
Andrea Sundstrand

Arbetsmiljökrav i
offentlig upphandling

2019 nr 1

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Arbetsmiljökrav i offentlig upphandling

*Andrea Sundstrand**

1 Introduktion

Miljö-, sociala och arbetsrättsliga krav i offentlig upphandling är en relativ ny företeelse vad gäller specifika bestämmelser i det svenska upphandlingsrättsliga regelverket. När den första svenska upphandlingslagstiftningen som grundades på unionsrätt trädde i kraft den 1 januari 1994 angavs t.o.m. i förarbetena att det endast var möjligt att ställa miljökrav i offentliga upphandlingar om sådana krav gick att utvärdera i ekonomiska termer.¹ I dag anges det i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) att de upphandlande myndigheterna inte endast bör, utan i vissa angivna situationer till och med ska, ställa arbetsrättsliga krav, se 17 kap. 2-5 §§ LOU.

Trots nu nämnda bestämmelser i upphandlingslagstiftningen framstår det fortfarande som osäkert vilka arbetsrättsliga krav som är möjliga att ställa i offentliga upphandlingar. Av särskilt intresse för den här artikeln är möjligheterna att ställa krav på arbetsmiljö i offentliga upphandlingar. Artikeln är den första i en serie om tre att publiceras där just möjligheterna att ställa krav på arbetsmiljö i offentliga upphandlingar granskas och utreds. De tre artiklarna utarbetas i forskningsprojektet Ett hållbart nytt arbetsliv – trender, hälsoeffekter och styrmedel.² Den juridiska delen av projektet behandlar det rättsliga regelverket kring offentlig upphandling och möjligheterna att ställa arbetsrättsliga krav, specifikt krav på arbetsmiljö, i offentliga upphandlingar. Värdet på de offentliga upphandlingarna utgör cirka 20 procent av BNP och väl utvecklade arbetsrättsliga krav får därför med hög sannolikhet en stor påverkan på de arbetsrättsliga förhållandena under tiden de upphandlade kontrakten genomförs.

I den här första artikel behandlas bakgrunden och syftet med den svenska upphandlingslagstiftningen, de generella möjligheter som återfinns i LOU:s bestämmelser att ta arbetsrättsliga hänsyn och innehållet i den svenska arbetsmiljölöslagstiftningen, i huvudsak i arbetsmiljölagen (1977:1160). I de följande två artiklarna kommer en djupare granskning att genomföras avseende vilka krav på arbetsmiljö som är möjliga att ställa i offentliga upphandlingar.

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

¹ Se prop. 1992/93:88, s. 52, se avsnitt 2.2.

² Projektet finansieras av FORTE. För mer information om forskningsprojektet, se <https://ki.se/imm/ett-hallbart-nytt-arbetsliv-sustainable-work>.

Där utreds således vilka krav på arbetsmiljö som är lagliga och förenliga med såväl svensk som unionsrättslig och annan internationell lagstiftning.

2 Svensk lagstiftning om offentlig upphandling

2.1 Bakgrunden och syftet med upphandlingslagstiftningen

EU har antagit ett antal direktiv på upphandlingsområdet vilka medlemsstaterna har förbundit sig att införliva och tillämpa.³ Upphandlingsdirektiven är endast tillämpliga i de fall en upphandlande myndighet⁴ anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från tredje man, dvs. från en juridiskt fristående person⁵. Om en upphandlande myndighet väljer att med egna medel utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den, utan att vända sig till något organ eller enhet utanför sin egen organisation, är bestämmelserna därför inte tillämpliga. Upphandlingsdirektivets bestämmelser omfattar således endast kontrakt för varor, tjänster eller byggtreprenader som en upphandlande myndighet tilldelar ett organ utanför den egna organisationen.⁶

