

befaras att för det fall besluten kan bli föremål för prövning av domstol, kommer det att leda till ett stort antal ytterligare överprövningsmål.

Upphandlande myndigheter och enheter ska självständigt bestämma upphandlingsföremålet och har inte enligt direktiven någon skyldighet att dela upp kontrakt. Regeringen instämmer i Konkurrensverkets uppfattning att ett beslut i fråga om uppdelning eller inte är ett sådant förberedande, internt övervägande som inte i sig kan bli föremål för en ansökan om överprövning (jfr nämnda avgörande från EU-domstolen, p. 35). Som SVT framhåller är det emellertid så att alla åtgärder, även i fråga om uppdelning av kontrakt, måste vara i enlighet med de grundläggande principerna för upphandling. Om en upphandlande myndighet eller enhet i något fall skulle använda bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i ett otillbörligt syfte att styra utfallet i upphandlingen på ett konstgjort sätt (jfr artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet, se avsnitt 9.1), måste detta kunna kontrolleras inom ramen för en rättslig prövning av upphandlingen som sådan.

10.5 Reserverade kontrakt

10.5.1 Reserverade kontrakt vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska ha möjlighet att reservera deltagandet i upphandlingsförfaranden för vissa s.k. sociala företag, alternativt föreskriva att kontrakt ska fullgöras inom ramen för program med skyddad anställning.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock en delvis annan utformning av lagparagrafen om reserverade kontrakt.

Remissinstanserna: Ett flertal remissinstanser, bl.a. *Försäkringskassan*, *Konkurrensverket*, *Tillväxtverket*, *Arbetsförmedlingen*, *Landsorganisationen i Sverige (LO)*, *Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)*, *Tjänstemännens centralorganisation (TCO)* och ett antal kommuner tillstyrker att direktivens bestämmelser om reserverade kontrakt genomförs. Konkurrensverket anser att eventuella marknadsstörande effekter som reserverade kontrakt kan medföra bör följas upp. *Företagarna* och *Svenskt Näringsliv* tillstyrker även de att bestämmelserna genomförs. De har dock framhållit att direktivens bestämmelser innehåller vaga begrepp, t.ex. missgynnade personer, och att det bör förtydligas under vilka omständigheter kontrakt ska kunna reserveras. De remissinstanser, bl.a. *Skatteverket*, *Kommerskollegium* och *Almega*, som avstyrker ett genomförande anger som skäl för detta huvudsakligen att bestämmelserna är vaga samt att det finns en risk för marknadsstörande effekter. *Kammarrätten i Göteborg* föreslår att andra begrepp än direktivens begrepp arbetstagare respektive missgynnade personer används i lagtexten. LO, SACO och TCO anser till skillnad från utredningen att det ligger i begreppet arbetstagare att dessa ska vara

anställda hos leverantören. De anser vidare att det s.k. andelskravet om 30 procent ska förstås i relation till de arbetstagare hos leverantören som arbetar inom ramen för det som ska upphandlas, och inte leverantörens hela verksamhet.

Skälen för regeringens förslag

Reserverade kontrakt i 2014 års upphandlingsdirektiv

De bestämmelser om reserverade kontrakt som finns i 2004 års upphandlingsdirektiv genomfördes inte i svensk rätt (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 186 f.). I 2014 års upphandlingsdirektiv återfinns bestämmelser om reserverade kontrakt i artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet. De innebär liksom tidigare motsvarigheter i 2004 års upphandlingsdirektiv att medlemsstaterna kan föreskriva att vissa leverantörer av sociala hänsyn får positivt särbehandlas inom ramen för upphandlingsregleringen. Möjligheterna att särbehandla leverantörer enligt de nya direktiven har dock utvidgats i förhållande till 2004 års regler. Den nya regleringen tar sikte inte enbart på personer med funktionsnedsättning utan innehåller också begreppet missgynnade personer. I regleringen framhålls också att den verksamhet som leverantörerna bedriver ska syfta till social och yrkesmässig integration.

I de nya direktiven har det dessutom preciserats hur stor andel av de personer som leverantören sysselsätter som ska vara personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer i direktivens mening. Enligt artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet är en förutsättning för att en leverantör ska kunna särbehandlas enligt nämnda artiklar att minst 30 procent av leverantörens arbetstagare är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer. Den beskrivna preciseringen i fråga om andelen hos leverantören sysselsatta personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer, 30 procent, innebär också en utvidgning i förhållande till 2004 års regler. Ordalydelsen i 2004 års direktiv kan tolkas som att minst hälften av de hos leverantören sysselsatta ska vara personer med funktionsnedsättning.

