enheten fri att fastställa kontrakt föremålet på det sätt som svarar mot dess behov. Lagstiftningen om offentlig upphandling handlar inte så mycket om vad upphandlande enheter köper, utan snarare om hur de köper det. Därför finns det inga begränsningar av kontrakt föremål som sådana i något av upphandlingsdirektiven [här åsyftas de äldre direktiven 2004/18/EG respektive 2004/17/EG]", EUROPEISKA KOMMISSIONEN (2010), sid. 24. Liknande uppfattningar kan även utläsas i Falks kommentarer till lagen om offentlig upphandling, se Falk, Jan-Erik (2011), sid. 389-390.

110 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 13.

111 Kunzlik, Commentaries on Professor Jörgen Hettne's Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law and professor Roberto Caranta's commentary (SOU 2013:12, bilaga 14), sid. 2.

Peter Kunzlik hänvisar till EU-domstolens avgörande i Dassonville i vilket den fastslog att handelshindrande åtgärder, för att vara tillåtna, måste kunna motiveras utifrån en tvingande hänsyn till allmänintresset, se Kunzlik, Commentaries on Professor Jörgen Hettne's Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law and professor Roberto Caranta's commentary (SOU 2013:12, bilaga 14), sid. 1.

112 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 13.

113 Upphandlingsutredningen 2010 (SOU 2013:12) tycks använda sig av termen "köpbeslut" synonymt med "köpkrav".

lämnandet skulle inneha lokaler i den provins där tjänsten skulle tillhandahållas, visserligen kunde motiveras utifrån tvingande hänsyn till allmänintresset (i betydelsen bättre skydd för patienters liv och hälsa) men att domstolen bedömde det uppenbart oproportionerligt.¹¹⁴ Det bör i sammanhanget understrykas att Kunzlik, i motsats till Hettne, kommer fram till en helt annan slutsats i sin analys av EU-domstolens avgörande i Contse.

För att närmare förstå Kunzliks resonemang hänvisar Upphandlingsutredningen 2010 till doktrinen om ”undantagna köpbeslut”. Doktrinen har Kunzlik utvecklat tillsammans med professor Sue Arrowsmith.¹¹⁵ I korthet beskrivs doktrinen innebära att inga beslut eller åtgärder under upphandlingsförfarandet får leda till att krav, kriterier eller utförandevillkor är direkt diskriminerande mot leverantörer från andra medlemsstater. Syftet med doktrinen är att förhindra att *varje* köpbeslut eller åtgärd ska bedömas som potentiellt handelshindrande.

I doktrinen görs en åtskillnad mellan köpbeslut och reglerande beslut. *Köpbeslut* avser vad som ska köpas (upphandlingsföremålet), inklusive varans eller tjänstens karaktär. *Reglerande beslut* utvecklas däremot inte närmare i betänkandet. Dock framhålls att Arrowsmith och Kunzlik föreslår att vid tillämpning av artikel 34 i FEUF ska beslut eller åtgärder som definierar köpet normalt inte anses omfattas av artikel 34, d.v.s. inte anses vara handelshindrande.¹¹⁶ Dessa beslut eller åtgärder är ”undantagna köpbeslut”, där undantaget även gäller om de i praktiken innebär en mer negativ påverkan på utländska varor och tjänster än de inhemska motsvarigheterna. Att de normalt inte ska anses omfattas av bestämmelsen innebär att undantaget inte är tillämpligt om motiven är att utesluta vissa leverantörer trots att de har förmågan att tillhandahålla varor och tjänster som möter den upphandlande myndighetens faktiska behov. Detsamma gäller om kraven egentligen syftar till att reglera annat än det som omfattas av kontraktet. Som exempel på det senare anger Upphandlingsutredningen 2010 krav på produktionens inriktning i största allmänhet.

Caranta och Kunzlik menar att varken EU-kommissionens vägledningar eller meddelanden ger stöd till tolkningen att den upphandlande myndigheten måste tillämpa inremarknadstestet när den utformar köpkrav.¹¹⁷ De menar istället att myndigheter är fria att definiera kraven på varan eller tjänsten på sätt som anses vara mest miljömässigt och socialt hållbart, förutsatt att grundläggande principer följs.¹¹⁸ Vidare menar de att EU-rätten inte har för avsikt att begränsa friheten att köpa vad man vill, eftersom den utgör en del av det demokratiska systemet.

I betänkandet framgår att Hettne invänder mot Arrowsmiths och Kunzliks indelning i köpbeslut respektive reglerande beslut,¹¹⁹ och menar att resonemanget inte stöds av EU-rätten. Hettne anser att de båda lutar för mycket på amerikansk rätt, vilken skiljer mellan myndighetens roll som marknadsaktör respektive som regelgivare.

2.1.3 Begreppet ”sociala hänsyn” inom offentlig upphandling

Det saknas en entydig definition av vad som innefattas i begreppet ”sociala hänsyn”. Någon definition av begreppet har inte heller fastställts i rättspraxis. Förutom i offentliga¹²⁰ dokument är det möjligt att hitta vägledning i Europeiska kommissionens meddelande *Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling* från 2010 och i Charlotta Frenanders och Sofia Råsmars skrift från 2011, *Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling*, som tagits fram på uppdrag av Konkurrensverket.¹²¹

114 SOU 2013:12, sid. 13.

115 SOU 2013:12, sid. 14.

116 Nämnda artikel föreskriver att “[k]vantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna” (artikel 34 FEUF), under förutsättning att de inte kan motiveras utifrån tvingande hänsyn till allmänintresset enligt artikel 36 FEUF.

117 SOU 2013:12, sid. 15.

118 I betänkandet hänvisas till EU-kommissionens olika vägledningsdokument, se SOU 2013:12, sid. 15, not 42.

119 I betänkandet (SOU 2013:12 bilaga 11a) används köp- respektive tillträdeskrav. Eftersom Upphandlingsutredningen 2010 i sammanhanget syftar på doktrinen om ”undantagna köpbeslut”.

120 Med ”offentliga” dokument avses huvudsakligen förarbeten i form av propositioner och offentliga utredningar (SOU).

121 Se Frenander, Charlotta, Råsmar, Sofia (2011).

I EU-kommissionens handledningsskrift som fokuserar på sociala hänsyn i offentliga kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektiven behandlas särskilt begreppet ”socialt ansvarsfull offentlig upphandling” (SRPP). SRPP beskrivs innefatta upphandlingsaktiviteter som tar hänsyn till en eller flera av följande sociala aspekter: sysselsättningsmöjligheter, anständigt arbete, överensstämmelse med sociala rättigheter och arbetstagares rättigheter, social integration (inbegripet personer med funktionshinder¹²²), lika möjligheter, utformning som ger tillgänglighet åt alla, beaktande av hållbarhetskriterier, frågor om etisk handel och ett bredare frivilligt iakttagande av företagens sociala ansvar samtidigt som principerna FEUF och upphandlingsdirektiven efterlevs.¹²³ I skriften understryks SRPP utgöra ett kraftfullt verktyg både för att främja hållbar utveckling och för att uppnå EU:s (och medlemsstaternas) mål på det sociala området.

Beroende på omständigheterna finns det olika sätt att ta sociala hänsyn i upphandlingsförfarandet. Upphandlande myndigheter bör avgöra från fall till fall vilka sociala hänsyn som är relevanta för varje specifik upphandling, beroende på kontraktsföremålet och vilka mål som eftersträvas. Kommissionen listar i sin skrift följande kategoriseringar av sociala hänsyn som kan vara relevanta för upphandling:

- främjande av ”möjligheter till anställning”,
- främjande av ”anständigt arbete”,
- främjande av överensstämmelse med ”sociala rättigheter och arbetstagares rättigheter”, stödja ”social integration” och främja den sociala ekonomins organisationer,
- främja ”tillgänglighet och design för alla”,
- ta hänsyn till frågor rörande ”etisk handel”,
- sträva efter att uppnå en högre grad av frivilligt åtagande när det gäller ”företagens sociala ansvar” (CSR),¹²⁴
- bekämpa kränkningar av de mänskliga rättigheterna eller
- främja ”små och medelstora företag”.

Nedan behandlas kortfattat ett urval av EU-kommissionens exempel på sociala hänsyn i offentlig upphandling.

Främjande av möjligheter till anställning

I det här sammanhanget kan enligt EU-kommissionen sociala hänsyn omfatta att verka för sysselsättning bland ungdomar, en jämn könsfördelning (t.ex. att skapa förutsättningar för balans mellan arbete och privatliv eller att förhindra sektoriell och yrkesmässig segregering), möjligheter till anställning för långtidsarbetslösa och äldre arbetstagare, mångfaldsstrategier och möjligheter till arbetstillfällen för personer från missgynnade grupper (exempelvis migrerade arbetstagare, etniska minoriteter eller lågutbildade arbetstagare), möjligheter för anställning för

122 I kommissionens handledningsskrift används genomgående begreppet ”personer med funktionshinder”. Jag föredrar begreppet ”personer med funktionsnedsättning” eftersom en funktionsnedsättning inte nödvändigtvis medför ett ”hinder” men att det kan uppkomma till följd av utformningar av exempelvis miljöer. Jag kommer dock att använda mig av den benämning som anges i de primära källorna. Se Pettersson, Andreas (2015) som i sin avhandling ”Out and about in the welfare state: the right to transport in everyday life for people with disabilities in Swedish, Danish and Norwegian Law” utvecklar de dominerande skolorna kring begreppet eller närmare bestämt synen på människan (och hennes funktioner) i relation till hennes omgivning.

123 Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 5.

124 Viktigt att poängtera i sammanhanget är att CSR ska vara företagsägt och företagsdrivet, vilket innebär att det är frivilligt och att det är företagen själva som väljer hur de vill arbeta med hållbart företagande. På regeringens hemsida (<http://www.regeringen.se/sb/d/17198>) uppmantras företag använda sig av OECD:s riktlinjer för multinationella företag, FN:s Global Compacts 10 principer och FN:s vägledande principer för företag och mänskliga rättigheter. På nationell nivå se rapport från REGERINGSKANSLIET (2013), *HÅLLBART FÖRETAGANDE – Plattform för svenskt agerande*, i vilken regeringen ger sin grundsyn på frågor kring hållbart företagande, eller Corporate Social Responsibility (CSR). På EU-nivå, se EU-kommissionens CSR-strategi. I strategin presenteras förutom ny definition av begreppet CSR innehåller strategin bland annat en handlingsplan för perioden 2011-2014 (Commission, European (Brussels, 25.10.2011 COM(2011) 681 final, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility). Se även Svenskt näringslivs hemsida (<http://www.svensktnaringsliv.se/fragor/csr/>), där Svenskt näringsliv sägs utgå från att svenska företag respekterar mänskliga rättigheter och grundläggande miljöstandarder när de agerar på utländska marknader (ansvarsfullt företagande, CSR), d.v.s. den värdegrund som kommer till uttryck i FN:s principer och OECD:s riktlinjer för multinationella företag.

personer med funktionsnedsättning (t.ex. genom arbetsmiljöer som är tillgängliga och främjar integration). Det kan också nämnas att Upphandlingsutredningen 2010 har tolkat kommissionen som att detta kan ske genom särskilda kontraktvillkor, det vill säga att vid fullgörande av kontraktet ska en viss andel av arbetsstyrkan utgöras av personer inom särskilt utsatta grupper.¹²⁵

Främjande av "anständigt arbete"

Denna kategori av sociala hänsyn beskrivs utgå från övertygelsen om att människor har rätt till produktiv sysselsättning under omständigheter som kännetecknas av frihet, jämlikhet, säkerhet och värdighet.¹²⁶ Innebörden av begreppet "anständigt arbete" ingår i den europeiska sociala agendan¹²⁷ som utgör en integrerad social och ekonomisk utvecklingsmodell.

Agendan består av fyra lika viktiga och av varandra oberoende aspekter: rätt till ett produktivt och självvalt arbete, grundläggande principer och rättigheter på arbetsplatsen, en sysselsättning som ger en dräglig inkomst och socialt skydd samt social dialog, där jämställdhet och icke-diskriminering utgör övergripande frågor för anständigt arbete. Kopplat till SRPP inkluderas här frågor såsom överensstämmelse med regelverket vars rättsliga grund utgår från de åtta grundläggande ILO-konventionerna¹²⁸ vilka har ratificerats av EU-medlemsstaterna. Vidare inkluderas frågor om rimlig lön, hälsa och säkerhet på arbetsplatsen, social dialog, tillgång till utbildning, jämställdhet mellan könen och icke-diskriminering, tillgång till grundläggande socialt skydd o.s.v.

Främjande av överensstämmelse med sociala rättigheter och arbetstagares rättigheter

Här avses sociala hänsyn såsom överensstämmelse med nationella lagar, kollektivavtal och EU-lagstiftning, överensstämmelse med principen om likabehandling av kvinnor och män, inklusive principen om lika lön för likvärdigt arbete och främjande av jämställdhet, överensstämmelse med lagar som rör arbetsmiljö t.ex. hälsa och säkerhet, krav på ickediskriminering på andra grunder än kön t.ex. ålder, funktionshinder, religion och trosuppfattning, sexuell läggning och att verka för lika möjligheter.

Stödja social integration och främja den sociala ekonomins organisationer

Under denna kategori nämns som exempel på sociala hänsyn jämlik tillgång till offentlig upphandling för företag som ägs av eller anställer personer från etniska grupper/minoritetsgrupper såsom kooperativ, sociala företag och ideella organisationer och främjande av stödåtgärder för anställning för personer med funktionshinder, även på den öppna arbetsmarknaden. Genom aktiva åtgärder kan det offentliga stödja social integration, exempelvis genom att i offentliga upphandlingar kräva att personer med t.ex. funktionsnedsättning blir engagerade i den verksamhet som ska upphandlas.¹²⁹

Främja tillgänglighet och "design för alla"

Sociala hänsyn i upphandlingar kan också tas genom tvingande bestämmelser i de tekniska specifikationerna för att säkerställa att personer med funktionsnedsättning får tillgång till exempelvis offentliga tjänster, byggnader, allmänna transportmedel, information eller dylikt. Sådana bestämmelser kan även gälla varor och tjänster inom området informationsteknik, som webbaserade program. I stort handlar det om varor och tjänster som är tillgängliga för alla.¹³⁰

125 SOU 2013:12, sid. 478.

126 Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 7.

127 Se Europa 2020-strategin som ersätter den tidigare så kallade Lissabonstrategin. Europa 2020-strategin utgör därmed EU:s nya gemensamma ramverk för att skapa långsiktigt hållbar tillväxt och fler jobb i hela unionen. Se vidare Kommission, KOM(2008) 412 slutlig, 2/7/2008, MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL EUROPAPARLAMENTET, RÅDET, EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN SAMT REGIONKOMMITTÉN, En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa.

128 Beträffande ILO-konventioner, se avsnitt 2.3.3 ILO:s rättighetskonventioner i offentlig upphandling.

129 Se bilaga 22 i SOU 2013:12, där ges exempel på upphandlingar där man använt t.ex. sociala och etiska hänsyn och vad som åstadkommit.

130 Se FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning rörande tillgänglighetsfrågor som använder sig av konceptet "universell design". I Europa kallas detta koncept "design för alla" och definieras som "sådan utformning av produkter, miljöer, program och tjänster att de ska kunna användas av alla i största möjliga utsträckning utan behov av anpassning eller specialutformning. "Design för alla" ska inte utesluta hjälpmedel för enskilda grupper av personer med funktionsnedsättning där så behövs [citationstecken i original]", se artikel 2 i RÅDETS, BESLUT av den 26 november 2009 om ingående från Europeiska gemenskapens sida av Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (2010/48/EG).

Bekämpa kränkningar av de mänskliga rättigheterna

Bland sociala hänsyn ingår även att främja respekten av mänskliga rättigheter. Sociala hänsyn kan tillämpas på en rad olika sätt och EU-kommissionen påpekar särskilt att det finns skillnader när det gäller statusen för olika socialpolitiska mål – både inom EU-lagstiftningen och i olika medlemsstater. Inom vissa sektorer och i vissa medlemsstater finns redan tvingande bestämmelser om tillgänglighet som sträcker sig längre än EU:s krav medan andra saknar sådana. För att uppnå sociala mål via SRPP krävs att offentliga myndigheter upprättar en strategi för genomförande av SRPP utifrån sina egna specifika mål. I handledningsskriften ges flera exempel från medlemsstater på hur upphandlande myndigheter kan skapa en SRPP-strategi, hur den ska genomföras, vilka åtgärder som behöver vidtas och vilka faktorer som behöver tas hänsyn till.

2.2 NATIONELL RÄTT

Som framgått pågår för närvarande ett intensivt lagstiftningsarbete inom Regeringskansliet med anledning av de nya EU-direktiven på både det klassiska området och försörjningsområdet samt om tilldelning av koncessioner. De nya EU-direktiven är tänkta att genomföras i två nya lagar på upphandlingsområdet med sikte på att lagarna ska träda i kraft i april 2016. De kommer då att ersätta gällande lagstiftning från 2007.¹³¹ Nedan behandlas gällande bestämmelser i LOU och vissa aviserade författningsförslag i kommande lagstiftning.¹³² När det gäller liggande aviserade förändringar i kommande lagstiftning kommer fokus riktas mot upphandlingsdirektivet 2014/24/EU eftersom dessa redan trätt i kraft. För att kunna beskriva detta behöver jag dessförinnan kort behandla gränsdragningen mellan lag (2007:1091) om offentlig upphandling och lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Vad är det som regleras i LOU och vilka omfattas?

I den nationella lagstiftningen regleras upphandlingsförfarandet för den offentliga sektorns anskaffningar av varor, tjänster och byggentreprenader samt andra tjänster inom ramen för det klassiska upphandlingsområdet.

Den klassiska sektorn omfattar upphandlande myndigheter eller organ som exempelvis stat, kommun, region, landsting och offentligt ägda företag, förutsatt att verksamhetens syfte är att tillgodose behov i det allmännas intresse. Bedömningen om en myndighet eller annat organ utgör en upphandlande myndighet bestäms inom den klassiska sektorn alltså utifrån syftet med verksamheten.¹³³

För försörjningssektorerna är utgångspunkten en annan. I förarbetena anges att avgörande för bedömningen om en upphandling ska göras enligt det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet är för vilken verksamhet det som upphandlas är avsett för,¹³⁴ förutsatt att upphandlande myndigheter eller organ bedriver verksamheter som omfattas av båda direktiven: direktivet om offentlig upphandling (2004/18/EG) och direktivet om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2004/17/EG).¹³⁵ Om det som upphandlas är avsett för båda verksamheterna ska en överviktsprincip tillämpas. Vid denna tillämpning ska kontraktets värde vara avgörande. Om det inte är möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen avser ska enligt förarbetena regelverket för den klassiska sektorn tillämpas.¹³⁶

131 Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

132 Lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU/upphandlingslagen) och lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF/försörjningslagen). I den fortsatta framställningen kommer den nationella lagstiftningen att benämnas som *gällande* eller *nuvarande* respektive *kommande* och *aviserade* lagstiftning. Däremot när det gäller EU-direktiven har de som framgått redan trätt i kraft (februari 2014) och ersatte därmed de äldre EU-direktiven på vilka nuvarande nationella lagstiftningar (LOU/upphandlingslagen och LUF/försörjningslagen) baseras. För att undvika förvirring benämns de numera upphävda upphandlingsdirektiven som det äldre eller det gamla upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) eller försörjningsdirektivet (direktiv 2004/17/EG).

133 2 kap. 12 § LOU.

134 Prop. 2006/07:128, sid. 137.

135 Gällande LOU och LUF utgår från de gamla direktiven, d.v.s. inte de upphandlingsdirektiven som trädde i kraft 2014, vilket är skälet till att förarbetena hänvisar till de förra.

136 Prop. 2006/07:128, sid. 138.

I detta sammanhang kan det också nämnas att både äldre och nuvarande upphandlingsdirektiv¹³⁷ endast är tillämpliga på upphandlingar som överskrider de så kallade tröskelvärdena som för varor och tjänster uppgår till 134 000 euro (1 169 378 SEK) för statliga myndigheter och till 207 000 euro (1 806 427 SEK) för övriga upphandlande myndigheter (t.ex. kommuner, landsting, allmännyttiga bolag, föreningar och stiftelser).¹³⁸

Gällande lagstiftning på upphandlingsområdet

De upphandlingslagar som gäller idag trädde i kraft den 1 januari 2008.¹³⁹ Lagarna är baserade på de äldre upphandlingsdirektiven om offentlig upphandling som trädde i kraft den 30 april 2004, ett för den klassiska sektorn (2004/18/EG) och ett för försörjningssektorerna (2004/17/EG).¹⁴⁰ I Sverige implementerades direktiven först fyra år senare.

Syftet med bestämmelserna i LOU är att företag i alla medlemsstater ska kunna konkurrera på lika villkor om offentliga kontrakt i medlemsstaterna. Genom att säkerställa konkurrensen mellan leverantörer främjas och garanteras genomförandet av den gemensamma marknaden, d.v.s. fri rörlighet av varor, tjänster och etableringsrätt. Denna utgångspunkt genomsyrar som tidigare nämnts även de regler i LOU som inte är direktivstyrda.¹⁴¹

De regler som inte är direktivstyrda gäller bestämmelserna i 15 kapitlet LOU.¹⁴² I nämnda kapitel finns nationella bestämmelser som inte regleras i upphandlingsdirektivet. Det rör sig om upphandlingar som anses sakna ett gränsöverskridande intresse, och därför regleras genom nationella bestämmelser som varje medlemsstat själv väljer att införa. För att bestämmelserna ska bli tillämpliga krävs alltså att upphandlingar inte överskrider de så kallade tröskelvärdena för varor och tjänster.

Sociala hänsyn i LOU

Om offentlig upphandling kan och bör vara ett instrument för främjande av miljö- och socialpolitiska målsättningar har utretts vid ett flertal tillfällen över åren.¹⁴³

I början av 2000-talet utredde Niklas Bruun i en rättslig expertutredning¹⁴⁴, på uppdrag av Upphandlingskommittén, möjligheterna att ta sociala hänsyn i offentlig upphandling. Bruun kom bland annat fram till att den EU-rättsliga regleringen lämnar ett visst nationellt utrymme för att driva de politikområden som prioriteras i fördraget som vid dåvarande tidpunkt var sysselsättning, miljö och jämställdhet samt att sådana intressen förutsattes stå i direkt samband med det som upphandlas. Han konstaterade dock att det är oklart vilken tyngd de kan tillmätas i upphandlingsförfarandet. Bruun tog också ställning till frågan om vilka villkor som kan skrivas in i avtalet med bindande kraft, som tillkommande kontraktsvillkor. I det fallet krävs, enligt Bruun, en koppling mellan tilldelningskriterier och kontraktsvillkor. I övrigt menade han att det inte finns några hinder mot att införa så kallade antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontraktet.

Upphandlingskommittén själv konstaterade, baserat på Bruuns utredning, att sociala villkor, exempelvis villkor som rör antidiskriminering, kan tas in i form av tillkommande kontraktsvillkor. Sådana villkor förutsätter enligt kommittén att villkoren tas in i förfrågningsunderlaget

137 Här åsyftas såväl det äldre som nuvarande upphandlingsdirektiv (se artikel 4 p. a-d i direktiv 2014/24/EU).

138 Se tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling samt för upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. För byggentreprenader uppgår tröskelvärdet till 5 186 000 euro (45 256 666 SEK) som gäller samtliga upphandlande myndigheter.

139 De två nya lagarna ersatte därmed tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. En skillnad från den äldre LOU är att lagstiftaren valde att separera bestämmelserna för den klassiska respektive för försörjningssektorerna, genom att anta två olika lagar, med syftet att underlätta för dem som verkar i olika sektorer att veta vilka bestämmelser som är tillämpliga på deras verksamheter.

140 Direktivet om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (2004/18/EG) och direktivet om samordning av förfarandena vid upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2004/17/EG). För en historisk beskrivning av den rättsliga regleringen av upphandling inom EU kopplad till nationell reglering, se Prop. 2006/07:128, sid. 132 ff. Det som kan nämnas här är att upphandling har reglerats inom gemenskapsrätten sedan lång tid tillbaka bl.a. genom förfarandedirektiven 93/36/EEG om upphandling av varor, 93/37/EEG om upphandling av byggentreprenader, 92/50/EEG om upphandling av tjänster samt 93/38/EEG om upphandling av varor, byggentreprenader och tjänster inom områdena vatten, energi, transporter och telekommunikation.

141 Prop. 2006/07:128, sid. 154-155. Se även Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie (2012), sid. 36-37.

142 Se 1 kap. 2 § som anger lagens tillämpningsområde. I andra stycket anges för vilka upphandlingar som bestämmelserna i kap. 15 gäller.

143 Svedberg, Wanna (2013), sid. 163 ff.

144 Se Bruun, Niklas (2000), Sociala hänsyn vid offentlig upphandling – En rättslig expertutredning utarbetad på uppdrag av upphandlingskommittén (SOU 2001:31, bilaga 3).

och att de inte är diskriminerande. Däremot ansåg Upphandlingskommittén att dessa villkor inte var möjliga att ”exportera”,¹⁴⁵ de fick med andra ord inte avse verksamhet som låg utanför det land där den upphandlande enheten hör hemma. Dessutom framhöll Upphandlingskommittén att antidiskrimineringshänsyn kan ställas på *det som upphandlas*, förutsatt att kraven är relevanta för utförandet av en vara eller tjänst. Dessa krav ansågs även kunna ställas i uteslutningsfasen genom exempelvis uteslutningskriterier och kvalifikationskriterier, men att denna möjlighet var begränsad till den klassiska sektorn, dvs. vid upphandling av varor, byggtreprenader och A-tjänster. Kommittén tolkade även EG-domstolens praxis som att den gav stöd för vissa möjligheter att i utvärderingsfasen ta sociala hänsyn som inte hade direkt koppling till det som upphandlas. Sådana hänsyn ansågs dock vara förenat med vissa svårigheter. En sådan svårighet är att ta in icke-ekonomiska hänsyn som utvärderingskriterier, då dessa ska ligga till grund för bedömning av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

I *Utredningen om frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster* (FRIJA) kom kommittén fram till, med stöd av Amsterdamfördraget, att det är fullt möjligt att på rättsliga grunder ta hänsyn till sociala målsättningar. FRIJA baserade sin bedömning på EU-kommissionens meddelande om offentlig upphandling inom Europeiska unionen och anförde i sitt betänkande följande:

Kommissionen framhåller det som inte endast möjligt utan även vällovt att ställa sociala krav vid offentlig upphandling. Genom att ställa sådana krav blir det också möjligt att uppnå s.k. eftersträvansvärda mål. Bland dessa mål kan det finnas anledning att uppmärksamma *en god miljö, jämställdhet mellan män och kvinnor samt etnisk och kulturell mångfald* [kursivt i original].¹⁴⁶

Gällande kontraktsvillkor, konstaterade FRIJA, att det inte råder någon som helst tvekan om att det är möjligt att ställa krav på att lagar följs, d.v.s. att införa antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontraktet. Av genomgången kan det konstateras att Upphandlingskommittén, jämfört med FRIJA, intar en något försiktigare hållning i frågan om möjligheten att ta sociala hänsyn i upphandlingar.

Frågan om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontraktet klargjordes först i mitten på 2000-talet då förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt trädde i kraft. Denna förordning gäller fortfarande. Syftet med förordningen var att öka medvetenhet och efterlevnad av diskrimineringslagen (2008:567). Genom förordningen åläggs vissa statliga myndigheter att i sina upphandlingskontrakt ställa villkor som syftar till att motverka diskriminering hos leverantören, d.v.s. bestämmelser om vissa särskilda kontraktsvillkor för fullgörande av kontrakt enligt 6 kap. 13 § och 15 kap. 2 § LOU.

Genom propositionen *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet Sociala hänsyn och miljöhänsyn* (prop. 2009/10:180) infördes 2010 bestämmelsen om att upphandlande myndigheter och enheter *bör* beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar om upphandlingens art motiverar detta.¹⁴⁷ I propositionen redogörs för att bestämmelserna i 2004 års upphandlingsdirektiv, som klargör hur miljöhänsyn och sociala hänsyn kan integreras i upphandlingsförloppetets olika delar, har genomförts i både LOU och LUF. Det ges exempel på hur sociala hänsyn och miljöhänsyn kan beaktas i upphandlingens olika faser, exempelvis föreskriver 6 kap. 1 § LOU att de tekniska specifikationerna bör, när det är möjligt, bestämmas med hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för personer med funktionshinder¹⁴⁸ eller utformas med tanke på samtliga användares behov. Vidare framgår det enligt 6 kap. 4 § i vilken utsträckning en upphandlande myndighet kan ställa krav på tillverkning eller framställningssätt samt bestämmelsen i 6 kap. 12 § om krav på information om bl.a. miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor och krav på arbetarskydd och arbetsvillkor.