Upphandlingsdirektiv 2014/24 omfattar endast upphandlingar vars värde överstiger de s.k. tröskelvärdena. Tröskelvärdena i LOU är angivna i euro, vilket innebär att de måste räknas om till svenska kronor. Det är EU-kommissionen som sköter omräkningen, som utgår från en genomsnittlig växelkurs euro/SEK de senaste två åren. Den fastställda kursen meddelas sedan till Sverige och den svenska regeringen offentliggör tröskelvärdena i svenska kronor i ett tillkännagivande.⁷ Den senaste omräkningen gjordes till den 1 januari 2018. De tröskelvärden vi har nu kommer därför att gälla till den 1 januari 2020, då en ny växelkurs räknas fram. Den kurs som gäller nu är cirka 1 euro = 9,5 SEK. Tröskelvärdet för varor och tjänster uppgår i dag till 1 365 782 kronor för statliga myndigheter och 2 096 097 kronor för övriga upphandlande myndigheter. De upphandlande myndigheterna ska själva uppskatta värdet på de kontrakt som ska upphandlas. Tröskelvärdena beräknas alltid exklusive mervärdesskatt.

När ett kontrakts värde överstiger tröskelvärdena ska något av de i direktiven angivna förfarandena tillämpas, till exempel öppet, selektivt eller förhandlat förfarande. EU-rätten omfattar inte upphandlingar av kontrakt under tröskelvärdena.

³ I den här artikeln behandlas endast bestämmelserna i direktiv 2014/24 om upphandling inom den klassiska sektorn, genomförd i svensk lagstiftning per den 1 januari 2017 genom bestämmelserna i LOU.

⁴ Organisationer som omfattas av direktiv 2014/24 kallas upphandlande myndigheter, se kap. 1, artikel 2.1 (1).

⁵ Se dom av den 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punkt 50.

⁶ Se Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt (ak. avh.), s. 58.

⁷ Se Tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Medlemsstaterna har behållit beslutanderätten för hur sådana upphandlingar ska genomföras. I Sverige regleras upphandlingar under tröskelvärdena i 19 kap. LOU. Sverige har således genomfört bestämmelserna i direktiv 2014/24 i LOU, men lagen omfattar även de upphandlingar under tröskelvärdena som Sverige själv reglerar.

Syftet med den unionsrättsliga upphandlingslagstiftningen är inte som man kan tro att ge medlemsstaterna det bästa och mesta för skattemedlen. Syftet är istället att ta bort hinder för den fria marknad som EU utgör. Det framgår bland annat av EU-domstolens avgörande i domen Cambridge.⁸ 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

På samma sätt är syftet med de svenska upphandlingsrättsliga bestämmelserna över tröskelvärdena som grundas på unionsrätt att ta bort hinder för den fria rörligheten inom EU. Det innebär att Sverige som medlemsstat inte kan införa ett annat syfte med upphandlingsreglerna. Det gäller även om upphandlande myndigheter i Sverige i sitt dagliga arbete med att genomföra offentliga upphandlingar av praktiska och/eller politiska skäl tar andra hänsyn vid offentliga upphandlingar. Det kan handla om att istället försöka att spara på kommunens resurser eller att få så hög kvalitet som möjligt för medborgarnas skattemedel.

Vad gäller de svenska upphandlingsrättsliga bestämmelserna under tröskelvärdena som endast grundas på nationell rätt är det oklart vilket syfte de har. Lagstiftaren har inte angivit något specifikt syfte för dessa nationella regler i 19 kap. LOU, men eftersom reglerna inte grundas på unionsrätten kan de således ha ett annat syfte om lagstiftaren så väljer.

2.2 Krav på hållbar upphandling

I offentliga upphandlingar är det som huvudregel möjligt för de upphandlande myndigheterna att ställa krav på tre olika delar av upphandlingsförfarandet; de kan ställa krav på leverantörernas förmåga att leverera, på upphandlingsföremålet och på genomförandet av kontraktet. Krav på leverantörernas förmåga att leverera benämns kvalifikationskrav, krav på upphandlingsföremålet benämns tilldelningskriterier och krav avseende genomförandet av ett kontrakt benämns särskilda kontraktsvillkor.

