

## Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling

(2001/C 333/08)

(Text av betydelse för EES)

(KOM(2001) 566 slutlig)

### SAMMANFATTNING

Syftet med detta meddelande, som är en uppföljning av meddelandet om offentlig upphandling inom Europeiska unionen av den 11 mars 1998 <sup>(1)</sup>, är att klargöra i vilken omfattning gällande gemenskapslagstiftning tillåter att sociala hänsyn beaktas vid offentlig upphandling. Vidare ingår detta meddelande bland de åtgärder som annonserats i den socialpolitiska dagordningen som antogs av Europeiska rådet i Nice i december 2000 <sup>(2)</sup>. Den utgör en del av det integrerade europeiska synsättet för att uppnå den ekonomiska och sociala förnyelse vars riktlinjer drogs upp i Lissabon. Det främsta syftet är att trygga ett positivt och dynamiskt samspel mellan ekonomisk politik, sysselsättningspolitik och socialpolitik.

Om fler möjligheter skall införas och i synnerhet andra hänsyn tas vid upphandling, vilka sträcker sig utöver vad som anges i gällande direktiv om offentlig upphandling, krävs ingrepp från gemenskapslagstiftarens sida.

Samtliga relevanta nationella regler på det sociala området, inklusive genomförandebestämmelser för gemenskapslagstiftningen på området, är bindande för de upphandlande myndigheterna, förutsatt att de är förenliga med gemenskapsrätten. Detta gäller inte minst bestämmelser om arbetsvillkor och arbetslagstiftning.

Underlåtenhet att följa vissa bestämmelser på det sociala området kan under vissa omständigheter leda till uteslutning av anbudsgivare från offentlig upphandling. Det åligger medlemsstaterna att avgöra under vilka dessa omständigheter detta gäller.

Det är framför allt i samband med utförandet av kontraktet, dvs. efter kontraktets tilldelning, som ett offentligt upphandlingskontrakt kan vara ett medel för de upphandlande myndigheterna att befrämja olika sociala mål. De har då nämligen möjlighet att ställa vissa krav på leverantören såsom villkor som ska gälla under avtalstiden, förutsatt att dessa är förenliga med gemenskapsrätten. Villkoren kan avse åtgärder till förmån för olika samhällsgrupper eller sådana som avser att befrämja positiv särbehandling på sysselsättningsområdet.

Direktiven om offentlig upphandling erbjuder dessutom en rad möjligheter att i samband med offentlig upphandling ta sociala hänsyn som är kopplade till de produkter eller tjänster som skall upphandlas, i synnerhet vid utarbetandet av de tekniska specifikationerna och kriterierna för urval av anbudsgivare.

När det gäller upphandlingar som inte omfattas av direktiven kan offentliga inköpare fritt sträva efter sociala mål, förutsatt att detta sker i överensstämmelse med EG-fördragets grundläggande

bestämmelser och principer. Det åligger medlemsstaterna att avgöra om de upphandlande myndigheterna kan eller skall befrämja sådana mål genom offentlig upphandling.

### INLEDNING

Detta meddelande, som är en uppföljning av meddelandet om offentlig upphandling inom Europeiska unionen av den 11 mars 1998, syftar till att klargöra i vilken omfattning gällande gemenskapslagstiftning tillåter att sociala hänsyn beaktas vid offentlig upphandling. Tanken är att meddelandet därigenom skall göra det möjligt att på bästa sätt ta olika sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling och därmed bidra till en hållbar utveckling, dvs. till såväl ekonomisk tillväxt som sociala framsteg och hänsyn till miljön.

Upphandlingspolitiken är ett inslag i politiken för den inre marknaden. Direktiven på området <sup>(3)</sup> syftar till att förverkliga den fria rörligheten för varor, etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster vid offentlig upphandling <sup>(4)</sup>. För att dessa mål skall kunna uppnås måste förfarandena för offentlig upphandling samordnas i den utsträckning som krävs för att upphandlingar skall utsättas för en effektiv och icke-diskriminerande konkurrens och för att de offentliga medlen skall fördelas på bästa sätt genom val av det bästa anbudet. På detta sätt torde de upphandlande myndigheterna <sup>(5)</sup> kunna få mest valuta för pengarna samtidigt som de följer vissa regler som bl.a. rör val av anbudsgivare enligt objektiva kriterier och tilldelning av kontraktet antingen på grundval endast av priset eller på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt ett antal objektiva kriterier.

Politiken för den inre marknaden kan förverkligas samtidigt som andra mål fullföljs, inte minst på det sociala området.

Genom utvecklingen av en unik social modell har den europeiska socialpolitiken kommit att spela en central roll i uppbyggnaden av Europas ekonomiska styrka <sup>(6)</sup>. Ekonomiska framsteg och social sammanhållning kompletterade med en hög grad av skydd och förbättrad miljö behövs för en hållbar utveckling och är centrala inslag i den europeiska integrationsprocessen. EU har som mål att höja levnadsstandarden, främja en hög sysselsättningsnivå och ett starkt socialt skydd, förbättra levnads- och arbetsvillkor och verka för en ökad livskvalitet <sup>(7)</sup>. Denna socialpolitiska dagordning, som antogs av Europeiska rådet i Nice i december 2000, utgör en del av det integrerade europeiska synsättet för att uppnå den ekonomiska och sociala förnyelse som man drog upp riktlinjerna för i Europeiska rådet i Lissabon. Det främsta syftet är att trygga ett positivt och dynamiskt samspel mellan ekonomisk politik, sysselsättningspolitik och socialpolitik samt att få till stånd en politisk överenskommelse som skall mobilisera de viktigaste aktörerna att tillsammans arbeta mot det nya strategiska målet <sup>(8)</sup>.

Vidare anges i Amsterdamfördraget att en av Europeiska unionens prioriteringar är att undanröja ojämlikheter och främja jämställdheten mellan könen i hela Europeiska unionens politik och verksamhet. I artikel 13 i fördraget fastställs också nödvändigheten av att bekämpa all diskriminering<sup>(9)</sup>. Stadgan om de grundläggande rättigheterna som högtidligt tillkännagavs i Nice bekräftar EU:s mål att fullt ut integrera de grundläggande rättigheterna i alla EU:s politikområden och åtgärder<sup>(10)</sup>.

De nu gällande direktiven om offentlig upphandling innehåller inga särskilda bestämmelser om befrämjande av sociala mål i samband med offentlig upphandling<sup>(11)</sup>. Kommission anser dock, vilket den redan sagt i sitt meddelande från 1998, att gällande gemenskapsrätt på området för offentlig upphandling erbjuder ett antal möjligheter som – om de utnyttjas på lämpligt sätt – gör det möjligt att nå de eftersträvade målen.

Begreppet "sociala hänsyn" i detta meddelande bör förstås i mycket vid bemärkelse. Det omfattar såväl åtgärder för att trygga de grundläggande rättigheterna, liksom principerna om likabehandling och icke-diskriminering (t.ex. jämställdhet mellan könen) som nationell lagstiftning samt tillämpliga gemenskapsdirektiv på det sociala området<sup>(12)</sup>. Begreppet "sociala hänsyn" omfattar vidare preferensklausuler (t.ex. för integrering av missgynnade personer eller personer som slagits ut från arbetsmarknaden samt positiv särbehandling, särskilt i samband med bekämpning av arbetslöshet och social utslagning).

**Syftet med detta meddelande är att klargöra i vilken omfattning gällande gemenskapsrätt, vilken är tillämplig på offentlig upphandling, tillåter att ta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling. Nedan redovisas för var och en av de olika faserna i ett upphandlingsförfarande om och i vilken utsträckning sociala hänsyn kan tas.**

Det bör påpekas att det under alla omständigheter är EG-domstolen som i sista hand tolkar gemenskapsrätten.

Om det skulle anses att nuvarande regelverk för offentlig upphandling inte ger lämpliga möjligheter att ta sociala hänsyn måste upphandlingsdirektiven ändras. I de förslag till ändring av direktiven<sup>(13)</sup> som kommissionen antog den 10 maj 2000 nämns uttryckligen utföravillkor som avser att främja sysselsättning för socialt utsatta eller utslagna eller bekämpa arbetslöshet.

## 1. UPPHANDLING SOM OMFATTAS AV UPPHANDLINGS-DIREKTIVEN

### 1.1 Fastställande av kontraktetsföremålet

Den första möjligheten att ta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling finns i fasen precis innan upphandlingsdirektiven blir tillämpliga, nämligen vid valet av själva föremålet för upphandlingen (kontraktetsföremålet), eller med andra ord när man ställer sig frågan: Vad vill jag, i egenskap av upphandlande myndighet, köpa eller låta bygga? På detta stadium har den upphandlande myndigheten omfattande möjligheter att ta sociala hänsyn. Den kan välja en vara eller tjänst som motsvarar sina sociala mål. I vad mån detta faktiskt görs beror i hög grad på den upphandlande myndighetens medvetenhet och kunskaper.

Som kommissionen anger i sitt meddelande om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling så varierar möjligheterna att ta hänsyn till miljön beroende på vilken typ av kontrakt det rör sig om<sup>(14)</sup>. Detsamma gäller sociala hänsyn. Det är i synnerhet i samband med upphandling av bygg- eller anläggningsarbeten men även tjänster – där det bl.a. kan ställas krav på hur uppdraget skall utföras – som de upphandlande myndigheterna har störst möjlighet att ta sociala hänsyn. Vid upphandling av varor är möjligheterna att ta sociala hänsyn – utöver själva valet av kontraktetsföremål ("vad skall jag köpa?") – mer begränsade. En upphandlande myndighet kan således välja att upphandla varor eller tjänster som avser att uppfylla en viss samhällsgrupps, t.ex. socialt missgynnade eller utslagna personers behov<sup>(15)</sup>. I detta sammanhang bör det påpekas att tjänsteupphandlingar med ett socialt syfte (med ett socialt ändamål) i de flesta fall gäller sådana tjänster som avses i bilaga IB i direktiv 92/50/EEG eller bilaga XVIB i direktiv 93/38/EEG, och omfattas därmed inte av de detaljerade förfarandebestämmelserna enligt direktiven, särskilt vad gäller urval och tilldelning av kontrakt<sup>(16)</sup> (se nedan, sista stycket i del II).

Om det finns olika lösningar som uppfyller den upphandlande myndighetens behov får den sistnämnda fritt utforma kontraktetsföremålet på ett sätt som han anser befrämjar hans sociala mål på bästa sätt. Han kan även begära in alternativa anbud (se nedan avsnitt 1.2).