Den särbehandling som artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet medger kan göras på två olika sätt. För det första kan deltagandet i ett upphandlingsförfarande reserveras till vissa leverantörer, nämligen s.k. skyddade verkstäder och leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer. För det andra kan ett kontrakt villkoras med att det ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. För båda varianterna gäller den grundläggande förutsättningen att minst 30 procent av dem som leverantören sysselsätter i nämnda verksamheter är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

I skälen i 2014 års upphandlingsdirektiv (skäl 36 i LOU-direktivet och skäl 51 i LUF-direktivet) betonas betydelsen av anställning och sysselsättning som grundläggande faktorer när det gäller att garantera lika möjligheter för alla. Enligt skälen kan skyddade verkstäder och andra sociala företag vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättningar och missgynnade personer spela en väsentlig roll i detta sammanhang. Missgynnade personer exemplifieras i skälen med arbetslösa, missgynnade minoriteter

och på annat sätt marginaliserade grupper av personer. Då verksamheter av nu aktuellt slag kan sakna möjligheter att få kontrakt under normala konkurrensförhållanden, är det enligt skälen lämpligt att ge medlemsstaterna en möjlighet att föreskriva regler om reserverade kontrakt.

Det anges uttryckligen i artikel 20.2 att det i meddelandet om upphandling ska hänvisas till artiklarna om reserverade kontrakt.

Direktivens bestämmelser om reserverade kontrakt genomförs i svensk rätt

Varje medlemsstat har möjlighet att själv avgöra om direktivens bestämmelser om reserverade kontrakt ska genomföras i den nationella lagstiftningen. Remissutfallet över utredningens delbetänkande, tillsammans med 2010 års Upphandlingsutredning och remissutfallet beträffande den utredningens del- och slutbetänkande (SOU 2011:73 och 2013:12) tyder på att det i dag finns ett behov av bestämmelser om reserverade kontrakt i svensk rätt.

Mot ett genomförande talar främst att det, som bl.a. *Konkurrensverket* har framhållit, inte kan uteslutas att systemet med reserverade kontrakt skulle kunna få mer betydande marknadsstörande effekter. Den risken bör dock enligt regeringens mening inte överdrivas och är inte skäl att underlåta att införa bestämmelserna. Regeringen anser därför att bestämmelserna bör genomföras i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna och, som framgår av avsnittet nedan, i lagen om upphandling av koncessioner. Om det i tillämpningen framkommer skäl för det, får det övervägas om en översyn av bestämmelserna bör göras.

Upphandlingsdirektivens regler om reserverade kontrakt innebär emellertid inte att en svensk upphandlande myndighet eller enhet kan vända sig till en inhemsk leverantör och tilldela kontrakt utan upphandling. Bestämmelserna innebär enbart att myndigheten eller enheten får reservera deltagandet i ett i övriga delar ordinärt upphandlingsförfarande för vissa slag av företag, och i det avseendet göra ett avsteg från en full konkurrensutsättning.

Myndigheten eller enheten kan alternativt föreskriva som ett särskilt kontraktsvillkor att kontraktet ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning. För det fall en myndighet eller enhet utöver reglerna om reserverade kontrakt önskar precisera de sociala hänsyn eller mål en leverantör ska ta eller uppnå, är den hänvisad till att tillämpa upphandlingsreglerna i övrigt. Handlingsutrymmet i det hänseendet bestäms således av hur sociala krav i allmänhet kan användas i en upphandling för att exempelvis gynna särskilt utsatta personer i samhället.

Direktivens begrepp arbetstagare och missgynnade personer

Utredningen och några remissinstanser har framhållit att vissa begrepp i direktivens artiklar om reserverade kontrakt som framstår som vaga och i tillämpningshänseende möjligen skulle tjäna på att preciseras i den svenska lagtexten. *Kammarrätten i Göteborg* anser att det är bättre att använda begreppet de som är sysselsatta i stället för direktivens

arbetstagare. LO m.fl. fackliga organisationer anser att det ligger i begreppet arbetstagare att dessa personer ska vara anställda. Regeringen uppfattar, i ljuset av skältexterna, att ett syfte med bestämmelsen om reserverade kontrakt är att möjliggöra för sådana skyddade verkstäder och andra sociala företag som åsyftas att tilldelas kontrakt som de annars skulle sakna möjlighet till att få under normala konkurrensförhållanden. Som utvecklas närmare nedan verkar ofta dessa leverantörer inom ramen för olika statliga arbetsmarknadspolitiska program och då inte enbart genom att anställa personerna. Regeringen anser därför att det är mer ändamålsenligt att i lagtexten använda det av kammarrätten föreslagna begreppet de som är sysselsatta.