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

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

Framväxten av sociala och arbetsrättsliga krav i offentlig upphandling grundar sig till stor del på framväxten av miljökrav.¹⁰ De kraven utvecklades först och banade vägen för andra krav på hållbarhet. Men även miljökrav hade en tuff start och synsättet var tidigare att samtliga krav i en offentlig upphandling skulle ha en ekonomisk aspekt. Det ansågs t.ex. länge att miljökrav inte kunde ställas i andra situationer än när en upphandlande myndighet hade en vara i sin omedelbara besittning och när kraven utgjorde en ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten. Det är därför inte svårt att förstå att det i den första svenska propositionen i upphandlingsfrågor grundad på unionsrätten angavs att:

”En upphandlande enhet måste noga ange vilka omständigheter den avser att beakta i de fall den väljer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Genom hänvisningen till det ’ekonomiskt’ mest fördelaktiga anbudet uppkommer ett behov av att enheten gör klart för sig redan från början hur olika omständigheter som servicegrad etc. kan värderas i ekonomiska termer. Särskilt vad gäller miljöpåverkan kan en sådan värdering bli svår.”¹¹

Den dåvarande svenska tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling, Nämnden för offentlig upphandling (NOU), angav i sitt nyhetsbrev i början av 90-talet att tjänstemän i EU-kommissionen uttalat att hänsyn till miljökrav endast fick göras utifrån varans eller tjänstens direkta användning. Av det skälet var det likgiltigt hur en produkt var producerad; det viktiga var i stället vilka ekonomiska prestanda den kunde uppvisa i inköparens miljö.¹² Det första dokumentet från EU-kommissionen om möjligheten att ta sociala hänsyn i offentlig upphandling publicerades år 2001 och var ett tolkningsmeddelande “Om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling”.¹³ På den tiden var även kommissionen av åsikten att även om krav avseende sociala hänsyn kunde vara möjliga att ställa i offentliga upphandlingar, skulle de fortfarande kunna värderas i ekonomiska termer. I tolkningsmeddelandet angavs:

”Kriterier som omfattar sociala hänsyn får användas för att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga om de innebär en ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten som är kopplad till den vara eller tjänst som är föremål för upphandlingen.”¹⁴

¹⁰ För följande avsnitt, se även Sundstrand, Andrea, Sociala hänsyn i offentlig upphandling - en introduktion, UrT 2015 s. 263.

¹¹ Se prop. 1992/93:88, s. 52.

¹² Sammanställning NOU info 93-95, s. 90 f.

¹³ Kommissionens “Tolkningsmeddelande om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling”, KOM(2001) 566 slutlig.

¹⁴ Se kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, KOM(2001) 566 slutlig, s. 15.

Tolkningsmeddelandet publicerades strax innan EU-domstolen meddelade sitt avgörande i domen *Concordia*, år 2002.¹⁵ Målet handlade om Helsingfors stads upphandling av kollektivtrafik. I upphandlingen premierade staden låga nivåer på buller och koldioxidutsläpp. Nivåerna var objektivt utformade, men de angivna nivåerna var så pass låga att endast stadens eget bussbolag levde upp till dem. Avgörandet var banbrytande och för första gången konstaterade domstolen att samtliga tilldelningskriterier i en offentlig upphandling inte måste vara av rent ekonomisk art. Enligt EU-domstolen kunde det nämligen inte uteslutas att faktorer som inte var av rent ekonomisk art kunde påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten.¹⁶

Dessutom påpekade domstolen att det enligt upphandlingsdirektiven var möjligt att ställa estetiska krav och sådana krav är inte möjliga att värdera i pengar. Att bara ett fåtal intressenter kunde leva upp till en kravspecifikation betydde dock enligt EU-domstolen inte nödvändigtvis att den stred mot principerna om lika-behandling och icke-diskriminering. Domstolen klargjorde ett villkor i en offentlig upphandling ska vara:

- kopplat till fullgörandet av kontraktet,
- tydligt angivet i förfrågningsunderlaget eller i annonsen,
- mätbart,
- kontrollerbart¹⁷ och
- stå i överensstämmelse med de grundläggande rättsprinciperna.¹⁸

Avgörandet fick stor påverkan på möjligheterna att ställa miljökrav i offentliga upphandlingar. Det påverkade även på möjligheten att ställa andra typer av hållbarhetskrav, eftersom inte heller sådana krav som huvudregel går att utvärdera i ekonomiska termer. EU-domstolen hade tidigare klargjort att det är möjligt att ställa krav på anställning av långtidsarbetslösa i offentliga upphandlingar, så länge det inte har någon diskriminerande effekt.¹⁹ Det fanns emellertid ingen vägledning till vilka övriga hänsyn och hållbara krav som var möjliga för upphandlande myndigheterna att ställa.