Denna frihet gäller dock inte obegränsat. I egenskap av offentligt organ måste en upphandlande myndighet iakttä gemenskapsrättens grundläggande regler och principer, närmare bestämt principerna om fri rörlighet för varor och tjänster enligt artiklarna 28–30 (f.d. 30–36) och 43–55 (f.d. 52–66) i EG-fördraget<sup>(17)</sup>.

Detta innebär att föremålet för en offentlig upphandling inte får utformas i syfte att, eller på så sätt att detta leder till att endast inhemska företag kan delta och anbudsgivare från andra medlemsstater stängs ute.

Gällande social eller annan lagstiftning, oavsett om det är gemenskapslagstiftning eller nationell lagstiftning vilken är förenlig med gemenskapsrätten, kan också påverka eller begränsa denna valmöjlighet.

**Generellt får upphandlande myndigheter, vid fastställandet av det som skall upphandlas, fritt välja sådana varor, tjänster eller arbeten, inklusive genom att använda sig av alternativa anbud, vilka motsvarar deras socialpolitiska prioriteringar, förutsatt att detta val inte leder till att tillgängligheten till upphandlingen begränsas och anbudsgivare från andra medlemsstater missgynnas.**

Det har under alla omständigheter ingen betydelse för tillämpningen av upphandlingsdirektiven om det rör sig om ett kontrakt med "sociala" ändamål (t.ex. byggande av en skola, ett sjukhus eller ett ålderdomshem). Sådana kontrakt skall tilldelas enligt bestämmelserna i direktiven om de faller inom deras tillämpningsområde.

Den upphandlande myndighetens val av föremål för upphandlingen konkretiseras först genom de tekniska specifikationerna.

## 1.2 Tekniska specifikationer

Som kommissionen redan angivit i ovannämnda meddelande om möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling<sup>(18)</sup>, innehåller upphandlingsdirektiven<sup>(19)</sup> bestämmelser om tekniska specifikationer enligt vilka de krav som varan, tjänsten eller entreprenaden måste uppfylla skall anges i förfrågningsunderlaget eller kravspecifikationen för varje enskild upphandling.

**Enligt upphandlingsdirektiven kan upphandlande myndigheter med hjälp av de tekniska specifikationerna närmare beskriva den vara eller tjänst som skall upphandlas, förutsatt att en sådan beskrivning överensstämmer med direktiven och att detta inte leder till att vissa anbudsgivare utesluts eller gynnas<sup>(20)</sup>.**

I ovannämnda meddelande anger kommissionen bl. a. att direktivbestämmelserna avseende tekniska specifikationer är tillämpliga utan att de påverkar tillämpningen av bindande nationella tekniska föreskrifter som är förenliga med gemenskapslagstiftningen<sup>(21)</sup>. Dessa föreskrifter kan till exempel avse produktsäkerhet, hälsoskydd och hygien eller byggnaders eller allmänna färdmedels tillgänglighet för personer med funktionshinder (t.ex. tillgänglighetsstandarder avseende korridorers och dörrars bredd, anpassade toaletter, ramper) eller vissa varor och tjänster (t.ex. på IT-området<sup>(22)</sup>).

När det gäller upphandling av bygg- eller anläggningsarbeten kan de upphandlande myndigheterna vara förpliktade av be-

stämmelserna om hälsa och säkerhet på byggarbetsplatsen enligt direktiv 92/57/EEG<sup>(23)</sup>. Detta direktiv har vissa konsekvenser för hur byggarbetsplatsen skall organiseras i praktiken. Direktivet kan t. ex. konkretiseras genom tekniska krav i kravspecifikationen, vilka syftar till att garantera arbetstagarnas liksom andra personers hälsa och säkerhet på byggarbetsplatsen. Det kan till exempel röra sig om åtgärder för att förebygga olyckor i arbetet, som skyltning, förvaring av farliga ämnen och produkter eller instruktioner för hur maskiner skall köras.

Förutom de specifikationer som följer av lagstiftning på det sociala området kan det även finnas tekniska specifikationer med en social dimension, vilka är ägnade att objektivt beskriva en vara eller en tjänst<sup>(24)</sup>.

De upphandlande myndigheterna får bl.a. ställa krav på tillverkningsprocessen om detta bidrar till att beskriva produktens egenskaper i förhållande till konkurrerande produkter och på ett sådant sätt att det av den upphandlande myndigheten avsedda ändamålet uppfylls<sup>(25)</sup>. Användning av social märkning för att ange ett företags "sociala" förmåga behandlas i punkt 1.3.2 i detta meddelande<sup>(26)</sup>.

De upphandlande myndigheterna kan dessutom ta hänsyn till alternativa anbud<sup>(27)</sup>. De upphandlande myndigheterna kan således välja det utförande som bäst svarar mot både deras finansiella och sociala prioriteringar, samtidigt som det uppfyller de i kravspecifikation ställda minimikraven. Dessa alternativa anbud kan t.ex. föreslå olika tekniska lösningar för en produkts ergonomiska egenskaper eller för att se till att personer med funktionshinder får tillgång till viss utrustning eller vissa tjänster, t.ex. elektroniska eller datarelaterade verktyg och tjänster.

## 1.3 Urval av anbudssökande eller anbudsgivare

Direktiven innehåller två olika typer av bestämmelser om urval.

Dels innehåller direktiven en uttömmande förteckning över sådana fall då en anbudssökandes eller anbudsgivares personliga omständigheter kan leda till att vederbörande utesluts från deltagande i upphandlingsförfarandet. Här avses huvudsakligen om vederbörande är försatt i konkurs, har dömts för brott eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen eller inte har betalat sina skatter eller sociala avgifter. Dessa grunder till uteslutning skall tolkas restriktivt. Användningen av dessa bestämmelser om uteslutande är emellertid inte obligatoriskt.

Dels föreskriver direktiven att anbudssökandenas eller anbudsgivarnas respektive lämplighet att delta i en upphandling eller lämna in anbud skall bedömas utifrån kriterier avseende deras ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet<sup>(28)</sup>. I direktiven fastställs uttömmande och tvingande s. k. kvalitativa urvalskriterier, dvs. kriterierna avseende teknisk, ekonomisk och finansiell kapacitet, på grundval av vilka valet av anbudssökande eller anbudsgivare får göras<sup>(29)</sup>. Andra urvalskriterier än de som avses i direktiven kan därför inte anses vara förenliga med de nu gällande direktiven.

I ovannämnda Beentjesmål ansåg domstolen att ett krav på anställning av långtidsarbetslösa inte kunde relateras till prövningen av anbudsgivarens lämplighet utifrån dennes ekonomiska och finansiella ställning eller tekniska kapacitet och kunskaper (se punkt 28 i domen) <sup>(30)</sup>. Kommissionen vill i detta avseende framhålla att de upphandlande myndigheterna får ställa krav på utförandet av kontraktet och på detta stadium av upphandlingsförfarandet införa ett villkor om anställning av långtidsarbetslösa (se nedan punkt 1.6).

När det gäller leverantörers ekonomiska och finansiella kapacitet anges i direktiven olika bevis som den anbudssökande eller anbudsgivaren kan tillhandahålla för att styrka sin kapacitet att fullgöra ett visst kontrakt. Denna förteckning över bevis är inte uttömmande. Eventuella andra bevis som den upphandlande myndigheten begär måste dock vara ändamålsenliga, dvs. av sådan karaktär att de kan styrka leverantörens ekonomiska och finansiella ställning i strikt bemärkelse och för den aktuella upphandlingen <sup>(31)</sup>. De bevis som för närvarande får begäras in för bedömning av anbudsgivarens ekonomiska och finansiella kapacitet tillåter inte att sociala hänsyn tas.

När det gäller prövningen av den tekniska kapaciteten tillåter direktivbestämmelserna i viss utsträckning att sociala hänsyn tas. De möjligheter som ges genom dessa regler behandlas närmare nedan (se punkt 1.3.2).

I direktiven anges <sup>(32)</sup> att de upplysningar som erfordras för att styrka leverantörens finansiella och ekonomiska ställning samt hans tekniska kapacitet måste begränsas till sådana som kan relateras till föremålet för upphandlingen.

Inom försörjningssektorerna har de upphandlande enheterna större valfrihet. I artikel 31.1 i direktiv 93/38/EEG anges endast att man skall använda i förväg fastställda "objektiva kriterier och regler" som skall göras tillgängliga för alla intresserade anbudssökanden och anbudsgivare.

### 1.3.1 Uteslutning av anbudssökande och anbudsgivare som inte följer den sociala lagstiftningen

I ovannämnda meddelande från 1998 påminner kommissionen att de nu gällande upphandlingsdirektiven innehåller bestämmelser som tillåter att anbudssökande eller anbudsgivare som brutit mot sociallagstiftning, t.ex. avseende främjande av jämställdhet, utesluts vid urvals-förfarandet.

**Enligt upphandlingsdirektiven får en anbudsgivare uteslutas om han "inte har fullgjort sina skyldigheter att erlägga socialförsäkringsavgifter enligt lagstiftningen i det land där han är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten finns" <sup>(33)</sup>.**

**Dessutom är det enligt upphandlingsdirektiven möjligt att utesluta anbudsgivare som "har fällt för brott mot yrkesetik enligt lagkraftvunnen dom" eller som "har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten" <sup>(34)</sup>.**

En anbudsgivare som enligt lagkraftvunnen dom dömts för brott mot nationell lagstiftning, exempelvis om förbud mot illegalt arbete, kan uteslutas från ett upphandlingsförfarande med stöd av de bestämmelser som anges ovan <sup>(35)</sup>.

Upphandlingsdirektiven medger även, i de medlemsstater som antagit bestämmelser om detta i sin nationella lagstiftning, att upphandlande myndigheter utesluter från ett upphandlingsförfarande sådana anbudssökande eller anbudsgivare som har underlåtit att följa dessa bestämmelser.

Det kan alltså finnas fall då anbudsgivare som brutit mot lagstiftning på det sociala området kan uteslutas från deltagande i en offentlig upphandling, förutsatt att denna lagöverträdelse enligt nationell lagstiftning utgör ett allvarligt fel avseende yrkesutövningen eller ett brott mot yrkesetik. Dessa bestämmelser om uteslutning kan t.ex. gälla underlåtenhet att följa bestämmelser om likabehandling, hälsa och säkerhet eller sådana bestämmelser som gäller vissa samhällsgrupper <sup>(36)</sup>. En upphandlande myndighet får till exempel utesluta en nationell anbudsgivare som inte upprättat en jämställdhetsplan trots att skyldighet till sådan föreligger enligt den nationella lagstiftningen i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns, förutsatt att det betraktas som ett allvarligt fel i den medlemsstaten att inte följa sådan lagstiftning.