145 SOU 2001:31, sid. 21.

146 SOU 2002:30, sid. 86.

147 Se 1 kap. 9 a § LOU.

148 Här återges propositionens benämning.

Ytterligare bestämmelser som lyfts fram i propositionen är 6 kap. 13 § som reglerar särskilda villkor. Paragrafen anger att den upphandlande myndigheten får ställa sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt får fullgöras. Därutöver framhålls bestämmelserna i 10 kap. om uteslutning av leverantörer. Exempelvis får en leverantör uteslutas från att delta i upphandlingen om förutsättningarna enligt bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket 3 och 4 är uppfyllda. Det konstateras att även om bestämmelsen inte uttryckligen avser miljöhänsyn och sociala hänsyn så är den tillämplig på brott mot miljölagstiftning och social lagstiftning samt allvarliga fel i yrkesutövningen som rör miljöfrågor och sociala frågor. Redogörelsen avslutas med följande uttalande:

Gemensamt för samtliga typer av krav är att de ska vara förenliga med principerna för (offentlig) upphandling enligt 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF. Myndigheterna och enheterna bör säkerställa att de villkor som de avser att ställa upp är uppföljningsbara och kontrollerbara. Krav som inte följs upp och kontrolleras av den upphandlande myndigheten eller enheten är inte förenliga med EU-domstolens praxis [parantes i original].¹⁴⁹

I samma proposition¹⁵⁰ hänvisas även till Finansdepartementets promemoria, *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet* (Ds. 2009:30). Av propositionen framgår att promemorian behandlade argument mot att införa en ”bör”-regel,¹⁵¹ d.v.s. att lagstiftning inte ska användas för att ställa upp moraliska eller etiska uppföranderegler. Diskussionen handlade om att lagbegreppet endast ansågs omfatta rättsregler. ”[...] [S]ådana regler [ansågs] i princip kännetecknas av att de är bindande för myndigheter och enskilda”.¹⁵² Med hänvisning till doktrin¹⁵³ anfördes även skäl för att införa en bör-regel, bl.a. att det i doktrin har konstaterats att det förekommer lagregler som är formulerade som rekommendationer som markeras genom en ”bör”-formulering samt att det blivit allt vanligare att lagar innehåller målsättningsstadgande som inte är rättsligt bindande utan endast anger eftersträvansvärda mål för den offentliga verksamheten. I propositionen beskrivs syftet med rättsregeln i första hand vara att ”[...] skapa incitament för de upphandlande myndigheter och enheter som ännu inte prövar [Sic!] möjligheten att integrera miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar”.¹⁵⁴ I anslutning till syftet konstaterades även följande:

Det finns därför inte någon möjlighet att med stöd av en sådan regel *kräva av* upphandlande myndigheter och enheter att de ska ställa miljökrav eller sociala krav eller *att framgångsrikt klandra* en upphandling för att sådana krav inte har ställts [mina kursiveringar].¹⁵⁵

Jag menar att det ovanstående förarbetsuttalandet eller bör-regeln (1 kap. 9a § LOU) inte ska tolkas som ett hinder för att integrera miljöhänsyn och sociala hänsyn. Regeln är utformad som en fakultativ bestämmelse. Av formuleringen följer därmed inte någon skyldighet för upphandlande myndighet att integrera miljöhänsyn och sociala hänsyn utan det överläts till myndigheten att bedöma om upphandlingens art motiverar sådana hänsyn. Jag tolkar förarbetsuttalandet som att ”andra”, exempelvis anbudsgivare eller leverantörer, med stöd av paragrafen inte kan kräva av upphandlande myndigheten att den ställer miljökrav eller sociala krav eller att framgångsrikt klandra en upphandling för att sådana krav inte har ställts.

Begreppet ”den goda affären” i offentlig upphandling

Målet med den svenska offentliga upphandlingen har på senare tid beskrivits med begreppet ”den goda affären”.¹⁵⁶ Begreppet presenterades för första gången år 2011 i Upphandlingsutredningens¹⁵⁷ delbetänkande, *På jakt efter den goda affären – analyser, erfarenheter och*

149 Prop. 2009/10:180, sid. 269.

150 Prop. 2009/10:180.

151 Bör-regeln återfinns i 1 kap. 9a § LOU.

152 Prop. 2009/10:180, sid. 271.

153 Doktrin (rättsvetenskaplig litteratur) utgör en av juridikens rättskällor.

154 Prop. 2009/10:180, sid. 272.

155 Prop. 2009/10:180, sid. 272.

156 SOU 2013:12, sid. 74 ff.

157 Här åsyftas Upphandlingsutredningen 2010.

synpunkter på den offentliga upphandlingen, och därefter i slutbetänkandet, *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*.¹⁵⁸ I betänkandena används begreppet för att beskriva hur upphandlingen *borde* fungera. ”Den goda affären” har av Upphandlingsutredningen 2010 beskrivits som att de upphandlande myndigheterna och enheterna, inom ramen för regelverket:

”[...] tillgodoser verksamheternas behov genom att ställa och följa upp krav på kvalitet där servicen till medborgarna står i fokus, tillgodoser behoven till lägsta möjliga totalkostnad [d.v.s. att så långt som möjligt hänsyn tas till livscykelkostnaden¹⁵⁹], tar ansvar för en miljömässigt och socialt hållbar utveckling när upphandlingens art motiverar detta, beaktar möjligheterna att ta tillvara nya och innovativa lösningar som möter verksamheternas behov, samt tillvaratar och vårdar konkurrensen på de aktuella upphandlingsmarknaderna vilket bland annat innebär att överväga åtgärder för att underlätta de mindre företagens deltagande [min anm.]”¹⁶⁰

Upphandlingsutredningen 2010 understryker alltså att offentliga verksamheter bör gå före i arbetet med att ta tillvara sociala och miljömässiga hänsyn. Genom att ställa ”offensiva” och samtidigt konstruktiva krav kan det offentliga medverka till att det utvecklas mer hållbara varor och tjänster och bidra till ett (nationellt) näringsliv som står väl rustat i möte med internationell konkurrens på såväl inhemska som utländska marknader.¹⁶¹ Den goda affären bygger på tanken om en väl fungerande konkurrens, där tillräckligt många företag deltar och lämnar anbud för att de offentliga verksamheterna och medborgarna över tid ska ha tillgång till varor och tjänster av bättre kvalitet som inkluderar miljömässigt och socialt ansvarstagande, till samma eller lägre totalkostnader. Målet är en effektiv hushållning med skattemedlen. Den rättsliga grunden för upphandlande myndigheter att verka för en miljömässigt och socialt hållbar utveckling menar Upphandlingsutredningen 2010 har sitt stöd i upphandlingslagarnas s.k. ”bör-regler”,¹⁶² vilka i sin tur utgår från den ökade betoningen av miljöhänsyn och sociala aspekter i unionsrätten.¹⁶³

När det gäller sociala hänsyn i LOU, kan det konstateras att frågan om offentlig upphandling *kan* och *bör* utgöra instrument för främjande av miljö- och socialpolitiska målsättningar har utretts i varierande grad och utifrån olika infallsvinklar vid ett flertal tillfällen. Enligt min tolkning tycks det stå klart att samtliga krav som ställs ska kunna följas upp och kontrolleras av den upphandlande myndigheten eller enheten. Slutligen kan det noteras att det i samtliga sammanhang understryks att kraven måste vara förenliga med EU-rätten samt att det är EU-domstolens tolkning av EU-rätten som de upphandlande myndigheterna slutligen måste följa. Av genomgången av förarbetena tycks det finnas en uppfattning, åtminstone på en principiell nivå, om att nuvarande upphandlingsregler ger utrymme för att ställa sociala krav i upphandlingar. Emellertid finns det inte en *entydig tolkning* vad gäller den konkreta förståelsen av bestämmelserna i LOU, med andra ord *hur* den materiella rätten ska tolkas och var gränserna går för att ställa krav på sociala hänsyn i specifika fall.

Aviserade förändringar i kommande lagstiftning

Målet för offentlig upphandling är att den ska vara effektiv, rättssäker och ta tillvara konkurrensen på marknaden samtidigt som innovativa lösningar främjas samt miljöhänsyn och sociala hänsyn beaktas.¹⁶⁴ De nya lagarna som föreslås på upphandlingsområdet följer i stort samma struktur som nuvarande LOU och LUF. Det innebär att de kommer att följa upphandlingsförfarandets kronologi med väsentligen samma kapitelindelning.¹⁶⁵ Vissa förändringar i den nya föreslagna upphandlingslagen har tilldragit sig särskilt intresse. Dessa förslag på förändringar behandlas i det följande.

158 SOU 2011:73. Begreppet behandlas också utförligt i SOU 2013:12, sid. 459-475.

159 SOU 2013:12, sid. 74 ff. I nuvarande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU ges flera olika exempel på vad som avses med byggentreprenadernas, varornas och tjänsternas livscykelkostnader, se skälen 74, 92, 95, 96 och 97 i direktiv 2014/24/EU.

160 SOU 2013:12, sid. 74-75.

161 SOU 2013:12, sid. 75.

162 Här avser kommittén bör-reglerna i både LOU och LUF.

163 1 kap. 9 a § LOU och 1 kap. 24 a § LUF.

164 <http://www.regeringen.se/sb/d/15446/a/251920>.

165 Ds. 2014:25, sid. 289 ff.

Indelningen i A-tjänster och B-tjänster slopas

En av de viktigaste förändringarna är att dagens ordning med uppdelningen av tjänster i s.k. A-tjänster och B-tjänster slopas. Denna uppdelning motiverades i det äldre upphandlingsdirektivet av att vissa tjänster ansågs mindre lämpade för de mer utvecklade upphandlingsförfarandena och därmed skulle de hanteras inom ramen för förenklade förfaranden.¹⁶⁶ I gällande direktiv har alltså denna skillnad mellan tjänster tagits bort. Däremot anses vissa tjänster av mera personlig karaktär fortfarande vara mindre lämpade för de mer komplicerade förfarandena. I Genomförandeutredningens betänkande föreslås dessa s.k. *sociala tjänster* hanteras i enlighet med de regler som ska gälla för upphandlingar som understiger tröskelvärdena, som i stora delar överensstämmer med vad som gäller idag.¹⁶⁷

Regler om reserverade kontrakt införs

Ytterligare en viktig nyhet är utredningens förslag att regler om s.k. *reserverade kontrakt* ska införas i svensk rätt. Reserverade kontrakt behandlas närmare under avsnitt 3.2.4 om sociala företag. Här kan dock nämnas att författningsförslagen innebär enligt utredningens formulering "[...] att det läggs fast vissa förutsättningar för särskilda hänsyn till anbud som lämnas av leverantörer vars arbetskraft till viss del består av funktionshindrade eller annars "missgynnade" personer [citattecken i original]".¹⁶⁸

Skärpt kontroll för iakttagande av miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter

För att den offentliga upphandlingen ska bli ännu mer effektiv finns det i upphandlingsdirektivet tydligare regler om i vilka fall en upphandlande myndighet får, och ibland ska, dela upp ett kontrakt i mindre delar. Denna skärpning har påverkat förslaget till ny upphandlingslag. Enligt Genomförandeutredningen beskrivs syftet med direktivreglerna vara att se till att små och medelstora företag inte råkar uteslutas från att delta i upphandlingar.

De nya reglerna innefattar därför skärpt kontroll av att leverantörer iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställs i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i vissa i direktiven angivna internationella bestämmelser. Genomförandeutredningen fastslår i betänkandet att det är möjligt att ställa sådana krav om arbetsmiljö och dylikt som återfinns i kollektivavtal, förutsatt att kraven har en relevant koppling till kontraktets föremål och är förenliga med unionsrätten. Utredningen understryker dock att det även i framtiden kommer att vara oförenligt med unionsrätten att en upphandlande myndighet ställer som krav att en leverantör ska vara ansluten till ett kollektivavtal.

Ytterligare förändringar som lyfts fram i betänkandet är att reglerna i direktivet också skärpt skyldigheten för upphandlande myndigheter att dels undersöka vad myndigheten uppfattar som onormalt låga anbud, dels en skyldighet att förkasta sådana om de inte kan förklaras av anbudsgivaren på ett tillfredsställande sätt.

Hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning

I Socialdepartementets promemoria *Nya regler om upphandling* föreslås en explicit bestämmelse om att när det som upphandlas ska användas av fysiska personer ska de tekniska specifikationerna som huvudregel bestämmas med hänsyn till kriterier för tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning eller utformning med tanke på samtliga användares behov.¹⁶⁹ Socialdepartementet motiverar sitt förslag med att de nya direktiven¹⁷⁰ har förstärkt hänsyns-

166 Vid införandet av gällande LOU och LUF år 2008 valde Sverige att även införa bestämmelser för upphandlingar under tröskelvärdena, d.v.s. för så kallade B-tjänster och för vissa sekretessbelagda upphandlingar. Dessa bestämmelser återfinns i kapitel 15 i LOU, se t.ex. lag (2007:1091) om offentlig upphandling bilaga 2, Förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster) och bilaga 3, Förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster).

167 För en sammanställning av vilka tjänster (med tillhörande CPV-kod) som avses, se Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, Bilaga XIV Tjänster som avses i artikel 74.

CPV (Common Procurement Vocabulary) är ett gemensamt klassificeringssystem för offentlig upphandling för att standardisera terminologin, d.v.s. de referenser som används av upphandlande myndigheter och enheter för att beskriva upphandlingsföremålet, för en närmare förklaring och hänvisning till EU:s rättsakter rörande CPV, se http://simap.europa.eu/codes-and-nomenclatures/codes-cpv/codes-cpv_sv.htm.

168 SOU 2014:51, sid. 14.

169 Bestämmelsen föreslås införas i 9 kap. 2 § i den nya upphandlingslagen.

170 Se artikel 42.1 direktiv 214/24/EU eller artikel 60.1 direktiv 2014/25/EU.

tagande till tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning. I dag (gällande LOU) anges "[...] att de tekniska specifikationerna då det är möjligt bör fastställas för att ta hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för funktionshindrade eller formgivning med tanke på samtliga användares behov".¹⁷¹ Det nya författningsförslaget utgår istället från att undantag endast får göras om det finns särskilda skäl. Det utgår även från att om obligatoriska krav för tillgänglighet har antagits av Europeiska unionen genom en rättsakt, ska de tekniska specifikationerna som avser tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning eller utformning för samtliga användares behov, bestämmas med hänvisning till den rättsakten. Vilka "särskilda skäl" som motiverar ett undantag utvecklas dock inte i promemorian.

Krav på särskild märkning

Upphandlande myndigheter ska under vissa förutsättningar i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet få kräva ett särskilt märke som bevis för att varorna, tjänsterna eller byggentreprenaderna motsvarar de egenskaper som krävs. Regleringen av märken föreslås gälla både upphandling inom det direktivstyrda området och vid upphandling som faller utanför direktivets tillämpningsområde.¹⁷² Även här hänvisas till direktivbestämmelserna som har utvidgats till att omfatta även andra märken än miljömärken.

I promemorian konstateras att de direktivstyrda bestämmelserna om miljömärken i LOU och LUF är tillämpliga även på upphandlingar som inte är direktivstyrda och att det saknas skäl att inskränka ordningen till att enbart gälla för miljömärken. Till skillnad mot de äldre direktiven framhålls i promemorian att upphandlande myndighet inte måste ta in de underliggande specifikationerna som ligger till grund för ett miljöärke i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget eller de kompletterande handlingarna, utan kan enligt de nya direktiven i stället direkt hänvisa till ett särskilt märke.¹⁷³

Socialdepartementets ståndpunkt stämmer, enligt min uppfattning, väl överens med den tolkning som Upphandlingsutredningen 2010 kom fram till i sitt betänkande.¹⁷⁴ I det aktuella betänkandet framgår också att EU-domstolen har bedömt att det i princip inte finns något hinder för att hänvisa till kriterier i upphandlingen som är baserade på rättvis handel, vilket fastslogs i EU-domstolens dom i mål C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna, meddelad den 10 maj 2012.¹⁷⁵ Målet gällde provinsen Noord-Holland som i samband med en offentlig upphandling av leverans och underhåll av kaffeautomater ställde krav på särskilda varumärken i syfte att göra kaffemarknaden mer hållbar och till en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion. Det bör dock påpekas att EU-domstolen fastslog att Konungariket Nederländerna inte hade uppfyllt sina skyldigheter enligt unionsrätten.

Tydligare ansvarsreglering avseende inköpscentralernas verksamhet

Ytterligare en viktig aspekt är möjligheten för upphandlande myndigheter att avsäga sig ansvaret för att en upphandling genomförs i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Detta är möjligt genom införande av en tydligare ansvarsreglering vad gäller inköpscentralernas verksamhet, som härigenom får möjlighet att bedriva grossistverksamhet. Syftet med ändringen är att ta tillvara på den flexibilitet som upphandlingsdirektiven medger. Regleringen innebär att det alltså blir inköpscentralen som ansvarar för att lagstiftningen följs och som blir motpart vid en eventuell domstolsprövning då en leverantör ansökt om överprövning eller väckt talan om skadestånd.

¹⁷¹ Ds. 2014:25, sid. 473.

¹⁷² Ds. 2014:25, sid. 475.

¹⁷³ Ds. 2014:25, sid. 13.

¹⁷⁴ SOU 2013:12, sid. 499.

¹⁷⁵ SOU 2013:12, sid. 499.

Förslag på att begreppet ”livscykel” införs i lagstiftningen

I promemorian föreslås att en definition av begreppet ”livscykel” ska införas i upphandlingslagarna baserat på de nya upphandlingsdirektiven.¹⁷⁶ Gällande lagstiftning (LOU och LUF) saknar alltså en motsvarande definition.¹⁷⁷ I nuvarande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU (artikel 2 p. 20) definieras livscykel som alla på varandra följande och/eller inbördes sammankopplade skeden, inklusive forskning och utveckling som ska genomföras, produktion, handel och dess villkor, transport, användning och underhåll som ingår i livslängden för en vara eller ett byggnadsverk eller tillhandahållandet av en tjänst, från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut.

De nya upphandlingsdirektiven antas ge upphandlande myndigheter befogenhet att i sina upphandlingsstrategier eftersträva de mål som ställs upp i Europa 2020-strategin för en smart och hållbar tillväxt för alla. Det betonas att de metoder som de upphandlande myndigheterna använder för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter bör fastställas i förhand på ett ”objektivt och ickediskriminerande sätt” och vara tillgängliga för alla berörda parter.¹⁷⁸ Sådana metoder får fastställas på nationell, regional eller lokal nivå men för att undvika att metoderna snedvrider konkurrensen bör de enligt upphandlingsdirektiven vara generella till sin utformning, och alltså inte upprättas specifikt för ett visst offentligt upphandlingsförfarande.

Det nya klassiska direktivet ger på så sätt upphandlande myndigheter möjlighet att förutom priset, anlägga ett livscykelkostnadsperspektiv när de fastställer vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och den lägsta kostnaden.¹⁷⁹ Viktigt att påpeka är att begreppet ”livscykel” inte endast kopplas till miljö utan även till varors och tjänsters sociala livscykelkostnader. I direktivet (2014/24/EU) förespråkas en gemensam metod för beräkning av sociala livscykelkostnader, vilket innebär att denna fråga bör undersökas närmare. Vem som ska undersöka saken framgår dock inte av direktivet. I direktivet hänvisas däremot till FN:s riktlinjer från 2009 för bedömning av varors sociala livscykelkostnader som antogs inom ramen för FN:s miljöprogram (Guidelines for Social Life Cycle Assessment of Products).¹⁸⁰

176 Ds. 2014:25, sid. 304.

177 Av promemorian framgår dock att en liknande definition finns i 2 kap. 17 § lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet respektive artikel 2.26 LUFs-direktivet, d.v.s. termen ”livslängd”. Den svenska språkversionen anses dock fått en mindre lyckad utformning jämfört med den engelska ”life cycle”, franska ”cycle de vie” respektive tyska ”Lebenszyklus” språkversionerna. Det påpekas även att termen ”livslängd” endast omfattar varor medan begreppet ”livscykel” gäller såväl varor, tjänster som byggnadsverk, se Ds. 2014:25, sid. 304.

178 Se skäl (96) i upphandlingsdirektivet 2014/24/EU.

179 Det bör i sammanhanget påpekas att obligatoriska upphandlingskrav för att uppnå särskilda mål för vägtransportfordon redan har fastställts. Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/33/EG av den 23 april 2009 om främjande av rena och energieffektiva vägtransportfordon och för kontorsutrustning, se Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 106/2008 av den 15 januari 2008 om ett gemenskapsprogram för energieffektivitetsmärkning av kontorsutrustning. I upphandlingsdirektivet 2014/24/EU aviseras även att gemensamma metoder bör utvecklas på unionsnivå för beräkning av livscykelkostnader för särskilda kategorier av varor eller tjänster samt att när sådana gemensamma metoder har utvecklats bör deras användning göras obligatorisk.

180 I FN:s riktlinjer förklarar Social Life Cycle Assessment of Products (S-LCA) syftet till att bedöma de sociala och socioekonomiska aspekter av produkter och tjänsters eventuella positiva och negativa effekter längs livscykeln. S-LCA kan beskrivas som ett metodologiskt verktyg för att göra en social och samhällsekonomisk livscykelanalys, men det syftar inte till att svara på frågan eller ge information om huruvida en produkt ska produceras eller inte. Skillnaden mellan S-LCA och andra metoder som bedömer/mäter social påverkan är dess objekt: varor och tjänster men också dess omfång, d.v.s. den beaktar hela livscykeln. S-LCA utgör en självständig metod men kan också användas i kombination med Environmental Life Cycle Assessment (E-LCA) eftersom den kompletterar den senare med sociala och socioekonomiska aspekter, se UNEP (2009), GUIDELINES FOR SOCIAL LIFE CYCLE ASSESSMENT OF PRODUCTS (Druk in de weer, Belgium: UNEP/SETAC Life Cycle Initiative at UNEP, CIRAI, FAQDD and the Belgium Federal Public Planning Service Sustainable Development), sid. 37. Andra förekommande begrepp är livscykelkostnadsanalyser (LCC, Life Cycle Costs) som ett verktyg för miljökrav. I likhet med E-LCA används LCC-metoden för att klargöra den totala kostnaden för en produkt under den tid den kommer att användas, inklusive avvecklingskostnader. Sådana analyser används vanligen vid upphandling av energiförbrukande varor, t.ex. fordon och elektriska produkter, se Frenander, Charlotta, Råsmar, Sofia (2011), sid. 13.

2.3 INTERNATIONELL RÄTT

Grundläggande rättigheter under parollen ”mänskliga rättigheter” har sedan 1945 getts ett mellanstatligt skydd, vilket innebär att rättigheterna numera vilar på folkrättslig grund.¹⁸¹ En stats brott mot en enskilds mänskliga rättigheter är samtidigt ett brott mot folkrätten och ska leda till ansvar på internationell nivå – ”[...] eller så är det åtminstone tänkt” som David I. Fisher har uttryckt saken.¹⁸²

Sverige har anslutit sig till de allra flesta internationella överenskommelser om mänskliga rättigheter.¹⁸³ Utöver detta är Sverige också bundet av flera regionala konventioner om mänskliga rättigheter, till exempel Europarådets konvention om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna från 1950, Europakonventionen. Konventionen är i sin helhet en del av svensk rätt sedan år 1995. Grundläggande rättigheter skyddas främst i regeringsformens andra kapitel (RF 2 kap), men återges som medborgerliga fri- och rättigheter. Exempel på detta är att yttrandefrihet kallas för *fri- och rättighet* i grundlagen men för *mänsklig rättighet* i Europakonventionen. Termen mänskliga rättigheter är oftast förbehållen de grundläggande rättigheter som tillkommit på det internationella planet, genom en konvention eller någon annan folkrättslig källa, som sedvanerätt. I denna rapport används begreppet ”mänskliga rättigheter” i betydelsen rättigheter som tillkommit genom internationella överenskommelser eller regionala konventioner.

De rättigheter som staterna åtagit sig att garantera den enskilda människan, genom mänskliga rättigheter, syftar till att skydda henne från ingrepp i de grundläggande friheterna, från olika typer av övergrepp och för att tillgodose hennes grundläggande behov. Utifrån ett rättsligt perspektiv reglerar de mänskliga rättigheterna förhållandet mellan stat och enskilda.¹⁸⁴ De ger uttryck för skyldigheter som det allmänna har gentemot den enskilde. Med det allmänna förstås i första hand staten.¹⁸⁵ I praktiken innebär det att ansvaret för att de mänskliga rättigheterna inte kränks vilar ytterst och i första hand på riksdag och regering. Det framgår exempelvis av granskningsbeslut i mål mot Sverige från konventionskommittéer där parterna i målet benämns som ”Alleged victim” och ”State party”, d.v.s. Sverige. Detta gäller alltså även om den misstänkta kränkningen av de rättigheter som anges i konventionen begåtts av en statlig förvaltning. Dock ska den statliga, regionala och kommunala förvaltningen bidra till arbetet med att skydda och främja de mänskliga rättigheterna i Sverige och internationellt.

Tre generationer av rättigheter

Den innebörd mänskliga rättigheter ges idag kan beskrivas ha genomgått en utveckling i tre olika stadier (generationer). Den första generationen består av *politiska* och *medborgerliga rättigheter*, den andra omfattar *ekonomiska, sociala* och *kulturella rättigheter* och den tredje omfattar *rättigheter för minoritetsgrupper*.

I *den första generationen* av rättigheter regleras främst den enskildes rätt att få vara i fred för staten, som att slippa bli berövad sin frihet, inte hindras från att demonstrera eller rätten att äga och nyttja egendom.¹⁸⁶ *Den andra generationen* utgår istället från att offentliga resurser

181 Folkrätten utgör den offentliga delen av internationell rätt som reglerar förhållandet mellan stater. Internationella organisationer som berörs av folkrätten är exempelvis FN, Internationella Röda Korset, Internationella domstolen i Haag m.fl. Hugo Grotius utpekades ofta, genom sin skrift ”Om krigets och fredens rätt” från 1625, som en av de tidigare föregångarna av folkrätten i vilken han introducerar begreppet ”suum”. Enligt Grotius äger varje människa av naturen sitt liv, sin frihet, sin kropp, sina lemmar, sitt goda nycke, sin ära och sina handlingar. Se Strömberg, Tore (2009), *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*, sid. 26-27. Se även Fisher, David I. (2001). Per Bauhn har analyserat mänskliga rättigheter ur ett filosofiskt perspektiv. I sin analys presenterar Bauhn de väsentligaste argumenten kring mänskliga rättigheters innehåll och grunder, men också de kritiska invändningar som kan riktas mot normativa teorier om mänskliga rättigheter. Genom en normativ analys, d.v.s. bortom lagar, konventioner och deklarerationer som återger vad stater och regeringar menar med rättigheter, ställer han istället grundläggande frågor såsom ”Bör vi anta att det finns något sådant som mänskliga rättigheter? Varför? Vilka är de mänskliga rättigheterna? Bör vi anta att dessa rättigheter, som finns i lagtexterna och konventionerna, är mänskliga rättigheter? [kursiveringar i original]”, se Bauhn, Per (2005), sid. 12-13. Enligt Bauhn bör inte endast frågorna om det finns mänskliga rättigheter, och i vilken mening de finns klargöras, även frågorna om det finns rättigheter av olika dignitet och om det finns kriterier för att hantera konflikter mellan rättigheter behöver uppmärksammas och utredas närmare.

182 Fisher, David I. (2001), sid. 13.

183 Se förteckning över de konventioner om mänskliga rättigheter som Sverige har undertecknat (bilaga 2).

184 Som framgått även relationen mellan stater.

185 Se <http://www.manskligarattigheter.se/sv/manskliga-rattigheter-i-sverige/ensklida-klagomal-mot-sverige/konventionskommitt-ernas-granskning-i-mal-mot-sverige>.

186 Se exempelvis Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (1966).

ska fördelas på ett sätt som främjar individens välbefinnande, som rätten till social trygghet, utbildning, arbete, sjukvård m.m.¹⁸⁷ *Den tredje generationen* beskriver Fisher utgå från "[...] ett folks rätt till självbestämmande, utveckling och 'mänsklighetens gemensamma arv', dvs. hela mänsklighetens rätt att dela naturtillgångarna i havet och yttre rymden, samt återberedandet av kulturella skatter".¹⁸⁸ Med hänvisning till artikel 28 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna (Universal Declaration of Human Rights) menar Fisher att det främst är en fråga om *kollektiva rättigheter* som världens folk kan åberopa gentemot världssamfundet i stort.¹⁸⁹

2.3.1 De rättsliga övervakningsinstanserna avseende de internationella åtagandena om de mänskliga rättigheterna

Som framgått ska konventionsslutande stater garantera att de mänskliga rättigheterna uppfylls. Det finns flera rättsliga instrument som skapats i syfte att säkerställa att de mänskliga rättigheterna inte kränks av de konventionsslutande parterna (stater) eller enskilda individer. Nedan kommer vissa av dessa rättsliga instrument att beröras översiktligt.

