
Andrea Sundstrand

Möjligheter och gränser för arbetsmiljökrav i offentlig upphandling

2020 nr 3/4

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Gränser för arbetsmiljökrav i offentlig upphandling

Andrea Sundstrand*

1 Inledning

Den här artikeln är den andra i en serie om tre att publiceras där möjligheterna att ställa krav på arbetsmiljö i offentliga upphandlingar granskas. De tre artiklarna utarbetas i forskningsprojektet Ett hållbart nytt arbetsliv – trender, hälsoeffekter och styrmedel.¹ I en första artikel från år 2019 beskrevs bestämmelserna om arbetsrättsliga hänsyn i unionslagstiftningen i första hand i relation till bestämmelserna om sociala hänsyn och särskilt till bestämmelserna om krav på hänsyn till arbetsmiljön i offentlig upphandling.² Slutsatsen i artikeln är att det inte *per se* finns hinder vare sig i unionslagstiftningen eller i svensk lagstiftning mot att ställa arbetsrättsliga krav avseende arbetsmiljö i offentliga upphandlingar. Efter att ha konstaterat att det således är möjligt för upphandlande myndigheter att ställa sådana krav blir fortsättningen på forskningsprojektet en granskning av om det finns gränser, och i så fall vilka de är, för vilka arbetsmiljökrav som kan och får ställas i en offentlig upphandling.³ I en tredje artikel kommer en internationell jämförelse att presenteras mellan hur ett antal olika länder har löst frågan om arbetsmiljökrav i offentliga upphandlingar.

Inom EU har intresset ökat för att upphandlande myndigheter ska främja även övergripande samhälleliga målsättningar genom sina inköp av varor och tjänster.⁴ Offentlig upphandling har alltmer blivit ett medel för att uppnå olika typer av sociala samhällsmål, inte bara inom EU utan även i den svenska rikspolitiken.⁵

* Docent i offentlig rätt och lektor vid Juridicum, Stockholms universitet.

¹ Projektet finansieras av FORTE. För mer information om forskningsprojektet, se <https://ki.se/imm/ett-hallbart-nytt-arbetsliv-sustainable-work>.

² Se Sundstrand, A., Arbetsmiljökrav i offentlig upphandling, *UrT* 2019 s. 1.

³ Liksom i föregående artikel behandlas endast bestämmelser i direktiv 2014/24 om offentlig upphandling (LOU-direktivet) och i lagen (2016:1146) om offentlig upphandling (LOU) i artikeln.

⁴ Sjäfjell, B., och Wiesbrock, A., *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge University Press, 2015, s. 1., Hettne, J., *Strategisk upphandling – stärkt miljöskydd och socialt ansvar på en konkurrenskraftig inre marknad?* i Bakardjieva Engelbrekt, A., Oxelheim, L. samt Persson, T. (red.), *Ett konkurrenskraftigt EU till rätt pris*, Santérus, 2013, s. 237.

⁵ Se t.ex. prop. 2016/17:163, Arbetsrättsliga villkor vid upphandling.

Möjligheten att ta arbetsmiljöhänsyn i offentlig upphandling har under senare år blivit alltmer uppmärksammat.⁶

Utvecklingen följer unionsrättens utveckling mot ett mer miljö- och socialinriktad verklighet, vilket kan vara en följd av den allt högre ekonomiska levnadsstandarderna inom EU. När de flesta EU-medborgare har tak över huvudet, mat på bordet och rättvisa möjligheter till kvalificerade utbildningar kan nästa steg för EU vara att höja standarden på medborgarnas rättigheter, möjligheter och skydd även i övriga samhällssituationer. När det gäller just krav på arbetsmiljö i offentliga upphandlingar har bl.a. en dansk undersökning tidigare visat att den utbredda användningen av outsourcing inom tjänstesektorn har stora konsekvenser för anställningsförhållanden. I synnerhet minskar outsourcing den absoluta arbetsgivarkontrollen av ett företags verksamhet.⁷ Det är således viktigt att närmare granska möjligheterna för det offentliga att minska eventuella negativa konsekvenser på arbetsmiljön av den allt större mängden framför allt tjänster och byggentreprenader som anskaffas av privata företag.

I artikeln granskas bestämmelserna om möjligheterna att ställa arbetsrättsliga krav vid offentlig upphandling i unionsrätten och i den svenska lagstiftningen. Syftet med forskningen som publiceras här är dock inte att fastställa vad som *per se* kan utgöra krav på arbetsmiljö i en offentlig upphandling. I upphandlingsrätten finns inga sådana definitioner. Här hänvisas istället till Arbetsmiljölagens (1977:1160) (AML) bestämmelser och till övriga nationella bestämmelser som behandlar just arbetsmiljörättsliga frågeställningar såsom Arbetstidslagen (1982:673) (ATL) och Föreskrifterna om organisatorisk och social arbetsmiljö (AFS 2015:4).

2 Arbetsmiljöhänsyn i EU

2.1 Introduktion

Innan vi tittar närmare på de särskilda bestämmelserna i unionsrätten och dess fördrag om arbetsmiljökrav i offentlig upphandling kan det vara värt att påminna om syftet med EU:s upphandlingslagstiftning. Syftet är att ta bort hinder för EU:s Inre marknad, vilket framgår av EU-domstolens avgörande i målet *Cambridge*.⁸

⁶ Se t.ex. Sundstrand, A., Arbetsmiljökrav i offentlig upphandling, UrT 2019 s. 1, Sundstrand, A., Sociala hänsyn i offentlig upphandling – en introduktion, UrT 2015 s. 263, Ahlberg, K., Arbetsrättsliga villkor i offentliga kontrakt, UrT 2016 s. 64 och Nyrreröd, J., Kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling, UrT 2014, s. 67.

⁷ Hasle, P., Outsourcing and Employer Responsibility: A Case Study of Occupational Health and Safety in the Danish Public Transport Sector, Relations Industrielles/Industrial Relations, Vol. 62, No. 1, 2007, s. 96. Se även Ahlberg, K. och Bruun, N., Upphandling och arbete i EU, Svenska Institutet för Europapolitiska studier (SIEPS), Rapport 2010:3, s. 70.

⁸ Se dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529.

Där angav EU-domstolen att syftet med upphandlingsdirektiven är att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat.⁹ Just syftet med lagstiftningen är viktigt att ha i åtanke när vi tittar på de möjligheter och begränsningar som regelverket innehåller.

Så som tidigare konstaterats är det enligt unionsrätten möjligt att i en offentlig upphandling ställa krav på samtliga av de skyddsvärda intressen som anges i artiklarna 8-12 i EUF-fördraget, bl.a. sociala och arbetsrättsliga hänsyn.¹⁰ Förutsättningen är att kraven har ett samband med kontraktets föremål, inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten eller i annonsen om upphandling och är förenliga med unionsrättens grundläggande rättsprinciper.¹¹ Men vilka bestämmelser finns då i unionsrätten som kan vara av intresse i det här sammanhanget? Här följer en kortare redovisning av de artiklar i EU- och EUF-fördragen och i LOU-direktivet som kan bli aktuella vid krav på arbetsmiljö i offentliga upphandlingar.