Året efter, år 2003, meddelades domen *EVN och Wienstrom*.²⁰ Målet handlade om en upphandling av el, där den upphandlande myndigheten hade ställt krav på el från förnybara energikällor. I Sverige hade NOU uttalat att det inte var möjligt att ställa

¹⁵ Se dom av den 17 september 2002, *Concordia Bus*, C-513/99, EU:C:2002:495.

¹⁶ Se a.a., punkt 55.

¹⁷ Det finns dock inga krav på att en faktisk kontroll ska genomföras, något som skulle vara ekonomisk orealistiskt.

¹⁸ Se dom av den 17 december 2002, *Concordia Bus*, C-513/99, EU:C:2002:495, punkterna 83 och 85.

¹⁹ Se dom av den 20 september 1988, *Beentjes*, C-31/87, EU:C:1988:422, punkt 37 iii och dom av den 26 september 2000, kommissionen/Frankrike, C-225/98, EU:C:2000:49, punkterna 50-51.

²⁰ Se dom av den 4 december 2003, *EVN och Wienstrom*, C-448/01, EU:C:2003:651.

krav på s.k. grön el, eftersom kravet fick anses vara ett krav på tillverkningsprocessen och därmed inte möjligt att ställa.²¹ EU-domstolen meddelade emellertid att krav på att el till viss del skulle produceras från förnybara energikällor ansågs tjäna ett miljöskyddsändamål och fick ställas, oavsett att det avsedda syftet inte uppnåddes. Det var således tillåtet att premiera viss produktionsmetod, trots att det inte gav några synbara effekter på slutprodukten. Däremot var det inte möjligt att premiera leverantörer som producerade mer förnybar el än som omfattades av upphandlingen, eftersom ett sådant krav ansåg strida mot proportionalitetsprincipen.

Intressant att notera är att EU-domstolen i domen *EVN och Wienstrom* hänvisade dels tillbaka till domen *Concordia* avseende det faktum att det var möjligt att ställa miljökrav över huvudtaget i en offentlig upphandling, dels till ett avgörande från år 2001, domen *Preussen Elektra*.²² Med hänvisningen till domen *Concordia* påpekar EU-domstolen att det är möjligt att ställa miljökrav i en offentlig upphandling under förutsättning att kravet har ett samband med kontraktets föremål, inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling och är förenligt med unionsrättens allmänna rättsprinciper.²³

I det domen *Preussen Elektra*, som behandlande bl.a. frågan om reglering av köp av el från förnybara energikällor, fastställdes att användningen av förnybara energikällor tjänar ett miljöskyddsändamål. Förnybara energikällor bidrar till att minska utsläppen av växthusgaser som är en av huvudorsakerna till klimatförändringarna, en politik som syftar även till att skydda människors och djurs hälsa och liv samt till att bevara växtlivet.²⁴ Det var något som EU och dess medlemsstater hade föresatt sig att motverka dels p.g.a. sina åtaganden enligt Förenta nationernas ramkonvention om klimatförändring,²⁵ dels genom sina åtaganden enligt Kyotoprotokollet av den 11 december 1997²⁶ och dels genom beslutet om främjande av förnybara energikällor²⁷.

Därefter hänvisade EU-domstolen till dåvarande artikel 130r.2 första stycket tredje meningen i EG-fördraget och angav att det där dessutom framgick att miljöskyddskrav skulle integreras i utformningen och genomförandet av unionens övriga politik.²⁸ I dag återfinns bestämmelsen i artikel 11 i EUF-fördraget, i samma kapitel

²¹ Sammanställning NOU info 93-95, s. 90f.