Det finns ännu ingen definition på begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen, vare sig i gemenskapsrätten eller i rättspraxis <sup>(37)</sup>. Det är därför upp till medlemsstaterna att definiera begreppet i sin nationella lagstiftning och avgöra om det är ett allvarligt fel i yrkesutövningen att underlåta att fullgöra vissa skyldigheter på det sociala området.

### 1.3.2 Sociala hänsyn vid prövningen av de anbudssökandes eller anbudsgivarnas tekniska kapacitet

I upphandlingsdirektiven anges på vilket sätt en anbudssökande eller anbudsgivare kan styrka sin tekniska kapacitet. Direktiven innehåller en uttömmande förteckning över de upplysningar och bevis på teknisk kapacitet som får begäras från anbudssökanden eller anbudsgivare för att styrka sin tekniska förmåga och kapacitet beroende på det enskilda kontraktet <sup>(38)</sup>. Varje enskilt krav som ställs med avseende på anbudssökandens eller anbudsgivarnas tekniska kapacitet är därför begränsat till de bevis som framgår av direktiven.

Syftet med urvalsfasen är att välja ut de anbudsgivare som den upphandlande myndigheten anser kan genomföra det aktuella kontraktet. De krav som ställs måste därför vara direkt kopplade till kontraktets föremål (39).

På detta stadium i urvalsfasen får en upphandlande myndighet begära in uppgifter om anbudsgivarens erfarenhet och yrkesmässiga färdigheter (40). Det kan till exempel röra sig om att kontrollera företagets personalsammansättning och ledning, teknisk utrustning och kvalitetssäkringssystem för att försäkra sig om att företaget – mot bakgrund av personalens kvalifikationer och de resurser som står till förfogande – är i stånd att fullgöra kontraktet.

**Om kontraktet kräver särskild kompetens på det "sociala" området kan krav på särskild erfarenhet användas som kriterium vid bedömningen av anbudsgivarnas tekniska kapacitet och kunnande (41).**

När det gäller de uppgifter som får begäras in enligt upphandlingsdirektiven (42) får hänsyn endast tas till företagets "sociala förmåga" (ibland kallat "socialt ansvar" (43)) om denna förmåga styrker företagets i ovannämnda bemärkelse tekniska kapacitet att fullgöra det aktuella kontraktet.

#### 1.4 Tilldelning av kontrakt

När de anbudssökande eller anbudsgivarna valts ut kan den upphandlande myndigheten börja utvärdera anbuden, vilket leder till tilldelningen av kontraktet.

Urval av anbudssökande eller anbudsgivare och kontraktstilldelning utgör två olika moment som styrs av olika regler.

Upphandlingsdirektiven tillåter två typer av kriterier för tilldelningen av kontrakt (44), antingen det lägsta priset, vilket inte behöver kommenteras, eller "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet".

Om kontraktet skall tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, föreskriver direktiven att den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandling skall ange vilka tilldelningskriterier man avser att tillämpa, om möjligt i rangordning med den viktigaste först. Härav följer att den upphandlande myndigheten måste ange

samtliga kriterier som skall tillämpas vid utvärderingen av anbuden. Den får således inte använda sig av andra kriterier än de som angivits i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

##### 1.4.1 Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

I upphandlingsdirektiven anges ett antal exempel på kriterier som de upphandlande myndigheterna får använda för att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (45). Även andra kriterier får tillämpas.

Generellt ställs två villkor upp i upphandlingsdirektiven med avseende på de kriterier som skall avgöra valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Först och främst skall principen om förbud mot diskriminering iakttas (46). För det andra skall de kriterier som tillämpas vara till ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten. Domstolen har bekräftat att syftet med direktiven är att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska (47).

Gemensamt för samtliga de kriterier som får tillämpas vid utvärderingen av anbuden är att de skall, i likhet med dem som anges som exempel, röra kontraktets föremål eller det sätt på vilket uppdraget skall utföras (48). Kriterierna skall göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att jämföra anbuden på ett objektivt sätt och således avgöra vilket av dem som bäst motsvarar sina behov inom ramen för den enskilda upphandlingen. Ett tilldelningskriterium skall göra det möjligt att bedöma en produkts eller en tjänsts inneboende egenskaper.

Tilldelningskriterierna måste därför vara direkt kopplade till kontraktets föremål eller det sätt på vilket kontraktet skall utföras (49).

Sociala kriterier nämns inte bland de exempel på kriterier som framgår av direktiven. Om man med "socialt kriterium" emellertid avser ett kriterium som gör det möjligt att bedöma t.ex. kvaliteten hos en tjänst som riktar sig till en viss missgynnad samhällsgrupp (50), kan ett sådant kriterium anses berättigat om det bidrar till valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i direktivens mening.

Däremot skulle det stå i strid med gällande upphandlingsdirektiv att förbehålla kontrakt åt en bestämd kategori av leverantörer<sup>(51)</sup>, eller att tillämpa prispreferenser<sup>(52)</sup>. Detsamma gäller kriterier med avseende på antalet anställda inom en viss kategori av personer eller krav på upprättandet av en jämställdhetsplan, med andra ord om det rör sig om kriterier som inte har någonting att göra med kontraktets föremål i den enskilda upphandlingen eller det sätt på vilket kontraktet skall utföras. Sådana kriterier som inte bidrar till valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är inte tillåtna enligt de nu gällande direktiven med hänsyn till deras syfte, nämligen att göra det möjligt att bedöma en produkts eller en tjänsts inneboende egenskaper. Dessutom skulle sådana kriterier bedömas som oförenliga med medlemsstaternas åtaganden i Avtalet om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement) som slutits inom ramen för Världshandelsorganisationen<sup>(53)</sup>.

**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<sup>(54)</sup>.**

Frågan gäller om begreppet "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" innebär att varje enskilt tilldelningskriterium måste medföra en direkt ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten, eller om det räcker att varje enskilt tilldelningskriterium är mätbart i ekonomiska termer, utan att behöva tillföra den upphandlande myndigheten en direkt ekonomisk fördel som återspeglas i det enskilda kontraktet.

Frågan ställdes till EG-domstolen i mål C-513/99. Dom väntas i slutet av 2001. Ärendet gäller en miljöfråga och skulle kunna bidra till att besvara frågan när det rör sig om sociala kriterier<sup>(55)</sup>.

Både i grönboken<sup>(56)</sup> och i ovannämnda meddelande om offentlig upphandling<sup>(57)</sup> har kommissionen tydligt tagit ställning för den första tolkningen.

Kommissionen vill betona att de upphandlande myndigheterna har möjlighet att ställa krav på utförandet av ett kontrakt och att på detta stadium av anbudsförandet ta vissa sociala hänsyn (se nedan punkt 1.6).

#### 1.4.2 Det "tillkommande kriteriet"

Detta begrepp har utvecklats av EG-domstolen<sup>(58)</sup>.

Begreppet förekom först i samband med ovannämnda Beentjesmål, då domstolen fann att ett kriterium avseende anställning av långtidsarbetslösa varken hade något samband med bedömningen av anbudssökandenas ekonomiska och finansiella lämplighet, tekniska kapacitet och förmåga eller med de tilldelningskriterier som avses i direktivet. Domstolen ansåg vidare att ett sådant kriterium icke desto mindre var förenligt med upphandlingsdirektiven om det stod i överensstämmelse med samtliga relevanta principer i gemenskapsrätten.

I mål C-225/98 ansåg EG-domstolen<sup>(59)</sup> att de upphandlande myndigheterna kunde tillämpa ett villkor kopplat till kampen mot arbetslösheten, om detta villkor överensstämde med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten och endast i det fall då de upphandlande myndigheterna var tvungna att överväga två eller flera ekonomiskt likvärdiga anbud. Detta villkor betraktades av medlemsstaten ifråga som ett icke avgörande tillkommande kriterium efter det att anbudet blivit jämförda ur rent ekonomisk synpunkt. När det gäller tillämpningen av ett tilldelningskriterium avseende kampen mot arbetslösheten preciserade domstolen att detta inte fick direkt eller indirekt inverka på anbudsgivare från andra EU-medlemsstater och skulle uttryckligen anges i meddelandet om upphandling så att entreprenörerna skulle få kännedom om att ett sådant villkor uppställdes.

Detta skulle likaledes kunna tillämpas vad gäller andra villkor på det sociala området.

#### 1.5 Onormalt låga anbud

Om ett anbud förefaller onormalt lågt i förhållande till vad som skall levereras är de upphandlande myndigheterna enligt gällande upphandlingsdirektiv<sup>(60)</sup> endast skyldiga att begära en förklaring från anbudsgivaren ifråga innan anbudet förkastas. Den upphandlande myndigheten skall kontrollera anbudet ifråga och om den inte anser att anbudet verkar pålitligt kan den förkasta det, men är inte skyldig att göra det enligt direktiven. I de medlemsstater som har antagit bestämmelser därom, kan de upphandlande myndigheterna dock vara förpliktiga att förkasta onormalt låga anbud på grund av att exempelvis arbetsrättsliga bestämmelser inte följts.

I direktiven nämns ett antal exempel på omständigheter som den upphandlande myndigheten kan ta hänsyn till, nämligen kostnadseffektivitet i samband med tillverkningsprocessen, tekniska lösningar och osedvanligt gynnsamma förhållanden för anbudsgivaren. Faktorer som visar på bristande efterlevnad av arbetsmarknads- eller arbetsmiljöbestämmelser kan enligt direktivens nuvarande utformning beaktas i samband med att man förkastar ett anbud som är onormalt lågt i förhållande till det som upphandlas. I enlighet med direktivens övergripande målsättning styrs de praktiska bestämmelserna om hur en sådan bedömning skall ske av den nationella lagstiftningen, förutsatt att anbudsgivaren lämnas möjlighet att ge en förklaring till det som förefaller som ett onormalt lågt anbud.

