

Mål C-210/24

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

14 mars 2024

Domstol som begär förhandsavgörande:

Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Spanien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

14 mars 2024

Klagande:

Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE)

Motpart:

Ayuntamiento de Ortuella

Saken i det nationella målet

Offentliga kontrakt – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 67 – Kriterier för tilldelning av kontrakt – Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet – Kriterium som är kopplat till föremålet för det offentliga kontraktet – Förhandlingsrätt och rätt till kollektiva åtgärder – Frihet att tillhandahålla tjänster – Hemtjänst

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Begäran om förhandsavgörande – Offentliga kontrakt – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 67 – Kriterier för tilldelning av kontrakt – Kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet – Kriterium som är kopplat till föremålet för det offentliga kontraktet – Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Artikel 28 – Förhandlingsrätt och rätt till kollektiva åtgärder – Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt – Artikel 56 – Frihet att tillhandahålla tjänster

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

”Om ett sådant kriterium för tilldelning av ett tjänstekontrakt som det som beskrivs

- värderar en ökning av den totala lönesumman utöver vad som föreskrivs i det kollektivavtal som gäller inom sektorn och som anbudsgivaren föreslår ska tillämpas på de personer som fullgör kontraktet, och
- ålägger den anbudsgivare som tilldelas kontraktet att, efter kollektivavtalsförhandlingar med arbetstagarrepresentanterna, närmare ange de poster i vilka löneökningarna kommer att konkretiseras och att sträva efter att ingå ett kollektivavtal som ska omfatta den personal som är knuten till kontraktet,

är detta lämpligt för att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i enlighet med artikel 67.1 i direktiv 2014/24/EU?

strider detta mot friheten att tillhandahålla tjänster eller begränsar det den fria konkurrensen i strid med artiklarna 56 FEUF samt direktiv 2014/24/EU och direktiv 96/71?

strider detta mot rätten att förhandla om kollektivavtal enligt artikel 28 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna?”

Anförda unionsbestämmelser

Artikel 56 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan medlemsstat än mottagaren av tjänsten.”

Artikel 28 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan medlemsstat än mottagaren av tjänsten.

...”

Skälen 98 och 99 och artiklarna 2.1.3 och 42.1.4, 18.1, 67 och 76 samt bilaga XIV till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Skäl 98

”Det är synnerligen viktigt att tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av ett kontrakt som avser de sociala aspekterna av produktionsprocessen rör de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska tillhandahållas enligt kontraktet. De bör dessutom tillämpas i enlighet med direktiv 96/71/EG, som det tolkas av Europeiska unionens domstol, och bör inte väljas eller tillämpas på ett sätt som direkt eller indirekt diskriminerar ekonomiska aktörer från andra medlemsstater eller från tredjeländer som är parter i WTO-avtalet eller de frihandelsavtal som unionen är part i. Krav som rör grundläggande arbetsvillkor i direktiv 96/71/EG, exempelvis minimilön, bör även fortsättningsvis ligga på den nivå som anges i nationell lagstiftning eller i kollektivavtal som tillämpas i enlighet med unionsrätten inom ramen för det direktivet.”

Skäl 99

”Åtgärder som syftar till hälsoskydd för den personal som deltar i produktionsprocessen, främjande av social integration för missgynnade personer eller medlemmar i sårbara grupper bland de personer som fått i uppdrag att fullgöra kontraktet eller utbildning i de färdigheter som behövs för kontraktet i fråga kan också bli föremål för tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av ett kontrakt, förutsatt att de avser de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska tillhandahållas enligt kontraktet. Till exempel kan sådana kriterier eller villkor bland annat hänvisa till sysselsättning för långtidsarbetslösa eller genomförande av utbildningsåtgärder för arbetslösa eller ungdomar under fullgörandet av det kontrakt som ska tilldelas. I de tekniska specifikationerna kan de upphandlande myndigheterna föreskriva sådana sociala krav som direkt karakteriserar berörda varor eller tjänster, exempelvis tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning eller formgivning med tanke på samtliga användares behov.”

Artikel 18.1 Principer för upphandling

”1. De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.”