FN-konventioner

Sverige har ratificerat fakultativa tilläggsprotokoll till ett flertal konventioner,¹⁹⁰ exempelvis till Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning,¹⁹¹ och till FN:s konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor (CEDAW).¹⁹²

De fakultativa protokollen har olika funktioner men inte sällan ger de enskilda individer eller grupper av individer *klagorätt* till en särskild inrättad övervakningskommitté, vilket är fallet med det fakultativa protokollet till CEDAW. Innan kommittén kan behandla ett klagomål måste dock de nationella rättsmedlen vara uttömda. Protokollet ger också CEDAW-kommittén¹⁹³ möjlighet att på eget initiativ undersöka systematiska kränkningar av de rättigheter som anges i konventionen.¹⁹⁴ Här kan också nämnas att de konventionsslutande staterna, enligt CEDAW, har en rapporteringsskyldighet vart fjärde år om åtgärder som vidtagits för genomförande av konventionen. Dessa rapporter ligger också till grund för CEDAW-kommitténs utvärdering. Rapporterna ligger till grund för kommitténs kritik mot stater som inte anses göra tillräckligt för att garantera de rättigheter som anges i konventionen. I kommitténs utvärderingar förekommer även förslag på åtgärder som stater kan genomföra för att genomföra de konventionsgrundade rättigheterna eller för att motverka allvarliga eller systematiska kränkningar av dessa.¹⁹⁵

Förutom kommittéer som är knutna till specifika konventioner finns även internationella domstolar och tribunaler. Dessa internationella domstolar har en mycket viktig roll för folkrättens efterlevnad, vars syfte är att beivra och förebygga folkrättsstridiga handlingar och övergrepp mot de mänskliga rättigheterna. I det internationella systemet finns det framför allt två typer av domstolar. *Den första typen* av domstolar, som funnits under hela 1900-talet, ägnar sig åt tvistlösning mellan stater. Deras syfte är att bidra till fredlig lösning av tvister mellan stater och inkluderar bland annat Internationella domstolen och Permanenta skiljedomstolen.¹⁹⁶ *Den andra typen* av internationella domstolar började upprättas först under

187 Se exempelvis Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (1966).

188 Fisher, David I. (2001), sid. 14.

189 Fisher, David I. (2001), sid. 14. Andra exempel på sådana kollektiva rättigheter är grupprättigheter, rätten till en hälsosam miljö, fred, eller till utveckling. Vaughan Lowe har gällande de så kallade tredje generationens mänskliga rättigheter, t.ex. rätten till en ren miljö, framhållit att det minst sagt är tveksamt om dessa alls kan betraktas som rättigheter. Dessa normer är tänkta att säkerställas genom principen om statsansvar men genom att det saknas sanktioner vid brott mot nämnda rättigheter ifrågasätter Lowe huruvida de ska betraktas som rättsregler, politiska uttalanden eller (målsättnings)strävanden, se Lowe, Vaughan (2007), sid. 119-120.

190 Se förteckning över de konventioner om mänskliga rättigheter som Sverige har undertecknat (bilaga 2).

191 Konventionen och protokollet trädde i kraft i Sverige den 14 januari 2009.

192 Kvinnokonventionen trädde i kraft Sverige 1981, och protokollet 2003.

193 The Committee on the Elimination of Discrimination against Women.

194 <http://www.manskligarattigheter.se/sv/de-manskliga-rattigheterna/vilka-rattigheter-finns-det/kvinnors-atnjutande-av-manskliga-rattigheter>.

195 Gunnarsson, Åsa och Svensson, Eva-Maria (2009), sid. 67-68.

196 <http://www.manskligarattigheter.se/sv/vem-gor-vad/internationella-domstolar-och-tribunaler>.

1990-talet, med syftet att ställa enskilda individer inför rätta för grova brott mot den internationella rätten, brott som förövarna annars inte ställs till ansvar för vid de nationella domstolarna. Förutom den permanenta som Internationella brottmålsdomstolen (ICC) kan dessa domstolar också upprättas tillfälligt eller för en särskild situation, exempelvis Jugoslavientribunalen och Rwandatribunalen.¹⁹⁷

Europakonventionen

När det gäller regionala konventioner såsom Europakonventionen är det främst Europadomstolen som har till uppgift att säkerställa ett effektivt skydd för medborgarna i de medlemsstater som undertecknat konventionen. Eftersom Europakonventionen utgör svensk lag sedan 1995,¹⁹⁸ är den på så sätt integrerad i vår rättsordning. Om en enskild anser att staten har kränkt hans eller hennes rättigheter enligt Europakonventionen är det i första hand svenska domstolar eller myndigheter som ska pröva om en kränkning har ägt rum. Den klagande måste alltså ha uttömt alla inhemska rättsmedel ända till den nationella högsta instansen, t.ex. Högsta domstolen, Högsta förvaltningsdomstolen eller regeringen, innan frågan kan gå vidare till Europadomstolen.

Europadomstolens domar är bindande för den berörda staten och anses ha högsta tolkningsrätt.¹⁹⁹ Trots detta är domstolen ingen överinstans till de nationella domstolarna. Europadomstolen kan inte upphäva en svensk domstols dom,²⁰⁰ däremot kan Europadomstolen döma ut ett skadestånd till klaganden.

De klagomål som kan komma ifråga måste avse en kränkning som har drabbat klaganden personligen och avse en rättighet som anges i konventionen eller i något av tilläggsprotokollen. Ett klagomål kan lämnas från enskilda personer, enskilda organisationer eller grupper av enskilda som anser att deras fri- och rättigheter blivit kränkta enligt konventionen eller något av tilläggsprotokollen. Däremot krävs inte att man är medborgare i den stat som klagomålet riktas mot. Ytterligare en förutsättning är att klagomålet måste rikta sig mot en stat och det måste handla om en fråga som staten kan hållas ansvarig för.²⁰¹

2.3.2 Den internationella rättens placering i unionsrättens normhierarki

Offentlig upphandling regleras framför allt i unionsrätten. Det finns därför skäl att närmare behandla internationella överenskommelser i en unionsrättslig kontext.

Unionsfördraget slår fast att den europeiska unionen i sina förbindelser med den övriga världen ska bidra till skydd för de mänskliga rättigheterna, särskilt barnets rättigheter, samt till strikt efterlevnad och utveckling av internationell rätt, inklusive respekt för principerna i Förenta nationernas stadga.²⁰² I unionsfördraget slås även fast att unionens åtgärder i internationella sammanhang ska bygga på respekt för principerna i Förenta nationernas stadga och i folkrätten.²⁰³ Eftersom det är stater som undertecknar konventioner, inte EU, innebär det att unionsrätten ska tillämpas inom den internationella rättens allmänna ramar.²⁰⁴ Enligt Bernitz och Kjellgren innebär dessa fördragsartiklar att *den allmänna folkrätten* och FN:s *stadga* i princip ligger på allra högsta nivå, d.v.s. ovan unionens egen primärrätt.²⁰⁵

197 <http://www.manskligarattigheter.se/sv/vem-gor-vad/internationella-domstolar-och-tribunaler>.

198 Lagen (1994:1219) om den Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

199 <http://www.manskligarattigheter.se/sv/vem-gor-vad/europaradet/europakonventionen-och-europadomstolen>.

200 <http://www.domstol.se/Om-Sveriges-Domstolar/Domstolar-i-Europa/Europadomstolen/>.

201 Det innebär att ett klagomål inte kan rikta sig mot exempelvis en enskild person eller en organisation.

202 Artikel 3.5 FEU.

203 Artikel 21.1 FEU.

204 Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), sid. 255. EU har dock observatörsstatus.

205 Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), sid. 255. Trots detta har EU-domstolen i två viktiga fall ändå gett företräde för unionsrättens rättighetsskydd.

Avgörandena rörde en konflikt mellan FN-rätt och unionsrätt. I målet tillämpade EU-kommissionen en FN-resolution som innebar att de s.k. *Somalisvenskarna* och *Kadi* fick sina ekonomiska tillgångar frysta till följd av FN-sanktioner knutna till terroristbekämpning samt inte gavs någon tillgång till försvar eller rätt till rättslig överprövning i domstol. EU-domstolen ogiltigförklarade EU-kommissionens sanktionsbeslut med hänvisning till unionsrättens rättighetsskydd som enligt Bernitz och Kjellgren gavs företräde framför FN-resolutionen.

Om däremot EU ingår internationella överenskommelser gäller principen att dessa ligger mellan primärrätten och sekundärrätten i EU:s normhierarki.²⁰⁶ EU-domstolen har framfört att ingångna internationella överenskommelser har, vid bristande överensstämmelse, företräde framför rättsakter som tillhör EU:s sekundärrätt. Bernitz och Kjellgren menar att det innebär att sekundärrätten så långt som möjligt ska tolkas i överensstämmelse med de internationella överenskommelserna. Mot denna bakgrund borde enligt min uppfattning upphandlingsdirektivet, som hör till sekundärrätten, omfattas av den tolkningsmetoden.

2.3.3 ILO:s rättighetskonventioner i offentlig upphandling

Både de gamla och nuvarande upphandlingsdirektiven hänvisar särskilt till Internationella arbetsorganisationens (ILO) grundläggande rättighetskonventioner.²⁰⁷ ILO har utarbetat ett stort antal konventioner för mänskliga rättigheter i arbetslivet för att åstadkomma internationella regler som hindrar att arbetstagare utnyttjas och exploateras. Enligt upphandlingsdirektiven har alltså dessa konventioner givits stor betydelse i offentlig upphandling.

Sverige blev medlem av ILO år 1920 genom sin anslutning till Nationernas Förbund (NF).²⁰⁸ ILO är FN:s fackorgan för sysselsättnings- och arbetslivsfrågor och har som sitt grundläggande mål att bekämpa fattigdom och befrämja social rättvisa. I en alltmer globaliserad ekonomi anses arbetsrätten enligt ILO vara viktigare än någonsin. Sysselsättning och förhållanden på arbetsplatsen betonas särskilt, men också nödvändigheten att diskutera makroekonomiska förhållanden i en social kontext.²⁰⁹ I uppgifterna ligger att främja sysselsättning och bättre arbetsvillkor i hela världen, samt att värna om fackliga fri- och rättigheter.

Sverige har ratificerat ILO:s 9 grundläggande rättighetskonventioner som förpliktigar Sverige att respektera, främja och genomföra de principer och rättigheter som anges i dessa konventioner.²¹⁰ Viktigt att påpeka i sammanhanget är att ILO inte förfogar över några sanktionsmedel. Arbetsmetoderna är främst dialog, rådgivning, experthjälp och tekniskt bistånd. Däremot ska de stater som anslutit sig till ILO:s konventioner rapportera om statens arbete för genomförandet av rättigheterna.²¹¹

Kännetecknande för ILO-organet är dess konstruktion, en institutionell trepartsstruktur bestående av regeringar med arbetstagare och arbetsgivare. Syftet med trepartsstrukturen är att hantera normbildning, motverka konflikter och lösa tvister med fredliga medel. Något som inte uttryckligen nämns men som enligt min uppfattning kan tänkas vara av betydelse är att konstruktionen också legitimerar de överenskommelser som parterna ingått som i sin tur kan antas bidra till bättre efterlevnad av konventionerna.

Både det gamla och nya upphandlingsdirektivet slår fast att villkor för fullgörande av ett kontrakt kan syfta till efterlevnad av Internationella arbetsorganisationens (ILO) grundläggande konventioner, eller till anställning av fler missgynnade personer än vad som krävs enligt nationell lagstiftning.²¹² I direktiven ges exempel på särskilda kontraktsvillkor, vilka kan avse åtgärder för att främja yrkesutbildning på arbetsplatsen och att anställa personer som har svårigheter att komma in på arbetsmarknaden samt att bekämpa arbetslöshet. I det gamla direktivet ges ytterligare exempel på villkor, exempelvis en skyldighet att i samband med fullgörandet av ett kontrakt anställa långtidsarbetslösa, utbilda arbetslösa eller ungdomar eller att anställa fler personer med funktionshinder.²¹³

En viktig skillnad mellan det gamla och det nuvarande direktivet är att det nuvarande direktivet särskilt lyfter fram jämställdhet. I nuvarande direktiv anges explicit att villkor för

206 Se avsnitt 2.1 Unionsrätt beträffande EU:s olika rättskällor.

207 Se skäl (33) i direktiv 2004/18/EG samt art. 18.2 och skäl (98) i nuvarande direktiv 2014/24/EU.

208 <http://svenskailo-kommitten.se/om-ilo/>.

209 <http://www.manskligarattigheter.se/sv/vem-gor-vad/forenta-nationerna/ilo>.

210 Se förteckning över de konventioner om mänskliga rättigheter som Sverige har undertecknat (bilaga 2 i denna rapport). Beträffande s.k. kärnkonventioner, se not 21.

211 <http://www.manskligarattigheter.se/sv/vem-gor-vad/forenta-nationerna/ilo>.

212 Se skäl (98) i direktiv 2014/24/EU samt skäl (33) i direktiv 2004/18/EG. Se även bilaga 1 i detta dokument, där framgår vilka internationella sociala och miljörelaterade konventioner som avses i artikel 18.2 i nuvarande direktiv 2014/24/EU, d.v.s. de konventioner som givits särskild betydelse i offentlig upphandling.

213 Se skäl (33) i direktiv 2004/18/EG.

fullgörande av ett kontrakt också kan syfta till genomförande av åtgärder för att främja jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män, ett ökat deltagande av kvinnor på arbetsmarknaden och en balans mellan arbete och privatliv.²¹⁴ Det bör dock noteras att jämställdhet i upphandlingsdirektivet har begränsats till framför allt arbetslivet.

Ytterligare en skillnad som bör uppmärksammas i sammanhanget är att nuvarande upphandlingsdirektiv hänvisar till Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. I skäl (3) i direktivet 2014/24/EU slås det fast att vid genomförandet av direktivet bör FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning beaktas, särskilt i samband med val av medel för kommunikation, tekniska specifikationer, tilldelningskriterier och villkor för fullgörande av ett kontrakt.

FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning är en av de grundläggande konventionerna om mänskliga rättigheter. Syftet med konventionen är inte i första hand att skapa nya rättigheter. Den handlar snarare om att undanröja hinder för personer med funktionsnedsättning att åtnjuta sina mänskliga rättigheter.²¹⁵

214 Se skäl (98) i direktiv 2014/24/EU. Se dock de generella förutsättningarna för att ställa särskilda kontraktsvillkor i avsnitt 3.1.3 Särskilda kontraktsvillkor (Särskilda tilläggsvillkor) samt avsnitten (3.2-3.2.7) som behandlar olika sätt att sociala hänsyn.

215 <http://www.manskligarattigheter.se/sv/de-manskliga-rattigheterna/vilka-rattigheter-finns-det/rattigheter-for-personer-med-funktionsnedsattning>.

3 Det reglerade upphandlingsförfarandet

Lagen om offentlig upphandling (LOU) reglerar hur upphandlingar ska genomföras. En grundläggande förutsättning för att LOU ska vara tillämplig är att det är fråga om offentlig upphandling, d.v.s. avser de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader.²¹⁶ I likhet med Upphandlingsutredningen 2010 använder jag begreppet ”upphandlingsprocess” i första hand som en teknisk term som inkluderar allt från förberedelser i form av behovs- marknadsanalys till uppföljning och utvärdering under avtalsperioden. I den här studien behandlas endast del av upphandlingsprocessen, närmare bestämt *det reglerade förfarandet*. Bestämmelserna i LOU tar sikte på själva upphandlingen, som startar i och med annonseringen. En upphandlande myndighet kan ta sociala hänsyn under upphandlingsförfarandets olika faser, t.ex. genom att använda sig av särskilda kontraktsvillkor²¹⁷ (6 kap. 13 § LOU), i form av tekniska specifikationer (6 kap. LOU) eller tilldelningskriterier (12 kap. LOU) samt för kvalificering av leverantörer (10-11 kap. LOU).

LOU reglerar inte *vad* en upphandlande myndighet köper utan snarare *hur* den köper det. Det innebär att en upphandlande myndighet i princip är fri att fastställa kontraktsföremålet på det sätt som svarar mot dess behov. Friheten är dock förenad med vissa begränsningar. Valet av en viss vara, tjänst eller byggtreprenad får inte snedvrída konkurrensen. Detta regleras främst genom principerna om icke-diskriminering och frihet att tillhandahålla varor och tjänster i enlighet med bestämmelserna i FEUF. Principen om icke-diskriminering innebär i praktiken att en upphandlande myndighet inte får begränsa tillgången till den nationella marknaden för leverantörer i andra EU-medlemsstater. Inom det direktivstyrda området har principen dock en vidare innebörd, där avser den inte endast nationalitet utan strikt lika-behandling gäller för alla anbudsgivare under hela förfarandet.

I detta sammanhang bör det påpekas att det används olika termer vid upphandlingar beroende på sammanhang och inte sällan är det oklart vad som egentligen menas. En vanlig indelning är att *särskilda kontraktsvillkor* enligt 6 kap. 13 § LOU avser villkor som får betydelse i upphandling men som inte utgör tekniska specifikationer eller kvalifikationskrav för leverantörer. Särskilda kontraktsvillkor motsvaras i EU-domstolens rättspraxis av *särskilda tilläggsvillkor*.²¹⁸ *Tekniska specifikationer* eller *kvalifikationskrav för leverantörer* motsvaras i EU-domstolen av urvalskriterier. Slutligen motsvaras den nationella benämningen *utvärderingskriterier* i EU-domstolen av *tilldelningskriterier*.²¹⁹

Tekniska specifikationer avser de specifikationer som beskriver utformningen av den vara eller tjänst som ska upphandlas. Dessa måste vara kopplade till kontraktsföremålet. Krav kan även ställas på leverantörer, till exempel kvalificeringskrav (i EU-domstolens rättspraxis benämns de som urvalskriterier, ett begrepp som inkluderar båda typerna av krav). Kvalificeringskrav tar sikte på leverantörernas ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Utvärderingskriterier (i EU-domstolens rättspraxis benämnda som tilldelningskriterier) tar sikte på (kontrakts)föremålet för upphandling såsom kvalitet, pris och service. Även dessa kriterier ska kunna kopplas till (kontrakts)föremålet, d.v.s. den vara, tjänst eller byggtreprenad som upphandlande myndighet/enhet vill anskaffa.

För att förenkla förståelsen kring förekommande termer i upphandlingssammanhang följer nedan en illustration (figur 2) på upphandlingsprocessen, som visar det reglerade upphandlingsförfarandet och skillnader i begrepps användning.

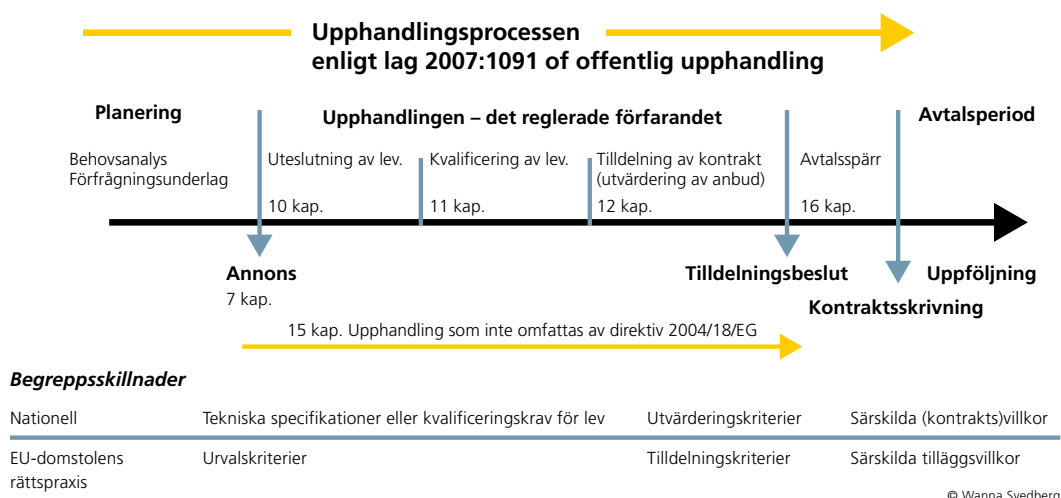
216 2 kap. 13 § LOU.

217 Det bör påpekas att det i litteraturen förekommer olika termer för kontraktsvillkor, se t.ex. figur 2 i detta avsnitt (3).

218 Se artikel 26 i direktiv 2004/18/EG gällande särskilda tilläggsvillkor för fullgörande av kontrakt.

219 Se Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie (2012), sid 316.

Figur 2



3.1 OLIKA SÄTT ATT TA SOCIALA HÄNSYN – EXEMPEL PÅ KRAVTYPER UNDER UPPHANDLINGSFÖRFARANDET

I detta och nästa avsnitt behandlas olika sätt att ta sociala hänsyn kopplade till upphandlingens olika faser. Jag kommer huvudsakligen göra hänvisningar till det äldre upphandlingsdirektivet (2004/18/EG), eftersom gällande LOU baserar sig på detta direktiv.

En upphandlande myndighet kan ta sociala hänsyn genom att använda sig av tekniska specifikationer och kvalificeringskrav för leverantörer, genom utvärderingskriterier samt genom särskilda kontraktsvillkor.²²⁰ Begreppet sociala hänsyn omfattar här de sociala aspekter som lyfts fram i EU-kommissionens meddelande.²²¹ Det är viktigt att understryka att begreppet ”sociala hänsyn” inte utgår från vilken rättskälla en upphandlande myndighet stöder sig på (d.v.s. unions-, nationell- eller internationellrättsliga källor) utan det inkluderar även krav på sociala hänsyn som skyddas i konventioner om mänskliga rättigheter, varav vissa finns angivna i direktivet.

När det gäller den nationella lagstiftningen ska upphandlande myndigheter enligt lagrummet 1 kap. 9 § LOU se till att de unionsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens/öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande alltid iakttas under hela upphandlingsförfarandet. Det gäller alltså även för upphandlingar som normalt faller utanför de direktivstyrda bestämmelserna.²²² Samtliga krav som ställs ska vara förenliga med principerna och de ska också vara uppföljningsbara och kontrollerbara. Krav som inte följs upp och kontrolleras av den upphandlande myndigheten eller enheten är inte förenliga med EU-domstolens praxis.²²³

Ytterligare en generell bestämmelse är målsättningsstadgan i 1 kap. 9 a § LOU som föreskriver att upphandlande myndigheter *bör* beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta. Regeln innebär inte någon skyldighet för upphandlande myndigheter att ställa sådana krav. En liknande bestämmelse med samma innehåll (målsättning) föreslås i de nya upphandlingslagarna.

220 För att underlätta förståelsen kan det noteras att avsnittet första del struktureras efter upphandlingsförfarandets olika faser så som det illustrerats i figur 2 samt används samma begrepp, där EU-domstolens motsvarande begrepp står inom parentes.

221 Se avsnitt 2.1.3 Begreppet ”sociala hänsyn” inom offentlig upphandling.

222 Se avsnitt 2.2 Nationell rätt.

223 Prop. 2009/10:180, sid. 269.

3.1.1 Tekniska specifikationer eller kvalificeringskrav för leverantörer (Urvalskriterier)

Tekniska specifikationer

Det finns möjligheter att använda sig av tekniska specifikationer som ett verktyg för att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.²²⁴ Definitionen av de tekniska specifikationerna i det gamla direktivet 2004/18/EG) överensstämmer i stort med nuvarande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU. I nuvarande upphandlingsdirektiv avser en teknisk specifikation något av följande:

- a) *I fråga om offentliga byggentreprenadkontrakt*, samtliga tekniska föreskrifter som i synnerhet anges i upphandlingsdokumenten och som anger de egenskaper som krävs av ett material, en produkt eller en vara för att det eller den ska lämpa sig för den av den upphandlande myndigheten planerade användningen. Dessa egenskaper omfattar miljö- och klimatprestanda, formgivning för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning), bedömning av överensstämmelse, bruksegenskaper, säkerhet eller dimensioner, inbegripet förfaranden för kvalitetssäkring, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning och etikettering, bruksanvisningar samt produktionsprocesser och produktionsmetoder i alla faser av byggentreprenadens livscykel. De innefattar även bestämmelser om projektering och kostnadsberäkning, provnings- och kontrollregler, villkoren för att byggentreprenaden ska godkännas, tekniken eller metoderna för byggverksamheten samt samtliga övriga tekniska villkor som den upphandlande myndigheten i enlighet med allmänna eller särskilda förordningar kan föreskriva i fråga om den fullbordade byggentreprenaden samt om ingående material eller delar.
- b) *I fråga om offentliga tjänste- eller varukontrakt*, en specifikation i ett dokument med angivande av kraven på en produkts eller en tjänsts egenskaper, t.ex. kvalitetsnivåer, miljö- och klimatprestanda, formgivning för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning) och bedömning av överensstämmelse, bruksegenskaper, produktens användningsområde, säkerhet eller dimensioner, inbegripet sådana krav som avser varubeteckning, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning och etikettering, bruksanvisningar, produktionsprocesser och produktionsmetoder i alla faser av varans eller tjänstens livscykel liksom förfaranden vid bedömning av överensstämmelse [mina kursiveringar].²²⁵

I nuvarande direktiv 2014/24/EU anges i skäl 74 att de tekniska specifikationer som offentliga upphandlare upprättar måste tillåta att den offentliga upphandlingen är öppen för konkurrens och uppfyller hållbarhetsmål. Direktivet understryker särskilt att specifikationerna bör utformas på ett sådant sätt att man undviker att på konstlad väg begränsa konkurrensen genom krav som gynnar en viss ekonomisk aktör. Ett exempel på vad som skulle räknas som ”konstlat” är att ha specifikationer som avspeglar viktiga egenskaper hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som en särskild leverantör brukar erbjuda. Enligt direktivet ska det vara möjligt att lämna anbud som avspeglar olika tekniska lösningar, standarder och tekniska specifikationer på marknaden, inkluderat de som tagits fram på grund av prestandakrav knutna till byggentreprenadernas, varornas och tjänsternas livscyklegenskaper och hållbarhetsaspekten i produktionsprocessen.

I slutbetänkandet av Upphandlingsutredningen 2004 uppges syftet med de tekniska specifikationerna vara att beskriva för marknaden vad som efterfrågas och att ange krav på det föremålet som ska upphandlas för att sedan utvärdera anbuden mot detta.²²⁶ De sociala krav som ställs i form av tekniska specifikationer ska ha samband med föremålet för upphandling

224 Kvalificeringskrav för leverantörer har i min tolkning av såväl utredningar och myndighetsmaterial som rättsvetenskaplig litteratur oftast behandlats i samband med särskilda kontraktsvillkor kopplade till kollektivavtal, etiska krav och arbetsrättsliga frågor (se avsnitt 3.1.3 om särskilda kontraktsvillkor samt exempel på tillämpningsområden under avsnitt 3.2). Rubriksättning ovan följer däremot upphandlingsförfarandet så som det har illustrerats i figur 2 och avser alltså den innebörd som följer av gällande lagstiftning, d.v.s. bestämmelserna i kap. 10-12 i LOU.

225 Se definition av vissa tekniska specifikationer i nuvarande direktiv 2014/24/EU, bilaga VII, och i det gamla upphandlingsdirektiv 2004/18/EG i bilaga VI.

226 SOU 2006:28.

och en allmän förutsättning är att de inte får strida mot principen om ömsesidigt erkännande.²²⁷ Upphandlingsutredningen 2004 ger exempel på vad sådana samband kan innebära, till exempel att uppföra en offentlig byggnad med vissa tillgänglighetsstandarder, att införskaffa datorer som kan användas av synskadade eller att kräva särskild kompetens och erfarenhet av socialt arbete för vissa uppdrag, exempelvis genom att i förfrågningsunderlaget ange att en behandlingstjänst ska avse vård av en missbrukare.²²⁸

Förutom konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning finns även andra nationella och unionsrättsliga måldokument som har betydelse för möjligheten att beakta tillgänglighetsfrågor i offentlig upphandling. Det gäller exempelvis regeringens strategi för genomförande av funktionshinderspolitiken i Sverige 2011-2016, som presenterades i juni 2011. Syftet med strategin beskrivs vara att sätta upp konkreta mål för samhällets insatser samt hur resultaten av funktionshinderspolitiken ska följas upp. I strategin har Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet fått i uppdrag att under 2011-2016 bidra till att fler IT-lösningar kan utnyttjas av samtliga medborgare, oavsett funktionsförmåga.

2005 beslutade EU-kommissionen att ge europeiska standardiseringsorganisationer uppdraget att arbeta med att harmonisera och underlätta offentlig upphandling av produkter och tjänster inom området informations- och kommunikationsteknik.²²⁹ Syftet var att skapa en ”on-line verktygslåda” som kan hjälpa upphandlande myndigheter inom EU att få tillgång till kraven som en del av den normala upphandlingsprocessen, där de tekniska specifikationerna ska bygga på de obligatoriska standarderna för tillgänglighet. I februari 2014 lämnades rapporten EN 301 549²³⁰ tillsammans med tre tekniska rapporter (TR) och en ”on-line verktygslåda” för tillgänglighetskrav lämpade för offentlig ICT-upphandling (upphandling inom informations- och kommunikationsteknik) i Europa.

Pågående harmoniseringsarbete inom EU kan belysas mot bakgrund av inre marknads-perspektivet som behandlades i kapitel 2. Enligt perspektivet bör särskild försiktighet iakttas vid användning av tekniska specifikationer och kvalificeringskrav för leverantörer om det föreligger en fullharmoniserande standard. Enligt Hettne kan krav på leverantören och tekniska specifikationer nämligen riskera att fullständigt utesluta företag från att delta i anbuds-förfarandet.²³¹

Kvalificeringskrav på leverantörer

Kvalificeringskrav på leverantörer regleras idag i LOU 10 kap. (uteslutning av leverantörer), 11 kap. (kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m.) samt i 12 kap. (tilldelning av kontrakt), där samtliga bestämmelser baseras på det äldre upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).