## 1.6 Kontraktets utförande

**Sociala mål kan främjas genom att man använder sig av kontraktets- eller "utförarvillkor", förutsatt att detta sker i överensstämmelse med gemenskapsrätten och i synnerhet inte har någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater <sup>(61)</sup>.**

De upphandlande myndigheterna får fastställa villkor för hur kontraktet skall utföras. Utförandet av kontrakt styrs för närvarande inte av upphandlingsdirektiven.

Dessa kontraktets- eller utförarvillkor måste dock stå i överensstämmelse med gemenskapsrätten och får i synnerhet inte ha någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra länder (se nedan punkt 3.2).

Vidare skall dessa villkor tillämpas i överensstämmelse med samtliga förfarandebestämmelser i direktiven, inte minst bestämmelserna om offentliggörande <sup>(62)</sup>. De får inte vara föräcktade tekniska specifikationer. De får inte heller vare sig vara relaterade till bedömningen av anbudsgivarnas lämplighet på grundval av deras ekonomiska, finansiella eller tekniska kapacitet eller till tilldelningskriterierna <sup>(63)</sup>. I detta avseende får kontraktetsvillkoren varken ha något inflytande på bedömningen av anbudsgivarens kapacitet att genomföra arbetet eller på tilldelningskriterierna <sup>(64)</sup>.

Dessutom skall dessa villkor med hänsyn till transparens framgå av meddelandet om upphandling, så att alla anbudssökande eller anbudsgivare känner till dem <sup>(65)</sup>.

Utförandet av offentliga kontrakt skall under alla omständigheter ske i överensstämmelse med samtliga relevanta bestämmelser bl.a. om säkerhet och på det sociala området (se kapitel 3).

Utförarvillkoret är en förpliktelse som den som tilldelas kontraktet måste acceptera och som är kopplat till hur kontraktet skall utföras. Det är därför i princip tillräckligt att anbudsgivarna när de lämnar sitt anbud åtar sig att uppfylla detta krav i den händelse de får kontraktet. Ett anbud från en anbudsgivare som inte accepterar ett sådant villkor skulle inte överensstämma med kravspecifikationen, och anbudet kan därför inte godtas <sup>(66)</sup>. Utförarvillkoren behöver däremot inte uppfyllas för att vederbörande skall kunna lämna in anbud.

Den upphandlande myndigheten har en lång rad möjligheter att fastställa kontraktetsvillkor 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.

— 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 <sup>(67)</sup>.

— 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 kontraktetsvillkor 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 oerättigt handelshinder.

## 2. OFFENTLIG UPPHANDLING SOM INTE OMFATTAS AV DIREKTIVEN

Upphandlingsdirektiven är bara tillämpliga på vissa kontrakt, i synnerhet sådana vars värde uppgår till eller överstiger det relevanta tröskelvärdet i direktiven.

Gemenskapslagstiftningen överlåter åt medlemsstaterna att av göra huruvida offentlig upphandling som inte omfattas av gemenskapsdirektiven skall underkastas nationell lagstiftning på området.

Medlemsstaterna får också, inom de gränser som fastställs i gemenskapsrätten, bestämma om den offentliga upphandlingen, som inte omfattas av direktiven, kan – eller skall – användas för att uppfylla andra mål än det som eftersträvas i upphandlingsdirektiven, nämligen "bästa kvalitet i förhållande till pris".

Utan att det påverkar tillämpningen av den nationella lagstiftningen på området har de upphandlande myndigheterna vad gäller sådan upphandling fritt spelrum att fastställa och tillämpa sociala urvals- och tilldelningskriterier, under förutsättning att de grundläggande bestämmelserna och principerna i EG-fördraget följs<sup>(68)</sup>, vilket särskilt innebär att lämplig öppenhet säkerställs och att anbudsgivarna behandlas lika.

Praxis varvid särskilda upphandlingskontrakt förbehålls vissa samhällsgrupper, till exempel funktionshindrade (s.k. skyddade verkstäder) eller arbetslösa, kan tillåtas. Sådana åtgärder får dock inte innebära en direkt eller indirekt diskriminering gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater<sup>(69)</sup>, och inte heller utgöra ett oerättigt handelshinder<sup>(70)</sup>. Att förbehålla upphandlingskontrakt åt inhemska anbudsgivare skulle stå i strid med de grundläggande bestämmelserna och principerna i EG-fördraget. Om däremot deltagandet i upphandlingsförfarandet även är öppet för skyddade verkstäder i de övriga medlemsstaterna bör detta inte nödvändigtvis anses som ett fall av diskriminering. Kontraktstilldelningen måste dock ske i enlighet särskilt med principerna om öppenhet och likabehandling av anbudsgivarna<sup>(71)</sup> (se även kapitel 3).

Utöver de upphandlingar som inte omfattas av direktiven bör det tilläggas att de upphandlande myndigheterna även har handlingsutrymme vad gäller upphandling av sådana tjänster som avses i bilaga IB till direktiv 92/50/EEG och bilaga XVI B till direktiv 93/38/EEG. De flesta tjänster med "socialt" syfte (tjänster inom exempelvis hälso- och sjukvården samt socialtjänsten) omfattas av dessa bilagor. Upphandling av sådana tjänster omfattas nämligen endast av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven om tekniska specifikationer och offentliggörande (meddelandet om kontraktstilldelning). Direktivens detaljerade bestämmelser om urval av anbudsgivare och tilldelning av kontrakt är däremot inte tillämpliga vid upphandling av sådana tjänster, vilken dock är underställd nationell lagstiftning och EG-fördragets regler och principer, såsom förklarats ovan.

### 3. BESTÄMMELSER PÅ DET SOCIALA OMRÅDET VILKA ÄGER TILLÄMPNING PÅ OFFENTLIG UPPHANDLING

#### 3.1 Inledning

Till att börja med bör det påpekas att, även om upphandlingsdirektiven inte innehåller några särskilda bestämmelser om detta, skall utförandet av ett upphandlingskontrakt ske i överensstämmelse med samtliga relevanta nationella, internationella eller gemenskapsrättsliga standarder, lagar och föreskrifter samt övriga förpliktelser, vilka är bindande på det sociala området. I förekommande fall skall dessa anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Enligt upphandlingsdirektiven<sup>(72)</sup> har de upphandlande myndigheterna i förfrågningsunderlaget möjlighet att ange eller kan av en medlemsstat tvingas ange hos vilken nationell behörig myndighet anbudsgivaren kan få relevanta uppgifter om sina skyldigheter enligt gällande bestämmelser om anställningsskydd och arbetsvillkor vilka skall tillämpas på den byggnadsplats där arbetet skall utföras eller tjänsterna levereras<sup>(73)</sup>.

Till dessa skyldigheter hör de nationella bestämmelser som avser att införliva vissa direktiv på det sociala området. När det gäller offentlig upphandling är direktiven om arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet samt direktiven om företagsöverlåtelse och utstationering av arbetstagare (se punkt 3.2.1.2), liksom de nya direktiven om likabehandling<sup>(74)</sup> särskilt relevanta.

Vissa skyldigheter kan också följa av några av den Internationella arbetsorganisationens (ILO) konventioner<sup>(75)</sup>. När det gäller de grundläggande internationellt erkända arbetsstandarderna, gäller de av ILO fastlagda principerna och rättigheterna på arbetsplatsen givetvis i sin helhet i medlemsstaterna<sup>(76)</sup>.

Anbud från anbudsgivare som inte har tagit hänsyn till de bestämmelser om anställningsskydd och arbetsvillkor som angivits i förfrågningsunderlaget kan inte anses uppfylla kraven enligt detta. Om anbudsgivaren i sitt anbud endast delvis har beaktat dessa skyldigheter riskerar dennes anbud i övrigt att förefalla som onormalt lågt i förhållande till motprestationen och, i vissa fall, att förkastas av detta skäl (se ovan punkt 1.5).

Frågor har vid upprepade tillfällen ställts<sup>(77)</sup> om hur man i samband med offentlig upphandling skall tolka och tillämpa vissa lagar och bestämmelser som gäller på det sociala området, något som tycks vara svårt att få grepp om i detta sammanhang, särskilt när det rör kontraktets utförande. Ofta ställs t.ex. frågor om hur arbetsrätten och bestämmelserna om arbetsmiljöskydd skall tillämpas för anställda som utstationerats av ett företag för att utföra en tjänst i en annan medlemsstat, särskilt eftersom anbudsgivaren måste ta hänsyn till dessa villkor vid utarbetandet av sitt anbud. En annan fråga som ofta återkommer är den om vad som gäller i det fall då en ny leverantör tilldelas ett upphandlingskontrakt och därvid helt eller delvis tar över den tidigare kontraktsinnehavarens anställda.

Dessutom kan bedömningen av hur omfattande de relevanta skyldigheterna är på det sociala området spela en viktig roll för behandlingen och granskningen av anbud som misstänks vara onormalt låga.

Kommissionen vill i detta meddelande påminna om de gemenskapsrättsliga bestämmelser och skyldigheter som är särskilt relevanta, eftersom kännedom om dessa är till särskilt stor hjälp när det gäller att hitta svar på sådana frågor.



### 3.2 Fastställande av tillämpliga arbetsvillkor

När det gäller nationella, internationella och gemenskapsrättsliga standarder och regler, vilka skall tillämpas obligatoriskt på det sociala området, måste en åtskillnad göras mellan situationer av gränsöverskridande natur och andra situationer (som i princip kan betraktas som rent nationella).

När det gäller "nationella" situationer måste upphandlande myndigheter, anbudsgivare och leverantörer som ett minimum fullgöra alla skyldigheter när det gäller anställningskydd och arbetsvillkor, även sådana som gäller kollektiva och individuella rättigheter, och som följer av gällande arbetslagstiftning, praxis och/eller kollektivavtal, förutsatt att dessa är förenliga med gemenskapens lagstiftning och de grundläggande reglerna och principerna i gemenskapsrätten, särskilt principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

När det gäller gränsöverskridande situationer är det särskilt i mottagarlandet gällande krav som rättfärdigas av tvingande hänsyn till allmänintresset (förteckningen över dessa regler lyfts upp på gemenskapsnivå genom direktiv 96/71/EG – se punkt 3.2.1.2 nedan) som skall följas av tjänsteleverantören, utan att principen om likabehandling överträds.

I båda situationerna gäller dock att för de anställda mer förmånliga bestämmelser också kan tillämpas (vilket betyder att de i förekommande fall även skall följas) under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten.