2.2 Bestämmelser i unionsfördragen

Enligt artikel 3 FEU har unionen bl.a. som mål att främja folkens välfärd och verka för en hållbar utveckling i EU som bygger på välavvägd ekonomisk tillväxt och på pristabilitet, på en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft där full sysselsättning och sociala framsteg eftersträvas, samt på en hög miljöskyddsnivå och en bättre miljö. EU ska bekämpa social utestängning och diskriminering, främja social rättvisa och socialt skydd, jämställdhet mellan kvinnor och män, solidaritet mellan generationerna och skydd av barnets rättigheter.¹²

I artikel 4.2 (k) FEUF anges att Unionen och medlemsstaterna ska ha delade befogenheter avseende gemensamma angelägenheter i fråga om säkerhet när det gäller de aspekter på folkhälsa som anges i EUF-fördraget. Enligt artikel 9 FEUF ska unionen vid fastställandet och genomförandet av sin politik och verksamhet beakta de krav som är förknippade med främjandet av hög sysselsättning, garantier för ett fullgott socialt skydd, kampen mot social utestängning samt en hög

⁹ Se dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, punkterna 16 och 17.

¹⁰ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF), konsoliderad version, OJ C 326, 26.10.2012, s. 47–390.

¹¹ Se EU-domstolens dom av den 17 september 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, EU:C:2002:495, punkt 64. Se även Sundstrand, A., Arbetsmiljökrav i offentlig upphandling, UrT 2019 s. 1.

¹² Fördraget om Europeiska unionen (FEU), konsoliderad version, EGT C 202, 7.6.2016, s. 15–366. Se även Sjäffell, B., och Wiesbrock, A., Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder, Cambridge University Press, 2015, s. xiii.

utbildningsnivå och en hög hälsoskyddsnivå för människor. I artikel 151 FEUF anges att EU:s och medlemsstaternas mål ska vara att:

”[...] främja sysselsättningen, att förbättra levnads- och arbetsvillkor och därmed uppnå en harmonisering samtidigt som förbättringar bibehålls, att åstadkomma ett fullgott socialt skydd, en dialog mellan arbetsmarknadens parter och en utveckling av de mänskliga resurserna för att möjliggöra en varaktig hög sysselsättning samt att bekämpa social utslagning”.¹³

Det ska ske under beaktande av sådana grundläggande sociala rättigheter som anges i den europeiska sociala stadgan, som undertecknades i Turin den 18 oktober 1961, och i 1989 års gemenskapsstadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter. I artikel 153.1 (a) FEUF anges att för att uppnå målen i artikel 151 FEUF ska unionen understödja och komplettera medlemsstaternas verksamhet bl.a. inom området förbättringar, särskilt av arbetsmiljön, för att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet. I artikel 168.1 FEUF anges slutligen att vid utformningen och genomförandet av all unionspolitik och alla unionsåtgärder ska en hög hälsoskyddsnivå för människor säkerställas.

Sammantaget tyder således mycket på att såväl folkhälsan generellt och arbetsmiljön specifikt utgör viktiga områden för vilka EU vill att medlemsstaterna ska stärka skyddet och agera aktivt, ofta tillsammans med varandra och ofta tillsammans med EU:s institutioner. Särskilt betoningen att vid utformningen och genomförandet av all unionspolitik och alla unionsåtgärder ska en hög hälsoskyddsnivå för människor säkerställas är av vikt vid den fortsatta undersökningen av gränserna för att ställa arbetsmiljökrav i offentlig upphandling.

2.3 Bestämmelser i LOU-direktivets ingress

Miljö-, social- och arbetsrättsliga krav

LOU-direktivet, som kodifierar mycket av EU-domstolens tidigare praxis på upphandlingsområdet, innehåller flera hänvisningar till miljö-, sociala och arbetsrättsliga hänsyn. I skälen till LOU-direktivet återfinns bestämmelser som tjänar som vägledning för att tolka bestämmelserna i direktivets artiklar. I skäl 37 LOU-direktivet anges följande:

”I syfte att på ett lämpligt sätt integrera miljö-, social- och arbetsrättsliga krav i offentliga upphandlingsförfaranden är det av särskild vikt att medlemsstater och upphandlande myndigheter vidtar relevanta åtgärder

¹³ Hettne, J., Strategisk upphandling – stärkt miljöskydd och socialt ansvar på en konkurrenskraftig inre marknad? i Bakardjéva Engelbrekt, A., Oxelheim, L. samt Persson, T. (red.), Ett konkurrenskraftigt EU till rätt pris, Santérus, 2013, s. 237.

för att säkerställa efterlevnaden av de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som är tillämpliga på den ort där byggentreprenaden utförs eller tjänsterna tillhandahålls och som följer av lagar, författningar, dekret och beslut både på nationell nivå och unionsnivå, samt av kollektivavtal, förutsatt att dessa bestämmelser och deras tillämpning överensstämmer med unionsrätten. Likaså bör de skyldigheter som följer av internationella avtal som har ratificerats av alla medlemsstater och som förtecknas i bilaga XI tillämpas under fullgörandet av kontraktet. Detta bör dock inte på något sätt hindra att arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna tillämpas.

De relevanta åtgärderna bör tillämpas i överensstämmelse med de grundläggande principerna i unionsrätten, särskilt i syfte att säkerställa likabehandling. Sådana relevanta åtgärder bör tillämpas i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG (1) och på ett sätt som säkerställer likabehandling och inte direkt eller indirekt diskriminerar ekonomiska aktörer och arbetstagare från andra medlemsstater¹⁴.

I sista stycket hänvisas till det så kallade Utstationeringsdirektivet, vilket syftar till att motverka social dumpning och säkerställa drägliga arbetsförhållanden och sund konkurrens vid utstationering av arbetstagare mellan EU:s medlemsstater.¹⁵ Enligt Utstationeringsdirektivet ska medlemsstaterna se till att de europeiska företagen garanterar utstationerade arbetstagare de arbets- och anställningsvillkor i värdlandet som är fastställda i lag på bl.a. områdena för säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen.¹⁶ Arbets- och anställningsvillkor i värdlandet omfattar även de i nationell lag fastställda bestämmelserna om arbetsmiljö, i Sverige bestämmelserna i AML.

I skäl 40 LOU-direktivet anges att de miljö, social- och arbetsrättsliga bestämmelserna bör iaktas under relevanta skeden i upphandlingsförfarandet. Det bör således ske vid *kvalificering* och *uteslutning* av leverantörer, vid *tilldelning av kontrakt* och vid tillämpning av bestämmelserna om *onormalt låga anbud*. Förutsättningen för att sådan kontroll ska kunna ske under de olika skedena av upphandlingsförfarandet är att de upphandlande myndigheterna har möjlighet att ställa krav på sådana kriterier i alla de faser som beskrivits, alltså även vid utvärderingen av anbud och vid tilldelningen av kontrakt. Sammanfattningsvis

¹⁴ Se direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (EGT L 18, 21.1.1997, s. 1) (Utstationeringsdirektivet), i Sverige genomfört i lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare (Utstationeringslagen). Utstationeringsdirektivet har ändrats genom direktiv 2018/957 om ändring av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, OJ L 173, 9.7.2018, s. 16–24.

¹⁵ Nyström, B., EU och arbetsrätten, Norstedts Juridik, 4 u., 2011, s. 145.

¹⁶ Glavå, M., Arbetsrätt, Studentlitteratur, 2 u., 2011, s. 651 f.

är det alltså möjligt att ställa krav avseende miljö, social- och arbetsrättsliga frågor vid samtliga faser i upphandlingsprocessen.