Myndighetens prövning ska ske i flera steg.²³² Det är viktigt att komma ihåg är att prövningen av anbudsgivarens lämplighet och prövningen av anbudet är två olika moment som ska utföras i en viss ordning, oavsett upphandlingsförfarande. Skälet till detta är att de två momenten styrs av olika regler i LOU,²³³ Bestämmelserna i ”10–12 kap. innebär alltså att en myndighet först ska pröva en leverantör i förhållande till de krav som följer av 10 kap. och som får ställas enligt 11 kap. Därefter ska prövningen av anbudet påbörjas och kontrakt tilldelas enligt 12 kap”.²³⁴ I det första steget sker prövningen mot bestämmelserna i 10 kap. Då kan en leverantör uteslutas utifrån skyldigheter i enlighet med de regelverk som leverantören

227 Se de unionsrättsliga principer under avsnitt 2.1.1 De grundläggande unionsrättsliga principer som styr upphandlingsområdet.

228 Frenander, Charlotta, Råsmar, Sofia (2011), sid. 38.

229 SOU 2013:12, sid. 487.

230 (CENELEC), European Telecommunications Standards Institute (ETSI); Comité Européen de Normalisation (CEN); Comité Européen de Normalisation Electro-technique (2014), EN 301 549 V1.1.1 (2014-02) *European Standard Accessibility requirements suitable for public procurement of ICT products and services in Europe*. En svensköversättning av EN 301 549 ska tas fram av Svenska informations- och telekommunikationsstandardiserings (ITS) och Swedish Standards Institute (SIS), som utgör de svenska standardiseringsorganen som är utsedda av den svenska regeringen.

231 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 20.

232 Detta markeras av de inledande orden ”Innan ett kontrakt tilldelas...” i 11 kap. 1 § LOU”.

233 Dessa moment bör kunna göras i direkt anslutning till varandra vid öppen upphandling, se Nord, Eskil (2015), not 131.

234 Nord, Eskil (2015), not 131.

ska iaktta. Bestämmelserna om uteslutning av leverantörer på grund av brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen ”[...] är tillämpliga på brott mot miljölagstiftning och social lagstiftning samt allvarliga fel i yrkesutövningen som rör miljöfrågor och sociala frågor”.²³⁵ När leverantören klarat den prövningen ska hon prövas enligt bestämmelserna i 11 kap. Det andra steget i prövningen tar sikte på leverantörens kapacitet i olika hänseenden, d.v.s. hennes förmåga att leverera det som myndigheten vill upphandla. Först när lämplighetsprövningen är avklarad och har utfallit till en leverantörs förmån får den upphandlande enheten pröva anbudet enligt reglerna i 12 kap.

3.1.2 Utvärderingskriterier (Tilldelningskriterier)

Krav på sociala hänsyn kan också ställas som kriterier för anbudsutvärderingen, d.v.s. för tilldelning av kontrakt. Prövningsgrunderna enligt nuvarande LOU anges i 12 kap. 1 §. En upphandlande myndighet kan enligt denna bestämmelse tilldela kontraktet till den leverantör som lämnat

- 1) det lägsta anbudet eller
- 2) den leverantör som har lämnat det ur den upphandlande myndighetens perspektiv ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Vilken tilldelningsgrund som kommer att användas måste framgå av annonsen eller i förfrågningsunderlaget. Det innebär att om kontraktet ska ges till den som lämnat det lägsta anbudet finns det inte någon möjlighet vid kontraktstilldelningen att ta hänsyn till miljöaspekter eller sociala aspekter. Sådana aspekter måste, enligt Upphandlingsutredningen 2004, ha vägts in i de tekniska specifikationerna eller i kraven på leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet, eftersom en leverantör som inte uppfyller de krav ställts där ska uteslutas på den grunden.²³⁶

Om den andra tilldelningsgrunden valts finns däremot möjligheter att ta hänsyn till ett flertal olika kriterier, varav vissa (exempelvis miljöegenskaper) anges explicit i upphandlingsdirektivet. Enligt Upphandlingsutredningen 2004 kan delar av de förhållanden som avses i tekniska specifikationer återkomma i utvärderingsfasen.²³⁷ Upphandlingsutredningen 2004 lyfter exemplet att en upphandlande myndighet kan ställa ett tekniskt krav om att en produkt ska ha en viss högsta energiförbrukning och vid utvärderingen av anbuderna som uppfyller kravet beakta i vilken utsträckning de överträffar kravet.

Förväntade ändringar avseende utvärderingskriterier (Tilldelningskriterier) enligt gällande upphandlingsdirektiv

Det tilldelningskriterium som för närvarande är känt som det ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” enligt de gamla direktiven²³⁸ anses i nuvarande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU gälla som ett överordnat begrepp även i fortsättningen. Resonemanget baseras på tanken att alla vinnande bidrag utgör vad den upphandlande myndigheten anser var den ekonomiskt bästa lösningen. För att undvika förväxling med det äldre tilldelningskriteriet kan dock en annan term användas för att beskriva innebörden av kriteriet, nämligen det ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”. Begreppet ska tolkas i enlighet med den rättspraxis som avser de äldre direktiven, förutom när det uppenbarligen föreligger en väsentligt annorlunda lösning i gällande direktiv.²³⁹ I direktivet anges även att upphandlande myndigheter som huvudregel bör ha en skyldighet att ange tilldelningskriterierna samt hur de olika kriterierna ska viktas sinsemellan.

²³⁵ Prop. 2009/10:180, sid. 269.

²³⁶ SOU 2006:28, sid. 222.

²³⁷ SOU 2006:28, sid. 222.

²³⁸ Upphandlingsdirektivet 2004/18/EG och försörjningsdirektivet 2004/17/EG.

²³⁹ Se skäl (89) i direktiv 2014/24/EU.

Enligt de allmänna principerna (artikel 56) ska kontrakt tilldelas på grundval av de kriterier som fastställs i enlighet med artiklarna 67–69 i direktiv 2014/24/EU. I artikel 67 anges att de upphandlande myndigheterna ska basera tilldelningen av offentliga kontrakt på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Dessförinnan ska den upphandlande myndigheten i enlighet med artiklarna 59–61 ha kontrollerat att samtliga följande villkor är uppfyllda:

1. anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i meddelandet om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse och i upphandlingsdokumenten, i förekommande fall med hänsyn till artikel 45,²⁴⁰
2. anbudet lämnas av en anbudsgivare som inte är utesluten i enlighet med artikel 57, och som uppfyller de urvalskriterier som fastställts av den upphandlande myndigheten i enlighet med artikel 58, och i förekommande fall de icke-diskriminerande regler och kriterier som avses i artikel 65.²⁴¹

Om anbudet inte överensstämmer med de skyldigheter som avses i artikel 18.2 får en upphandlande myndighet besluta att inte tilldela ett kontrakt till den anbudsgivare som lämnar in det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.²⁴² I artikeln regleras nämligen allmänna bestämmelser om principer för upphandling. Där anges explicit 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 som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X".²⁴³

Utvärderingskriterier ska vara objektiva kriterier som säkerställer principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling.²⁴⁴ Att de ska vara "objektiva" innebär enligt direktivet att det ska vara möjligt att göra en objektiv jämförelse av anbudens relativa värden. I direktivet anges att medlemsstaterna uttryckligen bör ange att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bör bedömas utifrån det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, som alltid bör inbegripa ett pris- eller kostnadselement.²⁴⁵

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ur den upphandlande myndighetens synvinkel ska fastställas på grundval av priset *eller* kostnaden genom en analys av kostnadseffektivitet. Exempel på kostnad är en analys av livscykelkostnader i enlighet med artikel 68, som får innefatta det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. När en myndighet utvärderar ett anbud utifrån kostnad ska förhållandet mellan pris och kvalitet bedömas utifrån kriterier såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter och/eller sociala aspekter, som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet i fråga. Sådana kriterier kan omfatta t.ex.

- a) kvalitet, inbegripet tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, tillgänglighet, utformning med tanke på samtliga användares behov, sociala, miljömässiga och innovativa egenskaper och handel och villkoren för handel,
- b) organisation av samt kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som utses att verkställa kontraktet, om kvaliteten på den personal som utsetts på ett betydande sätt kan påverka nivån på kontraktets fullgörande, eller
- c) eftermarknadsservice och tekniskt stöd samt leveransvillkor, såsom leveransdag, leveransprocess och leveranstid eller tid för fullgörandet.²⁴⁶

240 I artikel 45 regleras förutsättningarna för alternativa anbud.

241 Enligt artikel 65 får den upphandlande myndigheter under vissa förutsättningar som anges i artikeln begränsa antalet anbudssökande som uppfyller urvalskriterierna.

242 Se även avsnitt 3.2.7 Upphandling från tredje land.

243 Se bilaga 1 i denna studie som innehåller en förteckning över internationella sociala och miljörelaterade konventioner som avses i artikel 18.2 (utdrag av Bilaga X från direktivet 2014/24/EU).

244 Se skäl (90) i direktiv 2014/24/EU.

245 Se skäl (90) i direktiv 2014/24/EU. Här syftar direktivet på medlemsstaternas implementering av direktivet.

246 Artikel 67 i direktiv 2014/24/EU.

Kostnadselementet kan också ha formen av ett fast pris eller en fast kostnad där de ekonomiska aktörerna *enbart* konkurrerar i fråga om kvalitetskriterier. För att uppmuntra att offentliga upphandlingar inriktas mot kvalitet ges medlemsstaterna möjlighet att i den nationella lagstiftningen förbjuda eller begränsa användningen av pris eller kostnad som det enda tilldelningskriteriet för att bedöma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller begränsa användningen till vissa kategorier av upphandlande myndigheter eller vissa typer av kontrakt.²⁴⁷

Inretnadsperspektivet på utvärderingskriterier (tilldelningskriterier)

Eftersom det överordnade begreppet ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” ska tolkas i enlighet med den rättspraxis som grundar sig på de äldre direktiven finns det anledning att behandla utvärderingskriterier utifrån inretnadsperspektivet. Frågan om möjligheter att i utvärderingskriterier/tilldelningskriterier²⁴⁸ ta sociala hänsyn utvecklas i betänkandet av Upphandlingsutredningen 2010. I utredningen framgår att företrädare för inretnadsperspektivet menar att tilldelningskriterier som sträcker sig längre än EU:s nivåer i harmoniserande lagstiftning kan vara tillåtna när den upphandlande myndigheten har angivit att den avser att anta det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Med stöd av EU-domstolens avgörande i framförallt *Contse* ska, enligt inretnadsperspektivet, tilldelningskriterierna klara inretnadstestet *även* på ickeharmoniserade områden *och* dessutom vara förenliga med de kriterier som EU-domstolen utvecklat i bl.a. *Concordia Bus*.

C-513/99 Concordia Bus

Helsingfors stad hade i en upphandling av busstrafik, i syfte att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, tillämpat tilldelningskriterierna; totala priset för driften, bussparkens kvalitet och entreprenörens kvalitets- och miljösystem. Inom ramen för bussparkens kvalitet kunde anbudsgivarna premieras med tilläggsponng om deras busspark underskred vissa angivna nivåer för CO₂-utsläpp och buller. Klaganden ifrågasatte bl.a. att miljöskydd skulle kunna utgöra ett tilldelningskriterium.

EU-domstolen hänvisade till Amsterdamfördraget^[249, ord. not utelämnad], dvs. att miljöskydds krav ska integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik, och konstaterade att det är tillåtet att använda miljöskyddskriterier vid utvärdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Domstolen angav att samtliga tilldelningskriterier som den upphandlande myndigheten tillämpar inte behöver vara av ekonomisk art. ”Det kan nämligen inte uteslutas att faktorer som inte är av rent ekonomisk art kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten.”^[ord. not utelämnad]

Domstolen yttrade sig över kriteriernas utformning och angav att de

1. ska ha ett samband med kontrakt föremålet,
2. inte får ge myndigheten en obegränsad valfrihet,
3. uttryckligen anges i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, och
4. vara förenliga med EU-rättens grundläggande principer, särskilt ickediskrimineringsprincipen.²⁵⁰

Enligt Upphandlingsutredningen 2010 uppfyllde tilldelningskriterierna i målet de aktuella förutsättningarna. Vid bedömningen av den fjärde punkten konstaterade domstolen att lika-behandlingsprincipen inte utgjorde något hinder mot att beakta de miljöskyddskriterier som förekom i målet. Höga krav som endast ett fåtal leverantörer har möjlighet att uppfylla har inte ansetts strida mot likabehandlingsprincipen.²⁵¹ Till saken hör nämligen att den upphandlande myndighetens eget trafikföretag var en av de fåtal leverantörer som kunde till-

247 Se skäl (90) i direktiv 2014/24/EU och artikel 67.

248 Eftersom jag i det här avsnittet behandlar EU-domstolens avgöranden kommer jag att använda mig av EU-domstolens begrepp tilldelningskriterier som alltså använts synonymt med motsvarande nationella begrepp utvärderingskriterier, se figur 2 under under avsnitt 3 Det reglerade upphandlingsförfarandet.

249 I betänkandet anges att bestämmelsen numera finns i artikel 11 FEUF.

250 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 20-21.

251 Se avsnitt 3.1.2 Utvärderingskriterier (Tilldelningskriterier).

handahålla fordon som uppfyllde kraven, vilket alltså var en omständighet som enligt domstolen saknade betydelse.

Hettnes ståndpunkt om att tilldelningskriterier ska klara inre marknadsstestet även på icke-harmoniserade områden utgår från EU-domstolens uttalande i målet *Concordia Bus* (2002), den fjärde punkten i exemplet ovan. Att kriterierna ska vara förenliga med EU-rättens grundläggande principer, särskilt ickediskrimineringsprincipen (p. 4) kopplar Hettne samman med domstolens uttalande i målet *Contse* (2005), tre år senare. Som jag beskrivit tidigare i denna rapport fastslog domstolen i *Contse*, som rörde vårdtjänstupphandlingar, att både villkoret för att få delta i upphandlingen och det aktuella tilldelningskriteriet (d.v.s. att *tillläggspoäng* gavs till anbudsgivare som vid tidpunkten för anbudsgivningen hade lokaler som var öppna för allmänheten och som låg inom ett visst avstånd) *var diskriminerande när man tillämpade inre marknadsstestet*. Hettne menar att de kriterier som fastslagits av EU-domstolen i målet *Concordia Bus* förtydligas i det senare målet *Contse*. Det är alltså mot denna bakgrund Hettnes resonemang ska ses, att tilldelningskriterier ska uppfylla inre marknadsstestet på även ickeharmoniserade områden. Att tilldelningskriterierna ska vara förenliga med EU-rättens grundläggande principer (p. 4 i målet *Concordia Bus*) innebär alltså, enligt Hettne, att de ska tillämpas på ett ickediskriminerande sätt, vara motiverade av en tvingande hänsyn till allmänintresset, vara lämpliga för att uppnå målet som eftersträvas och inte gå utöver vad som krävs för att uppnå det eftersträvade målet (d.v.s. de kriterier som följer av det s.k. inre marknadsstestet).²⁵²

Multipolicyperspektivet på utvärderingskriterier (tilldelningskriterier)

Av Upphandlingsutredningens (2010) betänkande framgår föga förvånande att företrädare för multipolicyperspektivet, Caranta och Kunzlik, motsätter sig Hettnes resonemang. De invänder mot att harmoniserande lagstiftning skulle utgöra taket för vilka tilldelningskriterier som får användas eftersom ett sådant resonemang skulle innebära att företag med "[...] innovativa, socialt och miljömässigt hållbara produkter riskerar att inte kunna utnyttja sin konkurrenskraft".²⁵³ Caranta och Kunzlik menar att resonemanget är svårt att förena med den inre marknadens och upphandlingsdirektivens syften och de prioriterade målen i Europa 2020-strategin. Därutöver anses upphandlingen inom EU utgöra ett marknadsbaserat instrument för att uppnå unionsmålen genom efterfrågan på innovativa produkter som i sin tur stödjer utvecklingen av ett innovativt och i förhållande till omvärlden ett konkurrenskraftigt näringsliv.

När det gäller *ickeharmoniserade områden* framgår av betänkandet att upphandlande myndigheter anses, enligt multipolicyperspektivet, i princip vara fria att utforma tilldelningskriterierna så att de understödjer vissa egenskaper hos de varor och tjänster som myndigheter önskar köpa.²⁵⁴ I enlighet med EU-domstolens yttrande över kriteriernas utformning i *Concordia Bus* anses däremot tilldelningskriterierna ska

- 1) ha ett samband med den vara eller tjänst som ska upphandlas,
- 2) inte ge utrymme för obegränsad valfrihet,
- 3) anges på förhand och
- 4) vara förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principerna.

Enligt min tolkning betyder ovanstående att myndigheten först fattar ett s.k. köpbeslut (ett beslut eller en åtgärd som definierar köpet). Dessa beslut ska enligt doktrinen om

²⁵² Av betänkandet framgår även att Hettne anser att EU-domstolens avgöranden i andra mål inte motsäger hans resonemang, se SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 21.

²⁵³ SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 22.

²⁵⁴ Upphandlingsutredningen 2010 anger i det här sammanhanget termen "köpkriterier" och begrepps användningen är som framgått inte helt konsekvent. Enligt min tolkning avses troligtvis ingen skillnad mellan termen "köpkriterier" och termerna "köpbeslut" samt "köpkrav". De ska istället ses mot bakgrund av doktrinen om "undantagna köpbeslut" utvecklade av Arrowsmith och Kunzlik, se avsnitt 2.1.2.4 Multipolicyperspektivet beträffande kravens utformning inom minimiharmoniserade och ickeharmoniserade områden samt not 113.

”undantagna köpbeslut” inte omfattas av artikel 34 i FEUF (d.v.s. anses vara handelshin- drande). Tilldelningskriterierna som är tänkta att understödja det som myndigheten önskar köpa (inte *vad* myndigheten önskar köpa) ska däremot utformas i enlighet med de kriterier som av EU-domstolen fastslagits i Concordia Bus.

Caranta och Kunzlik gör enligt utredningen en annan bedömning än Hettne gällande fjärde punkten i målet Concordia Bus, att tilldelningskriterierna ska vara förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principerna. De menar att vid bedömningen om förenligheten med de grundläggande principerna ska inte inreklamnadstestet kopplas på. Till stöd för resonemanget hänvisar de till EU-domstolens avgörande i EVN Wienstrom, där domstolen konstaterade att upphandlande myndigheter själva får bestämma både utformningen av till- delningskriterier och hur de ska viktas.

C-448/01 EVN Wienstrom

Det förevarande målet handlar om en upphandlande myndighets upphandling av elleveranser. Elleverantören skulle enligt upphandlingsunderlaget bl.a. förplikta sig att, så långt det var tekniskt möjligt, leverera el från förnybara källor och under inga omständigheter leverera el som producerats i kärnkraftverk. Som tilldelningskriterier gällde nettopriset per kWh som skulle vägas in med 55 procent och kriteriet ”el från förnybara källor” som gavs vikten 45 procent.

EU-domstolen upprepar sitt svar i Concordia Bus, dvs. att miljöaspekter – i det här fallet att elen har producerats från förnybara energikällor – med beaktande av ovan nämnda begräns- ningar får användas som utvärderingskriterium. Domstolen går vidare och konstaterar att de upphandlande myndigheterna, med beaktande av föreskrifterna i gemenskapsrätten, inte endast är fria att utforma tilldelningskriterierna utan även får bestämma hur de ska viktas. Det ska dock vara möjligt att göra en utvärdering i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Mot bakgrund dessutom av betydelsen av förnybar energi [...] ansågs den relativt höga viktningen, 45 procent, inte vara något hinder mot att välja ut det ekonomiskt mest för- delaktiga anbudet.

Att kriteriet inte medför någon som helst effekt, dvs. ökade produktionen av el från förnybara energikällor, innebar enligt domstolen inte att det strider mot gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.²⁵⁵

EU-domstolens avgörande i EVN Wienstrom menar Caranta och Kunzlik talar emot en skyldighet att tillämpa inreklamnadstestet, åtminstone i den del som anger att kriterierna ska vara lämpliga för att uppnå målet som eftersträvas och inte gå utöver vad som krävs för att uppnå det eftersträvade målet. I betänkandet framgår att Caranta och Kunzlik poängterar att EU-domstolen i flera avgöranden har godtagit tilldelningskriterier som främjar miljö- hänsyn och sociala hänsyn utan att specifikt resonera om dessa är motiverade utifrån tvingande hänsyn till allmänintresset.²⁵⁶

Det bör dock påpekas att EU-domstolen i målet EVN Wienstrom ansåg att ett kriterium som endast avsåg mängden el från förnyelsebara källor utöver den förväntade konsumtionen (vilken var föremålet för upphandlingen) i en upphandling av elleveranser inte kunde anses kopplat till kontrakt föremålet. För att ett sådant samband ska föreligga borde kriteriet som var kopplat till mängden el från förnyelsebara källor endast ha gällt endast den el som faktiskt levererades till den upphandlande myndigheten.²⁵⁷

Vad avser Hettnes synsätt om sambandet mellan Concordia Bus och Contse menar de att tilläggspoäng som gavs till anbudsgivare som hade egna anläggningar som låg högst 100 mil från den aktuella provinsen eller hade lokaler öppna för allmänheten på andra angivna orter i praktiken utestängde andra företag från att överhuvudtaget kunna delta. De fick med andra ord effekten av tillträdeskriterier.

255 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 23-24.

256 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 23-24.

257 Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling.

3.1.3 Särskilda kontraktsvillkor (Särskilda tillägsvillkor)

En upphandlande myndighet kan ta sociala hänsyn genom att använda sig av särskilda kontraktsvillkor som regleras i 6 kap. 13 § LOU.²⁵⁸ Det är då inte fråga om villkor som är krav på leverantören eller utvärderingskriterier (för tilldelning av kontrakt). Det är viktigt att ha klart för sig skillnaden mellan olika typer av ”krav” under upphandlingsförfarandet redan vid utformningen av förfrågningsunderlaget.

Särskilda kontraktsvillkor anger hur kontraktet ska genomföras. Villkoren utgör förpliktelser som leverantören måste acceptera. Om ett sådant villkor uppställs i annonsen kan den upphandlande myndigheten även ställa som krav att anbudsgivarna bekräftar att de accepterar villkoret.²⁵⁹ Det har ansetts tillräckligt att anbudsgivaren i anbudet åtar sig att uppfylla villkoret om hon tilldelas kontraktet. Kontraktetsbestämmelsen behöver alltså inte vara uppfylld när anbudet lämnas. Anbud från anbudsgivare som inte accepterar villkoret ska däremot inte accepteras enligt EU-domstolens rättspraxis för att inte bryta mot principen om likabehandling av anbudsgivare och därmed det klassiska upphandlingsdirektivet.²⁶⁰

Ytterligare en aspekt som brukar tas upp i samband med särskilda kontraktsvillkor är att de inte bör avgöra vilken anbudsgivare som tilldelas kontraktet eller vara dolda tekniska specifikationer, kvalificeringskrav eller utvärderingskriterier.²⁶¹ Vidare ska de kontraktsvillkor som ställs av en upphandlande myndighet kunna följas upp och övervakas på ett effektivt sätt.²⁶²

I skäl 104 i gällande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU utvecklas de allmänna förutsättningarna för villkor vid fullgörande av kontrakt (särskilda kontraktsvillkor). Där redogörs bland annat för skillnaden mellan utvärderingskriterier (tilldelningskriterier) och särskilda kontraktsvillkor (särskilda tillägsvillkor). Tilldelningskriterierna ligger till grund för en jämförande utvärdering av anbudens kvalitet och de särskilda kontraktsvillkoren är fasta objektiva krav som inte påverkar bedömningen av anbudet.

Särskilda kontraktsvillkor för att fullgöra ett kontrakt får inte vara direkt eller indirekt diskriminerande. De ska vara kopplade till kontraktets föremål, vilket innefattar alla faktorer som direkt berör den specifika produktions-, tillhandahållande- eller saluföringsprocessen. Här ingår villkor som rör fullgörande av kontraktet men inte krav som avser allmän företagspolicy. Vidare föreskrivs att villkor för att fullgöra ett kontrakt bör anges i meddelandet om upphandling, det förhandsmeddelande som används för att infordra anbud eller i upphandlingsdokumenten.

Liknande krav för särskilda kontraktsvillkor går att utläsa i EU-kommissionens vägledning från 2010. I skriften anges att den upphandlande myndighetens förväntningar blir tydliga om de sociala standarder som krävs skrivs in i kontraktet.²⁶³ Sådana villkor får, enligt EU-kommissionen, utgöra särskilda kontraktsvillkor förutsatt att de:

- är kopplade till kontraktets fullgörande
- anges i meddelandet om upphandling, och
- är förenliga med EU-rätten, inklusive de allmänna principerna i FEUF.²⁶⁴

Att kontraktsvillkoret ska vara kopplat till kontraktets fullgörande innebär att ett generellt krav om att exempelvis anställa en viss andel arbetstagare med funktionsnedsättning, arbetslösa, ungdomar, äldre eller andra specifikt utpekade grupper inte uppfyller det samband som krävs. Ett sådant samband uppnås däremot om kravet avser fullgörandet eller genomförandet

²⁵⁸ Andra förekommande begrepp är ”utförandevillkor” eller ”tillkommande kontraktsvillkor”.

²⁵⁹ Nord, Eskil (2015), not 104.

²⁶⁰ SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 28.

²⁶¹ Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 43.

²⁶² Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 48.

²⁶³ Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 43.

²⁶⁴ I EU-kommissionens handledningsdokument hänvisas till EUF-fördraget vilket enligt min tolkning bör motsvara nuvarande Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (funktionsfördraget/FEUF).

av det aktuella kontraktet, d.v.s. inte avser andra kontrakt. Den andra punkten syftar till att anbudsgivarna ska vara medvetna om *alla* skyldigheter som följer med kontraktet och kunna återspegla detta i priset för sina anbud.²⁶⁵

I det äldre upphandlingsdirektivet ges flera exempel på sociala hänsyn som kan utgöra särskilda kontraktsvillkor. I skäl 33 i direktiv 2004/18/EU anges att

Villkoren för fullgörandet av ett kontrakt är förenliga med detta direktiv *om* de inte är direkt eller indirekt diskriminerande *och* om de anges i meddelandet om upphandling *eller* i förfrågningsunderlaget. Villkoren kan till exempel syfta till att främja yrkesutbildning på arbetsplatsen och anställning av personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden, bekämpa arbetslöshet eller skydda miljön. Som exempel kan nämnas skyldighet att *i samband med fullgörandet* av ett kontrakt anställa långtidsarbetslösa eller att genomföra utbildning för arbetslösa eller ungdomar, att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner (International Labour Organisation) om dessa inte har införlivats med den nationella lagstiftningen eller att anställa ett större antal personer med funktionshinder än som krävs enligt den nationella lagstiftningen [mina anm.].

När det gäller arbetsrättsliga frågor föreskrivs i skäl 34 i samma direktiv följande:

Gällande lagar, förordningar och kollektivavtal rörande anställningsvillkor och arbetarskydd, på såväl nationell nivå som gemenskapsnivå, är tillämpliga vid fullgörandet av ett offentligt kontrakt *om dessa bestämmelser och tillämpningen av dem överensstämmer med gemenskapsrätten*. För gränsöverskridande verksamhet, när arbetstagare i en medlemsstat utför tjänster i en annan medlemsstat *i samband med fullgörandet* av ett offentligt kontrakt, fastställs i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster [...] de minimivillkor som måste uppfyllas i värdlandet gentemot de utstationerade arbetstagarna. Om det i nationell rätt ingår bestämmelser i detta avseende, *kan* det om dessa förpliktelser inte uppfylls *betraktas som ett allvarligt fel* eller som ett brott mot den ekonomiska aktörens yrkesetik, *som kan medföra* att den ekonomiska aktören utesluts från det offentliga upphandlingsförfarandet [mina anm.].

Markeringarna ”kan ... betraktas” och ”kan medföra” tyder på att bedömningen görs i två led. Det kan därför tänkas att förpliktelser som inte uppfylls av en anbudsgivare *betraktas som ett allvarligt fel* eller som *ett brott mot den ekonomiska aktörens yrkesetik*, men att det inte nödvändigtvis måste leda till uteslutning (”som kan medföra”).

I samma direktiv föreskrivs i artikel 27(1) att den upphandlande myndigheten kan ta upp anställningsskydd på två sätt: För det *första* kan en upphandlande myndighet i *förfrågningsunderlaget* ange hos vilket eller vilka organ en anbudssökande eller anbudsgivare kan få relevanta uppgifter om skyldigheter avseende de bestämmelser om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor som gäller i den medlemsstat, region eller ort där tjänsterna eller entreprenaden skall utföras och som skall tillämpas på dessa entreprenader eller tjänster under fullgörandet av kontraktet.