#### 3.2.1 Begränsningar i gemenskapsrätten för tillämpningen av nationella bestämmelser

##### 3.2.1.1 Fördraget

Eftersom de relevanta bestämmelserna inte kan tillämpas om de inte är förenliga med gemenskapsrätten, uppkommer frågan vilka gränser och restriktioner som anges i gemenskapsrätten.

Som domstolen anför i *Arblade-domen* (78) framgår det av domstolens fasta praxis att artikel 49 (f.d. 59) i EG-fördraget inte bara kräver avskaffande av all slags diskriminerande behandling av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat, på grundval av dennes nationalitet, utan också avskaffande av alla restriktioner, även om de gäller både nationella uppdragstagare och uppdragstagare i andra medlemsstater, när restriktionerna är av sådan art, att den verksamhet som uppdragstagaren bedriver i en annan medlemsstat genom att lagligen tillhandahålla motsvarande tjänster förbjuds, förhindras eller begränsas (79). Trots att bestämmelserna om detta inte harmoniserats är för övrigt friheten att tillhandahålla tjänster en grundläggande princip i fördraget och kan som sådan endast inskränkas genom regleringar som är berättigade av tvingande hänsyn till allmänintresset och som är tillämpliga på varje person eller företag som utövar verksamhet på mottagarstatens territorium, i den mån detta intresse inte skyddas genom de regler som den som tillhandahåller tjänsterna omfattas av i den medlemsstat där han är etablerad (80). Vid tillämpningen av en medlemsstats nationella regelverk på tjänsteutförare som är

etablerade i andra medlemsstater skall det dessutom kunna garanteras att målet därmed uppfylls men inte mer (81).

Bland de tvingande krav på allmänintresse som redan erkänts av domstolen finns bland annat skydd av arbetstagare (82), inbegripet arbetstagare inom byggsektorn (83). Däremot kan inte en medlemsstat rättfärdiga ett sådant undantag från gemenskapsbestämmelserna med rent administrativa hänsyn, i synnerhet om resultatet av undantaget blir att utövandet av en av de grundläggande rättigheterna i gemenskapsrätten hindras eller begränsas (84). Det bör betonas att tvingande hänsyn till allmänintresset som rättfärdigar materiella bestämmelser i en lag även kan rättfärdiga nödvändiga kontrollåtgärder i syfte att försäkra sig om att bestämmelserna i fråga efterlevs (85).

Om ett företag, som har sitt säte i en annan medlemsstat och inte undertecknat det nationella kollektivavtal som gäller för den berörda sektorn i den upphandlande myndighetens land, av dessa skäl utesluts från att delta i en offentlig upphandling, skulle detta alltså inte bara strida mot upphandlingsdirektiven utan också kunna vara ett brott mot friheten att tillhandahålla tjänster, och i förekommande fall även mot etableringsfriheten (86).

#### 3.2.1.2 Bestämmelser i sekundärlagstiftning av särskild relevans för offentlig upphandling

##### *Direktiv 96/71/EG (utstationering av arbetstagare)*

Enligt domstolens rättspraxis (87) hindrar inte gemenskapsrätten medlemsstaterna från att utvidga tillämpningsområdet för sin lagstiftning eller för kollektivavtal som har ingåtts mellan arbetsmarknadens parter, bl.a. rörande minimilöner, till att omfatta alla personer som utför avlönat arbete, också tillfälligt, på deras territorium, även om arbetsgivaren är etablerad i en annan medlemsstat.

Med utgångspunkt i denna rättspraxis från domstolen och bestämmelserna i Romkonventionen 1980 (88), syftar 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster till att samordna medlemsstaternas lagstiftning på ett sådant sätt att de bindande bestämmelserna av allmänt intresse blir likadana i hela gemenskapen, och till att förvandla medlemsstaternas "möjligheter" till gemenskapsförpliktelser vid gränsöverskridande situationer. Denna rättsakt syftar till att förena de grundläggande friheterna i fördraget med skyddet av arbetstagarna och till att ge större rättslig säkerhet åt de företag som tillhandahåller tjänster och åt de utstationerade arbetstagarna i samband med det fria utbytet av tjänster. Inom gemenskapens arbetsrätt ger denna lagtext arbetstagarna ett viktigt skydd. I detta syfte fastställs i direktivet en gemensam förteckning över regler för minimiskydd som arbetsgivarna måste följa i världlandet för de arbetstagare som är utstationerade så som beskrivs ovan. När det rör offentlig upphandling ger direktivet också möjlighet att säkerställa att samma regler gäller för alla anbudsgivare och att klargöra den rättsliga situationen när det gäller vilka faktorer som skall tas med i beräkningen vid utarbetandet av anbudet.

Denna "hårda kärna" av tvingande regler för minimiskydd vilar dels på bestämmelser i lagar eller andra författningar, dels på kollektivavtal, som förklarats ha allmän giltighet enligt direktivet, och rör följande områden:

- Längsta arbetstid och kortaste vilotid.
- Minsta antal betalda semesterdagar per år.
- Minimilön.
- Villkor för att ställa arbetstagare till förfogande, särskilt genom företag för uthyrning av arbetskraft.
- 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.
- Lika behandling av kvinnor och män samt andra bestämmelser om icke-diskriminerande behandling.

Man bör lägga märke till att det i direktivet anges att de regler som fastställts i kollektivavtal som förklarats ha allmän giltighet<sup>(89)</sup> är obligatoriska inom byggsektorn. Medlemsstaterna kan dock utsträcka tillämpningen av dessa regler till andra sektorer. De regler som vilar på bestämmelserna i lagar och andra författningar gäller för alla sektorer.

I direktivet om utstationering av arbetstagare införs således vissa "sociala klausuler" i förhållandet mellan en tjänsteleverantör som har sin verksamhet i en medlemsstat och den part till vilken tjänsten levereras, exempelvis en offentlig myndighet, som befinner sig i en annan medlemsstat (värdmedlemsstaten). Tjänsteleverantören som utstationerar sina arbetstagare i värdmedlemsstaten måste följa en rad arbetsrättsliga minimibestämmelser som gäller i denna medlemsstat.

*Direktiv 2001/23/EG (Skydd av arbetstagarnas rättigheter vid överlåtelse av företag)*

Om ett företag till följd av ett offentligt upphandlingsförfarande övertar viss verksamhet som dittills bedrivits av ett annat företag, skulle denna situation kunna omfattas av direktivet om överlåtelse av företag. En sådan överlåtelse skulle nämligen kunna ske som ett led i tilldelningen av ett avtal om allmänna tjänster<sup>(90)</sup>, som ett led i privatiseringen av en sektor i samband med överlåtelse av en enhet genom en administrativ koncession<sup>(91)</sup> eller till följd av tilldelningen av ett offentligt kontrakt, till exempel ett tjänsteupphandlingskontrakt<sup>(92)</sup>.

Det gällande gemenskapsdirektivet på området<sup>(93)</sup> syftar till att garantera en kontinuitet i de befintliga anställningsförhållan-

dena för alla som skyddas som arbetstagare enligt den nationella arbetsrättsliga lagstiftningen<sup>(94)</sup>, oavsett vilka uppgifter som dessa personer utför i en ekonomisk enhet<sup>(95)</sup>.

Det viktigaste och avgörande kriteriet för att det skall kunna fastställas om direktivet om överlåtelse av företag skall tillämpas på särfall, särskilt när det gäller att veta om det rör sig om en överlåtelse enligt detta direktiv, är frågan om den ekonomiska enhet som överlåtits behåller sin identitet<sup>(96)</sup> efter överlåtelsen, vilket bl.a. beror på om driften faktiskt fortsätter som tidigare eller om den övertas<sup>(97)</sup>. Begreppet enhet betecknar en stabil organiserad helhet av personer och delar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet med ett eget mål<sup>(98)</sup>. För att avgöra om villkoren för överlåtelse av en ekonomisk enhet har uppfyllts, måste man ta hänsyn till samtliga de faktiska omständigheter som kännetecknar den pågående transaktionen. Dessa omständigheter utgör dock endast några av aspekterna i den nödvändiga samlade bedömningen och får därför inte bedömas isolerat av den ansvariga inhemska domaren<sup>(99)</sup>.

Den omständigheten att det inte finns något kontraktsförhållande mellan överlåtaren (d.v.s. den tidigare kontraktsinnehavaren) och förvärvaren (den nye kontraktsinnehavaren) kan visserligen tyda på att det inte har skett någon överlåtelse enligt direktivet, men detta bör inte få utgöra en avgörande faktor i detta avseende<sup>(100)</sup>. Direktivet är tillämpligt på alla fall av förändringar inom ramen för kontraktsförhållanden som rör den fysiska eller juridiska person som ansvarar för driften av företaget och som därför påtar sig ett arbetsgivaransvar gentemot arbetstagarna i företaget<sup>(101)</sup>.

Såsom bekräftats i den nyligen avkunnade domen i ovan nämnda mål *Oy Liikenne*<sup>(102)</sup>, medför inte det faktum att överlåtelsen sker till följd av ett upphandlingsförfarande några särskilda problem när det gäller tillämpningen av direktivet om överlåtelse av företag. Dessutom är de två direktiven inte oförenliga på grund av sina mål<sup>(103)</sup>.

Det framgår dessutom av domstolens rättspraxis rörande offentlig upphandling att de upphandlande myndigheterna är skyldiga att upplysa anbudsgivarna om alla de villkor som gäller för utförandet av ett kontrakt, så att anbudsgivarna kan ta hänsyn till dessa vid utarbetandet av sina anbud. En leverantör skall således kunna bedöma om det kommer att vara i hans intresse, för den händelsen han tilldelas kontraktet, att köpa de viktigaste tillgångarna från den nuvarande kontraktsinnehavaren och ta över hela eller delar av personalen, eller om han kommer att vara tvungen att göra det, och om han i så fall kommer att befinna sig i en situation av överlåtelse av ett företag enligt direktiv 2001/23/EG<sup>(104)</sup>.

(<sup>1</sup>) KOM(98) 143.

(<sup>2</sup>) "Ny socialpolitisk dagordning", KOM(2000) 379, 28.6.2000.

(<sup>3</sup>) Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, ändrade genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG; rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 98/04/EG.