²² Se dom av den 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, EU:C:2001:160.

²³ Se dom av den 4 december 2003, *EVN och Wienstrom*, EU:C:2003:651, punkterna 33 och 34.

²⁴ Se a.a., punkterna 73-75.

²⁵ Se rådets beslut 94/69/EG av den 15 december 1993 (EGT 1994, L 33, s. 11).

²⁶ Protokollet av den 11 december 1997 från konventionsstaternas tredje konferens undertecknades den 29 april 1998 av EU och dess medlemsstater, se rådets resolution av den 8 juni 1998 om förnybara energikällor (EGT C 198, s. 1).

²⁷ Se Europaparlamentets och rådets beslut nr 646/2000/EG av den 28 februari 2000 om att anta ett flerårigt program för främjande av förnybara energikällor i gemenskapen (Altener) (1998/2002) (EGT L 79, s. 1).

²⁸ Se dom av den 13 mars 2001, *PreussenElektra*, EU:C:2001:160, punkt 76.

som övriga skyddsvärda intressen som även de ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens övriga politik. Det anges nämligen uttryckligen i artikel 7 i EUF-fördraget att unionen ska säkerställa samstämmighet mellan all sin politik och verksamhet, med beaktande av samtliga sina mål och i enlighet med principen om tilldelade befogenheter. De skyddsvärda intressena anges sedan i artikel 8-12 EUF-fördraget:

Artikel 8 – skydd för jämställdhet.

Artikel 9 – skydd för sociala hänsyn.

Artikel 10 – skydd för icke-diskriminering p.g.a. kön, ras, etniskt ursprung religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder, sexuell läggning.

Artikel 11 – skydd för miljön.

Artikel 12 – konsumentskydd.

En logisk slutsats av ovan nämnda avgöranden blir således att det enligt unionsrätten är möjligt att i en offentlig upphandling ställa krav på samtliga av de skyddsvärda intressen som anges i artiklarna 8-12 i EUF-fördraget, så länge kraven har ett samband med kontraktets föremål, inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling och är förenligt med unionsrättens grundläggande rättsprinciper. För möjligheten att ställa olika typer av hållbarhetskrav har således de ovan nämnda avgörandena från EU-domstolen haft stor, för att inte säga avgörande, betydelse. Det dröjde dock ytterligare ett antal år, ända till år 2012, innan EU-domstolen meddelade en ytterligare en dom som behandlade arbetsrättsliga krav i offentlig upphandling.

2.3 Arbetsrättsliga krav i offentlig upphandling

Som nämnts ovan klagjorde EU-domstolen redan år 1988 att det är möjligt att ställa krav på anställning av långtidsarbetslösa i offentliga upphandlingar, så länge kravet inte har någon diskriminerande effekt.²⁹ Det är alltså inte möjligt att kräva att de långtidsarbetslösa härstammar från eller bor i ett visst geografiskt område. Direktiv 2004/18 för den klassiska sektorn, föregångaren till direktiv 2014/24, antogs i april 2004 och angav för första gången i ett upphandlingsdirektiv att upphandlande myndigheter kunde beakta sociala hänsyn vid tilldelning av offentliga kontrakt. I skäl 1 i ingressen till direktivet angavs att upphandlande myndigheter hade möjlighet att ta såväl sociala som miljömässiga hänsyn vid utformningen av tilldelningskriterierna. Ikraftträdandet av Lissabonfördraget den 1 december

²⁹ Se dom av den 20 september 1988, Beentjes, C-31/87, EU:C:1988:422, punkt 37 iii och dom av den 26 september 2000, kommissionen/Frankrike, C-225/98, EU:C:2000:49, punkterna 50-51.

2009 var ytterligare ett steg mot en mer social ekonomisk europeisk union. Det anges nu i artikel 3.3 i Fördraget om den Europeiska Unionen (FEU) att unionen bygger på en social marknadsekonomi.