Kammarrätten i Göteborg föreslår också att begreppet socialt och ekonomiskt utsatta personer används i lagarna i stället för direktivens begrepp missgynnade personer. Regeringen instämmer i att direktivens begrepp är vagt. Det är även olämpligt i en svensk kontext. Lagtexten bör därför ges en annan utformning som i sak motsvarar direktiven. Bestämmelserna om reserverade kontrakt syftar i nu aktuell del till att stödja integration eller återintegration av personer som bl.a. på grund av vissa omständigheter som t.ex. arbetslöshet eller etnicitet har svårt att komma in på arbetsmarknaden. Regeringen anser att uttrycket personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden ger en tydligare och bättre anvisning än direktivens begrepp om vilka personer som avses. Det uttrycket bör därför användas i lagtexten. Uttrycket ska förstås som motsvarande direktivens begrepp missgynnade personer i fråga om personkretsen. I uttrycket ligger även en anvisning om att de personer som sysselsätts ska ha ett faktiskt behov av integrerande insatser för att leverantören ska kunna komma i fråga för reserverade kontrakt (se nedan).

Det finns inte någon definition av begreppet missgynnade personer i direktiven. I skäl 36 i LOU-direktivet lämnas emellertid exemplen arbetslösa [personer], missgynnade minoriteter eller på annat sätt marginaliserade befolkningsgrupper. Ytterligare vägledning kan hämtas i kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 av den 17 juni 2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget. Nedan återges definitionerna i förordningens artikel 2 (3), 2 (4) och 2 (99).

Enligt artikel 2 (3) ska med ”arbetstagare med funktionshinder” förstås personer som

- a) erkänns som arbetstagare med funktionshinder i nationell lagstiftning, eller
- b) har varaktiga fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningar som i samspel med olika hinder kan hindra dem från att fullt och effektivt delta i en arbetsmiljö på lika villkor med andra arbetstagare.

Enligt artikel 2 (4) ska med ”arbetstagare med sämre förutsättningar” förstås personer som

- a) inte har haft någon ordinarie avlönad anställning under de senaste sex månaderna, eller
- b) är mellan 15 och 24 år, eller
- c) inte har gymnasiekompetens eller yrkesutbildning (International Standard Classification of Education, nivå 3) eller som för senast två

- är sedan har avslutat en utbildning med heltidsstudier och som ännu inte fått sin första reguljära avlönade anställning, eller
- d) är över 50 år, eller
 - e) lever ensam och har vårdnaden om ett eller flera barn, eller
 - f) arbetar inom en sektor eller ett yrke i en medlemsstat där obalansen mellan könen är minst 25 procent högre än den genomsnittliga könsobalansen inom alla ekonomiska sektorer i den berörda medlemsstaten och som tillhör den underrepresenterade könsgruppen, eller
 - g) tillhör en etnisk minoritet inom en medlemsstat och måste förbättra sin profil när det gäller språkkunskaper, yrkesutbildning eller arbetslivserfarenhet för att förbättra sina möjligheter att få fast anställning.

Enligt artikel 2 (99) ska med ”arbetstagare med kraftigt sämre förutsättningar” förstås personer som

- a) inte har haft någon ordinarie avlönad anställning under minst 24 månader, eller
- b) inte har haft någon ordinarie avlönad anställning under minst tolv månader och tillhör en av de kategorier b–g som anges i definitionen av ”arbetstagare med sämre förutsättningar”.

Regeringen bedömer att sådana personkategorier som beskrivs i artikel 2 (4) och 2 (99) i förordningen kan falla in under direktivens begrepp missgynnade personer. Till exempel kan sådana personer som är arbetslösa i den meningen att de inte har haft en ordinarie avlönad anställning under de senaste sex månaderna anses omfattade.

Förordningen ger enligt regeringens mening en vägledning om vilken den unionsrättsliga ramen är, dvs. vilka personkategorier som EU-lagstiftaren anser bör kunna omfattas av begreppet missgynnade personer. Eftersom upphandlingsdirektiven saknar en definition kan det tänkas att begreppet avser även andra personer. I ljuset av direktivbestämmelsernas syfte, att möjliggöra positiv särbehandling av vissa leverantörer, får betydelsen dock inte utsträckas i tillämpningen utan grund i bestämmelserna.