Särskilda kontraktsvillkor

Det beskrivs vidare i skälen 91–99 LOU-direktivet hur sociala hänsyn kan tas när anbud ska utvärdera, bl.a. anges att sociala hänsyn kan tas genom tilldelningskriterier eller genom villkor för fullgörande av kontrakt, s.k. särskilda kontraktsvillkor.¹⁷ I skäl 97 LOU-direktivet hänvisas till rättspraxis från EU-domstolen enligt vilken upphandlande myndigheter kan använda tilldelningskriterier eller särskilda kontraktsvillkor som avser leverans eller användning av rättvisemärkta varor vid fullgörandet av det kontrakt som ska tilldelas. Här anges även att kriterier och villkor för handel och dess villkor exempelvis kan innebära att en aktuell vara måste vara rättvisemärkt och kan bland annat omfatta krav på betalning av ett minimipris och ett högre pris till tillverkarna.

I skäl 98 LOU-direktivet stadgas att särskilda kontraktsvillkor som avser sociala aspekter bör tillämpas i enlighet med utstationeringsdirektivet, såsom det tolkats av EU-domstolen. Särskilda kontraktsvillkor kan enligt bestämmelsen också syfta till genomförandet 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, miljöskydd eller djurs välbefinnande och till efterlevnad i sak av Internationella arbetsorganisationens (ILO) grundläggande konventioner, eller till anställning av fler missgynnade personer än vad som krävs enligt nationell lagstiftning. Leverantörerna måste acceptera särskilda kontraktsvillkor för att kunna tilldelas ett offentligt kontrakt.¹⁸ De särskilda kontraktsvillkoren får omfatta ekonomiska, innovationsrelaterade, miljörelaterade, sociala eller sysselsättningsrelaterade hänsyn.

Underleverantörer

I skäl 105 LOU-direktivet anges slutligen att behöriga nationella myndigheter, exempelvis yrkesinspektioner eller miljövårdsmyndigheter, ska säkerställa att även underleverantörer i 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 angetts i LOU-direktivet.

¹⁷ Se skäl 97 LOU-direktivet.

¹⁸ Se kommissionen, Socialt ansvarsfull upphandling - En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling (2011), baserad på SEK(2010) 1258 slutlig, s. 4 och prop. 2006/07:128, s. 200.

2.4 Bestämmelser i LOU-direktivets artiklar

Den viktigaste bestämmelsen avseende sociala, miljö- och arbetsrättsliga krav och hänsyn i LOU-direktivet återfinns i artikeln 18.2. Bestämmelsen lyder enligt följande:

”Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X”.¹⁹

I bilaga X återfinns följande konventioner som omfattar arbetsrättsliga frågor:

- 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.

Av intresse här är vad som avses med *tillämpliga* miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Det anges inte i LOU-direktivet, utan måste bestämmas i medlemsstaternas respektive nationella upphandlingslagstiftning.

I artikel 43 LOU-direktivet återfinns en ny bestämmelse om möjligheten att kräva sociala märken i offentlig upphandling, såsom Fair Trade. Bestämmelserna är något komplicerade, t.ex. måste märkningens alla kriterier vara tillämpliga på föremålet för upphandlingen. Om så inte är fallet kan den upphandlande myndigheten inte kräva märkning, utan får istället använda de av märkningens kriterier som är tillämpliga såsom krav i upphandlingen. En ytterligare omnämning

¹⁹ I Sverige ansåg regeringen att bestämmelsen innebär en skyldighet för medlemsstaterna att införa bestämmelser om arbetsrättsliga villkor och efter visst motstånd i Riksdagen återfinns den slutliga utformningen av de svenska tvingande bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor i 17 kap. 2-5 §§ LOU, se vidare avsnitt 3.

av sociala hänsyn, inklusive arbetsrättsliga hänsyn, återfinns i artikel 67 LOU-direktivet. Här anges att bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i tilldelningsfasen får baseras på bl.a. sociala aspekter som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet. Slutligen anges i artikel 70 LOU-direktivet att en upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet ska fullgöras, särskilda kontraktsvillkor, under förutsättning att de är kopplade till kontraktets föremålet och anges i annonsen eller i upphandlingsdokumenten.²⁰

3 Arbetsrätten i svensk offentlig upphandling

3.1 Bakgrund

Den 1 januari 1994 fick Sverige den första lagen om offentlig upphandling baserad på EU-direktiv. Utvecklingen som har skett sedan den 1 januari 1994 har varit långsam, men stadig, på väg mot möjligheten att ställa arbetsrättsliga villkor i offentliga upphandlingar. Amsterdamfördraget trädde i kraft år 1999 och medförde ändringar i unionslagstiftningen bland annat avseende främjandet av en hög nivå av sysselsättning och jämställdhet mellan könen.²¹ Lissabonfördraget trädde i kraft tio år senare, år 2009, och gav upphov till den så kallade Lissabonstrategin.²² Där angavs bland annat att sysselsättningsgraden i EU skulle vara minst 70 procent år 2010. När det gäller upphandlingsreglerna publicerade kommissionen under början av 2000-talet ett antal vägledningar om social upphandling. En av dem var kommissionens handledning ”Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling” från år 2010.²³ Där anges att främjandet av arbetstagares rättigheter i enlighet med ILO-konventionerna kan anses vara att ta sociala hänsyn i en offentlig upphandling. Även EU-domstolen har i ett antal avgöranden, bland annat i målet *Concordia*, banat vägen för ökade möjligheter att ställa arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling.²⁴ År 2017 har det i Sverige till och med införts ett krav att upphandlande myndigheter i vissa offentliga upphandlingar ska ställa arbetsrättsliga villkor.

LOU-direktivet antogs av EU våren 2014 och här tog kommissionen och medlemsstaterna ytterligare ett steg framåt vad gäller arbetsrättsliga krav i offentliga

²⁰ Se även avsnitt 2.3 ovan.

²¹ Amsterdamfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen, fördragen om upprättandet av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem, EGT C 340, 10.11.1997, s. 1–144.

²² Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, undertecknat i Lissabon den 13 december 2007, EUT C 306, 17.12.2007, s. 1–271.

²³ Kommissionen, Socialt ansvarsfull upphandling - En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling (2011), baserad på SEK(2010) 1258 slutlig.

²⁴ EU-domstolens dom av den 17 september 2012, *Concordia*, C-513/99, EU:C:2002:495.

upphandlingar. I artikel 18.2 LOU-direktivet anges att medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X. En del svenska fackliga organisationer menade att artikeln skulle tolkas som om att den nu skulle bli möjligt att ställa krav på kollektivavtal i offentliga upphandlingar. Konkurrensverket meddelade emellertid efter två utredningar att det sannolikt inte var möjligt att ställa krav på kollektivavtal i offentliga upphandlingar, eftersom det bl.a. skulle strida mot principerna om likabehandling och proportionalitet.²⁵ Av Konkurrensverkets utredningar framgår emellertid att det är möjligt att ställa *arbetsrättsliga villkor* i offentliga upphandlingar, under förutsättning att de är förenliga med unionsrätten.