I punkt 37 i ingressen till nu gällande direktiv 2014/24 om offentlig upphandling anges att 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 för att säkerställa efterlevnaden av de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som är tillämpliga på den ort där byggtreprenaden utförs eller tjänsterna tillhandahålls och som följer av lagar, författningar, dekret och beslut både på nationell nivå och unionsnivå, samt av kollektivavtal. Förutsättningen är dock att dessa bestämmelser och deras tillämpning överensstämmer med unionsrätten. Likaså bör de skyldigheter som följer av internationella avtal som har ratificerats av alla medlemsstater tillämpas under fullgörandet av ett upphandlat kontraktet.

Av vikt att notera är att här även anges att de relevanta åtgärderna bör tillämpas i överensstämmelse med de grundläggande principerna i unionsrätten, särskilt i syfte att säkerställa likabehandling. Det anges att de relevanta åtgärderna bör tillämpas i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG (1) (utstationeringsdirektivet) och på ett sätt som säkerställer likabehandling. Det anges att åtgärderna inte heller direkt eller indirekt får diskriminera ekonomiska aktörer och arbetstagare från andra medlemsstater. EU-domstolens slutsats i domen *Beentjes*, att det inte är möjligt att ställa krav på till exempel att arbetstagare ska komma från en viss region/land är således fortfarande relevant vid arbetsrättsliga krav i offentliga upphandlingar.

Kommissionen publicerade år 2010 en handledning för social upphandling, *Socially Responsible Public Procurement (SRPP)*.³⁰ Syftet med handledningen var dels att höja upphandlande myndigheternas medvetenhet om de potentiella fördelarna med social offentlig upphandling, dels att på ett praktiskt sätt att förklara de möjligheter som EU:s befintliga regelverk ger för offentliga myndigheter att ta sociala hänsyn i sin offentliga upphandling och att inte bara upphandla till lägst pris, utan även till ekonomiskt mest fördelaktigt anbud. I handledningen gavs även ett antal exempel på vad som kan utgöra sociala hänsyn i offentlig upphandling. Vid lanseringen av Europa 2020-strategin för hållbar utveckling inom unionen år 2010, påtalade kommissionen även att den offentliga upphandlingen är ett viktigt styrmedel för att nå de sociala mål som satts upp i strategin.³¹

EU-domstolens andra avgörande, efter domen *Beentjes*, som specifikt behandlade arbetsrättsliga krav i offentlig upphandling meddelades år 2012, domen

³⁰ Se kommissionens handledning "Socialt ansvarsfull upphandling - En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling", SEK(2010) 1258 slutlig.

³¹ Se kommissionens meddelande Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, KOM(2010) 2020 slutlig.

Max Havelaar.³² Målet handlade om en offentlig upphandling av leverans och underhåll av kaffeautomater i Holland, där den upphandlande myndigheten hade ställt ett antal sociala och arbetsrättsliga krav. Den upphandlande myndigheten hade bl.a. använt kriterier och bevisning avseende hållbara inköp och företagens sociala ansvar för att kontrollera leverantörernas yrkesmässiga kapacitet och hade vid angivandet av tilldelningskriterierna hänvisat bl.a. till det sociala märket MAX HAVELAAR eller till märken som uppfyllde samma kriterier. Frågan var alltså dels om det var möjligt att ställa sociala och arbetsrättsliga krav och om det var möjligt att kräva att leverantörerna skulle ha sociala märken.

EU-domstolen konstaterade att det i princip inte fanns något hinder mot att i en offentlig upphandling använda ett kriterium som innebär att en vara ska komma från rättvis handel. De krav som ställs i en upphandling ska emellertid anges i upphandlingsdokumenten, generella hänvisningar till ett visst märke var på den tiden inte tillåtet.³³ Kravet i upphandlingsdokumentet om att leverantören skulle ”bidra till att göra kaffemarknaden mer hållbar och till en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion” ansågs av EU-domstolen inte vara så:

”... klart, precist och otvetydigt, på ett sådant sätt att det är möjligt för alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare att med säkerhet och fullt ut veta vilka kriterier som dessa krav omfattar. Detta gäller även, i än högre grad, begäran att anbudsgivarna i sina anbud ska ange ‘hur de uppfyller’ dessa kriterier eller hur de ‘bidrar till’ den upphandlande myndighetens syften vad gäller kontraktet och kaffeproduktionen utan att de ges några tydliga upplysningar om vilka uppgifter som ska lämnas.”³⁴