Det kan också påminnas om att ett syfte med direktivens bestämmelser om reserverade kontrakt är att stödja social och yrkesmässig integration av de berörda personerna. Det är därmed inte ensamt avgörande, för att en leverantör ska komma i fråga för reserverade kontrakt, att leverantören kan visa att den sysselsätter en tillräcklig andel personer vars förhållanden motsvarar någon av beskrivningarna ovan. Personerna ska även ha ett faktiskt behov av integrerande insatser. Om det bedöms nödvändigt bör leverantören kunna visa på vilket sätt de som sysselsätts behöver integrerande insatser och även hur detta tillgodoses.

Vilka leverantörer kan komma i fråga?

Artikel 20.1 i LOU-direktivet och artikel 38.1 i LUF-direktivet innehåller två villkor för att en leverantör ska vara aktuell för att tilldelas ett reserverat kontrakt. För det första ska det främsta syftet med verksamheten vara social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av missgynnade personer. För det andra ska

minst 30 procent av arbetstagarna vara personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

Utredningen har i sitt delbetänkande (SOU 2014:51, avsnitt 3.3.3) utförligt gått igenom leverantörer i Sverige som i dagsläget bedriver sådan verksamhet som avses med bestämmelserna om reserverade kontrakt. Sammanfattningsvis finner utredningen att det i flera fall rör sig om leverantörer som i varierande utsträckning verkar inom ramen för olika statliga arbetsmarknadspolitiska program. Det statligt helägda bolaget Samhall AB anställer personer med funktionshinder och nedsatt arbetsförmåga i skyddat arbete. En annan kategori leverantörer som utredningen identifierar är de som sysselsätter personer inom ramen för kommunala åtgärder för att särskilt utsatta personer ska få sysselsättning och arbete. Det kan handla om att en socialnämnd fullgör sin skyldighet enligt 4 kap. 4 § socialtjänstlagen (2001:453) i syfte att stärka en individs möjlighet att komma in på arbetsmarknaden eller enligt 5 kap. 7 § socialtjänstlagen att medverka till att en individ med funktionshinder får en meningsfull sysselsättning.

En grupp av aktörer som bör nämnas särskilt i detta sammanhang är de s.k. arbetsintegrerande sociala företagen. Med sådana företag avses enligt regeringens handlingsplan för arbetsintegrerande sociala företag den 22 april 2010 (dnr N2010/1894/ENT) företag som driver näringsverksamhet, dvs. producerar och säljer varor eller tjänster, och företag

- med övergripande ändamål att integrera människor som har stora svårigheter att få och/eller behålla ett arbete, i arbetsliv och samhälle,
- som skapar delaktighet för medarbetarna genom ägande, avtal eller på annat väl dokumenterat sätt,
- som i huvudsak återinvesterar sina vinster i den egna eller liknande verksamheter, och
- som är organisatoriskt fristående från offentlig verksamhet.

Här bör också nämnas Kriminalvårdens s.k. arbetsdrift som är en del i Kriminalvårdens uppdrag att förebygga att intagna återfaller i brott och tillgodose de intagnas behov av sysselsättning (se 2, 3 och 5 §§ förordningen [2007:1172] med instruktion för Kriminalvården). Kriminalvårdens arbetsdrift både levererar varor och utför tjänster.

Utredningen finner att de leverantörer som sysselsätter personer inom ramen för nämnda insatser inte låter sig beskrivas på något mer precist eller samlat sätt. Det rör sig om aktörer av olika storlek och i olika associationsrättsliga former som sysselsätter aktuella personer i varierande antal och i varierande proportion till övriga anställda. Det som förenar dem är dock att syftena med deras verksamheter – hela eller delar av dem – och de personer som de sysselsätter är sådana att kraven i dessa delar för att tilldelas ett reserverat kontrakt kan anses uppfyllda.

Verksamhetsinriktning och andelskravet

När det gäller leverantörens syfte med verksamheten kan det konstateras att direktivet inte uppställer något krav på att leverantören ska ha en särskild associationsrättslig form, företagsstruktur. Det finns inte heller

något krav på auktorisation. Enligt direktivet ska social och yrkesmässig integration vara leverantörens främsta syfte. Det som ordvalet torde syfta till är att markera att det inte får råda några tveksamheter om att verksamhetens övergripande syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Regeringen anser det inte lämpligt eller nödvändigt att, som *Domstolsverket* föreslår, införa ett nationellt register eller ett system med auktorisation av s.k. sociala företag. Det måste i alla händelser ytterst vara den upphandlande myndigheten eller enheten som i varje enskilt fall vid en kvalificeringsprövning bedömer om kravet beträffande verksamhetsinriktning är uppfyllt eller inte. Detsamma gäller i fråga om andelskravet.