En viktig aspekt avseende möjligheten att ställa arbetsrättsliga krav i offentlig upphandling är att Utstationeringsdirektivet i de flesta fall hindrar upphandlande myndigheter att ställa krav som går utanför direktivets så kallade hårda kärna. I den hårda kärnan ingår villkor avseende arbetstid, semesterdagar, lön, villkor för inkvartering, villkor för traktamente, villkor för att ställa arbetstagare till förfogande, säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen, skyddsåtgärder med hänsyn till arbets- och anställningsvillkor för gravida kvinnor och kvinnor som nyligen fött barn samt för barn och unga, samt villkor avseende icke-diskriminerande behandling. Krav som omfattar andra anställningsvillkor, till exempel pensioner och försäkringar, omfattas dock inte av den hårda kärnan.²⁶ Utstationeringsdirektivet är endast tillämpligt om det förekommer ett så kallat *bestämt gränsöverskridande intresse*.²⁷ Ett bestämt gränsöverskridande intresse förekommer i upphandlingssituationer om anbudsgivare från andra medlemsstater än den där upphandlingen sker är intresserade av och/eller deltar och lämnar anbud i den offentliga upphandlingen. Om det är en rent intern upphandling i Sverige är unionsrätten alltså inte tillämplig. I de senare fallen skulle en svensk upphandlande myndighet eventuellt kunna inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal, vilket omfattar även semester och pensioner, vilket alltså inte är möjligt om unionsrätten är tillämplig.²⁸

²⁵ Se Konkurrensverkets Uppdragsforskningsrapport 2015:2, Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling.

²⁶ Se direktiv 2018/957 om ändring av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, OJ L 173, 9.7.2018, s. 16–24.

²⁷ Se Sundstrand, A., Ett bestämt gränsöverskridande intresse, UfT 2018 s. 83.

²⁸ Se vidare avsnitt 5.3.

3.2 Generella bestämmelser om miljö-, sociala och arbetsrättsliga hänsyn i LOU

Reglerna kring miljö-, sociala och arbetsrättsliga hänsyn i LOU är betydligt mindre omfattande än motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet. I 4 kap. 3 § LOU återfinns ett målsättningsstadgande som anger att upphandlande myndigheter *bör* beakta sociala hänsyn om upphandlingens art motiverar det. Regeln är således inte obligatorisk, det är fortfarande upp till varje upphandlande myndighet om sådana krav ska ställas. I 17 kap. 1 § LOU anges härutöver att upphandlande myndigheter får ställa särskilda sociala villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras som särskilda kontraktsvillkor och att villkoren ska ha anknytning till föremålet för upphandlingen och anges i upphandlingsdokumenten.²⁹

Härutöver fanns fram till den 1 juni 2017 inga specifika bestämmelser om arbetsrättsliga krav i den svenska upphandlingslagstiftningen.

3.3 Regeringens två lagförslag om arbetsrättsliga krav

Inför den nya upphandlingslag (LOU) som trädde i kraft den 1 januari 2017 tillsatte regeringen en utredning för att se över möjligheterna att ställa krav på arbetsrättsliga villkor i offentliga upphandlingar.³⁰ Utredningen presenterade sitt delbetänkande den 1 september 2015. Den föreslog bland annat att det i vissa situationer skulle vara *obligatoriskt* för upphandlande myndigheter att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor avseende lön, semester och arbetstid. Utredningen föreslog även att upphandlande myndigheter därutöver själva skulle få bestämma om ytterligare villkor. Sådana villkor kunde till exempel gälla annan ledighet än semester, försäkringar, tjänstepension eller andra villkor för arbetet. Utredningen ville även att det skulle vara möjligt att ställa längre gående krav på anbudsgivare i Sverige jämfört med anbudsgivare som använde utstationerad arbetskraft. Utredningen menade att möjligheten att ställa villkor för leverantörer som utför arbete i en upphandling med hjälp av utstationerad arbetskraft begränsades av Utstationeringslagen. För dessa leverantörer skulle därför endast ställas villkor som omfattades av Utstationeringslagens hårda kärna, i huvudsak lön, arbetstid och semester.

Utredningen fick hård kritik, vissa menade att det inte var möjligt att i offentliga upphandlingar ställa olika villkor på inhemska och utländska leverantörer. Regeringen valde dock att under hösten 2016 lägga fram en proposition, för övrigt Sveriges genom tiderna mest omfattande lagförslag. Enligt förslaget var det under

²⁹ Se Forsberg, N., *Upphandling: enligt LOU, LUF, LUK, LUFs och LOV*, 4 u., Norstedt Juridik, 2019, s. 278 och Pedersen, K., *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4 u., Jure, 2017, s. 180.

³⁰ Se SOU 2015:78, *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.

vissa förutsättningar obligatoriskt för upphandlande myndigheter att ställa krav på lön, semester, arbetstid, försäkringar och tjänstepension.³¹ Riksdagen valde dock att avvisa den delen av propositionen. LOU trädde därför i kraft den 1 januari 2017 med de fyra föreslagna paragraferna, men de var tomma på innehåll.³² Under våren 2017 arbetade regeringen en ny proposition, vilken slutligen godtogs av riksdagen.³³ De nya bestämmelserna trädde i kraft den 1 juni 2017 och paragraferna 2-5 i 17 kap. LOU är sedan dess fyllda med innehåll.

3.4 Nya arbetsrättsliga bestämmelser i LOU

De arbetsrättsliga villkoren i kapitel 17 LOU trädde alltså i kraft den 1 juni 2017. Inledningsvis anges att arbetsrättsliga villkor utgör särskilda kontraktsvillkor vilket bland annat innebär att anbudsgivarna godkänner villkoren och förbinder sig att uppfylla dem under den tid som kontraktet löper. Kraven är alltså inget som utvärderas och poängsätts, utan leverantören måste godkänna kraven för att alls kunna tilldelas kontrakt. Kortfattat innebär de nya bestämmelserna att arbetsrättsliga villkor avseende lön, arbetstid och semester ska ställas i offentliga upphandlingar om en upphandling; uppgår minst till aktuellt tröskelvärde; har påbörjats den 1 juni 2017 eller senare; inte avser en upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster; om det går att fastställa arbetsrättsliga villkor; och om det är *behövligt* att ställa villkoren.

Det första kriteriet är att arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling endast är obligatoriska om upphandlingen uppgår minst till aktuellt tröskelvärde.³⁴ Tröskelvärdena utgör den gräns vid vilka EU:s upphandlingsdirektiv är tillämpliga. Det ligger i dag på 1 427 377 kr för varor och tjänster inom den statliga sektorn och för övriga upphandlande myndigheter (till exempel kommuner, landsting, allmännyttiga bolag, föreningar, och stiftelser) på 2 197 545 kr samt på 54 938 615 kr för byggtreprenader. Samtliga värden är exklusive moms. Uppskattningsvis utgör den nationella upphandlingen under tröskelvärdena ca 55 procent av all upphandling, vilket innebär att bestämmelserna om obligatoriska arbetsrättsliga krav inte är tillämpliga i majoriteten av alla upphandlingar.³⁵

Det andra kriteriet för att det ska vara obligatoriskt att ställa arbetsrättsliga krav enligt LOU är att upphandling är påbörjad efter att de nya bestämmelserna

³¹ Se prop. 2015/16:195.

³² Se 17 kap. 2-5 §§ LOU.

³³ Se prop. 2016/17:163.

³⁴ Det finns dock sannolikt inga hinder att även ställa arbetsrättsliga villkor vid upphandlingar under tröskelvärdena, se Upphandlingsmyndighetens webbplats om arbetsrättsliga villkor, <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/hallbarhet-i-upphandlingsreglerna/arbetsrattsliga-villkor-i-upphandlingsreglerna>, hämtad 2020-11-30. Se även avsnitt 5.3.

³⁵ Se Upphandlingsmyndigheten rapport 2019:5, Konkurrensverket rapport 2019:3 Statistik om offentlig upphandling 2019.

trädde i kraft. En upphandling är påbörjad när den upphandlande myndigheten har valt upphandlingsförfarande.³⁶ Om det skedde den 1 juni 2017 eller därefter omfattas upphandlingen således av de nya bestämmelserna.

Upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster är enligt det tredje kriteriet undantagna från de obligatoriska kraven. Det innebär att bestämmelserna inte gäller för vissa tjänster bl.a. inom hälsovård, socialtjänst och hotell och restaurang. Anledningen att dessa tjänster är undantagna är att förenkla framför allt för små företag. Undantaget innebär dock inte att det inte är möjligt att ställa arbetsrättsliga krav i sådana upphandlingar, endast att de inte omfattas av de obligatoriska bestämmelserna i 17 kap. 2-5 §§ LOU.

Det fjärde kriteriet innebär att en upphandlande myndighet bara ska ställa arbetsrättsliga villkor om det går att fastställa sådana. Om det saknas förutsättningar att ange nivån på ett villkor, t.ex. avseende löner, behöver myndigheten således inte ställa villkoret. I prop. 2016/17:163 om arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling anges att om uppgifter om villkorsnivåerna inte framgår av tillämpliga kollektivavtal på grund av att de utgör avtal utan angivet löneutrymme och utan fastställda lönenivåer (så kallade sifferlösa avtal), om arbetsmarknadens parter inte lämnar ut avtalen eller om parternas tolkning av villkoren är sådana att de över huvud taget inte går att fastställa, kommer den upphandlande myndigheten att sakna underlag. Den upphandlande myndigheten är i de fallen inte skyldig att ställa villkoret, vilket dock inte innebär att övriga tillämpliga villkor inte ska ställas, alltså de om arbetstid och semester.

Det sista kriteriet anger att de arbetsrättsliga villkoren ska krävas om det är behövligt, men när är det behövligt? Enligt förarbetena ska den upphandlande myndigheten ska göra en helhetsbedömning av omständigheterna i upphandlingen och då bland annat ta hänsyn till vilken bransch upphandlingen rör. Vid helhetsbedömning kan såväl erfarenheter från tidigare upphandlingar som uppgifter från branschorganisationer, arbetsmarknadens parter eller från andra aktörer beaktas.³⁷ Den upphandlande myndigheten ska ange att bedömningen utgör en del av fastställandet av föremålet för kontraktet.

Upphandlingsmyndigheten anger på sin webbplats att det med behövligt avses att det finns en risk för oskäliga arbetsvillkor vid utförandet av kontraktet.³⁸ Det finns i dag heller inte någon etablerad metodik eller fastställd systematik för att göra behövlighetsbedömningar. Upphandlingsmyndigheten har emellertid tagit

³⁶ Se EU-domstolens dom av den 28 februari 2018, MA.T.I. SUD., C-523/16, EU:C:2018:122, punkt 36.

³⁷ Se prop. 2016/17:163, s. 40 ff. och s. 68 f.

³⁸ Se Upphandlingsmyndighetens webbplats om arbetsrättsliga villkor, <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/hallbarhet-i-upphandlingsreglerna/arbetsrattsliga-villkor-i-upphandlingsreglerna>, hämtad 2020-11-30.

fram förslag på kriterier, till exempel att det inom vissa branscher finns risk för skattefusk eller lönedumpning.

Bestämmelserna om de obligatoriska arbetsrättsliga villkoren i LOU är komplicerade. Anledningen är att det inte är möjligt att endast beakta svenska regler, hela unionsrätten är tillämplig vid upphandlingar över tröskelvärdena. Som angivits ovan är det heller inte alla typer av arbetsrättsliga krav som kan ställas, Utstationeringsdirektivets hårda kärna sätter en gräns vid till exempel pensioner och försäkringar. Det innebär å andra sidan att det sannolikt går att ställa sådana krav vid upphandlingar under tröskelvärdena, vilka inte omfattas av unionsrätten.

3.5 Tvingande krav på arbetsmiljön i LOU?

LOU-direktivet innehåller i huvudsak tvingande bestämmelser till förmån för leverantörer till det offentliga. Det innebär att medlemsstaterna inte får anta bestämmelser som är striktare för leverantörerna, däremot kan medlemsstaterna anta bestämmelser som är striktare mot de upphandlande myndigheterna, s.k. Gold-plating.³⁹ Skyldigheten att i vissa fall ställa arbetsrättsliga krav vilken nu antagits i 17 kap. 2-5 §§ LOU kan ses vara ett sådant antagande av striktare regler för upphandlande myndigheter eftersom LOU-direktivet inte innehåller några motsvarande tvingande bestämmelser.

På samma sätt vore det möjligt för Sverige att, utöver att det antagna kravet avseende arbetstid kan anses vara ett krav på arbetsmiljö, även anta andra tvingande bestämmelser om arbetsmiljökrav i offentliga upphandlingar. Det är emellertid en politisk fråga om sådan tvingande lagstiftning om arbetsmiljökrav i offentlig upphandling ska antas och lämnas därför därhän i den fortsatta framställningen. Här räcker att konstatera att det sannolikt är möjligt, om Sverige så skulle vilja.

4 Arbetsmiljöhänsyn i svensk offentlig upphandling

4.1 Begreppet arbetsmiljö

Om vi kopplar bestämmelserna i 17 kap. 2-5 §§ LOU om obligatoriska arbetsrättsliga krav till möjligheten att ställa arbetsmiljökrav i offentliga upphandlingar kan krav avseende lön, arbetstid och semester anses vara krav på bra arbetsmiljö.

³⁹ Med Gold-plating avses att en medlemsstat inför eller behåller bestämmelser som går utöver vad som krävs i EU-lagstiftningen. Som exempel kan nämnas direktiv 2003/88/EG om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (Arbetstidsdirektivet) – vid genomförande av direktivet utnyttjade Sverige inte möjligheter till undantag utan behöll nationella regler som var mer omfattande än vad direktivet krävde.

Det går att nämligen att utläsa i Världshälsoorganisationens (WHO) definition av en bra arbetsmiljö:

A healthy workplace is one in which workers and managers collaborate to use a continual improvement process to protect and promote the health, safety and well-being of workers and the sustainability of the workplace by considering the following, based on identified needs: • health and safety concerns in the physical work environment; • health, safety and well-being concerns in the psychosocial work environment including organization of work and workplace culture; • personal health resources in the workplace; and • ways of participating in the community to improve the health of workers, their families and other members of the community.⁴⁰

I såväl LOU-direktivet som i LOU sammanblandas sociala krav och kriterier med arbetsrättsliga krav och kriterier, så att det är svårt att veta i vilka fall en bestämmelse om möjligheten att ta sociala hänsyn även avser arbetsrättsliga hänsyn. I till exempel artikel 18.2 LOU-direktiven talas om ”tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter”. I artikel 67.2 LOU-direktiven anges att bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet får innefatta det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, vilket ska bedömas på grundval av kriterier såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter och/eller sociala aspekter. Här nämns inte arbetsrättsliga aspekter, men det är sannolikt att de här omfattas av begreppet sociala aspekter. Det vore nämligen ologiskt att en upphandlande myndighet får beakta miljö- och sociala aspekter vid utvärderingen av ett anbud, men inte arbetsrättsliga sådana.

Det här bekräftas även av skäl 40 i LOU-direktivet. Där anges som konstateras ovan att kontroll av att de miljö, social- och arbetsrättsliga bestämmelserna iaktas bör ske under relevanta skeden i upphandlingsförfarandet.