Slutsatsen blev att det strider mot öppenhetsprincipen att ställa luddiga sociala och arbetsrättsliga krav i offentliga upphandlingar. Det är däremot möjligt att ställa sociala och arbetsrättsliga krav under de förutsättningar som angavs i domen *Concordia*, bl.a. att kraven har en koppling till föremålet för upphandlingen.³⁵

Generaladvokaten Kokotts yttrande i målet innehåller ett antal bevingade ord som lär gå till upphandlingshistorien:

³² Se dom av den 10 maj 2012, kommissionen/Nederländerna (*Max Havelaar*), C-368/10, EU:C:2012:284.

³³ Se a.a., punkt 97. Med ikraftträdandet av LOU den 1 januari 2017 infördes möjligheten att ställa krav på s.k. märkning, se 9 kap. 12 § LOU.

³⁴ Se a.a., punkt 110.

³⁵ Se a.a., punkterna 84-88.

”Socker smakar i strikt bemärkelse visserligen inte annorlunda beroende på om det är rättvisemärkt eller inte. En produkt som lanseras på marknaden på orättvisa villkor efterlämnar emellertid en bitter eftersmak hos en ansvarsfull kund.”³⁶

Det är således numera allmänt godtaget att det är möjligt att ställa arbetsrättsliga krav ioffentliga upphandlingar, dels genom att EU-domstolen har utökad möjligheterna att ta andra än strikt ekonomiska hänsyn vid offentlig upphandling, dels genom ikraftträdandet av direktiv 2014/24 vilket fastställer möjligheten att beakta miljö-, sociala och arbetsrättsliga hänsyn i offentliga upphandling. Frågan som nu behöver utredas är om möjligheten att ställa arbetsrättsliga krav omfattar möjligheten att i offentliga upphandlingar ställa krav på arbetsmiljö.³⁷ Dessförinnan ska vi emellertid först behandla den svenska lagstiftningen om arbetsmiljö.

3 Svensk lagstiftning om arbetsmiljö

Den svenska lagstiftningen om arbetsmiljö återfinns i arbetsmiljölagen (1977:1160) (AML), som trädde i kraft den 1 juli 1978.³⁸ Syftet med AML är att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet samt att även i övrigt uppnå en god arbetsmiljö, se 1 kap. 1 §. Ursprungligen var AML:s huvudsyfte att förbättra den fysiska arbetsmiljön, men från och med år 1977 omfattar arbetsmiljölagen i Sverige även arbetstagarnas psykiska hälsa och välmående, den så kallade psykosociala arbetsmiljö. I dag omfattar begreppet arbetsmiljö allt som påverkar människor på deras arbeten. Såväl luft, ljud, kemikalier, maskiner, mängden arbete, arbetets innehåll och organisation, och även stress möjlighet till återhämtning. Härutöver omfattas sociala behov, då arbetet ska ge tillfälle till utveckling, ny kunskap och gemenskap med arbetskamrater.

Lagen gäller varje verksamhet i vilken arbetstagare utför arbete för en arbetsgivares räkning, se 1 kap. 2 § AML. Arbetsmiljölagen reglerar dock inte förhållandet mellan den som beställer ett arbete och en självständig entreprenör. Här är det entreprenören som har arbetsmiljöansvaret mot sina anställda och måste se till att kontraktet med beställaren ger tillräckliga möjligheter till en god arbetsmiljö. Något arbetsmiljöansvar för beställare finns således inte.³⁹ Redan här framgår att om det inte ställs specifika krav på arbetsmiljö i offentliga upphandlingar, har

³⁶ Se generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i mål C-368/10, Max Havelaar, EU:C:2011:840, punkt 110.

³⁷ Se dom av den 17 september 2002, Concordia Bus, C-513/99, EU:C:2002:495, dom av den 4 december 2003, EVN och Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651 och dom av den 10 maj 2012, Max Havelaar, C-368/10, EU:C:2012:284.