- (4) För detta mål "är det nödvändigt att (...) åstadkomma insyn i förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt, och att därmed göra det möjligt att närmare övervaka att förbudet mot begränsningar efterlevs och att samtidigt minska olikheterna i konkurrensvillkor för entreprenörer från olika medlemsstater" (sjätte skälet i rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, EGT L 210, 21.7.1989, s. 1).
- (5) Om inget annat anges omfattar begreppet "upphandlande myndigheter" i detta meddelande även "upphandlande enheter" i den mening som avses i direktiv 93/38/EEG.
- (6) Förord till ovannämnda meddelande om en "Ny socialpolitisk dagordning".
- (7) Meddelande från kommissionen "Att främja grundläggande arbetsnormer och förbättra den sociala styrningen (social governance) i samband med globaliseringen", KOM(2001) 416, 18.7.2001.
- (8) Förord till ovannämnda meddelande om en "Ny socialpolitisk dagordning".
- (9) Artikel 13 gäller all diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.
- (10) Se ovannämnda meddelande om grundläggande arbetsvillkor, del 3.
- (11) De enda bestämmelserna som uttryckligen hänvisar till sociala bestämmelser finns i artikel 23 i direktiv 93/37/EEG, artikel 28 i direktiv 92/50/EEG och artikel 29 i direktiv 93/38/EEG. I artikel 9 i direktiv 93/37/EEG finns bestämmelser om ett särskilt upphandlingsförfarande för byggande av allmännyttiga bostäder. Denna bestämmelse (som går tillbaka till 1970-talet) syftar dock endast till att ge medlemsstaterna möjlighet att tillåta att kontrakt avseende allmännyttiga bostäder tilldelas en huvudentreprenör som både skall ansvara för projektering och byggande. Övriga relevanta bestämmelser i direktivet, bl.a. rörande urval och tilldelning, gäller även här.
- (12) På gemenskapsnivå finns det ett antal rättsakter som kan vara tillämpliga även på offentlig upphandling, bl.a. rättsakter om hälsa och säkerhet på arbetsplatsen (t.ex. rådets direktiv 89/391/EEG av den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet (EGT L 183, 29.6.1989, s. 1) eller rådets direktiv 92/57/EEG av den 24 juni 1992 om minimikrav för säkerhet och hälsa på tillfälliga eller rörliga byggarbetsplatser), arbetsvillkor och tillämplig arbetslagstiftning (t.ex. Europaparlamentets och rådets 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) och skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag (rådets direktiv 2001/23/EG av den 12.3.2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamhet (EGT L 82/16, 22 mars 2001) varigenom direktiv 77/187/EEG kodifieras).
- (13) Se skäl 22 som rör artikel 23.3 i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader, KOM(2000) 275 slutlig (EGT C 29 E, 30.1.2001, s. 11), samt skäl 32 som rör artikel 33 tredje meningen i förslaget till direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter, KOM(2000) 276 slutlig, (EGT C 29 E, 30.1.2001, s. 112).
- (14) Se avsnittet om fastställande av kontraktsföremålet i kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling, KOM(2001) 274 slutlig, 4.7.2001.
- (15) Vissa tjänstekontrakt som riktar sig till en särskild samhällsgrupp har som sådana ett socialt ändamål (t.ex. kontrakt avseende utbildning för långtidsarbetslösa). Ett annat exempel är kontrakt avseende köp av datorer/IT-tjänster som är särskilt anpassade för personer med funktionshinder.
- (16) Till exempel tjänster inom hälso- och sjukvården samt socialtjänsten, utbildningstjänster, inklusive yrkesutbildning, eller tjänster inom fritidsverksamhet och kultur. De tjänster som avses i bilaga IB i direktiv 92/50/EEG och i bilaga XVIB i direktiv 93/38/EEG omfattas endast av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven vad gäller tekniska specifikationer och offentliggörande (meddelande om kontraktstilldelning). Fördragsbestämmelserna gäller däremot, vilket bl.a. innebär att lämplig insyn skall föreligga och att anbudsgivarna skall behandlas lika.
- (17) Meddelande till rådet och Europaparlamentet om den inre marknaden och miljön, KOM(1999) 263 slutlig, 8.6.1999, s. 8 och 9.
- (18) Se kapitel II, punkt 1, i meddelandet. Kommissionen förklarar där bl.a. begreppet "teknisk specifikation" i den mening som avses i upphandlingsdirektiven.
- (19) Se artikel 14 i direktiv 92/50/EEG, artikel 8 i direktiv 93/36/EEG, artikel 10 i direktiv 93/37/EEG och artikel 18 i direktiv 93/38/EEG.
- (20) Se artikel 8.6 i direktiv 93/36/EEG, artikel 10.6 i direktiv 93/37/EEG, artikel 14.6 i direktiv 92/50/EEG och artikel 18.5 i direktiv 93/38/EEG.
- (21) Detta betyder att de i allt väsentligt skall överensstämma med domstolens rättspraxis om åtgärder med en verkan som motsvarar kvantitativa restriktioner.
- (22) För att uppnå målet "ett informationssamhälle för alla" uppmanas alla upphandlande myndigheter genom initiativet "Europe att se till att personer med särskilda behov så långt det går får tillgång till informationstekniken och att riktlinjerna antas för initiativet för "webbtillgänglighet".
- (23) De upphandlande myndigheterna är enligt detta direktiv skyldiga att ta hänsyn till arbetstagarnas hälsa och säkerhet på byggarbetsplatsen när bygg- och anläggningsarbeten upphandlas och utförs.
- (24) Till exempel inköp av IT-utrustning/tjänster för synskadade. Sådana krav beskriver produktens tekniska egenskaper och är därmed kopplade till kontraktsföremålet.
- (25) Såsom anges i meddelandet om möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling utgör sådana krav som inte rör själva varan eller tjänsten – t.ex. krav på hur ett företag drivs – inte tekniska specifikationer i den mening som avses i upphandlingsdirektiven. Sådana krav får således inte ställas. Krav som gäller användning av återvunnet papper på uppdragstagarens kontor, tillämpning av särskilda metoder för avfalls- hantering på uppdragstagarens företag eller anställning av personal från särskilda grupper (etniska minoriteter, personer med funktionshinder, kvinnor) skulle alltså inte anses som tekniska specifikationer.

- (26) Social märkning som relateras till ett företags "sociala" förmåga kan inte anses vara en teknisk specifikation i den mening som avses i upphandlingsdirektiven.
- (27) Alla upphandlingsdirektiv innehåller bestämmelser om att de upphandlande myndigheterna – om det anbud som antas skall vara det ekonomiskt mest fördelaktiga – får ta hänsyn till anbud innehållande alternativa utföranden från anbudsgivare, om dessa uppfyller de av de upphandlande myndigheterna ställda minimikraven. De upphandlande myndigheterna skall i kravspecifikationen ange vilka minimikrav som måste uppfyllas av ett alternativt anbud samt på vilket sätt ett sådant skall presenteras. Om alternativa anbud inte tillåts skall detta anges i meddelandet om upphandling (artikel 24 i direktiv 92/50/EEG, artikel 16 i direktiv 93/36/EEG, artikel 19 i direktiv 93/37/EEG och artikel 34.3 i direktiv 93/38/EEG).
- (28) Se artikel 15 i direktiv 93/36/EEG, artikel 18 i direktiv 93/37/EEG, artikel 23 i direktiv 92/50/EEG och artikel 31.1 i direktiv 93/38/EEG.
- (29) I sin dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, fastställer domstolen att det av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven framgår att de upphandlande myndigheterna endast får bedöma anbudsgivarnas lämplighet på grundval av kriterier för ekonomisk och finansiell ställning och för teknisk kapacitet eller tekniskt kunnande (punkt 17 i domen).
- (30) I sin dom av den 10 februari 1982 i mål 76/81, Transporoute, förkastar domstolen ett kriterium om företagsledares heder med motiveringen att ett sådant kriterium inte omfattas av de uppgifter som enligt direktiv 71/305/EEG kan begäras för att styrka ett företag ekonomiska och finansiella ställning (punkterna 9 och 10 i domen).
- (31) Se punkt 9 i ovannämnda Transporoute-domen.
- (32) Se till exempel artikel 32.4 i direktiv 92/50/EEG.
- (33) Se artikel 20 e i direktiv 93/36/EEG, artikel 24 e i direktiv 93/37/EEG, som det hänvisas till i artikel 31.2 i direktiv 93/38/EEG, och artikel 29 e i direktiv 92/50/EEG.
- (34) Se artikel 20 c och d i direktiv 93/36/EEG, artikel 24 c och d i direktiv 93/37/EEG, som det hänvisas till i artikel 31.2 i direktiv 93/38/EEG, och artikel 29 c och d i direktiv 92/50/EEG.
- (35) Enligt artikel L 362.-6.2 i Code du travail (fransk arbetslagstiftning) kan en anbudsgivare som dömts för att ha brutit mot förbudet att anställa illegal arbetskraft uteslutas från offentlig upphandling för alltid eller för högst fem år.
- (36) I Spanien anses brott mot lagstiftningen om anställning av funktionshindrade personer vara ett allvarligt fel i yrkesutövningen och kan leda till att anbudsgivaren i fråga utesluts. I Frankrike finns det ett trettiotal olika orsaker till uteslutning vid brott mot arbetslagstiftningen (enligt arbetslagstiftningen måste t.ex. företag med över 100 anställda anställa två funktionshindrade arbetstagare; yrkesinspektionen kan fatta beslut om påföljd för företagsledaren, vilket innebär att den upphandlande myndigheten kan utesluta företaget med hänvisning till allvarligt fel i yrkesutövningen).
- (37) Falcone Study on Public Procurement and Organised Crime (1998) – Volume I – Institute of Advanced Legal Studies, University of London, 24.5.1999.
- (38) Artikel 23 i direktiv 93/36/EEG, artikel 27 i direktiv 93/37/EEG och artikel 32 i direktiv 92/50/EEG.
- (39) I artikel 32.2 i direktiv 92/50/EEG anges uttryckligen att dessa krav måste anges beroende på de upphandlade tjänsternas art, mängd och ändamål.
- (40) Vid upphandling av tjänster kan anbudsgivarnas kapacitet att utföra tjänsterna bedömas mot bakgrund av deras yrkesmässiga färdigheter, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet (se artikel 32.1 i direktiv 92/50/EEG). Se ovannämnda Beentjes-dom, punkt 37.
- (41) Till exempel erfarenhet av att förestå ett daghem eller av att anordna utbildning för långtidsarbetslösa.
- (42) Bland de uppgifter som förtecknas uttömmande i upphandlingsdirektiven för styrkande av en anbudsgivares tekniska kapacitet, kan följande nämnas: 1. En förteckning över de arbeten som utförts under de fem senaste åren, tillsammans med intyg om att de viktigaste arbetena utförts på tillfredsställande sätt; eller en förteckning över de viktigaste tjänster som levererats under de tre föregående åren. 2. Uppgifter om teknisk utrustning, och en beskrivning av vilka åtgärder för kvalitetssäkring och resurser för undersökningar och forskning. 3. Uppgift om vilka tekniker och tekniska organ som anlitas, även om de inte direkt tillhör företaget, särskilt sådana som ansvarar för kvalitetssäkring.
- (43) Begreppen "socialt ansvar" och "social förmåga" speglar en trend i företagen att utöver ren efterlevnad av befintlig sociallagstiftning gradvis ta större sociala och etiska hänsyn (samt miljöhänsyn) i sin företags- och investeringspolitik. Företagens syn på socialt ansvar varierar betydligt från sektor till sektor och mellan olika nationella – och t.o.m. regionala – kulturer. I sin grönbok Främjande av en europeisk ram för företagets sociala ansvar, KOM(2001) 366, 18.7.2001, framhåller kommissionen vikten av företagets sociala ansvarstagande eftersom det på ett positivt sätt kan bidra till det strategiska mål som man fattade beslut om i Lissabon (se punkt 6 i grönboken). Med denna grönbok vill kommissionen starta en bred debatt om hur Europeiska unionen skulle kunna främja företagets sociala ansvarstagande både på europeisk och på internationell nivå (punkt 7). Dessutom har olika slag av frivillig social märkning börjat förekomma på marknaden. I ovannämnda grönbok definierar kommissionen begreppet "social märkning" på följande sätt: "Formuleringar och symboler på produkter som syftar till att försöka påverka konsumentens köpbeslut genom att tillhandahålla en garanti avseende en affärsprocess sociala och etiska inverkan på andra intressenter".
- (44) Artikel 26 i direktiv 93/36/EEG, artikel 30 i direktiv 93/37/EEG, artikel 36 i direktiv 92/50/EEG och artikel 34 i direktiv 93/38/EEG.
- (45) De kriterier som anges i texten är exempelvis pris, senaste dag för leverans eller utförande, driftkostnader, lönsamhet, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, tekniskt värde, service och tekniskt underhåll.
- (46) Ett kriterium som gynnar lokala anbudsgivare och som gör det svårare för potentiella anbudsgivare som är etablerade i andra medlemsstater att få kontraktet och att utföra de tjänster som är föremål för upphandling skulle utgöra en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen så som det fastställs i artikel 49 (f.d. 59) i EG-fördraget.