4.2 Krav på arbetsmiljö i svenska offentliga upphandlingar

I svensk lagstiftning finns inga uttryckliga krav på att upphandlande myndigheter ska ta hänsyn till arbetsmiljön, men arbetsmiljö är en viktig faktor i svenska offentliga upphandlingar. Det framgår bl.a. av att regeringen i den Nationella upphandlingsstrategin från år 2016 anger att konkurrensen i den offentliga upphandlingen aldrig får ske på bekostnad av en god arbetsmiljö. Här anges även att upphandlade tjänster kan utföras med hög kvalitet samtidigt som social dumping motverkas genom att de upphandlande myndigheterna ställer krav på

⁴⁰ Se https://www.who.int/occupational_health/healthy_workplace_framework.pdf, s. 10, hämtad 2020-11-30.

leverantörerna att de tillförsäkrar sina anställda skäligen arbetsvillkor.⁴¹ Redan i förarbetena till den tidigare upphandlingslagstiftningen uppgav emellertid regeringen att en upphandlande myndighet kan ställa krav på arbetsmiljön i form av särskilda kontraktsvillkor när en leverantör utför arbete inom ramen för ett upphandlingskontrakt.⁴² Åsikten delas av Konkurrensverket som menar att ett exempel på ett möjligt socialt villkor är att leverantören ska garantera sina anställda en viss arbetsmiljöstandard.⁴³

Upphandlingsmyndigheten skriver på sin webbplats att arbetsmiljölagstiftningen utgår i huvudsak från att arbetsgivaren har kontroll över arbetsmiljön och arbetsplatsen där den anställde arbetar. I en upphandlad verksamhet utformar dock de upphandlande myndigheterna i hög grad förutsättningarna för entreprenörens arbetsmiljö och arbetsmiljöarbete. Upphandling kan därmed vara ett verktyg för att förebygga arbetsskador och ohälsa genom att reducera risker på arbetsplatsen. På så sätt kan offentlig sektor bidra till en god arbetsmiljö. Myndigheten ger inte några exempel på vilka arbetsmiljökrav som går att ställa, utan hänvisar istället till Arbetsmiljöverket (AMV).⁴⁴

AMV har tagit fram en broschyr kallad ”Att ställa krav på arbetsmiljö vid upphandling - Råd och tips till dig som arbetar med upphandling av tjänster”.⁴⁵ I broschyren återfinns exempel på hur en upphandlande myndighet utforma upphandlingsdokumenten i en offentlig upphandling med hänsyn till arbetsmiljöfrågor. För det första menar AMV att det ska ställas krav på att leverantörerna följer gällande svensk lagstiftning på området, i synnerhet arbetsmiljölagen (1977:1160) och arbetstidslagen (1982:673) samt följer andra gällande föreskrifter som är tillämpliga för anbudets uppdrag. Leverantörerna ska även bedriva ett systematiskt arbetsmiljöarbete enligt Arbetsmiljöverkets föreskrifter.⁴⁶ Vad gäller bevis menar AMV att leverantörerna ska kunna uppvisa aktuell arbetsmiljöpolicy och beskriva det systematiska arbetsmiljöarbetet för arbetstagare som utför arbete inom ramen för kontraktet. När det kommer till krav på uppföljning anges att en kontrakterad leverantör under kontraktstiden ska medverka i möten för att

⁴¹ Se <https://www.regeringen.se/49eaf7/globalassets/regeringen/dokument/finansdepartementet/pdf/2016/upphandlingsstrategin/nationella-upphandlingsstrategin.pdf>, s. 22, hämtad 2020-11-30.

⁴² Prop. 2006/07:128, s. 200 f. Se även Konkurrensverkets broschyr, Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, 2011, s. 47 f.

⁴³ Konkurrensverkets rapport 2015:6, Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling, s. 23.

⁴⁴ Se <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/om-hallbar-upphandling/socialt-hallbar-upphandling/arbetsmiljo/>, hämtad 2020-11-30.

⁴⁵ Se <https://www.av.se/globalassets/filer/arbetsmiljoarbete-och-inspektioner/upphandling/att-stalla-krav-pa-arbetsmiljo-vid-upphandling-adi707.pdf>, 2020-11-30. För att underlätta för upphandlande myndigheter har EU-kommissionen dessutom under åren 2019 och 2020 tagit fram 71 bra exempel på sociala krav i offentliga upphandlingar, se ”Making socially responsible public procurement work - 71 good practice cases”, publicerad den 4 juni 2020.

⁴⁶ Se AFS 2001:1.

följa upp sitt arbetsmiljöarbete. Mötena ska äga rum regelbundet (en gång per halvår) och leverantören ska då bl.a. redogöra för sitt systematiska arbetsmiljöarbete. Om leverantören inte uppfyller sina åtaganden avseende arbetsmiljö ska den upphandlande myndigheten kräva vite. Vitet ske enligt broschyren utgå för varje sjudagarsperiod som förseningen varar med X kronor eller procent. Om leverantören under kontraktstiden uppvisar brister i sitt arbetsmiljöarbete och inte åtgärdar dessa inom en viss angiven tid efter att den upphandlande myndigheten påtalat bristerna, kan avtalet hävas av myndigheten.

AMV har även tagit fram en checklista som kan användas vid offentliga upphandlingar. I checklistan ska anbudsgivare kryssa i vilka arbetsmiljöåtgärder de vidtar så att myndigheten kan utvärdera deras åtgärder och även använda den ifyllda listan som ett uppföljningsverktyg vid utvärderingar efter kontraktstilldelning.⁴⁷ I listan återfinns 13 punkter såsom; vi har en arbetsmiljöpolicy; vi har fungerande rutiner för arbetsmiljöarbetet; vi fördelar arbetsuppgifter för att motverka hög arbetsbelastning; vi ger chefer/arbetstagare de kunskaper de behöver m.m. Listan är dock endast ett bevis på vilka åtgärder som leverantörerna vidtar, den innehåller inget krav på att leverantörerna *de facto* ska vidta några åtgärder. Den kan dock användas av leverantörer för att bevisa att de bedriver ett systematiskt arbetsmiljöarbete om ett sådant krav har ställts. Den kan även användas av upphandlande myndigheten vid uppföljningar.

5 Gränserna för arbetsmiljökrav i svensk offentlig upphandling

5.1 Generellt om krav i offentlig upphandling

Till att börja med kan konstateras att det i LOU-direktivet har fastställts att sociala, inklusive krav på arbetsmiljö, kan ställas i alla faser av en offentlig upphandling, se avsnitt 2.3. Det är alltså möjligt att ställa krav på arbetsmiljö vid *kvalificering av leverantörer*, t.ex. i form av Fair Trade-märkning, vid *tilldelning av kontrakt* i form av krav på leverantörens arbetsmiljöarbete, och som särskilda kontraktsvillkor i form av krav på arbetsmiljön för de anställda under kontraktets genomförande.

Bestämmelserna om tilldelning av offentliga kontrakt återfinns i kapitel 16 LOU och bygger i huvudsak på EU-domstolens mål *Concordia*.⁴⁸ Här konstaterade EU-domstolen att en upphandlande myndighet i princip får ställa vilka krav den önskar i en offentlig upphandling, under förutsättning att kraven har en

⁴⁷ Se <https://www.av.se/globalassets/filer/checklistor/upphandling-arbetsmiljo-checklista.pdf?hl=arbetsmilj%C3%B6>, hämtad 2020-11-30.

⁴⁸ Se EU-domstolens dom av den 17 september 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, EU:C:2002:495.

koppling till föremålet för upphandlingen, inte lämnar öppet för något fritt val för myndigheten, anges i upphandlingsdokumenten eller annonsen, är mätbara och är förenliga med de grundläggande rättsprinciperna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Bestämmelsen om tilldelningskriteriernas utformning i LOU återfinns i 16 kap. 2 § LOU och lyder enligt följande:

När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

Ett tilldelningskriterium ska anses ha anknytning till den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas om kriteriet i något avseende hänför sig till denna vara eller tjänst eller till byggnadsverket under något skede av livscykeln.