För det *andra* skall en upphandlande myndighet som tillhandahåller den information som avses i punkt 1 kräva av anbudsgivare eller anbudssökande i ett upphandlingsförfarande att de bekräftar att de vid utformningen av sina anbud har tagit hänsyn till de skyldigheter avseende bestämmelser om arbetarskydd och arbetsvillkor som gäller på den plats där tjänsten eller entreprenaden skall utföras. Syftet är att förhindra att entreprenörer kan försöka sänka nivåerna för anställningsskydd så att de kan lämna ett lägre bud.

I sammanhanget kan nämnas att EU-kommissionen så tidigt som 2001 i sitt tolkningsmeddelande om möjligheter att ta sociala hänsyn listar flera exempel på särskilda kontraktsvillkor (se nedan) som den upphandlande myndigheten får kräva av uppdragstagaren.

Den upphandlande myndigheten har en lång rad möjligheter att fastställa kontraktsvillkor av social karaktär. Nedan nämns exempel på särskilt tillkommande utförarvillkor som den upphandlande myndigheten får kräva av uppdragstagaren, förutsatt att detta sker i enlighet med det som ovan sagts, och som gör det möjligt att ta sociala hänsyn.

²⁶⁵ Kravet kan utläsas i artikel 26 i det äldre upphandlingsdirektivet 2004/18/EU.

- Krav på att denne i samband med kontraktets utförande skall anställa arbetslösa, särskilt långtidsarbetslösa, eller anordna utbildning för arbetslösa eller ungdomar.
- Krav på att denne vid kontraktets utförande skall vidta åtgärder för att främja jämställdhet mellan könen eller mångfald i fråga om ras och etniskt ursprung [²⁶⁶, ord. not utelämnad].
- Krav på att denne vid kontraktets utförande följer bestämmelserna i ILO:s grundläggande konventioner i det fall dessa inte redan har genomförts i den nationella lagstiftningen.
- Krav på att denne för utförandet av kontraktet anställer ett större antal personer med funktionshinder än vad som krävs enligt den nationella lagstiftningen i den medlemsstat där kontraktet fullgörs eller i uppdragstagarens medlemsstat.

Det bör påpekas att det förefaller svårare att tillämpa kontraktsvillkor som rör utförandet av varuupphandlingskontrakt. Sådana klausuler som innebär krav på ändring av organisationen, strukturen eller policyn inom ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat skulle kunna vara diskriminerande eller medföra ett oberättigat handelshinder.²⁶⁷

Enligt min uppfattning bör en viss försiktighet iakttas gällande den andra punkten, förutsatt att det rör sig om ett generellt krav som leverantören ska uppfylla. Ett sådant krav skulle kunna stå i strid med EU-kommissionens vägledningsdokument om sociala hänsyn.²⁶⁸

I enlighet med principen om *lex posterior* bör särskilda kontraktsvillkor av generell karaktär (d.v.s. sådana som inte är kopplade till föremålet för upphandlingen) undvikas eftersom vägledningsdokumentet är av senare datum.²⁶⁹

3.2 OLIKA SÄTT ATT TA SOCIALA HÄNSYN – EXEMPEL PÅ TILLÄMPNINGSSOMRÅDEN

I föregående avsnitt har olika sätt att ta sociala hänsyn kopplade till *upphandlingsförfarandets olika faser* behandlats (tekniska specifikationer eller kvalificeringskrav för leverantörer, utvärderingskriterier samt särskilda kontraktsvillkor). I detta avsnitt presenteras olika exempel på tillämpningsområden för sociala hänsyn i offentlig upphandling. Nedanstående exempel följer alltså inte upphandlingsförfarandets olika faser. Det innebär att några av de exempel som tidigare tagits upp, men då kopplade till kravtyper under upphandlingsförfarandets olika faser, kan återkomma eller utvecklas närmare.

3.2.1 Diskriminering

I kvalificeringsfasen finns en möjlighet att utesluta en leverantör som befunnits vara skyldig för brott eller allvarliga fel i yrkesutövningen. Dessa bestämmelser är också tillämpliga på brott eller fel som bryter mot lagstiftning som syftar till att främja arbetsmarknads- eller socialpolitiska mål. Det finns därmed en möjlighet att i lagen om offentlig upphandling ställa krav som kan motverka diskriminering i samhället.²⁷⁰ Bestämmelsen i 10 kap. 2 § LOU anger vilka krav som får ställas på en leverantör vid en offentlig upphandling.²⁷¹

266 Enligt min tolkning av rättskällorna är jag tveksam till EU-kommissionens exempel på kontraktsvillkor avseende denna punkt. I den ovan utelämnade noten anges nämligen följande "I samband med tjänstekontrakt kan det t.ex. röra sig om att uppdragstagaren skall införa en policy för att främja mångfald ifråga om ras eller etniskt ursprung på arbetsplatsen i form av instruktioner som riktar sig till personer med ansvar för rekrytering, befordran eller utbildning av personal; det kan också röra sig om att uppdragstagaren skall utse en person som ansvarar för att en sådan policy genomförs på arbetsplatsen".

267 Se kapitel 1.6 om kontraktets utförande i EUROPEISKA KOMMISSIONEN KOM(2001) 566 slutlig, Bryssel den 15.10.2001, Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.

268 Se dock krav på jämställdhetsplan under avsnitt 3.2.2 Jämställdhet, som behandlar uteslutning av anbudssökande och anbudsgivare som inte följer den sociala lagstiftningen.

269 Se not 71 avseende principen om *lex posterior*.

270 I skäl (43) i direktiv 2004/18/EG anges att vid bristande efterlevnad av nationella bestämmelser för genomförande av rådets direktiv 2000/78/EG (om lika-behandling i arbetslivet) och 76/207/EEG om lika behandling av arbetstagare (t.ex. i fråga om tillgång till anställning m.m.) som lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt kan betraktas som ett brott mot den ekonomiska aktörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel. I gällande direktiv 2014/24/EU se motsvarande skrivning i skäl (37 och 40). Se även artikel 18.2 som hänvisar till direktivets bilaga X. I bilagen anges en förteckning över internationella sociala och miljörelaterade konventioner som avses i artikel 18.2, t.ex. ILO-konventionen nr 100 om lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde samt ILO-konventionen nr 111 om diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning.

271 Paragrafen behandlar fakultativa uteslutningsgrunder (omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer). Det innebär att en upphandlande myndighet inte är förpliktad till att tillämpa diskvalificeringsgrunderna i 10:2 § LOU. Jämför med bestämmelsen i 10:1 § LOU som anger omständigheter som ska medföra uteslutning av leverantörer (obligatoriska uteslutningsgrunder).

Genom förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt som infördes 1 juli 2006 åläggs de 28 största statliga myndigheterna att i sina upphandlingskontrakt tillämpa antidiskrimineringsvillkor.²⁷² Förordningen är begränsad till att omfatta kontrakt avseende tjänster och byggtreprenader i Sverige. Det innebär att varukontrakt är helt undantagna från förordningens tillämpningsområde. Detsamma gäller kontrakt avseende tjänster och byggtreprenader i utlandet. För att kontraktet ska omfattas av förordningen krävs dessutom att tjänsterna eller byggtreprenaden ska uppfylla föreskrifterna i 4 § första stycket 1 och 2 om avtalstid och kontraktvärde. Det innebär i praktiken att kontraktet ska ha en löptid på åtta månader eller längre och ha ett beräknat värde på minst 750 000 kr. Båda punkterna ska alltså vara uppfyllda.

I antidiskrimineringsförordningen finns bestämmelser om vissa särskilda kontraktsvillkor för fullgörande av kontrakt enligt 6 kap. 13 § och 15 kap. 2 § LOU.²⁷³ För övriga upphandlande myndigheter är det frivilligt att använda sig av de villkor som regleras i förordningen. Syftet med förordningen är att öka medvetenheten om och efterlevnaden av diskrimineringslagen.²⁷⁴ Det innebär i enlighet med diskrimineringslagen (2008:567) att motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder.

För utländska leverantörer som har utstationerat arbetstagare i Sverige gäller lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare som baserar sig på EU:s utstationeringsdirektiv.²⁷⁵ Det innebär att utländska leverantörer är skyldiga att följa delar av svensk lagstiftning, även i de fall där den svenska lagstiftningen är strängare än i det land leverantören har sitt säte.²⁷⁶

I Upphandlingsutredningens (2010) betänkande framgår att Konkurrensverket under 2008 gjorde en utvärdering av antidiskrimineringsförordningen.²⁷⁷ I sin rapport konstaterade de att förordningen inte hade tillämpats som ett effektivt instrument för att motverka diskriminering i leverantörsledet. Den främsta orsaken var att myndigheterna avstått från att använda sanktioner vid överträdelse mot antidiskrimineringsvillkoren samt att de i flertalet fall överhuvudtaget inte hade följt upp villkoren. Mot denna bakgrund drar utredningen slutsatsen att "[...] här finns ett stort utrymme för en förbättringspotential och effektivitetsförbättringar, företrädesvis inom ramen för en nationell kriterieverksamhet".²⁷⁸

3.2.2 Jämställdhet

Jämställdhetsprinciperna finns idag kodifierade på många olika nivåer, i internationella konventioner, unionsrättsliga fördrag, förordningar och direktiv och i svensk grundlag. På så sätt är de rättsligt förpliktande på alla nivåer. Jämställdhetsprinciperna beskrivs ofta ha både en formell och materiell innebörd.²⁷⁹ Den första avser målsättningen "likhet i behandling" och den senare "likhet i resultat". De olika jämställdhetsprinciperna tillåter olika metoder. Om en materiell jämställdhetsprincip tillämpas så tillåter den aktiva åtgärder som kvotering, positiv särbehandling och andra främjandeåtgärder. Enligt Åsa Gunnarsson och Eva-Maria Svensson har "[p]rincipernas formulering [...] framför allt uttryckts i termer av lika rättigheter och skydd

272 Se 3 § förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt.

273 För exempel på hur myndigheter kan använda sig av förordningen, se Konkurrensverkets allmänna råd för tillämpningen av förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt (KKVFS 2010:2).

274 Se 2 § förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt.

275 EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

276 Enligt 5 § lagen om utstationering av arbetstagare föreskrivs att en arbetsgivare ska, oavsett vilken lag som annars gäller för anställningsförhållandet, tillämpa följande bestämmelser för utstationerade arbetstagare: 2, 2 a, 5, 7, 16–16 b, 17–17 b, 24, 28–29 a, 31 och 32 §§ semesterlagen (1977:480), 2 §, 4 § första stycket och 16–22 §§ föräldraledighetslagen (1995:584), 2–7 §§ lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning, samt 1 kap. 4 och 5 §§, 2 kap. 1–4 och 18 §§ samt 5 kap. 1 och 3 §§ diskrimineringslagen (2008:567). Vid utstationering gäller även arbetsmiljölagen (1977:1160), arbetstidslagen (1982:673), dock inte 12 §, lagen (2005:395) om arbetstid vid visst vägtransportarbete, dock inte 16 §, lagen (2005:426) om arbetstid m.m. för flygpersonal inom civilflyget, dock med den begränsningen i fråga om 1 § andra stycket att 12 § arbetstidslagen inte gäller, samt lagen (2008:475) om kör- och vilotid vid internationell järnvägstrafik, dock med den begränsningen i fråga om 1 § tredje stycket att 12 § arbetstidslagen inte gäller.

277 SOU 2013:12, sid. 488.

278 SOU 2013:12, sid. 488.

279 Gunnarsson, Åsa och Svensson, Eva-Maria (2009), sid. 64-65.

mot diskriminering, och först på senare år i termer av jämställdhet”.²⁸⁰ I fördraget om europeiska unionen (FEU-fördraget) fastslås i artikel 2 följande:

att unionen ska bygga på värdena respekt för människans värdighet, frihet, demokrati, jämlikhet, rättsstaten och respekt för de mänskliga rättigheterna, inklusive rättigheter för personer som tillhör minoriteter. Dessa värden ska vara gemensamma för medlemsstaterna i ett samhälle som kännetecknas av mångfald, icke-diskriminering, tolerans, rättvisa, solidaritet och principen om jämställdhet mellan kvinnor och män.

Enligt samma fördrag artikel 3 ska unionen

[...] bekämpa social utestängning och diskriminering samt främja social rättvisa och socialt skydd, jämställdhet mellan kvinnor och män, solidaritet mellan generationerna och skydd av barnets rättigheter.

Inom EU gäller en materiell jämställdhetsprincip vilket framgår av EU-fördragen.²⁸¹ Enligt unionsrätten ska jämställdhet främjas och bristande jämställdhet undanröjas i all verksamhet inom unionen. Den huvudsakliga strategin är jämställdhetsintegrering. Inom EU har lagstiftningen kring jämställdhet utvecklats sedan 1970-talet och utgör tillsammans med EU-domstolens domar en grund för jämställdhetsarbetet. Idag finns sammantaget sju direktiv som reglerar likabehandling mellan kvinnor och män på arbetsmarknaden och i socialförsäkringar samt ett direktiv som rör tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster.²⁸²

Parallellt med jämställdhetsstrategin finns även ett strategiskt jämställdhetsarbete inom EU som grundar sig på femåriga handlingsprogram som EU-kommissionen upprättar. I september 2010 presenterade EU-kommissionen ett meddelande om en strategi för jämställdhet som gäller för perioden 2010-2015.²⁸³ I nuvarande strategi ingår åtgärder på fem prioriterade områden. Åtgärdsförslagen omfattar både jämställdhetsintegrering och särskilda åtgärder. De fem prioriterade områdena är 1) lika möjlighet till ekonomisk självständighet för kvinnor och män, 2) lika lön för lika arbete av lika värde, 3) jämställdhet i beslutsfattande, 4) värdighet, integritet och ett slut på könsbaserat våld, samt 5) jämställdhet i EU:s yttre åtgärder. Därutöver finns ett sjätte prioriterat område som rör övergripande frågor, såsom könsstereotypa mönster, lagstiftning samt åtgärder för en förbättrad styrning av jämställdhetsarbete på EU-nivå.

I upphandlingar finns det möjligheter att ta sociala hänsyn med syfte att främja jämställdhet. Som tidigare berörts ger lagstiftningen möjlighet att utesluta leverantörer som befunnits vara skyldig för brott eller allvarliga fel i yrkesutövningen samt att dessa bestämmelser också är tillämpliga på brott eller fel som innebär överträdelse av lagstiftning som syftar till att främja arbetsmarknads- eller socialpolitiska mål. Det innebär exempelvis att en upphandlande myndighet får utesluta en nationell anbudsgivare som inte har upprättat en jämställdhetsplan²⁸⁴ enligt 3 kap. 13 § diskrimineringslagen (DiskrL), förutsatt att det betraktas som ett allvarligt fel i den medlemsstaten att inte följa sådan lagstiftning.²⁸⁵ Enligt bestämmelsen föreligger en sådan skyldighet för arbetsgivare med minst 25 arbetstagare i företaget.

280 Gunnarsson, Åsa och Svensson, Eva-Maria, sid. 65.

281 Se exempelvis artiklarna 8, 23 och 157 i FEUF samt artikel 23 i FEU (Fördraget om europeiska unionen).

282 http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/law/index_en.htm.

283 Se KOM(2010) 491 slutlig MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL EUROPAPARLAMENTET, RÅDET, EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN SAMT REGIONKOMMITTÉN Strategi för jämställdhet 2010–2015. Strategin bygger vidare på färdplanen för jämställdhet 2006-2010 och den europeiska pakten för jämställdhet.

284 Jämställdhetsplanen ska innehålla en översikt över de åtgärder enligt samma kapitel 4-9 §§ som behövs på arbetsplatsen och en redogörelse för vilka av dessa åtgärder som arbetsgivaren avser att påbörja eller genomföra under de kommande åren. Vidare ska planen också innehålla en översiktlig redovisning av den handlingsplan för jämställda löner som arbetsgivaren ska göra enligt bestämmelsen i 3 kap. 11 §. I nämnda paragrafer (4-9 §§) finns bestämmelser som ställer krav på att arbetsgivaren ska bedriva ett målinriktat arbete för att aktivt främja lika rättigheter och möjligheter i arbetslivet mellan kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning. Kravet på aktiva åtgärder rör dels arbetsförhållanden på arbetsplatsen (t.ex. att förebygga och förhindra sexuella trakasserier och att underlätta för både kvinnliga och manliga arbetstagare att förena förvärsarbete och föräldraskap), dels vid rekrytering (t.ex. att genom utbildning, kompetensutveckling och andra lämpliga åtgärder främja en jämn fördelning mellan kvinnor och män i skilda typer av arbete och inom olika kategorier av arbetstagare samt att vid nyanställningar särskilt anstränga sig för att få sökande av det underrepresenterade könet). Arbetsgivaren ska försöka se till att andelen arbetstagare av det underrepresenterade könet efter hand ökar.

Att ställa ett allmänt krav på att leverantören ska verka för att dess anställda delar på sin föräldradragedighet är i de flesta fall inte möjligt enligt Konkurrensverket, eftersom ett sådant krav inte anses ha tillräcklig koppling till kontraktets föremål, se Frenander, Charlotta, Råsmar, Sofia (2011), sid. 40. För att främja jämställdhet bör istället en upphandlande myndighet, enligt min tolkning, ställa krav på en jämställdhetsplan och på så sätt utreda om en anbudsgivare underlåtit att följa de skyldigheter som följer av diskrimineringslagstiftningen, samt om denna underlåtelse kan betraktas som ett allvarligt fel avseende yrkesutövningen.

285 Se kapitel 1.3.1. i Europeiska Kommissionen KOM(2001) 566 slutlig, Bryssel den 15.10.2001, Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.

Vad som kan utgöra ”ett allvarligt fel” finns det dock inga entydiga svar på. I skäl 43 till det äldre upphandlingsdirektivet 2004/18/EG anges som exempel på allvarligt fel i yrkesutövningen ”[b]ristande efterlevnad av nationella bestämmelser för genomförande av rådets direktiv 2000/78/EG(15) och 76/207/EEG(16) om lika behandling av arbetstagare som lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt kan betraktas som ett brott mot den ekonomiska aktörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel [min anm.]”.²⁸⁶ Närmare vägledning kan inte heller fås i gällande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU. I direktivet 2014/24/EU anges i skäl 101 att ”[d]e upphandlande myndigheterna bör dessutom ges möjlighet att utesluta ekonomiska aktörer som har visat sig vara opålitliga, exempelvis på grund av att de inte fullgör sina miljörelaterade eller *sociala skyldigheter*, inklusive bestämmelser om tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, eller som gör sig skyldiga till andra former av allvarliga fel i yrkesutövningen [...] [min anm.]”.²⁸⁷ Det är dock viktigt att påpeka att bevisbördan har lagts på den upphandlande myndigheten som ska påvisa att den ekonomiska aktören inte har fullgjort sina skyldigheter, inklusive skyldigheter som gäller betalning av skatter eller sociala avgifter, om inte annat föreskrivs i nationell rätt.²⁸⁸

Enligt Konkurrensverkets rapport ska myndighetens bedömning visa ”[...] om uteslutningen är lämplig, effektiv och nödvändig med utgångspunkt från syftet med de krav som ställs i upphandlingen”.²⁸⁹ Enlig min tolkning verkar EU-kommissionen med ”betraktas” avse en allmängiltig uppfattning i den aktuella medlemsstaten där den upphandlande myndigheten finns, om att en underlåtenhet att följa diskrimineringslagen utgör ett s.k. ”allvarligt fel”.

Eftersom det saknas en definition av begreppet ”allvarligt fel i yrkesutövningen” innebär det att den upphandlande myndigheten först måste bedöma om det förekommit allvarliga fel i yrkesutövningen och sedan i varje enskilt fall bedöma om ett beslut om uteslutning är proportionerlig, innan den fattar ett slutligt och bindande beslut. Bestämmelsen i 10 kap. 2 § LOU gör det möjligt för en upphandlande myndighet att utesluta leverantörer, men innehåller inget skyldighet för myndigheten att göra det, vilket kan jämföras med 10 kap. 1 § LOU som anger obligatoriska uteslutningsgrunder.

Jämställdhet kan också beaktas genom särskilda kontraktsvillkor. Inget hindrar att en upphandlande myndighet också (eller istället) kan använda särskilda kontraktsvillkor som innebär att leverantören ska utföra kontraktet så att det främjar jämställdhet mellan könen. Enligt gällande upphandlingsdirektiv kan villkor för fullgörande av ett kontrakt exempelvis syfta till att genomföra åtgärder för att främja jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män, ett ökat deltagande av kvinnor på arbetsmarknaden och en balans mellan arbete och privatliv.²⁹⁰ Om särskilda kontraktsvillkor används ska anbudsgivarna, som tidigare berörts, bekräfta att de accepterar villkoret. Anbud från anbudsgivare som inte accepterar villkoren ska inte accepteras. Slutligen bör det också understrykas att kontraktsvillkor även ska uppfylla kriterierna för kontraktsvillkor som behandlades under avsnitt 3.1.3.

286 Skäl (43) i upphandlingsdirektiv 2004/18/EG.

287 Skäl (101) i nuvarande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU.

288 10 kap. 2 § p. 4 LOU. Se även skäl 101 i nuvarande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU.

289 Frenander, Charlotta, Råsmar, Sofia (2011), sid. 39. Det kan också nämnas att i Spanien har brott mot lagstiftningen om anställning av funktionshindrade personer vara ett allvarligt fel i yrkesutövningen och kan leda till att anbudsgivaren i fråga utesluts, se Europeiska Kommissionen KOM(2001) 566 slutlig, Bryssel den 15.10.2001, Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, not 36.

290 Se skäl (98) i direktiv 2014/24/EU.

3.2.3 Tillgänglighet

Begreppet tillgänglighet beskriver hur egenskaper hos en produkt eller en tjänst hjälper personer med funktionsnedsättning att delta på lika villkor som andra.²⁹¹ Tillgänglighet är en prioriterad fråga inom EU och framhålls vara en förutsättning för delaktighet i samhället och i ekonomin. Offentlig upphandling lyfts fram som ett viktigt instrument för genomförande av EU:s handikappstrategi 2010–2020: Nya åtgärder för ett hinderfritt samhälle i EU. Med tillgänglighet avses i strategin ”[...] att människor med funktionsnedsättning ska ha tillgång till den fysiska miljön, färdmedel, IT-system och andra resurser och tjänster på samma villkor som andra”.²⁹² Syftet med strategin är att undanröja hinder inom huvudsakligen åtta insatsområden: tillgänglighet, delaktighet, lika rättigheter och likabehandling, sysselsättning, utbildning, socialt skydd, hälsa samt utrikespolitik. Ett uttalat mål i strategin är att undersöka möjligheter att anta regler för att säkerställa tillgängliga produkter och tjänster och bland annat se till att offentlig upphandling i högre grad används i detta syfte.²⁹³ I strategin aviseras ett lagstiftningsförslag om tillgänglighet senast 2012, i vilket ska ingå särskilda standarder för olika sektorer med syftet att kraftigt förbättra den inre marknadens funktion när det gäller tillgängliga produkter och tjänster. Lagstiftningsförslaget har emellertid dröjt. Ytterligare åtgärder som framhålls i strategin är att arbeta för att tillgänglighet och ”design för alla” ska ingå i utbildningen för berörda yrken samt bidra till att det växer fram en EU-omfattande marknad för hjälpmedelsteknik.

I nuvarande lagstiftning föreskrivs i bestämmelsen 6 kap. 1 § LOU att den upphandlande myndigheten bör då det är möjligt bestämma de tekniska specifikationerna med hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för personer med funktionshinder²⁹⁴ eller utformning med tanke på samtliga användares behov.²⁹⁵ Det innebär att när den upphandlande myndigheten fastställt kontraktets föremål (vad som önskas köpas) ska detta skrivas om till detaljerade mätbara tekniska specifikationer som kan tillämpas i ett upphandlingsförfarande.

Syftet med tekniska specifikationer är som tidigare berörts att beskriva för marknaden vad det är som efterfrågas i den specifika upphandlingen.²⁹⁶ Dessa har enligt EU-kommissionen framför allt tre funktioner.²⁹⁷ För det *första* beskriver de upphandlingskraven så att företagen kan avgöra om de är intresserade och därmed är de avgörande för konkurrensnivån. För det *andra* utgör de mätbara krav som anbudsgivare kan utvärderas mot. För det *tredje* anger de minimiförhållanden som krävs för att uppfylla överensstämmelsekriterierna och de bör av det skälet vara tydliga och korrekta så att de inte leder till olämpliga anbud. Anbud som inte överensstämmer med de tekniska specifikationerna måste förkastas. Det är viktigt att understryka att de tekniska specifikationerna inte får begränsa konkurrensen, ska vara öppna och inte får vara diskriminerande mot entreprenörer från andra länder än den medlemsstat där den upphandlande enheten finns.²⁹⁸ EU-kommissionen har i sitt vägledningsdokument betonat att de obligatoriska nationella krav som specificerats i relevant lagstiftning om ”tillgänglighet för alla” måste återspeglas i föremålet för kontraktet. Det är alltså enligt EU-kommissionen ”helt nödvändigt” att upphandlingschefer blir medvetna om lagstadgade krav på tillgänglighet och design för alla samt att dessa framgår i anbudsförfrågningar.²⁹⁹ Sådana krav föreslås vara i form av tekniska specifikationer.

291 Frenander, Charlotta, Räsmar, Sofia (2011), sid. 40.

292 KOMMISSIONEN, EUROPEISKA Bryssel den 15.11.2010 KOM(2010) 636 slutlig MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL EUROPAPARLAMENTET, RÅDET, EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN OCH REGIONKOMMITTÉN EU:s handikappstrategi 2010–2020: Nya åtgärder för ett hinderfritt samhälle i EU, sid. 5.

293 KOMMISSIONEN, EUROPEISKA Bryssel den 15.11.2010 KOM(2010) 636 slutlig MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL EUROPAPARLAMENTET, RÅDET, EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN OCH REGIONKOMMITTÉN EU:s handikappstrategi 2010–2020: Nya åtgärder för ett hinderfritt samhälle i EU, sid. 5.

294 Här återges det begrepp (funktionshinder) som används i lagtexten, d.v.s. i nuvarande LOU.

295 Se även bilaga VI, där det finns definitioner av vissa tekniska specifikationer samt skäl (29) i direktiv 2004/18/EG.

296 Se avsnitt 3.1.1 Tekniska specifikationer eller kvalificeringskrav för leverantörer (Urvalskriterier).

297 Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 29.

298 Se artikel 23 (p. 1-3) i det äldre upphandlingsdirektivet 2004/18/EG. Motsvarande bestämmelse finns i artikel 42 i nuvarande direktiv 2014/24/EU.

299 Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 33.

I sammanhanget bör det påpekas att gällande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU anger att "[o]m obligatoriska krav för tillgänglighet har antagits genom en unionsrättsakt ska de tekniska specifikationerna avseende tillgänglighetskriterier för personer med funktionsnedsättning eller formgivning med tanke på samtliga användares behov utformas med hänvisning till den rättsakten".³⁰⁰ Förutom lagstiftning som rör tillgänglighet inom olika områden finns det alltså fastställda standarder om tillgänglighet, som exempelvis rapporten EN 301 549, samt olika metoder inom vissa områden för att bedöma överensstämmelsen med dessa standarder i upphandlingar.³⁰¹

Det är även möjligt att ställa krav på tillgänglighet genom utvärderingskriterier eller som särskilda kontraktsvillkor. *Utvärderingskriterier* tar sikte på vilken grund som används för tilldelning av kontrakt. Utvärderingskriterierna ska framgå av annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget, och det ska även framgå hur viktningen sker.³⁰² Om grunden för tilldelning av kontrakt är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska den upphandlande myndigheten bedöma det anbud som ger bäst valuta för pengarna utifrån givna kriterier för tilldelning av kontrakt. EU-kommissionen ger flera exempel på hur bedömningen kan göras, t.ex. med hjälp av matrisjämförelser, inbördes viktning och "bonus/malus-system".³⁰³ Vidare betonas att det inte är nödvändigt att varje enskilt kriterium ger den upphandlande myndigheten ekonomiska fördelar men att kriterierna som helhet (de ekonomiska, sociala och miljörelaterade) måste göra det möjligt att avgöra vilket anbud som ger bäst valuta för pengarna. Om utvärderingskriterier används kan som redan nämnts delar av de förhållanden som avses i tekniska specifikationer återkomma i utvärderingsfasen.³⁰⁴ Ett *särskilt kontraktsvillkor* kan exempelvis "[...] innebära att leverantören som får kontraktet åtar sig att ha dialog med beställaren om hur produkten eller tjänsten kan vidareutvecklas för att öka tillgängligheten".³⁰⁵

3.2.4 Sociala företag

Möjligheten för upphandlande myndighet att reservera kontrakt fanns redan i det äldre upphandlingsdirektivet 2004/18/EG.³⁰⁶ I nuvarande lag om offentlig upphandling finns inga bestämmelser om reserverade kontrakt. Skälet till detta är att bestämmelserna i det gamla direktivet ansågs oklara eftersom de inte närmare beskrev vilka specificerade tjänster som avsågs. Av Genomförandeutredningens betänkande framgår att frågan om att införa bestämmelser om reserverade kontrakt i svensk rätt har utretts i ett flertal statliga utredningar med varierande resultat.³⁰⁷

Bestämmelserna om reserverade kontrakt i det äldre upphandlingsdirektivet har införts i det nu gällande upphandlingsdirektivet 2014/24/EU. Dessa ger medlemsstater möjlighet att reservera kontrakt till skyddade verkstäder eller förskriva att kontrakten ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning. I det gamla direktivet var dock en förutsättning för att reservera kontrakt att majoriteten av de anställda inte kan utöva yrkesverksamhet på vanliga villkor. I artikel 20 i gällande direktiv har det kravet ändrats till att omfatta 30 procent av de anställda. I artikeln föreskrivs följande:

Medlemsstaterna får reservera deltagandet i offentliga upphandlingsförfaranden för skyddade verkstäder och ekonomiska aktörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer, eller föreskriva att kontrakten ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, förutsatt att minst 30 % av arbetstagarna i sådana verkstäder, ekonomiska aktörer eller program är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade arbetstagare [mina anm.].