- (47) Domstolens dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge, punkt 17, där domstolen hänvisar till dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., REG 1998, s. I-73, punkt 33 samt domen av den 10 november 1998 i mål C-360/96 BFI Holding, REG I-6821, punkterna 42 och 43. Se även punkterna 41 och 42 i dom av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike.
- (48) Se generaladvokaten Darmons förslag till avgörande av den 4 maj 1988 i Beentjes-målet, punkt 35.
- (49) Se t.ex. artikel 30.1 i direktiv 93/37/EEG. Se även generaladvokat Colomers förslag till avgörande av den 5 juni 2001 i förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini, se fotnot 23 i förslaget.
- (50) I samband med ett kontrakt avseende att tillhandahålla IT-tjänster till alla anställda i en kommun (tjänster som avses i bilaga IA) kan ett kriterium rörande den metod som föreslås av anbudsgivaren för att säkra en högkvalitativ tjänst som löpande och på ett tillfredsställande sätt uppfyller funktionshindrades särskilda behov i princip vara ett av de kriterier som får användas vid val av det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.
- (51) I Förenta staterna är 20 % av kontrakten reserverade för "small minority businesses" dvs. företag som kontrolleras av minoriteter. USA har låtit föra in ett sådant undantag i Avtalet om offentlig upphandling.
- (52) Vissa kategorier av anbudsgivare åtnjuter en prispreferens varigenom det anbud som lämnats av A, även om det är högre än B:s anbud, betraktas som jämförligt med B:s, förutsatt att A tillämpar en bestämd social policy, t.ex. en aktiv policy för att främja kvinnor.
- (53) Vissa stater som har skrivit under avtalet har uttryckligen infört förbehåll som innebär att de upphandlande myndigheterna kan tillämpa ett socialt tilldelningskriterium vid upphandling. USA har t.ex. infört ett undantag som gör det möjligt att förbehålla vissa upphandlingar åt minoriteter. Sådana förbehåll har däremot inte gjorts av EU. Härav följer att sådana kriterier generellt sett måste betraktas som oförenliga med bestämmelserna i direktiven, särskilt bestämmelserna om tilldelning av kontrakt.
- (54) I ett fall som kommissionen fått kännedom om hade en upphandlande myndighet huvudsakligen använt följande kriterier för att tilldela kontraktet till det lokala transportföretaget: Det faktum att företaget var beläget i området hade gynnsam inverkan både ur beskattningssynpunkt och när det gällde att skapa fasta arbetstillfällen. Dessutom bidrog leverantörens lokala inköp av stora mängder utrustning och tjänster med lokala arbetstillfällen. Kommissionen ansåg att dessa kriterier inte kunde utgöra underlag för de upphandlande myndigheternas värdering av anbudet, eftersom de inte gav möjlighet att mäta den ekonomiska fördelen i samband med den tjänst som var föremål för upphandling och heller inte utgjorde någon fördel för upphandlande myndigheten. Dessutom innebär dessa kriterier en diskriminering av de övriga anbudsgivarna, eftersom detta resulterade i en fördel i utvärderingen av anbudet för den enda tjänsteleverantör som var etablerad i området. Detta innebar således en överträdelse av det generella förbudet mot diskriminering mellan tjänsteleverantörer enligt artikel 3 i direktiv 92/50/EEG.
- (55) Mål C-513/99, Stagecoach Finland Oy Ab, EGT C 102/10, 8.4.2000.
- (56) Grönbok om Offentlig upphandling inom Europeiska unionen: överväganden inför framtiden, KOM(96) 583 slutlig av den 27 november 1996.
- (57) Se kapitel 4.3 i ovannämnda meddelande från 1998 rörande beaktandet av miljöhänsyn vid tilldelning av offentlig upphandling. Se också punkt 48 i meddelandet om sociala och regionala aspekter vid offentlig upphandling, KOM(89) 400, antaget av kommissionen den 22 september 1989 (EGT C 311, 12.12.1989).
- (58) Se ovannämnda Beentjes-mål (se punkt 29) och dom av den 26 september 2000 i mål C-225/98, Europeiska kommissionen mot Franska republiken (Uppförande och underhåll av skolbyggnader i Région Nord-Pas-de-Calais och Département du Nord) (REG 2000, s. I-7445).
- (59) Se Allmän rapport om Europeiska unionens verksamhet för år 2000, punkt 1119, s. 407.
- (60) Artikel 27 i direktiv 93/36/EEG, artikel 30 i direktiv 93/37/EEG, artikel 37 i direktiv 92/50/EEG och artikel 34.5 i direktiv 93/38/EEG.
- (61) Till exempel skall en klausul, som kräver att den anbudsgivare vars anbud antas skall i samband till exempel med ett bygg- eller anläggningskontrakt, anställa ett bestämt antal eller en bestämd procentandel långtidsarbetslösa eller lärlingar, utan att det ställs krav på arbetslösa eller lärlingar från en bestämd region eller personer med anknytning till en nationell organisation inte i sig innebära att anbudsgivare från andra medlemsstater diskrimineras.
- (62) Se punkt 31 i ovannämnda Beentjes-domen.
- (63) Se punkt 28 i ovannämnda Beentjes-domen.
- (64) Ovannämnda meddelande om sociala och regionala aspekter på offentlig upphandling, punkt 59.
- (65) "För att uppfylla målet för direktiven, nämligen att säkra utvecklingen av en effektiv konkurrens på området offentlig upphandling, skall de kriterier och villkor som gäller för varje anbud offentliggöras på ändamålsenligt sätt av de upphandlande myndigheterna" (se ovannämnda Beentjes-domen, punkt 21).
- (66) Enligt domstolens dom av den 22 juni 1992 i mål C-243/89, Storebaelt, skall en upphandlande myndighet förkasta anbud som inte uppfyller kravspecifikationen för att inte bryta mot principen om lika behandling av anbudsgivare, vilket är grundtanken i direktiven om offentlig upphandling.
- (67) 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.
- (68) Se även kapitel 3 i tolkningsmeddelandet om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling, KOM(2001) 274 slutlig.
- (69) I Förenade kungariket tillämpades ett system (Priority Suppliers Scheme) som syftade till att främja anställningen av funktionshindrade arbetstagare genom att förbehålla vissa av departementens varuupphandlingar åt vissa leverantörer. Enligt detta system kunde vissa företag som fanns uppförda på en särskild lista lämna in ett andra anbud för att ställa sig på samma nivå som det lägsta anbudet, en fördel som motsvarande anbudsgivare i de övriga medlemsstaterna inte hade. Detta system avskaffades under förhandlingarna om det kodifierade direktivet 93/36/EEG och ersattes i november 1994 av ett system som är förenligt med gemenskapsrätten (Special Contract Arrangement). Systemet har utsträckt till att omfatta arbetsgivare som anställer funktionshindrade arbetstagare inom hela unionen och dess användning har begränsats till upphandling vars värde ligger under det relevanta tröskelvärdet.