Tilldelningskriterierna ska säkerställa en effektiv konkurrens och får inte ge den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet. De ska presenteras så att det utifrån leverantörens uppgifter går att kontrollera hur väl ett anbud uppfyller kriterierna. Om det finns anledning ska myndigheten kontrollera att leverantörens uppgifter är riktiga.⁴⁹

Enligt bestämmelsen i 16 kap. 2 § LOU ska de villkor som ställs i något avseende hänföra sig till varan, tjänsten eller byggnadsverket under något skede av upphandlingens livscykel.⁵⁰ Av EU-domstolens hittillsvarande praxis framgår att det inte krävs att ett tilldelningskriterium avser en varas egenskaper som sådana, dvs. ett element som faktiskt utgör en del av varan, för att en adekvat koppling till föremålet för upphandlingen ska kunna anses föreligga.⁵¹

Vilka krav och kriterier som generellt kan ställas i offentliga upphandlingar går inte att svara på. Varje krav ska vara kopplat till föremålet för upphandlingen och variationen på möjliga krav och kriterier är därmed lika stor som variationen på det som upphandlas, allt från blöjor till kärnkraftverk. Det varierar således från upphandling till upphandling vilka krav som kan och får ställas.⁵²

⁴⁹ Bestämmelsen i 16 kap. 2 § LOU grundas på artikel 67 i LOU-direktivet.

⁵⁰ Se prop. 2015/16:195, s. 1110 f.

⁵¹ Se EU-domstolens dom av den 10 maj 2012, Max Havelaar, C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 91 och prop. 2015/16:195, s. 1111.

⁵² Se Upphandlingsmyndigheten, Socialt ansvarsfull upphandling, <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling>, hämtad 2020-11-30.

5.2 Arbetsmiljökrav i svensk lagstiftning

Allt arbete som utförs i Sverige ska följa svensk lagstiftning. Det är därför möjligt att i offentliga upphandlingar kräva att leverantörerna och deras underleverantörer ska följa svensk lagstiftning när arbetet utförs i Sverige. AML utgör tvingande lagstiftning och alla arbetsgivare är skyldiga att följa dess bestämmelser vid arbete som utförs i Sverige. Enligt Utstationeringsdirektivet ska medlemsstaterna dessutom se till att företagen garanterar utstationerade arbetstagare de arbets- och anställningsvillkor i värdlandet som är fastställda i lag på bl.a. områdena för säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen.⁵³

Som konstaterats ovan kan krav och kriterier avseende arbetsmiljö ställas i alla olika faser av en offentlig upphandling. Att ställa krav på arbetsmiljön som *särskilda kontraktsvillkor* vilka ska fullgöras under kontraktstiden anses emellertid vara det mest lämpliga, eftersom kraven då anses ha mest långtgående effekter.⁵⁴ Redan i förarbetena till den tidigare upphandlingslagstiftningen uppgav regeringen att en upphandlande myndighet kan ställa krav på arbetsmiljö i form av särskilda kontraktsvillkor när en leverantör utför arbete inom ramen för ett upphandlingskontrakt.⁵⁵ Krav avseende arbetsmiljö kan alltså ställas som *särskilda kontraktsvillkor*, under förutsättning att de är kopplade till kontraktsföremålet och framgår av upphandlingsdokumenten.⁵⁶

Upphandlande myndigheten är dock begränsade till att i huvudsak ställa särskilda kontraktsvillkor i form av krav på arbetsmiljön vid anskaffningar av tjänster och byggtreprenader, eftersom sådana villkor tillämpas under kontraktets genomförande. Det är även möjligt att ställa särskilda kontraktsvillkor vid anskaffning av varor, men då i huvudsak i de fall varorna ännu inte har tillverkats. Om varorna tillverkas särskilt för den upphandlande myndigheten är det lättare att ställa krav på arbetsmiljön för de anställda än om varorna redan är tillverkade och endast ska transporteras till myndigheten.⁵⁷ Här följer även svårigheten att ställa krav på arbetsmiljön då varorna tillverkas utomlands, vilket även gäller då det är tjänster som ska utföras utomlands. Det är nämligen inte möjligt för upphandlande myndigheter att ställa krav på att svensk arbetsmiljölagstiftning ska tillämpas i andra stater.⁵⁸

Här har den svenska lagstiftaren infört en bestämmelse om att en upphandlande myndighet, om det är behövt, ska kräva att leverantören ska fullgöra

⁵³ Se även Glavå, M., Arbetsrätt, Studentlitteratur, 2 u., 2011, s. 651 f.

⁵⁴ Se SOU 2015:78, s. 52 och prop. 2006/07:128, s. 200 ff.

⁵⁵ Se prop. 2006/07:128, s. 200.

⁵⁶ Se artikel 70 LOU-direktivet och 17 kap. 1 § LOU.

⁵⁷ Se prop. 2006/07:128, s. 200 f. Se även Konkurrensverkets broschyr, Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, 2011, s. 47 f.

⁵⁸ Se EU-domstolens dom av den 18 september 2014, Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, punkt 36.

kontraktet enligt angivna villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner, om arbetet utförs under sådana förhållanden att svensk arbetsrätt inte är tillämplig, se 17 kap. 4 § 1 st. LOU. I bilagan X till LOU-direktivet finns en lista på de konventioner som upphandlande myndigheter ska kräva vid upphandlingar där arbete ska utföras utanför EU, se avsnitt 2.4 ovan. Den upphandlande myndigheten ska även kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket, se 17 kap. 4 § 2 st. LOU. I paragrafens tredje stycke anges slutligen att de uppställda villkoren får avse att de bestämmelser som gäller där arbetet utförs ska följas.

Men om nu svensk lagstiftning om arbetsmiljö är tvingande i Sverige förefaller det väl onödigt att ställa krav på att den svenska lagstiftningen om arbetsmiljö ska följas av leverantörerna i offentliga upphandlingar? Fördelen med att ställa krav på att leverantörerna ska följa svenska lagstiftning är helt enkelt att det blir lättare för den upphandlande myndigheten att koppla sanktionskrav till underlåtenhet eller brott, eftersom kraven då även utgör avtalsvillkor. Redan i upphandlingsdokumenten kan den upphandlande myndigheten därför ange vilka sanktioner såsom vite, skadestånd och uppsägning som är kopplade till olika typer av underlåtelser. Möjligheten att agera mot leverantörer som inte följer t.ex. arbetsmiljölagstiftningen blir betydligt större än om den upphandlande myndighet ska använda de tämligen begränsade bestämmelserna om sanktioner i avtalslagen (1915:218) och köplagen (1990:931).