300 Artikel 42 i direktiv 2014/24/EU.

301 Se avsnitt 3.1.1 Tekniska specifikationer eller kvalificeringskrav för leverantörer (Urvalskriterier). Se även Svedberg, Wanna (2013) gällande nationell lagstiftning om tillgänglighet på kollektivområdet.

302 Se avsnitt 3.1.2 Utvärderingskriterier (Tilldelningskriterier) avseende kraven vid utformning av utvärderingskriterier (tilldelningskriterier).

303 Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 37.

304 SOU 2006:28, sid. 222.

305 Frenander, Charlotta, Räsmar, Sofia (2011). Se tidigare avsnitt 3.1.3 avseende kriterierna för särskilda kontraktsvillkor.

306 Se artikel 19 och skäl (28) i direktiv 2004/18/EG. Av skälen framgår dock att regleringen om reserverade kontrakt endast tar sikte på personer med funktionsnedsättning när det gäller att garantera lika möjligheter och att bidra till social integration.

307 Se SOU 2014:51, sid. 42-58.

En annan viktig skillnad är att bestämmelserna om reserverade kontrakt i nuvarande direktiv inte endast omfattar personer med funktionsnedsättning utan också personer som är missgynnade på arbetsmarknaden på andra sätt. Det betonas även att den verksamhet som leverantörerna bedriver ska syfta till social och yrkesmässig integration. Genomförandeutredningen föreslår i sitt betänkande att artikel 20 genomförs i svensk rätt genom föreskrifter i lag (d.v.s. i kommande nya upphandlingslagar).³⁰⁸

Det är viktigt att känna till att gällande upphandlingsdirektiv (2014/24/EU) också ger möjligheter för medlemsstaterna att reservera tjänstekontrakt inom hälso- och sjukvårdsområdet, sociala tjänster och kulturella tjänster till organisationer som har till syfte att tillhandahålla sådana tjänster.³⁰⁹ För att bestämmelserna ska vara möjliga att tillämpa krävs att en återinvestering av vinsterna eller att vinstutdelning eller omfördelning sker på grundval av deltagande. Organisationens lednings- och ägarstruktur ska grundas på personalens ägande eller deltagande eller aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter. Ytterligare en förutsättning är att bestämmelserna endast gäller om organisationen under de senaste tre åren inte har tilldelats något kontrakt för någon motsvarande tjänst av den upphandlande myndigheten. Genomförandeutredningen föreslår att bestämmelserna om reserverade kontrakt för vissa tjänster i artikel 77 i direktiv 2014/24/EU inte bör genomföras i svensk rätt.³¹⁰ Som skäl anförs att reglerna för reserverade kontrakt är omgärdade av villkor rörande "[...] tjänstetypen, organisationen som ska tilldelas kontraktet och kontraktets löptid" för att kontrakt ska kunna tilldelas, vilket enligt Genomförandeutredningen sammantaget är sådana "[...] att regleringen får antas ha ett begränsat praktiskt intresse".³¹¹

Skillnaden mellan artikel 20 och artikel 77 i direktiv 2014/24/EU är att bestämmelserna i artikel 77 medger att kontrakt tilldelas utan konkurrensutsättning och att upphandlande myndighet med stöd av bestämmelserna om reserverade kontrakt för vissa tjänster kan vända sig direkt till en organisation som uppfyller kraven i artikel 77 i direktiv 2014/24/EU.³¹² Framtiden får utvisa om dessa bestämmelser kommer att införas i de nya upphandlingslagarna.

Som tidigare berörts har motsvarande bestämmelser med vissa ändringar införts i artikel 20 i nuvarande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU samt nya bestämmelser om reserverade kontrakt för vissa tjänster i artikel 77 i direktiv 2014/24/EU.³¹³ I Genomförandeutredningens betänkande, där enbart artikel 20 föreslås införas i de nya upphandlingslagarna, antas leverantörer som sysselsätter personer enligt förordningen (2000:630) om särskilda insatser för personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga eller med stöd av 5 kap. 7 § SoL, omfattas av direktivets lydelse. Med andra ord, de bedöms enligt utredningen vara leverantörer som bedriver verksamhet som syftar till social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning. Huruvida en sådan verksamhet utgör leverantörens "främsta" syfte får enligt Genomförandeutredningen bedömas i det enskilda fallet.³¹⁴

Frågan om leverantörer som sysselsätter personer inom ramen för de statliga programmen överlämnas till rättstillämparen och ytterst EU-domstolen för att närmare fastställa gränserna för regelverkens tillämpning. I betänkandet framhålls dock att leverantörer som anges i regeringens handlingsplan från år 2010 sannolikt "[...] kan definieras som arbetsintegrerande sociala företag, en verksamhet vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer".³¹⁵ Vidare att dessa sociala företag uppfyller andelskravet på 30 % (se citat ovan).

308 SOU 2014:51, sid. 51.

309 Se artikel 77 i gällande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU.

310 Här åsyftas de nya nationella upphandlingslagarna som föreslås träda i kraft 2016. Det bör nämnas att Genomförandeutredningens förslag om att införa artikel 77 i LOU-direktivet även omfattar motsvarande bestämmelse i artikel 94 i LUF-direktivet 2014/25/EU.

311 SOU 2014:51, sid. 332.

312 SOU 2014:51, sid. 331.

313 Se även avsnitt 2.2 Nationell rätt.

314 Se SOU 2014:51, sid. 56.

315 Se SOU 2014:51, sid. 56.

Med stöd av förordning (2000:630) om särskilda insatser för personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga, anser Genomförandeutredningen att Samhall är en leverantör som uppfyller kraven för att tilldelas reserverade kontrakt. Utredningen utgår från syftesförklaringen i Samhalls bolagsordning som bedöms uppfylla upphandlingsdirektivets krav gällande verksamhetens ”främsta syfte”, d.v.s. att verksamhetens främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning. Utöver detta menar utredningen att bolaget *också* är en leverantör som uppfyller kravet för att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. Sådana program omfattar, enligt utredningen, även *lönebidrag, skyddat arbete hos offentliga arbetsgivare, utvecklingsanställning och trygghetsanställning*. Om de sistnämnda fyra programmen uppfyller andelskravet får bedömas från fall till fall, enligt utredningen.

Som exempel på ”skyddade verkstäder” i upphandlingsdirektivets mening nämns Kriminalvårdens arbetsdrift. Intressant i sammanhanget är att utredningen inte tolkar andelskravet i upphandlingsdirektivet som att det finns ett krav på ”[...] att det är just personerna med funktionsnedsättningen eller de missgynnande personerna som faktiskt deltar i produktionen eller utförandet av de varor eller tjänster som upphandlas. Så länge andelskravet för leverantörens verksamhet i dess helhet är uppfyllt saknar det [enligt Genomförandeutredningen] alltså betydelse vem hos leverantören som utför de arbetsuppgifter som är kopplade till det som upphandlas [min anm.]”.³¹⁶

Enligt Genomförandeutredningen tolkning anses direktivbestämmelserna inte vara helt tydliga när det gäller hur de ska tolkas i förhållande till varje medlemsstats förhållanden. Mot bakgrund av ovanstående kan det konstateras att framtiden får utvisa *om* och i så fall *hur* direktivbestämmelserna kommer att införas i de nya nationella upphandlingslagarna. Det gäller såväl artikel 20 som artikel 77 i LOU-direktivet.

3.2.5 Arbetsrättsliga krav

Avsnittet nedan fokuserar på kollektivavtal i samband med offentlig upphandling, och *om*, *hur* och *när* sådana krav kan ställas. Regelverket är komplext och utrymmet för att ställa krav beror på ett flertal förhållanden. När det gäller arbetsrättsliga krav i upphandlingar ska därför några aspekter inledningsvis beröras.

För det *första* behöver upphandlande myndighet ta ställning till om leverantören har sitt säte i Sverige eller om kontraktet ska utföras av en utländsk leverantör med utstationerade arbetstagare. Utgångspunkten vid offentlig upphandling är att anbudsgivarna ska följa de arbetsvillkor som gäller där kontraktet utförs. Om dessa villkor finns i kollektivavtal (och därmed inte är lagstiftade) måste kollektivavtalet vara framtaget på det sätt som anges i utstationeringsdirektivet, förutsatt att kontraktet utförs av utstationerade arbetstagare. Direktivet har genomförts i svensk rätt genom lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare (LUA).

För det *andra* är det skillnad om upphandlingen är direktivstyrd (d.v.s. överstiger tröskelvärdena och på så sätt har ett gränsöverskridande intresse) eller om den avser en upphandling under tröskelvärdena eller B-tjänster utan något gränsöverskridande intresse vilken i sådant fall omfattas av 15 kapitlet LOU. I det senare fallet tillämpas endast nationella bestämmelser men upphandlingen måste ändå uppfylla de grundläggande principerna om krav på kollektivavtal ställs på leverantören. Ett exempel på sådan överensstämmelse med EU-rätten är kravet om att följa bestämmelserna i utstationeringsdirektivet 96/71/EG (d.v.s. LUA),³¹⁷ samt de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.³¹⁸

³¹⁶ Se SOU 2014:51, sid. 57-58.

³¹⁷ Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, not. 86.

³¹⁸ Se avsnitt 2.1.1 avseende grundläggande unionsrättsliga principer. Som nämnts har principerna förts in i gällande LOU (1 kap. 9 § LOU) och omfattar därigenom även icke direktivstyrda upphandlingar (d.v.s. 15 kap. LOU).

I EU-kommissionens handledning lyfts Ruffert-målet (nedan) som exempel på vikten av att följa bestämmelserna i utstationeringsdirektivet avseende kravet på allmängiltiga kollektivavtal.³¹⁹

Utstationerade arbetstagare i EU: Ruffert-målet

Enligt Niedersachsens lag (Land Niedersachsen) om tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt kan offentliga byggtreprenadskontrakt endast tilldelas entreprenörer som skriftligen åtagit sig att minst betala sina arbetstagare samma lön som gäller enligt tillämpliga (lokala) kollektivavtal. Entreprenören måste också åta sig att se till att underentreprenörerna följer samma regler och kontrollera att de verkligen gör så. Vägran att följa det åtagandet utlöste betalning av avtalsvite.

Lagenligheten i dessa bestämmelser ifrågasattes inför en lokal tysk domstol när det gällde att utföra ett byggtreprenadkontrakt mellan en tysk upphandlande enhet och företaget Objekt und Bauregie (O&B) om att bygga Göttingen-Rosdorf-fängelset. Den upphandlande enheten hade sagt upp kontraktet och stämde O&B att betala avtalsvite eftersom O&B:s polska underentreprenör betalade sina arbetstagare på byggplatsen i Tyskland endast 46,57 % av den minimilön som fastställt i det tillämpliga kollektivavtalet.

Eftersom den tyska lokala domstolen var osäker på lagenligheten i bestämmelsen att utdöma ett avtalsvite hänsköt den målet till EU-domstolen för ett preliminärt avgörande om tolkning av EU-rättens relevanta aspekter på målet.

EU-domstolen ansåg att kollektivavtalet inte hade förklarats vara allmängiltigt (trots att Tyskland hade ett system för att förklara kollektivavtal allmängiltiga) och omfattade endast en del av byggsektorn eftersom den tillämpliga lag som innebar att kollektivavtalet för "Byggtreprenader" var bindande endast gällde offentliga kontrakt och inte privata sådana. Därför hade den minimilön som angavs i kollektivavtalet för "Byggtreprenader" inte fastställts i enlighet med något av de förfaringsätt som föreskrivs i artikel 3 i direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare ("*Direktiv om utstationering av arbetstagare*")*.

Sammanfattningsvis ansåg domstolen i sin dom i Ruffert-målet att bestämmelserna i fråga inte var förenliga med direktivet om utstationering av arbetstagare [samtliga markeringar i original].³²⁰

Domen klargör att sociala hänsyn vid offentlig upphandling, där kontraktet ska utföras av utstationerade arbetstagare måste vara förenliga med EU-rätten (särskilt utstationeringsdirektivet) samt att kollektivavtalet i fråga måste vara framtaget på det sätt som anges i utstationeringsdirektivet.

Arbetsrätten i Sverige regleras genom lagar, kollektivavtal och enskilda anställningsavtal. Det saknas regler i lag om minimilöner samt system för att allmängiltigförklara kollektivavtal. Däremot finns rikstäckande kollektivavtal i ett flertal branscher. En upphandlande myndighet måste därför avgöra från fall till fall om det dels är lämpligt att ställa krav på att kollektivavtalsenliga anställningsvillkor ska gälla vid utförandet av kontrakt, dels undersöka om kollektivavtalen uppfyller bestämmelserna i utstationeringsdirektivet. Det senare innebär exempelvis att undersöka om det finns kollektivavtal och vilken omfattning kollektivavtalet har inom den bransch som berörs av en viss upphandling. Mot denna bakgrund är det alltså inte förenligt med EU-rätten att kräva att leverantörer ska ha eller måste teckna kollektivavtal i samband med offentlig upphandling. Däremot kan det ställas krav på villkor i enlighet med allmängiltiga kollektivavtal. Den nationella lagstiftningen ger ett visst utrymme för att arbetsrättsliga villkor kan komma i fråga i samband med offentlig upphandling, exempelvis anställningsskydd och arbetsvillkor som följer av gällande lagar, förordningar eller kollektivavtal. Dessa villkor ska vara förenliga med EU-rätten, däribland de krav som gäller för särskilda kontraktsvillkor.³²¹ Utrymme att ställa arbetsrättsliga villkor finns också i utstationeringsdirektivet. Exempelvis finns fastslagna minimivillkor som måste uppfyllas i värdlandet gentemot de utstationerade arbetstagarna.

319 Genom prop. 2009/10:48 gjordes ändringar i LUA som innebär att en facklig stridsåtgärd mot en utländsk arbetsgivare i syfte att få till stånd ett kollektivavtal för arbetstagare som utstationeras i Sverige får vidtas endast under vissa förutsättningar, se även inledande lagkommentar av Säfve, David (2015).

320 Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 46.

321 Se avsnitt 3.1.3 Särskilda kontraktsvillkor (Särskilda tilläggsvillkor).

Det finns som tidigare redogjorts för också vissa möjligheter att ställa krav på anställnings- och arbetsvillkor genom exempelvis kvalificeringskrav för leverantörer eller som utvärderingskriterier (tilldelning av kontrakt).³²² Kontraktetsbestämmelser framhålls dock vara det lämpligaste sättet att ta med sociala hänsyn som har samband med anställnings- och arbetsvillkor för den personal som ska fullgöra kontraktet.³²³

3.2.6 Arbetslöshet

I både tidigare och gällande upphandlingsdirektiv framgår att upphandlande myndigheter kan främja arbetsmarknadspolitiska målsättningar genom att tillämpa särskilda kontraktsvillkor för fullgörande av kontrakt.³²⁴ Sådana villkor kan bland annat hänvisa till sysselsättning för långtidsarbetslösa eller genomförande av utbildningsåtgärder för arbetslösa eller ungdomar under fullgörandet av det kontrakt som ska tilldelas.³²⁵ Som tidigare nämnts kan villkor för fullgörande av kontrakt också syfta till ett ökat deltagande av kvinnor på arbetsmarknaden.³²⁶

I upphandlingsdirektivet anges att villkoren för fullgörandet av kontrakt inte får vara direkt eller indirekt diskriminerande samt att de måste vara kopplade till kontraktets föremål. Kontraktets föremål innebär enligt direktivet alla faktorer som direkt berör den specifika produktions-, tillhandahållande- eller saluföringsprocessen.³²⁷ Här ingår villkor som rör fullgörandet av kontraktet men inte krav som exempelvis avser allmän företagspolicy. Enligt min tolkning innebär kravet på koppling till kontraktets föremål att villkoren kan avse sysselsättning för långtidsarbetslösa eller genomförande av utbildningsåtgärder för arbetslösa eller ungdomar under produktions-, tillhandahållande- eller saluföringsprocessen avseende fullgörandet eller genomförandet av det aktuella kontraktet.³²⁸

3.2.7 Upphandling från tredje land

Vid upphandling av varor utanför EU, finns det under vissa förutsättningar möjlighet att ta hänsyn till arbetsförhållandena under produktionen. I det gamla direktivet 2004/18/EG anges i skäl 33 att villkoren för fullgörandet av ett kontrakt exempelvis kan avse att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner (International Labour Organisation) om dessa inte har införlivats med den nationella lagstiftningen.

Som tidigare framgått anges i artikel 18.2 i gällande direktiv 2014/24/EU allmänna bestämmelser om principer för upphandling. Artikel 18.2 föreskriver 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 som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X",³²⁹ förutsatt att sådana regler och deras tillämpning överensstämmer med unionsrätten och att de säkerställs genom lämpliga åtgärder från de behöriga nationella myndigheterna.³³⁰ Exempel på behöriga myndigheter är yrkesinspektioner eller miljövårdsmyndigheter.

Som också nämnts i studiens inledande kapitel reglerar ILO:s konventioner grundläggande principer och rättigheter i arbetslivet som ska beaktas i offentliga upphandlingar, varav de grundläggande arbetsnormerna återfinns i åtta ILO-konventioner (kärnkonventionerna).³³¹

322 Se avsnitt 3.1.1 Tekniska specifikationer eller kvalificeringskrav för leverantörer (Urvalskriterier) samt avsnitt 3.1.2 Utvärderingskriterier (Tilldelningskriterier).

323 Se skäl (37 och 39-40) i gällande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU. Se även SOU 2013:12, sid. 44 och sid. 491; Europeiska Kommissionen Socialt ansvarfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, Frenander, Charlotta, Råsmar, Sofia (2011), sid. 45.

324 Se skäl (33) i det äldre upphandlingsdirektivet 2004/18/EG och skäl (99) i gällande direktiv 2014/24/EU.

325 Se skäl (99) i direktiv 2014/24/EU. Ovanstående går även att utläsa i EU-kommissionens tolkningsmeddelande från 2001 samt i EU-kommissionens handledningsdokument från 2010.

326 Se avsnitt 3.2.2 Jämställdhet och skäl (98) i gällande direktiv 2014/24/EU.

327 Se skäl (104) i gällande direktiv 2014/24/EU.

328 Se avsnitt 3.1.3 Särskilda kontraktsvillkor (Särskilda tilläggsvillkor) avseende kriterier för särskilda kontraktsvillkor.

329 Se bilaga 1 i denna studie som innehåller en förteckning över internationella sociala och miljörelaterade konventioner som avses i artikel 18.2 (utdrag av Bilaga X från direktivet 2014/25/EU).

330 Se skäl (105) i gällande direktiv 2014/24/EU.

331 Se not 21.

Sociala hänsyn avseende upphandling från tredje land (länder utanför EU) kan göras i form av utvärderingskriterier (tilldelning av kontrakt) eller villkor för fullgörande av ett kontrakt avseende byggtreprenader, varor eller tjänster som ska tillhandahållas enligt kontraktet. I nuvarande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU understryks att sådana villkor inte får tillämpas på ett sätt som direkt eller indirekt diskriminerar ekonomiska aktörer från andra medlemsstater eller från tredjeländer som är parter i WTO-avtalet eller de frihandelsavtal som unionen är part i.³³² I direktivet ges exempel på att särskilda kontraktsvillkor kan syfta till efterlevnad av ILO:s grundläggande konventioner.

Underleverantörer

Artikel 18.2 i direktiv 2014/24/EU är tillämplig även på underleverantörer. I nuvarande direktiv anges också att det är viktigt att säkerställa en viss öppenhet i underleverantörskedjan. Öppenhet i upphandlingen förutsätts ge de upphandlande myndigheterna information om vem som är närvarande på "[...] byggplatser där byggtreprenader utförs för deras räkning eller vilka företag som tillhandahåller tjänster i eller vid byggnader, infrastrukturer eller områden, såsom stadshus, kommunala skolor, idrottsanläggningar, hamnar eller motorvägar, för vilka de upphandlande myndigheterna ansvarar eller över vilka de utövar direkt tillsyn".³³³ En upphandlande myndighet får begära att en leverantör (huvudentreprenören) ska lämna uppgifter om hur stor del av kontraktet som kan komma att fullgöras genom att anlita underleverantörer. Skyldigheten att lämna sådan information åligger alltid huvudentreprenören, vilket är den part som den upphandlande myndigheten har tecknat kontrakt med. En sådan skyldighet baseras då på särskilda klausuler som varje upphandlande myndighet är skyldig att inkludera i samtliga upphandlingsförfaranden, eller utifrån skyldigheter som medlemsstaterna ålägger huvudentreprenörer genom allmänt tillämpliga bestämmelser.

Direktivet ger utrymme för medlemsstater att gå längre i den nationella lagstiftningen som rör skyldigheterna när det gäller öppenhet. Exempel på en sådan utvidgning är att göra det möjligt med direktbetalning till underleverantörer eller genom att möjliggöra eller kräva att de upphandlande myndigheterna kontrollerar att underleverantörerna inte befinner i någon av de situationer där det är befogat att utesluta en ekonomisk aktör. I direktivet betonas vikten av att upphandlande myndigheter i kontraktet reglerar olika krav på leverantören (huvudentreprenören) när det gäller förhållanden hos underleverantörer vilket framgår citatet nedan.

Om sådana åtgärder tillämpas på underleverantörer bör överensstämmelse med de bestämmelser som är tillämpliga på huvudentreprenörer garanteras så att huvudentreprenören, om obligatoriska skäl för uteslutning föreligger, är skyldig att byta ut den berörda underleverantören.³³⁴

Om en kontroll av underleverantör visar att det föreligger icke-obligatoriska skäl för uteslutning, bör det framgå av kontraktet att de upphandlande myndigheterna har möjlighet att kräva ett sådant utbyte.

Ytterligare exempel är att de upphandlande myndigheterna kan åläggas att kräva att den berörda underleverantören byts ut är när uteslutning av en huvudentreprenör skulle vara obligatoriskt i motsvarande fall.

Sammantaget innebär detta att om en upphandlande myndighet avser att tillämpa villkor och åtgärder på även underleverantörer, d.v.s. sådana villkor och åtgärder som hade kunnat ställas på en huvudentreprenör,³³⁵ måste detta ha reglerats i kontraktet med huvudentreprenören.³³⁶

332 Se skäl (98) i gällande direktiv 2014/24/EU.

333 Se skäl (105) i gällande direktiv 2014/24/EU.

334 Se skäl (105) i gällande direktiv 2014/24/EU.

335 Se avsnitt 3.1.3 Särskilda kontraktsvillkor (Särskilda tilläggsvillkor) avseende kriterierna för särskilda kontraktsvillkor som ska vara uppfyllda.

336 Om inte annat följer det av allmänna avtalsrättsliga principer, d.v.s. att kontraktsslutande parter med bindande verkan endast kan avtala om förpliktelser gällande den egna avtalsrelationen och inte mot tredje man (med vissa undantag).

Etisk handel och sociala märken

I både det äldre och i nuvarande upphandlingsdirektiv ges upphandlande myndigheter möjligheter att ta sociala hänsyn genom att köpa varor som bidrar till en hållbar utveckling, som i EU-kommissionens handledning från 2010 benämns som rättvisemärkta varor.³³⁷ Sådana hänsyn kan tas i tekniska specifikationer eller vid fullgörande av kontrakt (särskilda kontraktsvillkor). Det finns i princip inte något hinder för att hänvisa till kriterier i upphandlingen som är baserade på rättvis handel.³³⁸ I handledningsskriften understryker EU-kommissionen att upphandlande myndigheter inte kan kräva att varorna ska vara försedda med ett särskilt märke eller certifikat. Ett sådant krav skulle nämligen utesluta leverantörer som inte är certifierade men som uppfyller liknande standarder för hållbar handel.³³⁹ Detta gäller inte endast märken för etisk handel, utan utgör en allmän princip, som gäller alla märken där förutsättningen är certifiering på förhand av de ekonomiska aktörerna eller deras varor.

En upphandlande myndighet som önskar köpa ekologiska varor kan därmed inte kräva en särskild eko-märkning.³⁴⁰ I EU-kommissionens handledning kan myndigheten i anbuds-dokumentationen fråga efter överensstämmelse med särskilda kriterier för ekologisk odling. Den upphandlande myndigheten ska med andra ord alltid lämna utrymme för andra bevis så att anbudsgivare kan välja om de vill använda något lämpligt etiskt märke/certifikat eller andra sätt för att visa att de uppfyller de fastställda kraven.

EU-kommissionen anger i sin skrift att en upphandlande myndighet som vill köpa rättvisemärkta varor kan göra så "[...] genom att fastställa de relevanta hållbarhetskriterierna i de tekniska specifikationerna för varorna".³⁴¹ Om krav på en hållbar utveckling finns med i de tekniska specifikationerna måste de, enligt EU-kommissionen, ha samband med varornas egenskaper eller prestanda (t.ex. återvunnet material) eller produktionsprocessen (t.ex. ekologiskt odlade).

Krav som har samband med arbetsförhållandena för den personal som arbetar med de varor som ska köpas in kan däremot inte beaktas i de tekniska specifikationerna, eftersom sådana krav inte anses vara tekniska specifikationer så som de definieras i upphandlingsdirektivet. Det bör därför understrykas att de tekniska specifikationerna ska kunna kopplas till det aktuella kontraktsföremålet och att de måste vara förenliga med EU:s övriga relevanta regler för offentlig upphandling samt principerna om likabehandling och öppenhet. Krav som rör arbetsförhållanden kan istället inkluderas i de särskilda kontraktsvillkoren för fullgörande av kontraktet. Sådana villkor kan exempelvis gälla minimilön och "anständiga arbetsvillkor" för den personal som ska fullgöra kontraktet.³⁴²

I nuvarande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU uttrycks explicit möjligheten att ställa krav på exempelvis etisk handel inom ramen för livscykelbegreppet genom utvärderingskriterier (tilldelningskriterier) eller villkor för fullgörande av ett kontrakt. De kriterier och villkor som ställs av en upphandlande myndighet måste emellertid ha en koppling till kontraktsföremålet. I direktivet betonas särskilt att kopplingen till kontraktsföremålet utesluter kriterier och villkor som rör allmän företagspolicy. Ett krav på att anbudsgivarna ska fastställa en viss politik rörande företagets sociala och miljömässiga ansvar är alltså inte möjligt. I skäl 97 ges exempel på vad för kriterier och villkor som det kan röra sig om.

337 Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 31.

338 Se underrubrik *Krav på särskild märkning* i avsnitt 2.2 avseende EU-domstolens avgörande i målet Noord-Holland.

339 Se även KOMMISSION, EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS Bryssel den 5.5.2009 KOM(2009) 215 slutlig MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL RÅDET, EUROPAPARLAMENTET OCH EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN Att bidra till en hållbar utveckling: rättvis handel och icke-statliga handelsrelaterade system för hållbar utveckling, sid. 8-9. I meddelandet fastslog kommissionen samma uppfattning kring rättvisemärkning i offentlig upphandling.

340 Det ovan sagda utesluter även krav på ekologiska varor i form av närproducerade varor, eftersom ett sådant krav sannolikt skulle anses snedvräda konkurrensen och vara diskriminerande mot andra leverantörer utanför det aktuella området. Däremot har EU-domstolens praxis bedömt att villkor för fullgörande av ett kontrakt som avser miljöhänsyn omfattar leverans, paketering och bortskaftande av varor. Enligt min uppfattning borde begreppet "livscykel" i upphandlingsdirektivet ge möjlighet att eventuellt beakta även transporten av varor.

341 Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 32. Observera att krav på en hållbar utveckling som finns med i de tekniska specifikationerna och att de kan kopplas till kontraktsföremålet, tillämpades i enlighet med artikel 53 i det gamla upphandlingsdirektivet 2004/18/EG. Artikel 53 reglerar tilldelningsgrunder men som nämndes i avsnitt 3.1.2 kan delar av de förhållanden som avses i tekniska specifikationer återkomma i utvärderingsfasen, d.v.s. vid utvärderingen av anbud vilka ska uppfylla de tekniska specifikationerna.

342 Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 31.