När det gäller andelskravet kommer det, som framgår ovan, till uttryck i artikel 20.1 i LOU-direktivet och artikel 38.1 i LUF-direktivet på så sätt att en tillämpning av bestämmelserna om reserverade kontrakt kräver att minst 30 procent av de hos leverantören sysselsatta personerna är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Såväl när det gäller verksamhetsinriktning som andelskravet ska ställningstagandet till om leverantören uppfyller kraven grundas på dennes förhållanden vid tidpunkten då anbudsansökan eller anbudet lämnas in. Det är endast den leverantör som vid denna tidpunkt uppfyller villkoren som har rätt att delta i en reserverad upphandling. Så som direktivbestämmelserna är formulerade bör denna tidpunkt vara avgörande inte bara när det rör sig om ett reserverat upphandlingsförfarande, utan också när den upphandlande myndigheten eller enheten väljer alternativet att föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. En annan sak är att leverantörens förhållanden får förväntas bestå under tiden för kontraktets fullgörande. Det synes lämpligt att villkora detta i kontraktet. I händelse av att leverantören ändrar inriktning på sin verksamhet eller inte längre uppfyller andelskravet bör den upphandlade myndigheten eller enheten kunna göra gällande att det rör sig om en väsentlig ändring av kontraktet (se angående bestämmelserna om ändring av kontrakt under löptiden avsnitt 26.3). Kontrollen av att leverantören alltjämt uppfyller villkoren kan ingå som ett moment i den löpande avtalsuppföljningen.

Bedömningen av om de båda villkoren är uppfyllda ska göras utifrån det underlag som leverantören har gett in. Beträffande verksamhetsinriktningen kan t.ex. leverantörens bolagsordning eller stadgar vara relevant dokumentation. I praktiken torde prövningen av om andelskravet är uppfyllt vara det viktigaste men också svårare momentet vid kvalificeringsprövningen. Det är leverantören som ska visa, med lämplig dokumentation, att andelskravet är uppfyllt. Kravet gäller i förhållande till leverantörens verksamhet i dess helhet.

Regeringen anser att det inte, så som *LO* m.fl. fackliga organisationer gör gällande, går att i direktivbestämmelserna läsa in ett krav om att just personerna med funktionsnedsättning eller de personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden faktiskt ska delta i produktionen eller utförandet av de varor eller tjänster som upphandlas. Så länge andelskravet för leverantörens verksamhet i dess helhet är uppfyllt saknar

det alltså betydelse vem hos leverantören som utför de arbetsuppgifter som är kopplade till det som upphandlas.

Sammanfattningsvis kan sägas att i frågan vilka leverantörer som typiskt sett kan anses uppfylla kravet på verksamhetsinriktning och andelskravet kan vägledning hämtas av redogörelsen ovan och av den genomgång som görs i utredningens delbetänkande (avsnitt 3.3.3). Ytterst måste dock ställningstagandet till om en viss leverantör uppfyller kraven eller inte göras i varje enskilt fall. I detta sammanhang har, som *Konkurrensverket* framhåller, upphandlingsstödet en viktig funktion när det gäller att stödja och underlätta tillämpningen för upphandlande myndigheter och enheter som önskar använda sig av möjligheten att reservera kontrakt.

10.5.2 Reserverade koncessioner

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om reserverade koncessioner som motsvarar regleringen i de två andra lagarna.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig i frågan lämnar motsvarande synpunkter som beträffande reserverade kontrakt.

Skälen för regeringens förslag: I LUK-direktivet finns på motsvarande sätt som i LOU-direktivet och LUF-direktivet bestämmelser om reserverade koncessioner. I likhet med artiklarna 20 och 38 i LOU-direktivet respektive LUF-direktivet är artikel 24 i LUK-direktivet utformad så att det står medlemsstaterna fritt att införa särskilda bestämmelser om reserverade kontrakt/koncessioner. Det finns inte skäl att beträffande reserverade koncessioner göra någon annan bedömning än den som görs i avsnittet ovan angående reserverade kontrakt i de andra två lagarna. Bestämmelserna bör alltså genomföras i lagen om upphandling av koncessioner.

10.6 CPV-nomenklaturen

Regeringens förslag: Alla hänvisningar till nomenklatur inom upphandling ska göras med användning av CPV-nomenklaturen.

Regeringens bedömning: När CPV-koder används i upphandlingsdirektivens artiklar och bilagor för att benämna tjänster och byggtreprenader, bör i motsvarande bestämmelser och bilagor i de nya lagarna koderna inte anges i andra fall än när det är nödvändigt för en korrekt förståelse och tillämpning av bestämmelserna. I sådana fall där koderna inte anges bör de, såsom de för varje tid har beslutats av kommissionen, tillkännages av regeringen i Svensk författningssamling.

Promemorians och utredningens förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.