5.3 Arbetsmiljökrav vid upphandlingar under tröskelvärdena

LOU-direktivet omfattar endast upphandlingar vars värde överstiger de så kallade tröskelvärdena. Tröskelvärdena återfinns i LOU-direktivet och anger gränsen för när en upphandling ska anses ha ett s.k. *bestämt gränsöverskridande intresse*.⁵⁹ Det innebär att upphandlingar över tröskelvärdena omfattas av EU:s upphandlingslagstiftning, men upphandlingar under tröskelvärdena omfattas av medlemsstaternas behörighet att lagstifta om. Den svenska regeringen valde att vid genomförandet av LOU-direktivet göra EU:s grundläggande rättsprinciper, vilka styr den unionsrättsliga upphandlingen, och bestämmelserna om arbetsrättsliga och sociala villkor tillämpliga även vid upphandlingar som understiger tröskelvärdena. Vi talar här om bestämmelsen i 17 kap. 1 § LOU som anger att en upphandlande myndighet får ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras, se 19 kap. 2 § LOU. De särskilda villkor för fullgörandet

⁵⁹ Se avsnitt 3.1 ovan. Se även Sundstrand, A., Ett bestämt gränsöverskridande intresse, UfT 2018 s. 83.

av kontraktet ska även vid upphandlingar under tröskelvärdena ha anknytning till det som anskaffas och anges i upphandlingsdokumenten.

Regeringen valde emellertid att inte föreslå att de tvingande bestämmelser om lön, semester och arbetstid i 17 kap. 2-5 §§ LOU skulle göras tillämpliga på upphandlingar under tröskelvärdena.⁶⁰ I förarbetena anges att anledningen bl.a. var att underlätta för små och medelstora företag.⁶¹

Det här innebär sannolikt inte att sådana krav eller kriterier inte skulle kunna ställas i en offentlig upphandling under tröskelvärdena. Under förutsättning att kraven eller kriterierna uppfyller förutsättningarna i bestämmelsen om tilldelningskriteriernas utformning i 16 kap. 2 § LOU är det sannolikt inte något problem att ställa tvingande krav på arbetsmiljö även vid upphandlingar under tröskelvärdena. Det innebär således att kraven ska ha en koppling till föremålet för upphandlingen, inte lämnar öppet för något fritt val för myndigheten, anges i upphandlingsdokumenten eller annonsen, är mätbara och är förenliga med de grundläggande rättsprinciperna.

6 Rättsmedel

6.1 Uteslutning från upphandlingsförfarandet

I den svenska upphandlingslagstiftningen finns ett antal bestämmelser som reglerar de fall leverantörer inte uppfyller olika krav och kriterier avseende sociala hänsyn, inklusive krav på arbetsmiljö. En leverantör som använt slavliknande förhållanden för arbetstagarna i sin verksamhet och brutit mot unionslagstiftning på området ska uteslutas från en offentlig upphandling, se 13 kap. 1 § 6 p. LOU. Enligt 13 kap. 3 § 1 p. LOU är det möjligt för en upphandlande myndighet att utesluta en leverantör om myndigheten kan visa att leverantören i sin verksamhet har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter. Ett krav på arbetsmiljö kan även utgöra en uteslutningsgrund som kan bli aktuell på grund av brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen, 13 kap. 3 § 3 p. LOU.⁶² Brottet skulle alltså utgöras av en överträdelse av tillämplig arbetsmiljölagsstiftning.⁶³ Leverantören kan vidare uteslutas från upphandlingsförfarandet om den till exempel ljugit om att den uppfyller vissa begärda kriterier i en arbetsrättsligt märkning eller inte inkommit med begärda dokument som bevis på att den uppfyller märkningens kriterier, se 13 kap. 3 § 8 a) LOU.

⁶⁰ Se även avsnitt 3.4 ovan.

⁶¹ Se prop. 2016/17:163, s. 59.

⁶² Se vidare prop. 2015/16:195, s. 733 ff.

⁶³ Se Zanderin, L., *Arbetsmiljö*, Studentlitteratur, Lund, 2005, s. 21, Westergren, A., och Englund, T., *God arbetsmiljö*, Ale Tryckteam, 2006, s. 11, Iseskog, *Arbetsmiljö för alla*, Talentum HR, 2009, s. 7 och Siegeman, T., *Arbetsrätten - en översikt*, 7 u., Wolters Kluwer, 2015, s. 17.

Om en leverantörs anbud förefaller vara onormalt lågt p.g.a. arbetsrättsliga förutsättningar ska den upphandlande myndigheten begära en förklaring av leverantören till det låga priset. Låga priser inom vissa branscher kan nämligen försämra möjligheterna för leverantörer att upprätthålla en god arbetsmiljö. Leverantörens förklaring måste kunna hänföras till arbetsförhållandena och arbetsmiljöskyddet på den plats där kontraktet kommer att utföras.⁶⁴ Om det visar sig att det låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter ska anbudet förkastas, se 16 kap. 7 § 3 st. LOU.

Även vid andra fall där en leverantörs anbud inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter får den upphandlande myndigheten besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet, se 16 kap. 9 § LOU. Skillnaden är att i det senare fallet är uteslutningen inte obligatorisk.

6.2 Uppsägning av kontrakt

En upphandlande myndighet är skyldig att ha avtalsvillkor som i vissa situationer möjliggör att ett tecknat kontrakt kan sägs upp och avslutas, se 17 kap. 17 § LOU. Villkoren för att avsluta kontraktet eller ramavtalet ska anges i något av upphandlingsdokumenten. Om leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som utgör obligatoriska uteslutningsgrunder, t.ex. att den använt slavarbetare i sin verksamhet, ska alltså avtalet innehålla villkor så att den upphandlande myndigheten kan avsluta kontraktet.⁶⁵

7 Sammanfattande slutsatser

Offentlig upphandling har blivit ett allt viktigt styrmedel för att uppnå samhällspolitiska mål. Upphandlande myndigheter har ett stort utrymme att inkludera arbetsmiljöhänsyn i offentliga upphandlingar genom att till exempel kräva arbetsrättslig märkning, kräva att arbetena utförs i enlighet med svensk och internationell lagstiftning om arbetsmiljö, genom att utesluta leverantörer som gjort sig skyldiga till brott mot arbetsmiljölagarna och genom att ställa krav på arbetsmiljö som särskilda kontraktsvillkor.

Sverige har infört obligatoriska krav avseende lön, semester och arbetstid, vilket i alla fall delvis måste anses vara krav på en viss nivå avseende arbetsmiljö. Kraven ska ställas vid upphandlingar som påbörjats den 1 juni 2017 eller därefter, vars värde överstiger tillämpligt tröskelvärde, som inte avser sociala tjänster eller andra

⁶⁴ Kommissionen, Socialt ansvarsfull upphandling - En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling (2011), baserad på SEK(2010) 1258 slutlig, s. 41.

⁶⁵ De obligatoriska uteslutningsgrunderna återfinns i 13 kap. 1 § LOU.

särskilda tjänster under förutsättning att det går att fastställa de arbetsrättsliga villkoren och om det är behövt att ställa villkoren. Även i övriga fall kan villkoren ställas om de är förenliga med kraven på kriterier i offentlig upphandling, vilket bland annat innefattar att de ska vara proportionerliga.

Det förefaller inte sannolikt att regeringen skulle föreslå ytterligare obligatoriska krav i offentliga upphandlingar. Det politiska motståndet, samt begränsningen i Utstationeringsdirektivet, gör det svårt att försöka införa ytterligare obligatoriska krav. Det hindrar emellertid inte att ytterligare krav på arbetsmiljö i offentliga upphandlingar kan uppmuntras av den svenska regeringen och ytterligare och mer långtgående guider skulle kunna tas fram av till exempel Upphandlingsmyndigheten.

Oavsett framstår det efter den här undersökningen som att upphandlande myndigheter i Sverige redan i dag har långtgående möjligheter att ställa olika typer av krav på arbetsmiljö vid offentlig upphandling. Att ställa upp sådana krav i upphandlingsdokumenten underlättar även om en upphandlande myndighet vill agera gentemot leverantörer som inte följer svensk lagstiftning på arbetsmiljöområdet.