[...] I enlighet med rättspraxis från Europeiska unionens domstol omfattar detta också tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av ett kontrakt som avser leverans eller användning av rättvisemärkta varor vid fullgörandet av det kontrakt som ska tilldelas. Kriterier och villkor för handel och dess villkor kan exempelvis innebära att den berörda varan måste vara rättvisemärkt och bland annat omfatta krav på betalning av ett minimipris och ett högre pris till tillverkarna. Villkor för fullgörande av ett kontrakt som avser miljöhänsyn kan exempelvis omfatta leverans, paketering och bortskaffande av varor, och, när det gäller byggtreprenad- och tjänstekontrakt, avfallsminimering eller resurseffektivitet.³⁴³

Enligt min tolkning innebär ovanstående citat att då begreppet ”livscykel” omfattar hela produktions- eller tillhandahållandeprocessen kan den upphandlande myndigheten exempelvis ställa krav på villkor som rör leverans vid fullgörande av det aktuella kontraktet eller krav på att rättvisemärkta varor ska användas under produktions- eller tillhandahållandeprocessen. Enligt Finansdepartementets promemoria är det emellertid oklart vilka typer av villkor och hur långtgående krav som får ställas utan att dessa anses stå i strid med direktivet. En sådan bedömning får bedömas i ljuset av bl.a. artikel 18.2 i LOU-direktivet, enligt Finansdepartementet.³⁴⁴

343 Skäl (97) i upphandlingsdirektiv 2014/24/EU.

344 Se även Genomförandeutredningen betänkande (SOU 2014:51) som fick i uppdrag att lämna förslag på hur dessa artiklar ska genomföras i de nya upphandlingslagarna.

4 Analys och sammanfattning

I detta avsnitt presenteras de viktigaste resultaten av denna studie och en analys av dessa utifrån studiens teoretiska utgångspunkter.

Det övergripande syftet i denna studie är att kartlägga och analysera de rättsliga förutsättningarna för Västra Götalandsregionen att i offentlig upphandling beakta sociala hänsyn och följa de internationella åtagandena om de mänskliga rättigheterna. Utifrån detta syfte har följande frågeställningar formulerats: Vilken reglering har Västra Götalandsregionen att ta hänsyn till i offentlig upphandling? Ger upphandlingsreglerna möjlighet att beakta sociala hänsyn och följa de internationella åtagandena om de mänskliga rättigheterna i upphandlingsförfarandet? Ambitionen med studien är inte att fastställa vad som skulle kunna sägas vara gällande rätt utan att pröva hur långt man kan gå inom ramarna för olika rättsnormer och s.k. *soft law*.³⁴⁵ Gränsen för vad som är en möjlig tolkning är inte en gång för alla given utan är en process där varje tolkning som baseras på en argumentation med grund i styrdokumentet³⁴⁶ är värd att pröva.

Inledningsvis kan det konstateras att undersökningen visar att regelverket på olika nivåer som omgärdar offentlig upphandling ger flera olika möjligheter för Västra Götalandsregionen att beakta sociala hänsyn och följa de internationella åtagandena om mänskliga rättigheter i upphandlingar.

Soft law är inte bindande i strikt juridisk mening.³⁴⁷ Att denna normbildning inte är bindande innebär inte att den skulle sakna juridisk betydelse. Genom dessa kan kommissionen dels ha preciserat sin syn på rättsfrågor som ibland *inte ännu* har bedömts av EU-domstolen, dels kan sådana (icke bindande) normer kasta ljus över tolkningen av bindande unionsrättsliga bestämmelser eller nationella åtgärder baserade på bindande rättsakter.³⁴⁸ Studien visar att denna form av mjuk normbildning spelar stor betydelse för tolkningen av upphandlingsdirektiven avseende frågan om vilka möjligheter en upphandlande myndighet eller enhet har för att ta sociala hänsyn. Exempel på detta är EU-kommissionens tolkningsmeddelande från 2001 om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling samt EU-kommissionens handledning om socialt ansvarsfull upphandling i offentlig upphandling från 2010.

Vad som framkommit i denna studie är att upphandlande myndigheter hittills inte verkar ha varit offensiva i sina försök att ta sociala hänsyn på allvar. Det tyder på att en restriktiv tolkning verkar vara vanligare än extensiv tolkning,³⁴⁹ trots att det successivt har tillkommit EU-lagstiftningar och explicita rättsregler som inneburit utökade möjligheter för det offentliga att ta sociala hänsyn i offentlig upphandling, t.ex. genom utstationeringsdirektivet.³⁵⁰ Som undersökningen visar var det möjligt för upphandlande myndigheter att med stöd av bestämmelserna i de gamla upphandlingsdirektiven främja en socialt ansvarsfull upphandling. De tillämpningsproblem som ofta riktas mot upphandlingsregelverket, som att det är svårt, krångligt, tidsödande m.m. bottnar snarare i otillräcklig kompetens såväl juridiskt som affärsmässigt än på regelverket i sig.³⁵¹ Enligt min uppfattning är denna omständighet problematisk när den som Upphandlingsutredningen 2010 visar i sitt betänkande "[...] får till konsekvens

345 Se Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), sid. 58.

346 Styrdokument inkluderar *soft law*. Styrdokument används som en sammanfattande beteckning för officiella dokument som antagits av ett organ som givits legal behörighet att besluta om och utfärda olika typer av styrande dokument. Med "styrande" i detta sammanhang avses att de kan utöva styrning på rättens innehåll, d.v.s. även om de inte är rättsligt bindande.

347 Exempel på sådan icke bindande normgivning hör EU-kommissionens tolkningsmeddelanden, riktlinjer, vägledning m.m.

348 Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), sid. 58.

349 Förenklat medför en restriktiv respektive extensiv lagtolkning att en regels tillämpningsområde antingen inskränks (restriktiv) eller utvidgas (extensiv), se Peczenik, Aleksander (1995), sid. 338-340.

350 96/71/EG, EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, se även den nationella implementeringen av direktivet genom lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

351 SOU 2013:12, sid. 83.

att de upphandlande myndigheter tenderar att välja det säkra före det osäkra”.³⁵² Här åsyftas att affärsmässigheten får stå tillbaka av rädsla för att göra fel och få upphandlingen överprövad.

En aspekt av kunskapsbristerna som inte direkt rör tillämpningsfrågor men som kan antas bidra till kunskapsbristerna inom området offentlig upphandling är den hittills mycket begränsade forskningen på området. Bristerna gäller såväl teori som empiri³⁵³ och enligt Upphandlingsutredningen 2010 finns ett stort behov av forskning i ett flertal disciplinära områden, däribland i rättsvetenskap.³⁵⁴ Nedan behandlas först övergripande reflektioner avseende EU-rätten eftersom den underlättar förståelsen av den rättsliga argumentationen som förs i den fortsatta framställningen.

Övergripande reflektioner avseende EU-rätten

Denna undersökning synliggör att det går att tillämpa olika perspektiv på den inre marknadens roll i förhållande till EU-rättens påverkan på upphandlande myndighetens handlingsutrymme: multipolicyperspektivet och det traditionella inremarknadsperspektivet. Detta menar jag bekräftar de svårigheter som är förenade med tolkningen av rättskällor. Emellertid är det också viktigt att belysa att nämnda perspektiv inte alls behöver tolkas som att de utgör *motstridiga* och/eller *oförenliga* perspektiv på EU-rätten i upphandlingssammanhang – vilket Upphandlingsutredningens 2010 betänkande ger intryck av. Även om det inom ramen för respektive synsätt uppenbart förekommer olika ståndpunkter i konkreta fall menar jag att den centrala frågan är hur ”den inre marknaden” kan och bör förstås i upphandlingssammanhang och därmed också dess roll?

En vanlig tanke är att se den inre marknaden som en tullunion mellan medlemsstater som förbjuder tullar och otillåtna handelshinder samt andra hinder för de fyra friheterna: fri rörlighet för personer, varor, tjänster och kapital. Jag menar att den ”inre marknaden” snarare bör ses i relation till unionens värdegrund och mål.³⁵⁵

Tvärt emot både det traditionella inremarknadsperspektivet och multipolicyperspektivet menar jag att den ”inre marknaden”, varors och tjänsters fria rörlighet, varken är överordnad miljöhänsyn och sociala hänsyn (enligt inremarknadsperspektivet) eller att de har en jämbördig ställning (enligt multipolicyperspektivet). Båda perspektiven, liksom Upphandlingsutredningen tolkning av dessa, förutsätter en idé om att den ”inre marknaden” utgör ett självständigt mål för unionen. Jag skulle vilja hävda att så inte är fallet. Den ”inre marknaden” som en social verklighet att förhålla sig till i upphandlingssammanhang är inget annat än en rättslig konstruktion.³⁵⁶ Med rättslig konstruktion avses här att den är skapad av människor med det ursprungliga yttersta syftet att säkerställa fred och internationell säkerhet. Människor har helt enkelt kommit överens om att fred och internationell säkerhet bäst upprätthålls och säkerställs genom en ”inre marknad”. Denna konstruktion utgår från föreställningar om att det finns geografiska gränser som historiskt utgjort och fortfarande anses utgöra ett hot mot fred och internationell säkerhet.

Samma föreställningar om geografiska gränser präglar också idén om ett område *utan* gränser (inre marknaden), d.v.s. ett område där det anses bör råda fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. Enligt detta synsätt är den inre marknaden varken överordnad miljöhänsyn och sociala hänsyn eller jämbördig med sådana hänsyn. Jag menar att det istället är möjligt att argumentera för att unionens grundläggande värden ska prägla den mänskliga samlevnaden som förekommer inom ramen för den inre marknaden, d.v.s. idén om ett område utan inre gränser för att uppnå demokratiskt överenskomna samhällsmål.

352 SOU 2013:12, sid. 83.

353 Med empiri avser Upphandlingsutredningen 2010 bl.a. bristen på forskning (empiriska data) avseende effekterna av offentlig upphandling som styrmedel för att uppnå sociala mål. Den litteratur som finns handlar exempelvis om förekomsten av styrinstrument. Utredningen påtalar att sociala krav nämligen kan ha både positiva och negativa konsekvenser. Vidare påpekas att de sociala målsättningarna i sig inte alltid är kompatibla med varandra – utredningen menar exempelvis att lokala målsättningar kan krocka med övergripande samhälleliga prioriteringar på nationell eller internationell nivå, se SOU 2013:12, sid. 409-410.

354 Även metodfrågorna behöver enligt min mening uppmärksammas eftersom rättskällorna på olika nivåer liksom deras olika karaktär i praktiken kan innebära uppenbara svårigheter avseende tolkningsmetoder, men också avseende deras förhållande till varandra.

355 Se not 75.

356 Om ”sociala verkligheter” och ”rätten som en social konstruktion”, se Svedberg, Wanna (2013), sid. 59-70.

Den Europeiska unionens grundläggande värden anges vara respekt för människans värdighet, frihet, demokrati, jämlikhet, rättsstaten och respekt för de mänskliga rättigheterna, inklusive rättigheter för personer som tillhör minoriteter.³⁵⁷ Unionsfördraget slår fast att de grundläggande värdena ska vara gemensamma för medlemsstaterna i ett samhälle som kännetecknas av mångfald, icke-diskriminering, tolerans, rättvisa, solidaritet och principen om jämställdhet mellan kvinnor och män.³⁵⁸ Respekten för de mänskliga och medborgerliga rättigheterna innefattar icke-diskriminering, jämställdhet, solidaritet och socialt skydd, vilka har konkretiserats ytterligare i EU:s rättighetsstadga och genom anslutningen till Europakonventionen.³⁵⁹

De grundläggande värdena bygger på antagandet om människan som en social varelse och som sådan interagerar hon med sin omgivning. Härigenom har de grundläggande värdena enligt min tolkning fått ett betydligt vidare omfång – dessa knyts alltså inte endast till EU-medborgarskapet utan omfattar även alla mänskliga aktiviteter (åtminstone i den offentliga sfären) som är betingade av det faktum att människor lever tillsammans. På så sätt omfattar de grundläggande värdena även ”resultaten” av den mänskliga samlevnaden, som varor och tjänster.³⁶⁰

Det innebär *för det första* att angivet område ska kännetecknas av mångfald, icke-diskriminering, tolerans, rättvisa, solidaritet och principen om jämställdhet mellan kvinnor och män. *För det andra* ska det som sker inom detta fiktiva område, som ett resultat av den mänskliga samlevnaden (fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital) både vara underkastad och aktivt bidra till att upprätthålla unionens grundläggande värden.

I linje med detta synsätt bör den ”inre marknaden” främst ses som ett medel och inte som ett självständigt mål, som den kärna kring vilket EU-samarbetet kretsar med det yttersta syftet att skapa *en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken*.³⁶¹

Ett sådant synsätt menar jag förklarar de grundläggande unionsrättsliga principer som styr upphandlingsområdet: rätten till fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som anses följa därav. De senare avser EU-domstolens rättspraxis där den närmare innebörden av friheterna har konkretiserats på upphandlingsområdet, bland annat principen om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.³⁶² Av detta följer även att en unionsrättkonform tolkning av den nationella lagstiftningen, där upphandlingen utgör ett marknadsbaserat rättsligt instrument, bör tolkas och argumenteras i enlighet med ovanstående synsätt. Nedan kommer ett urval av resultaten att presenteras närmare.

4.1 REGLERINGEN AV OFFENTLIG UPPHANDLING

Denna studie visar att den mest centrala och viktigaste regleringen av offentlig upphandling är EU-rätten, inte minst genom EU-domstolens avgöranden. Den nationella lagstiftningen består till stor del av implementering och anpassning till EU:s upphandlingsdirektiv. Enligt principen om direktivkonform tolkning ska den nationella lagstiftningen tolkas så långt som möjligt i ljuset av upphandlingsdirektivens ordalydelse och syfte. Samtidigt visar undersökningen att den ökade internationaliseringen av den nationella lagstiftningen inneburit att vår inhemska lagstiftning i allt större utsträckning har tolkas i enlighet med Sveriges internationella åtaganden, exempelvis på konventionsrättens område. De rättsliga principerna är inte statiska och deras innebörd är under ständig förändring.³⁶³ Den rättsliga utvecklingen

357 Artikel 2 i FEU-fördraget.

358 Artikel 2 i FEU-fördraget.

359 Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), sid. 34.

360 Se Bernitz och Kjellgren som menar att likabehandlingsprincipen (artikel 18.1 FEUF) innebär att varje form av diskriminering grundad på nationalitet är förbjuden vilket inkluderar medborgare, företag eller produkter från annat medlemsland, se Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), sid. 35. Det senare menar jag talar för den syn på människan och hennes aktiviteter som presenteras ovan.

361 Se not 75.

362 Se skäl (1) i upphandlingsdirektivet 2014/24/EU.

363 Se avsnitt 1.4 Teoretiska utgångspunkter beträffande den dualistiska principen som gäller på konventionsrättens område.

menar jag talar för att en upphandlande myndighet i kravställandet kan utgå från de rättigheter som följer av internationella eller regionala konventioner om mänskliga rättigheter.

Eftersom EU-rättens normhierarki innebär att de internationella konventionerna som undertecknats av medlemsstaterna ligger på högsta nivå finns det möjligheter att inom ramen för EU-rätten följa de internationella åtagandena om mänskliga rättigheter. Det gäller även de internationella överenskommelser som EU ingår då normhierarkin innebär att sekundär-rätten (t.ex. upphandlingsdirektiven) så långt som möjligt ska tolkas i överensstämmelse med de internationella överenskommelserna. Det bör även påpekas att flera av FN:s konventionsrättigheter återfinns i EU:s olika rättskällor. Vissa av FN:s konventioner som ILO:s grundläggande rättighetskonventioner har dessutom fått särskild betydelse i offentlig upphandling. I upphandlingsdirektivet anges explicit att medlemsstaterna enligt allmänna bestämmelser om principer för upphandling ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer *vid fullgörande av offentliga kontrakt*³⁶⁴ iakttar tillämpliga internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser.³⁶⁵ Det kan med andra ord förväntas att direktivbestämmelsen artikel 18.2 i upphandlingsdirektiv 2014/24/EU implementeras i de nya nationella upphandlingslagarna som föreslås träda i kraft 2016.

4.2 UPPHANDLINGSFÖRFARANDETS OLIKA KRAVTYPER FÖR ATT BEAKTA SOCIALA HÄNSYN OCH FÖLJA DE INTERNATIONELLA ÅTAGANDENA OM DE MÄNSKLIGA RÄTTIGHETERNA

Undersökningen visar att upphandlande myndigheter kan ställa krav på sociala hänsyn och följa de internationella åtagandena om mänskliga rättigheter inom olika områden och i form av olika kravtyper under upphandlingsförfarandet. De kravtyper som förekommer under upphandlingsförfarandets olika faser är krav genom tekniska specifikationer eller kvalificeringskrav på leverantörer, utvärderingskriterier eller särskilda kontraktsvillkor. Oavsett kravtyper är en allmän förutsättning i enlighet med principen om öppenhet att förfrågningsunderlaget ska vara tydligt och innehålla samtliga krav på dels det som ska upphandlas, dels på de leverantörer som ska kunna antas. Eftersom syftet med kravet på öppenhet är att garantera att upphandlingsförfarandet är öppet för konkurrens innebär detta även att den upphandlande myndigheten inte får frångå de ställda kraven.

Ytterligare en viktig aspekt att påpeka i sammanhanget är att det för samtliga kravtyper gäller att de ska vara förenliga med principerna för offentlig upphandling: likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.³⁶⁶ Vidare ska de krav som ställs av upphandlande myndigheter och enheter följas upp och kontrolleras. Krav som inte följs upp och kontrolleras av den upphandlande myndigheten eller enheten är inte förenliga med EU-domstolens praxis. Undersökningen visar exempelvis att antidiskrimineringsförordningen inte har tillämpats som ett effektivt instrument för att motverka diskriminering i leverantörsledet och att den främsta orsaken till detta var att myndigheterna avstått från att använda sanktioner vid överträdelser mot antidiskrimineringsvillkoren samt att de i flertalet fall överhuvudtaget inte följt upp villkoren.³⁶⁷ I gällande upphandlingsdirektiv har man också skärpt skyldigheten för upphandlande myndigheter att dels undersöka vad myndigheten uppfattar som låga anbud, dels en skyldighet att förkasta sådana om de inte kan förklaras av anbudsgivaren på ett tillfredsställande sätt.

364 Enligt min tolkning avses i artikeln 18.2 i upphandlingsdirektivet 2014/24/EU krav på sociala hänsyn i form av *särskilda kontraktsvillkor*.

365 Se avsnitt 3.1.2 Utvärderingskriterier (Tilldelningskriterier).

366 Se skäl (1) i upphandlingsdirektivet 2014/24/EU och 1 kap. 9 § LOU.

367 Se avsnitt 3.2.1 Diskriminering.

4.2.1 Att ställa krav på sociala hänsyn med hjälp av tekniska specifikationer och kvalificeringskrav på leverantörer

Studien visar att tekniska specifikationer, vars syfte är att beskriva för marknaden vad det är som efterfrågas och att ange krav på föremålet för upphandlingen mot vilka anbud sedan kan utvärderas, ska ha samband med kontrakt föremålet. En allmän förutsättning är dock att de inte får strida mot principen om ömsesidigt erkännande samt att de utformas på ett sätt som inte snedvrider konkurrensen (t.ex. att på konstlad väg begränsa konkurrensen genom att ställa krav som på förhand gynnar en viss ekonomisk aktör).

När det gäller tekniska specifikationer är det också viktigt att känna till obligatoriska EU-gemensamma standarder som finns för vissa varor och tjänster.³⁶⁸ Harmoniseringen av dessa ska inte endast ses som att den minskar det nationella handlingsutrymmet för upphandlande myndigheter att ta sociala hänsyn utan att harmoniseringsåtgärder inom exempelvis informationsteknik och kommunikationsteknik för tillgänglighet även underlättar myndigheters kravställande. Därigenom behöver inte varje enskild upphandlande myndighet eller enhet vid varje enskild upphandling ”uppfinna hjulet på nytt”. Sådana harmoniseringsåtgärder kan istället utgöra ett rättsligt stöd för myndigheter att i större utsträckning ställa krav på en produkts eller en tjänsts egenskaper.

Förutsatt att de sociala kraven som ställs i form av tekniska specifikationer har samband med kontrakt föremålet är det fullt möjligt att kräva särskild kompetens och erfarenhet av socialt arbete om uppdraget avser en behandlingstjänst rörande exempelvis vård av missbrukare. Ett annat exempel är att krav på tillgänglighetsstandarder kan ställas vid införskaffning av datorer om dessa exempelvis ska användas av personer med funktionsnedsättning.

Kvalificeringskrav på leverantörer

När det gäller kvalificeringskrav på leverantörer visar undersökningen att myndighetens prövning ska ske i flera steg och utföras i en viss ordning enligt gällande lagstiftning (i enlighet med bestämmelserna i LOU kap. 10-12). Bestämmelsen i 10 kap. 2 § LOU gör det möjligt för en upphandlande myndighet att utesluta leverantörer, men innehåller ingen skyldighet för myndigheten att göra det, vilket kan jämföras med 10 kap. 1 § LOU som anger obligatoriska uteslutningsgrunder.

Det kan också konstateras att när det gäller kvalificeringskrav på leverantörer finns möjligheter för Västra Götalandsregionen att vid tillämpningen av 10 kap. 2 § LOU påverka rättsutvecklingen. Lagstiftningen ger möjlighet för Västra Götalandsregionen att utesluta leverantörer på grund av brott mot exempelvis social lagstiftning samt allvarliga fel i yrkesutövningen som rör sociala frågor. Det kan alltså röra sig om överträdelser av lagstiftning som syftar till att främja arbetsmarknads- och socialpolitiska mål. Som studien visar har en upphandlande myndighet möjlighet att utesluta en nationell anbudsgivare som inte har upprättat exempelvis en jämställdhetsplan enligt 3 kap. 13 § diskrimineringslagen (DiskrL).³⁶⁹ Upphandlande myndigheten kan i förfrågningsunderlaget ange krav på jämställdhetsplan med hänvisning till bestämmelser i diskrimineringslagen om att främja jämställdheten.

Enligt diskrimineringslagen föreligger en skyldighet att upprätta en jämställdhetsplan för arbetsgivare med minst 25 arbetstagare i företaget. En jämställdhetsplan ska enligt diskrimineringslagen innehålla en översikt över de åtgärder som behövs på arbetsplatsen (3 kap. 4-9 §§ DiskrL). Med andra ord ställs det i diskrimineringslagen krav på aktiva åtgärder som rör dels *arbetsförhållanden* på arbetsplatsen (som att förebygga och förhindra sexuella trakasserier och att underlätta för både kvinnliga och manliga arbetstagare att förena förvärvsarbete och föräldraskap), dels *vid rekrytering* (t.ex. att genom utbildning, kompetensutveckling och andra lämpliga åtgärder främja en jämn fördelning mellan kvinnor och män).

³⁶⁸ Se avsnitt 3.1.1 Tekniska specifikationer eller kvalificeringskrav för leverantörer (Urvalskriterier).

³⁶⁹ Se avsnitt 3.1.1 Tekniska specifikationer eller kvalificeringskrav för leverantörer (Urvalskriterier) och 3.2.2 Jämställdhet.

Ett beslut om uteslutning förutsätter att skyldigheter som leverantören har att iaktta men som inte följs betraktas som ett allvarligt fel i den medlemsstaten att inte följa sådan lagstiftning och att åtgärden kan anses stå i rimlig proportion till det mål som eftersträvas enligt principen om proportionalitet.

Att det finns en möjlighet för det offentliga att påverka rättsutvecklingen på det här området baseras på att det inte finns entydiga svar på frågan om vad som kan utgöra ”ett allvarligt fel”, varken i det gamla eller i det gällande upphandlingsdirektivet. Som framgått anges i skäl 101 i gällande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU att *sociala skyldigheter* även inkluderar underlåtenhet att följa bestämmelser om tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, eller som gör sig skyldiga till andra former av allvarliga fel i yrkesutövningen.³⁷⁰ Om krav på sociala hänsyn ställs i form av kvalificeringskrav har dock bevisbördan lagts på den upphandlande myndigheten som alltså ska påvisa att den ekonomiska aktören inte har fullgjort sina skyldigheter, inklusive skyldigheter som gäller betalning av skatter eller sociala avgifter, såvida inte annat föreskrivs i nationell rätt.³⁷¹

4.2.2 Att ställa krav på sociala hänsyn med hjälp av utvärderingskriterier (tilldelningskriterier)

Studien visar att det är möjligt att ställa krav på sociala hänsyn i form av utvärderingskriterier, som anger grunderna för utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt. Samtidigt kan det konstateras att det råder olika meningar gällande frågan om tilldelningskriterierna måste klara inremarknadstestet. Som framgått innebär det att kraven ska 1) tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, 2) vara motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset, 3) vara lämplig för att uppnå målet som eftersträvas, och 4) inte gå utöver vad som krävs för att uppnå det eftersträvade målet.

En aspekt som en upphandlande myndighet behöver förhålla sig till är hur man ska gå tillväga när bestämmelserna om tilldelningsgrunder i gällande LOU baseras på det gamla direktivet 2004/18/EG samtidigt som nuvarande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU ännu inte har implementerats i den nationella lagstiftningen. Som framgått kan en upphandlande myndighet enligt nuvarande bestämmelse i LOU (12 kap. 1 §) tilldela kontraktet till den leverantör som lämnat 1) det lägsta anbudet eller 2) den leverantör som har lämnat det ur den upphandlande myndighetens perspektiv ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.³⁷²

Undersökningen visar att ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” enligt nuvarande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU ska förstås som ett överordnat begrepp som tar fasta på ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”.³⁷³ Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på grundval av antingen pris eller kostnad enligt direktivet. Vid en utvärdering av kostnaden ska myndigheten ta hänsyn till tilldelningskriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet samt bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet genom exempelvis en analys av kostnaderna under livscykeln för en vara, tjänst eller byggtreprenad eller en bedömning av det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Vad som ska anses som kostnadseffektivt ska bedömas på grundval av tilldelningskriterier såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter eller sociala aspekter. Även om begreppet ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet” enligt direktivet 2014/24/EU ska tolkas i enlighet med den rättspraxis som avser de äldre direktiven kan det i praktiken vålla problem.

Jag menar att upphandlande myndigheter bör kunna gå före i arbetet med att ta tillvara sociala och miljömässiga hänsyn i offentlig upphandling.³⁷⁴ Nuvarande bestämmelse i LOU (12 kap. 1 §), d.v.s. tilldelningsgrunden ”den leverantör som har lämnat det ur den upp-

370 Skäl (101) i direktiv, 2014/24/EU.

371 10 kap. 2 § p. 4 LOU. Se även skäl (101) i nuvarande direktiv 2014/24/EU.

372 Se Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), sid. 39, 117-118 samt 125.

373 Se skäl (89) i direktiv 2014/24/EU.

374 En ståndpunkt som också framförts av Upphandlingsutredningen 2010, se avsnitt 2.2 Nationell rätt, där jag redogör för begreppet ”den goda affären”. Begreppet används av Upphandlingsutredningen 2010 för att beskriva hur upphandlingen borde fungera.

handlande myndighetens perspektiv ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” bör tolkas i överensstämmelse med dels det nya (gällande) upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, dels *soft law* såsom Europa 2020-strategin och Europeiska kommissionens tolkningsmeddelande och vägledning. Exempelvis kan det handla om att formulera utvärderingskriterier som tar hänsyn till varors och tjänsters sociala livscykelkostnader eller att ställa krav på anställnings- och arbetsvillkor.³⁷⁵

För EU-direktiv där införlivandefristen inte har löpt ut gäller inte kravet på direktivkonform tolkning. Enligt Ulf Bernitz och Anders Kjellgren har dock EU-domstolen, i enlighet med principen om unionsrättens *spärrverkan*, slagit fast att nationella domstolar så långt det är möjligt ska avhålla sig från att tolka nationell lagstiftning på sätt som efter utgången av införlivandefristen riskerar att allvarligt äventyra det mål som eftersträvas med direktivet. Detta menar jag utgör ett stöd för resonemanget ovan, att tolka nationella bestämmelser i ljuset av det nya upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, även om det inte har implementerats i den nationella lagstiftningen.

Utöver vad som beskrivits ovan borde man enligt min uppfattning, när det gäller upphandling inom ickeharmoniserade och minimiharmoniserade områden, kunna stödja sig på Kunzliks resonemang om att göra skillnad på *köpkrav* ”vad den upphandlande önskar köpa”³⁷⁶ och *tillträdeskrav* som ”begränsar kretsen av vilka företag som får tillträde till upphandlingsförfarandet, inklusive villkoren för tillgången till förfarandet”.³⁷⁷ Kunzliks resonemang stöds också av EU-kommissionens vägledningsdokument, som anger att den upphandlande enheten (myndigheten) i princip är fri att fastställa kontraktsföremålet på det sätt som svarar mot dess behov.³⁷⁸ Som framgått skulle det i sådant fall innebära att inremarknadstestet inte är tillämpligt på krav eller utvärderingskriterier (tilldelningskriterier) som definierar vad den upphandlande myndigheten önskar köpa (köpkrav) förutsatt att de grundläggande principerna följs.³⁷⁹

4.2.3 Att ställa krav på sociala hänsyn med hjälp av särskilda kontraktstvillkor (särskilda tilläggsvillkor).

Studien visar att regelverket för offentlig upphandling tillåter krav på sociala hänsyn i form av särskilda kontraktstvillkor, de villkor som anger hur kontraktet ska genomföras. Enligt min bedömning har upphandlande myndigheter, genom att använda sig av särskilda kontraktstvillkor, ett stort utrymme att på allvar pröva hur långt man kan gå inom ramen för olika rättsnormer och *soft law*. Detta eftersom den upphandlande myndigheten, om sådana villkor uppställs i annonsen, också kan ställa som krav att anbudsgivarna bekräftar att de accepterar villkoren. Studien visar att sociala hänsyn enligt EU-kommissionens vägledning får ställas som särskilda kontraktstvillkor förutsatt att de är kopplade till kontraktets fullgörande, anges i meddelandet om upphandling och är förenliga med EU-rätten (inkluderar de allmänna principerna i FEUF). Vidare kan sådana villkor användas på samtliga tillämpningsområden som behandlats i denna studie.³⁸⁰ Områden som kan vara föremål för att beakta sociala hänsyn i offentlig upphandling är diskriminering, jämställdhet, tillgänglighet, sociala företag, arbetsrättsliga krav, arbetslöshet och upphandling från tredje land. Det bör särskilt påpekas att särskilda kontraktstvillkor i många avseenden tar fasta på flera av de rättigheter som skyddas i konventioner om mänskliga rättigheter.