³⁸ Det finns även en arbetsmiljöförordning (1977:1166) med vissa kompletterande regler.

³⁹ Se Arbetsmiljölagen - med kommentarer, 2018, Arbetsmiljöverket, s. 11.

leverantörerna som vunnit kontraktet inte någon relation med den upphandlande myndigheten avseende arbetsmiljön vid genomförandet av kontraktet.

I kapitel 2 AML anges de allmänna krav som ställs på arbetsförhållandena. Arbetsmiljölagen är en så kallad ramlag vilket innebär att den endast anger exempel på vilka olika hänsyn till arbetsmiljön som ska tas. Som exempel anges att arbetsmiljön ska vara tillfredsställande med hänsyn till arbetets natur och den sociala och tekniska utvecklingen i samhället, se 2 kap. 1 § AML. Enligt 3 kap. 1a § AML ska arbetsgivare och arbetstagare samverka för att åstadkomma en god arbetsmiljö. Enligt 6 kap. 1 § AML ska arbetsgivare och arbetstagare även bedriva en på lämpligt sätt organiserad arbetsmiljöverksamhet.

Det är arbetsgivaren som har det huvudsakliga ansvaret för arbetsmiljön, se 3 kap. 2 § AML. Denna ska ”vidta alla åtgärder som behövs för att förebygga att arbetstagare utsätts för ohälsa eller olycksfall”. Det åligger enligt samma kapitel 4 § även arbetstagaren att följa bestämmelserna i AML och aktivt medverka till att en bra arbetsmiljön uppnås på den aktuella arbetsplatsen.

I Sverige är det Arbetsmiljöverket som utövar tillsyn över att AML och de föreskrifter som meddelats med stöd av AML följs, se 7 kap. 1 §. Den som uppsåtligt eller av oaktsamhet bryter mot bestämmelserna i lagen kan dömas till böter eller fängelse, se 8 kap. AML.

4 Krav på arbetsmiljö i offentliga upphandlingar

I Sverige dör varje år 40-60 personer av arbetsrelaterade olyckor och runt 10 000 personer drabbas av arbetsplatsolyckor som leder till minst 14 dagars sjukfrånvaro. Härutöver förkortas många liv på grund av bristande arbetsmiljö. Mer än 500 människors liv per riskfaktor avslutas varje år p.g.a. exponering för faktorer som stress, skiftarbete, motoravgaser, buller och ihållande fysiskt tungt arbete skördar varje år. Mellan 100 och 500 arbetsrelaterade dödsfall varje år i Sverige beror på saker som damm, aspest, kvarts och passiv rökning. Internationellt sett är situationen lika illa. Enligt FN:s internationella arbetsorganisation (ILO) inträffar årligen 2,8 miljoner arbetsrelaterade dödsfall, varav 380 000 utgör dödsolyckor. Resterande dödsfall beror på sjukdomar. Det går att minska den arbetsrelaterade dödligheten dels genom förebyggande åtgärder på arbetsplatsen, dels genom att tillämpa ny kunskap som minskar förekomsten av stress och skiftarbete.⁴⁰

Med tanke på att vi i Sverige har en fungerande lagstiftning om arbetsmiljö finns det inga formella hinder mot att upphandlande myndigheter ställer krav i offentliga upphandlingar att leverantörerna ska följa svensk lagstiftning vid genomförande av kontrakt i Sverige. Det finns även ett ökad intresse bland upphandlande

⁴⁰ Zelmin-Ekenhem, Erna, generaldirektör Arbetsmiljöverket, Arbetssjukdomar som stress dödar fler än arbetsplatsolyckor, DN Debatt, 28 april 2019.

myndigheter att kunna ställa sådana krav, men även en osäkerhet hur kraven kan utformas. Är det möjligt att ställa specifika krav på arbetsmiljö och vilka krav handlar det i så fall om? I de två följande artiklarna i det aktuella forskningsprojektet kommer att undersökas vilka krav på arbetsmiljö som är förenliga med såväl den unionsrättsliga som den svenska upphandlingslagstiftningen.