- (70) I artikel XXIII i Avtalet om offentlig upphandling (som rör undantag från avtalet) fastställs möjligheten att avtalsparterna kan "vidta eller genomdriva nödvändiga åtgärder som berör varor tillverkade av handikappade, av filantropiska institutioner eller inom kriminalvården", med reservation för kravet på att åtgärderna inte används "på sätt som skulle innebära godtycklig eller oberättigad diskriminering" eller "en förtäckt begränsning av internationell handel". Denna möjlighet har inte infogats i direktiven om offentlig upphandling.
- (71) När det gäller detta, se domstolens domar av den 18 november 1999, mål C-275/98, Unitron, och av den 7 december 2000, mål C-324/98, Telaustria.
- (72) Artikel 23 i direktiv 93/37/EEG, artikel 28 i direktiv 92/50/EEG och artikel 29 i direktiv 93/38/EEG.
- (73) Enligt de gällande direktiven om offentlig upphandling skall upphandlande myndigheter som utnyttjar denna möjlighet och tillhandahåller information av detta slag i förfrågningsunderlaget dessutom försäkra sig om att anbudsgivarna vid utformningen av sina anbud tar hänsyn till bestämmelserna om anställningsskydd och arbetsvillkor, genom att begära att de bekräftar detta i anbudet. Detta betyder i förekommande fall att anbudsgivarna i förväg får veta vilka sociala skyldigheter som gäller för den händelse de tilldelas kontraktet och att de vid utarbetandet av sitt anbud kan ta hänsyn till de kostnader som sådana skyldigheter kan medföra.
- (74) Direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling mellan personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (EGT L 180, 19.7.2000, s. 22) och direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättandet av en allmän ram för likabehandling (EGT L 303, 2.12.2000, s. 16).
- (75) Det vill säga konventionerna nr 87 av den 9 juli 1948 och nr 98 av den 1 juli 1949 (föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten respektive tillämpning av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten); nr 29 av den 28 juni 1930 och nr 105 av den 25 juni 1957 (avskaffande av tvångsarbete); nr 111 av den 25 juni 1958 (diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning); nr 100 av den 29 juni 1951 (lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde); nr 138 av den 26 juni 1973 och nr 182 av den 17 juni 1999 (minimiålder och förbud mot de värsta formerna av barnarbete).
- (76) Tidigare nämnt meddelande från kommissionen om de grundläggande normerna för arbete, punkt 3.1. Kommissionen påpekar att en snabb ratifiering av alla medlemsstater i unionen av de åtta grundkonventionerna från ILO hör ihop med unionens ställningstagande för främjandet av de grundläggande normerna för arbetet, varför kommissionen den 15 september 2000 meddelade en rekommendation till medlemsstaterna om ratifieringen av den senaste grundkonventionen, nämligen den tidigare nämnda konventionen nr 182 (rekommendationen publicerad i EGT L 243, 28.9.2000).
- (77) En önskan om att bättre kunna säkerställa arbetarnas sociala skydd och arbetsvillkor ligger ofta till grund för sådana frågor. För övrigt har syftet att trygga arbetarnas sociala skydd erkänts av domstolen som ett absolut krav av allmänt intresse som kan rättfärdiga nationella åtgärder som begränsar utövandet av en av de grundläggande friheterna i gemenskapsrätten (domarna av den 17 december 1981, mål Webb, 279/80, Rec. s. 3305; av den 3 februari 1982, målen Seco och Desquenue & Grial, 62/81 och 63/81, Rec. s. 223; av den 27 mars 1990, mål C-113/89, Rush Portuguesa, Rec. s. I-345; av den 28 mars 1996, mål C-272/94, Guiot, Rec. s. I-1905 samt av den 23 november 1999, målen C-369/96 och C-376/96, Arblade).
- (78) Dom i ovannämnda mål Arblade, särskilt punkterna 33-39.
- (79) Se domarna av den 25 juli 1991, mål C-76/90, Säger, Rec. s. I-4221, punkt 12; av den 9 augusti 1994, mål C-43/93, Vander Elst, Rec. s. I-3803, punkt 14; av den 12 december 1996, mål C-3/95, Reisebüro Broede, Rec. s. I-6511, punkt 25; av den 9 juli 1997, mål C-222/95, Parodi, Rec. s. I-3899, punkt 18, samt ovannämnda dom i mål Guiot, punkt 10.
- (80) Se bl.a. ovannämnda dom i mål Webb, punkt 17; dom av den 26 februari 1991, mål C-180/89, kommissionen mot Italien, Rec. s. I-709, punkt 17; mål C-198/89, kommissionen mot Grekland, Rec. s. I-727, punkt 18; ovannämnda dom i mål Säger, punkt 15; ovannämnda dom i mål Vander-Elst, punkt 16 och ovannämnda dom i mål Guiot, punkt 11.
- (81) Se särskilt det tidigare nämnda målet Säger, punkt 15; dom av 31 mars 1993, mål C-19/92, Kraus, Rec. s. I-1663, punkt 32; av den 30 november 1995, mål C-55/94, Gebhard, Rec. s. I-4165, punkt 37 samt ovannämnda dom i mål Guiot, punkterna 11 och 13.
- (82) Se ovannämnda dom i mål Webb, punkt 19; mål Seco och Desquenue & Grial, punkt 14 samt mål Rush Portuguesa, punkt 18.
- (83) Ovannämnda dom i mål Guiot, punkt 16.
- (84) Se bl.a. dom av den 26 januari 1999, mål C-18/95, Terhoeve, Rec. s. I-345, punkt 45.
- (85) Se när det gäller detta ovannämnda mål Rush Portuguesa, punkt 18, och ovannämnda mål Arblade, punkterna 61-63 och 74. Trots att domstolen i den senare domen bekräftade att arbetstagarnas sociala skydd är viktigt och att vissa nödvändiga kontrollåtgärder är berättigade för att kontrollera att bestämmelserna efterlevs, påpekade den även att dessa kontrollåtgärder endast kan godtas om "det till exempel inte finns något organiserat system för samarbete eller utbyte av information mellan medlemsstaterna, såsom anges i artikel 4 i direktiv 96/71" (se ovan 3.3.2). Det organiserade system för samarbete eller utbyte av information mellan medlemsstaterna som inrättas i direktivet kommer därmed att göra vissa kontrollåtgärder överflödiga efter utgången av tidsfristen för genomförandet av detta direktiv (16.11.1999). Se även svaret på den skriftliga frågan E-00/0333 från Barbara Weiler.
- (86) Se generaladvokatens förslag till avgörande av den 5 april 2001 i mål C-493/99, kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland.
- (87) Bland annat i dom i ovannämnda mål Rush Portuguesa, punkt 18.
- (88) Konvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, EGT L 266, 9.10.1980.
- (89) I artikel 3 i direktivet om utstationering av arbetstagare fastställs vad som avses med kollektivavtal eller skiljedomar som har "allmän giltighet" (artikel 3.1) eller som "förklarats ha allmän giltighet" (artikel 3.8). Under alla omständigheter skall användningen av dessa kollektivavtal följa principen om lika behandling som fastställs i sista stycket i artikel 3.8. Det föreligger lika behandling enligt denna bestämmelse "när de nationella företag som befinner sig i en likartad situation på de aktuella arbetsplatserna eller inom de aktuella sektorerna är underkastade samma skyldigheter på de områden som räknas upp i punkt 1 första stycket som de företag som avses med utstationeringarna" och "skall uppfylla dessa skyldigheter med samma verkningar".
- (90) Se till exempel förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om medlemsstaternas åtgärder i fråga om krav på allmänna tjänster och slutande av avtal om allmänna tjänster avseende persontransporter på järnväg, väg och inre vattendrag, KOM(2000) 7, 26.7.2000, särskilt artikel 9.3.
- (91) Dom av den 14 september 2000 i mål C-343/98, Collino, om en situation där en enhet, som ansvarar för driften av telekommunikationstjänster avsedda för allmänheten och som drivs av ett offentligt organ som ingår i den statliga förvaltningen, till följd av ett myndighetsbeslut överläts mot vederlag genom en administrativ koncession till ett privaträttsligt bolag som bildats av ett offentligt organ, vilket innehar samtliga aktier i bolaget.

- (<sup>92</sup>) Dom av den 25 januari 2001 i mål C-172/99, Oy Liikenne, om kollektiv busstrafik.
- (<sup>93</sup>) Direktiv 2001/23/EG som är en kodifiering av direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter (EGT L 61, 5.3.1977) samt direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 (EGT L 201, 17.7.1998) om ändring av detta direktiv.
- (<sup>94</sup>) Se dom av den 11 juli 1985 i mål C-105/84, Danmols Inventar, dom av den 19 maj 1992 i mål C-29/91, Sophie Redmond Stichting, och dom av den 10 december 1998 i förenade målen C-173/96 och C-247/96, Sanchez Hidalgo m.fl.
- (<sup>95</sup>) Ovannämnda mål Collino.
- (<sup>96</sup>) Dom av den 14 april 1994 i mål C-392/92, Schmidt, dom av den 19 september 1995 i mål C-48/94, Rygaard samt dom av den 26 september 2000 i mål C-175/99, Mayeur.
- (<sup>97</sup>) Dom av den 18 mars 1986 i mål C-24/85, Spijkers; dom av den 11 mars 1997 i mål C-13/95, Süzen, och dom av den 10 december 1998 i förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, Hernández Vidal, samt de ovannämnda domarna i mål Allen m.fl. och mål Oy Liikenne.
- (<sup>98</sup>) Till exempel de ovannämnda domarna i mål Süzen, Hidalgo m.fl., Allen m.fl. och Oy Liikenne.
- (<sup>99</sup>) De ovannämnda domarna i mål Spijkers, Süzen, Sanchez Hidalgo m.fl. och Hernández Vidal.
- (<sup>100</sup>) Dom av den 10 februari 1988, i mål C 324/86, Tellerup, "Daddy's Dance Hall", och ovannämnda mål Süzen, Hidalgo m.fl., Mayeur och Oy Liikenne.
- (<sup>101</sup>) Dom i målet Tellerup, "Daddy's Dance Hall", och ovannämnda mål Süzen, Hidalgo m.fl., Mayeur och Oy Liikenne. Direktivet gäller också om ett beslut om överlåtelse har tagits ensidigt av den offentliga myndigheten, i det särskilda fallet kommunen (dom av den 19 maj 1992 i mål C-29/91, Sophie Redmond Stichting). Den omständigheten att den tjänst som överlåts har utförts på koncession av en offentlig myndighet, som t.ex. en kommun, kan inte utesluta tillämpningen av direktivet, när verksamheten inte rör offentlig myndighetsutövning (ovannämnda mål Collino, punkt 32, och Hidalgo m.fl., punkt 24). En omorganisation av den offentliga förvaltningen eller en överföring av förvaltningsuppgifter mellan offentliga myndigheter är däremot inte en överlåtelse av verksamheter (dom av den 15 oktober 1996 i mål C-298/94, Henke; se ovannämnda mål Mayeur).
- (<sup>102</sup>) Dom av den 25 januari 2001, mål C-172/99, särskilt punkterna 21/22.
- (<sup>103</sup>) Se även generaladvokaten Légers förslag till avgörande i ovannämnda mål C-172/99, särskilt punkterna 28 till 37; se punkt 22 i domen.
- (<sup>104</sup>) Tidigare nämnda mål Oy Liikenne, punkt 23.
-