Genom att använda sig av särskilda kontraktstvillkor minimeras också risken för att den upphandlande myndighetens krav kommer att bedömas vara i strid med principen om

375 I övrigt, för fler exempel av utvärderingskriterier (tilldelningskriterier) hänvisas till avsnitten som behandlar olika tillämpningsområden för att ta sociala hänsyn, se avsnitt 3.2 Olika sätt att ta sociala hänsyn – exempel på tillämpningsområden och underliggande avsnitt 3.2.1-3.2.7.

376 SOU 2013:12 (bilaga 11a), Hur långtgående krav och kriterier tillåter EU-rätten, sid. 13, se även Europeiska Kommissionen Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 24.

377 SOU 2013:12 (bilaga 11a), Hur långtgående krav och kriterier tillåter EU-rätten, sid. 13.

378 Se not 109.

379 Se avsnitt 2.1.1 De grundläggande unionsrättsliga principer som styr upphandlingsområdet.

380 Se avsnitt 3.2 Olika sätt att ta sociala hänsyn – exempel på tillämpningsområden, samt underliggande avsnitt 3.2.1-3.2.7, vilka behandlar krav på sociala hänsyn på enskilda tillämpningsområden såsom diskriminering, jämställdhet, tillgänglighet, sociala företag, arbetsrättsliga krav, arbetslöshet och upphandling från tredje land.

icke-diskriminering. Särskilda kontraktsvillkor anses nämligen inte begränsa kretsen av vilka företag som får tillträde till upphandlingsförfarandet.³⁸¹ Enligt min bedömning är ett skäl till att begränsningar av tillträdet till upphandlingsförfarandet bedöms som särskilt allvarliga är att de anses strida mot de grundläggande principerna, men också mot själva syftet: att offentlig upphandling ska vara effektiv, rättssäker och ta tillvara konkurrensen på marknaden.

Jag menar att det är värt att pröva en argumentation baserat på tolkningen att inretnadstestet endast ska tillämpas på s.k. tillträdeskrav. Denna tolkning framhålls av företrädare för multipolicyperspektivet samt Upphandlingsutredningen 2010.³⁸² Det betyder att inretnadstestet inte aktualiseras för sådana villkor som anger hur kontraktet ska utföras (särskilda kontraktsvillkor). Som tidigare framgått behöver inte särskilda kontraktsvillkor vara uppfyllda vid tidpunkten för anbudsgivningen utan först i samband med kontraktets utförande.

4.2.4 Avslutande ord

Samhället står inför stora utmaningar på det sociala området. Den offentliga sektorns anskaffning av varor och tjänster utgör ett viktigt instrument som ökat i betydelse som verktyg för att främja socialpolitiska målsättningar. Genom att en större andel av välfärdsproduktionen idag sker i privat regi med offentlig finansiering medför detta minskade möjligheter för det offentliga att exempelvis sysselsätta människor i den offentliga sektorn. Samtidigt finns det tydliga sprickor i välfärden. Upphandlingsutredningen 2010 uppmärksammar i sitt betänkande att många människor inte kommer till sin rätt "[...] på grund av olika typer av handikapp eller diskriminering och socialt utanförskap eller exkludering".³⁸³ Trots samhällets olika åtgärder för att motverka denna utveckling riskerar "[r]esultatet [...] alltför ofta [bli] social utestängning innebärande att människor med kapacitet, värderingar eller en livsstil som skiljer sig från "normen" inte bereds plats" [citationstecken i original].³⁸⁴ Upphandlingsutredningens problemformulering förtjänar dock några korta kommentarer. Upphandlingsutredningen framställer problemet (att många människor inte kommer till sin rätt) som att det beror på antingen individuella eller strukturella faktorer ("på grund av olika typer av handikapp eller diskriminering"). Jag menar att Upphandlingsutredningens individorienterade förklaringsmodell står i skarp kontrast med målsättningen om "universell design" i FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, som EU har ratificerat den 23 december 2010 ("design för alla").³⁸⁵ I det första fallet förläggs problemet på individen och i det andra fallet på samhällets struktur. Hur ett problem framställs styr emellertid vilka samhällliga lösningar som anses möjliga och lämpliga.³⁸⁶ Om problemet i första hand ses som ett individproblem så kommer åtgärderna att inriktas på individorienterade lösningar som exempelvis anpassade tekniska hjälpmedel av olika slag. Samtidigt konstrueras det sociala ansvarstagandet för att åstadkomma förändringar i samhället som något för den personkrets som har minst makt att förändra den rådande "normen". Om den strukturella förklaringsmodellen tillämpas kommer "lösningarna" istället att inriktas på att utmana och förändra rådande strukturer för att motverka diskriminering och bidra till att uppnå demokratiskt beslutade mål och krav på social hållbarhet, via krav på exempelvis likabehandling och tillgänglighet.

381 SOU 2013:12 (bilaga 11a), sid. 13. Begränsningar av kretsen för vilka företag som får tillträde till upphandlingsförfarandet kan belysas utifrån Kunzliks resonemang om skillnaden mellan köpkrav respektive tillträdeskrav. Kunzliks indelning i köpkrav respektive tillträdeskrav behandlades under avsnitt 2.1.2.4 Multipolicyperspektivet beträffande kravens utformning inom minimiharmoniserade och ickeharmoniserade områden.

382 SOU 2013:12, sid. 392.

383 SOU 2013:12, sid. 379.

384 SOU 2013:12, sid. 380. Upphandlingsutredningens "orsak/verkan-resonemang" är något oklar. Orsakerna till att många människor inte kommer till sin rätt anges bero på individuella eller strukturella faktorer som diskriminering, socialt utanförskap eller exkludering (orsak-resonemang). För att sedan tala om att människor som skiljer sig från "normen" (som inte utvecklas närmare) leder till social utestängning (verkan-resonemang). Social utestängning tycks enligt Upphandlingsutredningen både vara en orsak och en verkan.

385 Se not 130. Observera att "design för alla" *inte* utesluter hjälpmedel för enskilda personer eller grupper där så behövs. Se även förordning (2001:526) om de statliga myndigheternas särskilda ansvar för genomförande av funktionshinderspolitiken, där slår regeringen fast att de statliga myndigheterna har ett särskilt ansvar för genomförandet av funktionshinderspolitikens mål. Se även Myndigheten för delaktighet nyligen utgivna skrift *Riktlinjer för tillgänglighet – Riv hindren* (Serie A 2015:5).

386 Svedberg, Wanna (2013), sid. 106. Se även Bacchi, Carol Lee (1999), sid. 9.

Upphandlingsutredningen lyfter också fram oroande tendenser avseende den politiska och sociala sammanhållningen i Europa. Genomtänkta och väl utformade sociala krav kan göra skillnad när det gäller att bidra till samhälleliga mål, menar utredningen. Det finns med andra ord starka skäl för det offentliga att utnyttja sin köpkraft för att främja mål inriktade på social hållbarhet. Upphandling anses vara ett styrmedel som snabbt kan åtgärda problem och åstadkomma förändring i jämförelse med generella styrmedel som ofta tar lång tid att införa.³⁸⁷

Västra Götalandsregionen kan genom en medveten och strategisk upphandling göra skillnad när det gäller respekten för mänskliga rättigheter. Det kan också handla om att ställa sociala krav på exempelvis likabehandling, tillgänglighet, anställning eller olika former av främjande-åtgärder till stöd för långtidsarbetslösa, ungdomar eller människor med funktionsnedsättning.

Det bör än en gång understrykas att gränsen för vad som är en möjlig tolkning inte är en gång för alla given utan är en process där varje tolkning som baseras på en argumentation med grund i styrdokumentet är värd att pröva. Mot denna bakgrund menar jag att det är viktigt att pröva olika vägar för att i samband med konkurrensutsättningen få ut maximal nytta socialt, men också att kontrollera och säkerställa att de krav som ställs följs i praktiken.

387 SOU 2013:12, sid. 407.

5 Bilagor

BILAGA 1

Förteckning över internationella sociala och miljörelaterade konventioner som avses i artikel 18.2 (Utdrag från gällande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU, Bilaga X)

- ILO-konvention nr 87 om föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten
- ILO-konvention nr 98 om tillämpning av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten
- ILO-konvention nr 29 om tvångs- eller obligatoriskt arbete
- ILO-konvention nr 105 om avskaffande av tvångsarbete
- ILO-konvention nr 138 om minimiålder för tillträde till arbete
- ILO-konvention nr 111 om diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning
- ILO-konvention nr 100 om lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde
- ILO-konvention nr 182 om avskaffande av de värsta formerna av barnarbete
- Wienkonventionen för skydd av ozonskiktet och dess Montrealprotokoll om ämnen som bryter ned ozonskiktet
- Baselkonventionen om kontroll av gränsöverskridande transporter och slutligt omhändertagande av farligt avfall (Baselkonventionen)
- Stockholmskonventionen om långlivade organiska föroreningar (Stockholmskonventionen)
- Rotterdamkonventionen om förfarandet med förhandsgodkännande sedan information lämnats för vissa farliga kemikalier och bekämpningsmedel i internationell handel (Unep/FAO) (PIC-konventionen), Rotterdam, 10 september 1998 och dess tre regionala protokollSV 28.3.2014 Europeiska unionens officiella tidning L 94/223

BILAGA 2

Pdf hämtat (2014-02-17) från regeringens webbplats om mänskliga rättigheter
<http://www.manskligarattigheter.se/sv/manskliga-rattigheter-i-sverige/konventioner-om-manskliga-rattigheter-som-sverige-har-anslutit-sig-till>

Konventioner om mänskliga rättigheter som Sverige har undertecknat

FN

DOKUMENT	UNDERTECKANDE	RATIFIKATION	I KRAFT I SVERIGE	RESERVATION	PROP
Konvention om förhindrande och bestraffning av brottet folkmord, 1948-12-09	1949-12-30	1952-05-27	1952-08-25		1952:71
Konventionen angående flyktingars rättsliga ställning, 1951-07-28	1951-07-28	1954-10-26	1955-01-24	Artiklarna 8, 12 (1), 17 (2), 24 (1)(b), 24 (3) och 25	1954:134
Protokoll angående flyktingars rättsliga ställning, 1967-01-31		1967-07-25	1967-10-04		
Internationell konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering, 1966-03-07	1966-05-05	1971-12-06	1972-01-05		1970:87
Internationell konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, 1966-12-16	1967-09-29	1971-12-06	1976-01-03	Artikel 7 (d)	1971:125
Internationell konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, 1966-12-16	1967-09-29	1971-12-06	1976-03-23	Artiklarna 10 (3), 14 (7) och 20 (1)	1971:125
Fakultativt protokoll om enskild klagorätt till den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, 1966-12-16	1967-09-29	1971-12-06	1976-03-23	Artikel 5 moment 3	1971:125
Andra fakultativa protokollet syftande till dödsstraffets avskaffande, 1989-12-15	1990-02-13	1990-05-11	1991-07-11		1989/90:91
Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor, 1979-12-18	1980-03-07	1980-07-02	1981-09-03		1979/80:147

Fakultativt protokoll om enskild klagorätt till konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor, 1999-10-06	1999-12-10	2003-04-24	2003-07-24		2002/03:19
Konventionen mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, 1984-12-10	1985-02-04	1986-01-08	1987-06-26		1985/86:17
Konventionen om barnets rättigheter, 1989-11-20	1990-01-26	1990-06-29	1990-09-02		1989/90:107
Fakultativt protokoll angående barns inblandning i väpnad konflikt, 2000-05-25	2000-06-08	2003-02-20	2003-03-20		2001/02:178
Fakultativt protokoll angående barnprostitution, 2000-05-25	2000-09-08	2007-01-19	2007-02-19		2005/06:68
Romstadga för den internationella brottsmålsdomstolen, 1998-07-17	1998-10-17	2001-06-28	2002-07-01		2000/01:122
Fakultativt protokoll till konvention mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, 2002-12-18	2003-06-26	2005-09-14	2006-06-22		2004/05:107
Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, 2006-12-13	2007-03-30	2008-12-15	2009-01-14		2008/09:28
Fakultativt protokoll till konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, 2006-12-13	2007-03-30	2008-12-15	2009-01-14		2008/09:28

ILO

Konvention (nr 29) om tvångs- eller obligatoriskt arbete, 1930-06-28		1931-12-22	1932-12-22		1931:32
Konvention (nr 87) om föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten, 1948-07-09		1949-11-25	1950-11-25		1949:162
Konvention (nr 98) om tillämpning av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten, 1949-07-01		1950-07-18	1951-07-18		1950:188
Konvention (nr 100) om lika lön, 1951-06-29		1962-06-20	1963-06-20		1962:70
Konvention (nr 105) om avskaffande av tvångsarbete, 1957-06-25		1958-06-02	1959-06-02		1958:46
Konvention (nr 111) om diskriminering vad avser anställning och yrkesutövning, 1958-06-25		1962-06-20	1963-06-20		1962:70
Konvention (nr 138) om minimiålder för tillträde till arbete, 1973-06-26		1990-03-30	1991-03-30	Minimiålder 15 år	1989/90:60
Konvention (nr 156) om jämställdhet mellan manliga och kvinnliga arbetstagare med familjeansvar, 1981-06-23		1982-08-11	1983-08-11		1981/82:166
Konvention (nr 182) om förbud mot och omedelbara åtgärder för avskaffandet av de värsta formerna av barnarbete, 1999-06-17		2001-06-13	2002-06-13		2000/01:93

Europarådet

Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (EKMR), 1950-11-04	1950-11-28	1952-02-04	1953-09-03		1951:165
Tilläggsprotokoll nr 1 (EKMR), 1952-03-20	1952-03-20	1953-06-22	1954-05-18		1953:32
Tilläggsprotokoll nr 4 avseende erkännande av vissa andra rättigheter och friheter än dem som redan finns i konventionen och i dess första protokoll, 1963-09-16	1963-09-16	1964-06-13	1968-05-22		1964:87
Tilläggsprotokoll nr 6 avseende avskaffande av dödsstraffet, 1983-04-28	1983-04-28	1984-02-09	1985-03-01		1983/84:31
Tilläggsprotokoll nr 7, 1984-11-22	1984-11-22	1985-11-08	1988-11-01		1984/85:123
Tilläggsprotokoll nr 13 avseende dödsstraffets avskaffande i alla sammanhang, 2002-05-03	2002-05-03	2003-04-22	2003-08-01		2002/03:32
Den europeiska konventionen mot tortyr och omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning (tortyrkonventionen), 1987-11-26	1987-11-26	1988-06-21	1989-02-01		1987/88:133
Protokoll nr 1 (tortyrkonventionen), 1993-11-04	1994-03-07	1994-03-07	2002-03-01		
Protokoll nr 2 (tortyrkonventionen), 1993-11-04	1994-03-07	1994-03-07	2002-03-01		
Europeiska stadgan om landsdels- eller minoritetsspråk, 1992-11-05	2000-02-09	2000-02-09	2000-06-01	Samiska, finska, meänkieli är landsdels- eller minoritetsspråk i Sverige	1998/99:143
Den europeiska ramkonventionen om skydd för nationella minoriteter, 1995-02-01	1995-02-01	2000-02-09	2000-06-01	De nationella minoriteterna i Sverige är samer, sverige-finnar, tornedalingar, romer och judar	1998/99:143
Den europeiska sociala stadgan, 1961-10-18	1961-10-18	1962-12-17	1965-02-26	Stadgorna innehåller inga bestämmelser om reservationsrätt	1962:175
Den reviderade europeiska sociala stadgan, 1996-05-03	1996-05-03	1998-05-29	1999-07-01		1997/98:82

Tilläggsprotokoll, 1988-05-05	1988-05-05	1989-05-05	1992-09-04		1988/89:106
Protokoll om ändring, 1991-10-21	1991-10-21	1992-03-18	Ej i kraft		
Tilläggsprotokoll angående ett kollektivt klagomålsförfarande, 1995-11-09	1995-11-09	1998-05-29	1998-07-01		1997/98:82
Den europeiska konventionen om utövandet av barns rättigheter, 1996-01-25	1996-01-25				
Konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och människans värdighet med avseende på tillämpning av biologi och medicin, 1997-04-04	1997-04-04				
Tilläggsprotokoll till konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och människans värdighet med avseende på tillämpning av biologi och medicin, 1998-01-12	1998-01-12				
Europarådets konvention om bekämpande av människohandel, 2005-05-16	2005-05-16	2010-05-31	2010-09-01		2009/10:152
Europarådets konvention om skydd för barn mot sexuell exploatering och sexuella övergrepp, 2007-10-25	2007-10-25				
Europarådets konvention om våld mot kvinnor och våld i hemmet, 2011-05-11	2011-05-11				

6 Litteraturförteckning

Offentligt tryck

Ds. 2010:31, Miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster.

Ds. 2014:25, Nya regler om upphandling.

Prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem.

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

Prop. 2009/10:180, Nya rättsmedel på upphandlingsområdet.

Prop. 2009/10:48, Åtgärder med anledning av Lavaldomen.

SOU 2014:51, Nya regler om upphandling.

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

SOU 2006:28, Nya upphandlingsregler 2.

SOU 2011:73, På jakt efter den goda affären – analyser, erfarenheter och synpunkter på den offentliga upphandlingen.

SOU 2002:30, Märk - värdig jämställdhet.

SOU 2001:31, Mera värde för pengarna.

SOU 2013:12 (bilaga 11a), Hur långtgående krav och kriterier tillåter EU-rätten.

Övrigt

Konkurrensverkets allmänna råd för tillämpningen av förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt (KKVFS 2010:2).

Näringsdepartementets promemoria, *Tilldelning av koncessioner för kollektivtrafik* (utgiven 17 december 2014).

REGERINGSKANSLIET (2013), *HÅLLBART FÖRETAGANDE – Plattform för svenskt agerande*.

Myndigheten för delaktighet (2015), *Riktlinjer för tillgänglighet – Riv hindren* (Serie A 2015:5: Upplaga 1: Elanders Sverige AB).

EU

EUF 2012/C 326/01, Konsoliderade versioner av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2009/33/EG av den 23 april 2009 om främjande av rena och energieffektiva vägtransportfordon.

EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

EUROPEISKA KOMMISSIONEN KOM(2001) 566 slutlig, Bryssel den 15.10.2001, Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.

EUROPEISKA KOMMISSIONEN KOM(2010), Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling.

Commission, European (Brussels, 25.10.2011 COM(2011) 681 final, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility).

DIREKTIV, EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (direktivet), Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG (klassiska av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

KOM(2010) 491 slutlig MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL EUROPAPARLAMENTET, RÅDET, EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN SAMT REGIONKOMMITTÉN Strategi för jämställdhet 2010–2015.

EUROPEISKA KOMMISSIONEN KOM(2001) 566 slutlig, Bryssel den 15.10.2001, Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.

EUROPEISKA KOMMISSIONEN KOM(2009) 215 slutlig, Bryssel den 5.5.2009, MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL RÅDET, EUROPAPARLAMENTET OCH EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN Att bidra till en hållbar utveckling: rättvis handel och icke-statliga handelsrelaterade system för hållbar utveckling.

EUROPEISKA KOMMISSIONEN KOM(2008), 412 slutlig, 2/7/2008, MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL EUROPAPARLAMENTET, RÅDET, EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN SAMT REGIONKOMMITTÉN, En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa.

EUROPEISKA KOMMISSIONEN KOM(2010) 636 slutlig, Bryssel den 15.11.2010, MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL EUROPAPARLAMENTET, RÅDET, EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN OCH REGIONKOMMITTÉN EU:s handikappstrategi 2010–2020: Nya åtgärder för ett hinderfritt samhälle i EU.

EUROPEISKA KOMMISSIONEN KOM(2010) 2020 slutlig, Bryssel den 3.3.2010 MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla.

96/71/EG, EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

2014/25/EU, EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 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.

(CENELEC), European Telecommunications Standards Institute (ETSI); Comité Européen de Normalisation (CEN); Comité Européen de Normalisation Electrotechnique (2014), EN 301 549 V1.1.1 (2014-02) *European Standard Accessibility requirements suitable for public procurement of ICT products and services in Europe*.

RÅDETS, BESLUT av den 26 november 2009 om ingående från Europeiska gemenskapens sida av Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (2010/48/EG).

EU-domstolen

EU-domstolen C-379/98 PreussenElektra.

EU-domstolen C-120/78 Cassis de Dijon.

EU-domstolen C-243/89 Stora bält.

EU-domstolen C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländska staten.

EU-domstolen C-6/05 Medipac.

Litteratur

Arrowsmith, Sue and Kunzlik, Peter (2009), *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions* (Cambridge: Cambridge University Press).

Arrowsmith, Sue, Linarelli, John, and Wallace, Don (2000), *Regulating public procurement: national and international perspectives* (The Hague; Boston: Kluwer Law International).

Bacchi, Carol Lee (1999), *Women, policy and politics: the construction of policy problems* (London: SAGE).

Bauhn, Per (2005), *Mänskliga rättigheter och filosofi* (1. uppl. edn.; Malmö: Liber).

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2014), *Europarättens grunder* (5., [omarb. och uppdaterade] uppl. edn.; Stockholm: Norstedts juridik).

Bruun, Niklas (2000), *Sociala hänsyn vid offentlig upphandling – En rättslig expertutredning utarbetad på uppdrag av upphandlingskommittén* (SOU 2001:31, bilaga 3).

Caranta, Roberto, *Commentaries on Jörgen Hettne's Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law* (SOU 2013:12, bilaga 13).

Ehrenkrona, Carl-Henrik, Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, inledande lagkommentar, (21 februari 2015, Karnov internet).

Falk, Jan-Erik (2011), *Lag om offentlig upphandling: en kommentar* (2. uppl. edn.; Stockholm: Jure).

Fisher, David I. (2001), *Mänskliga rättigheter: en introduktion* (Stockholm: Norstedts juridik).

Frenander, Charlotta, Råsmar, Sofia (2011), *Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling*, ed. Ulrica Lindström, Riese, Kerstin (Stockholm: Konkurrensverket).

Fryksdahl, Ann, de Jounge, Malin (2012), *Upphandlingsreglerna: en introduktion* (Stockholm: Konkurrensverket).

Gunnarsson, Åsa och Svensson, Eva-Maria (2009), *Genusrättsvetenskap* (1. uppl. edn.; Lund: Studentlitteratur).

Hettne, Jörgen, *Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law* (SOU 2013:12, bilaga 12).

Kunzlik, Peter, *Commentaries on Professor Jörgen Hettne's Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law and professor Roberto Caranta's commentary* (SOU 2013:12, bilaga 14).

Lowe, Vaughan (2007), *International law* (Clarendon law series; Oxford: Oxford University Press).

- Nord, Eskil (2015), *Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagkommentar* (4 mars 2015, Karnov Internet).
- Peczenik, Aleksander (1995), *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation* (1. uppl. edn., Institutet för rättsvetenskaplig forskning; Stockholm: Fritzes Förlag AB).
- Pettersson, Andreas (2015), *Out and about in the welfare state: the right to transport in everyday life for people with disabilities in swedish, danish and norwegian Law* (Umeå: Umeå University).
- Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie (2012), *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar* (1. uppl. edn., Norstedts gula bibliotek; Stockholm: Norstedts juridik).
- Strömberg, Tore (2009), *Rättsfilosofins historia i huvuddrag* (3:14 Uppl. edn.; Lund: Studentlitteratur) 108.
- Svedberg, Wanna (2013), *Ett (o)jämnt transportsystem i gränslandet mellan politik och rätt: en genusrättsvetenskaplig studie av rättslig styrning för jämställdhet inom vissa samhällsområden* (Malmö: Bokbox).
- Svensson, Eva-Maria (2014), *DE LEGE INTERPRETATA – OM BEHOVET AV METODOLOGISK REFLEKTION, I: Juridisk publikation – jubileumsnummer 2014.*
- Säfwé, David (2015), *Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare, lagkommentar* (14 mars 2015, Karnov Internet).
- UNEP (2009), *GUIDELINES FOR SOCIAL LIFE CYCLE ASSESSMENT OF PRODUCTS* (Druk in de weer, Belgium: UNEP/SETAC Life Cycle Initiative at UNEP, CIRAIG, FAQDD and the Belgium Federal Public Planning Service Sustainable Development).
- Wersäll, Fredrik (2014), *En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning, I: SvJT 2014 s. 1.*

Övrig litteratur

- Förslag till uppdragsforskning år 2013 (dnr. 61-2011), tjänsteulåtande rättighetskommitténs kansli, daterad 2012-12-05.
- Handlingsplan för mänskliga rättigheter inom offentlig upphandling 2013-2014, Västra Götalandsregionen (dnr. 30-2013).
- Uppdragshandling, daterad 2013-10-15.

Internetkällor

- <http://www.svensktnaringsliv.se/fragor/csr/> (källa hämtad 2014-07-07).
- <http://www.regeringen.se/sb/d/17198> (källa hämtad 2014-07-07).
- <http://www.regeringen.se/sb/d/15446/a/251920> (källa hämtad 2015-02-10).
- http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14530_sv.htm (källa hämtad 2015-02-13).
- http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14533_sv.htm (källa hämtad 2015-02-13).
- http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14533_sv.htm (källa hämtad 2015-02-13).
- <http://www.regeringen.se/sb/d/108/action/browse/c/127> (källa hämtad 2015-02-17).
- http://simap.europa.eu/codes-and-nomenclatures/codes-cpv/codes-cpv_sv.htm (källa hämtad 2015-03-02).
- http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/law/index_en.htm (källa hämtad 2015-03-10).
- <http://www.manskligarattigheter.se/sv/de-manskliga-rattigheterna/vilka-rattigheter-finns-det/kvinnors-atnjutande-av-manskliga-rattigheter> (källa hämtad 2015-03-23).
- <http://www.manskligarattigheter.se/sv/manskliga-rattigheter-i-sverige/enskilda-klagomal-mot-sverige/konventionskommitt-ernas-granskning-i-mal-mot-sverige> (källa hämtad 2015-03-23).
- <http://svenskailo-kommitten.se/om-ilo/> (källa hämtad 2015-03-24).
- <http://www.manskligarattigheter.se/sv/vem-gor-vad/forenta-nationerna/ilo> (källa hämtad 2015-03-24).
- <http://www.manskligarattigheter.se/sv/de-manskliga-rattigheterna/vilka-rattigheter-finns-det/rattigheter-for-personer-med-funktionsnedsattning> (källa hämtad 2015-03-24).
- <http://www.manskligarattigheter.se/sv/vem-gor-vad/internationella-domstolar-och-tribunaler> (källa hämtad 2015-04-03).
- <http://www.manskligarattigheter.se/sv/vem-gor-vad/europaradet/europakonventionen-och-europadomstolen> (källa hämtad 2015-04-03).
- <http://www.domstol.se/Om-Sveriges-Domstolar/Domstolar-i-Europa/Europadomstolen/> (källa hämtad 2015-04-03).

Uppdragsforskning om mänskliga rättigheter i offentlig förvaltning

Västra Götalandsregionens kommitté för rättighetsfrågor har uppdraget att stödja utvecklingen av ett systematiskt arbete för mänskliga rättigheter och att skapa förutsättningar för att förverkliga dem i regionens verksamheter. För att göra det krävs kunskap: Vad innebär mänskliga rättigheter i Västra Götaland som län och i Västra Götalandsregionen som organisation? Denna forskningsrapport är ett bidrag till tolkningen och översättningen av mänskliga rättigheter från det internationellt överenskomna till den praktiska tillämpningen i Västra Götalandsregionen.

Tidigare rapporter i serien:

Abrahamsson, Guevara, Olofsson, Svensson, Tiger; Invånardialogens roll och former – Västra Götalandsregionens samråd med det civila samhället; Västra Götalandsregionen och Mistra Urban Futures (2015)

Lorentzi, Olofsson, Paulsson, Widigson; Ungas medskapande – Lärande av ungas erfarenheter; Västra Götalandsregionen och Mistra Urban Futures (2015)

Samtliga rapporter finns att ladda ner på www.vgregion.se/bestall



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN



VÄSTRA
GÖTALANDSREGIONEN
KOMMITTÉN FÖR RÄTTIGHETSFRÅGOR