Artikel 67 Tilldelningskriterier

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av nationell lagstiftning och andra författningar avseende priset på vissa varor eller ersättning för vissa tjänster ska de upphandlande myndigheterna basera tilldelningen av offentliga kontrakt på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

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

a) kvalitet, inbegripet tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, tillgänglighet, utformning med tanke på samtliga användares behov, sociala, miljömässiga och innovativa egenskaper och handel och villkoren för handel,

b) organisation av samt kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som utses att verkställa kontraktet, om kvaliteten på den personal som utsetts på ett betydande sätt kan påverka nivån på kontraktets fullgörande, eller

c) eftermarknadsservice och tekniskt stöd samt leveransvillkor, såsom leveransdag, leveransprocess och leveranstid eller tid för fullgörandet.

Kostnadselementet kan också ha formen av ett fast pris eller en fast kostnad där de ekonomiska aktörerna enbart konkurrerar i fråga om kvalitetskriterier.

Medlemsstaterna får föreskriva att de upphandlande myndigheterna inte får använda enbart priset eller kostnaden som det enda tilldelningskriteriet eller begränsa användningen till vissa kategorier av upphandlande myndigheter eller vissa typer av kontrakt.

...

4. Tilldelningskriterierna får inte ha den effekten att de ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet. De ska garantera en effektiv och rättvis konkurrens och kompletteras med specifikationer som gör det möjligt att effektivt kontrollera de uppgifter som lämnas av anbudsgivarna med tanke på en bedömning av hur väl anbuden uppfyller tilldelningskriterierna. I tveksamma fall ska den upphandlande myndigheten effektivt kontrollera om de uppgifter och bevis som har lämnats av anbudsgivarna är korrekta.

...”

Artikel 76 Principer för tilldelning av kontrakt

1. Medlemsstaterna ska införa nationella regler för tilldelning av kontrakt som omfattas av detta kapitel för att se till att de upphandlande myndigheterna följer principerna om öppenhet och likabehandling av ekonomiska aktörer. Medlemsstaterna kan själva fastställa vilka förfaranderegler som är tillämpliga så

länge dessa regler gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga.

2. Medlemsstaterna ska se till att de upphandlande myndigheterna får beakta behovet av att garantera tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriernas specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta gruppers behov, deltagande och egenansvar för användarna samt innovation. Medlemsstaterna får också föreskriva att valet av tjänsteleverantör ska göras på grundval av det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet med hänsyn till kvalitets- och hållbarhetskriterier för sociala tjänster.”Europeiska gemenskapernas råds direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor.

Domen C-346/06, Rüffert, domen C-583/10, Nolan, domen C-313/12, Romeo, domen C-115/14, RegioPost, domen C-234/14, Ostas celtnieks, domen C-546/16, Montte, domen C-462/19, Anesco m.fl och domen C-376/21, Obshtina Razlog.

Anförda nationella bestämmelser

Artiklarna 1, 48 och 145 och bilaga IV till Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (lag 9/2017 av den 8 november 2017 om offentlig upphandling) (nedan kallad LCSP).

”Artikel 1. Föremål och syfte

...

3. Sociala och miljömässiga kriterier ska, allmänt och obligatoriskt, införlivas i all offentlig upphandling under förutsättning att det är relevant för kontraktets föremål. Genom att inkludera dessa kriterier förbättras förhållandet mellan pris och kvalitet på kontraktets prestanda, samtidigt som användningen av offentliga medel blir mer effektiv. Små och medelstora företag samt sociala företag ska också ges tillträde till offentlig upphandling.”

Artikel 145. Krav och kriterier för tilldelning av kontrakt.

1. Kontrakt ska tilldelas med tillämpning av ett antal kriterier på grundval av det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

Kontrakt får, om detta finner stöd i upphandlingsdokumenten, tilldelas med stöd av kriterier som grundar sig på kostnadseffektivitet, pris eller kostnad, t.ex. livscykelkostnader i enlighet med artikel 148.

2. Vad som ska anses som det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska bedömas med stöd av finansiella kriterier och kriterier gällande kvalitet.

Ett kvalitetskriterium som fastställts av den upphandlande myndigheten för att utvärdera vad som ska anses vara det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet får inbegripa miljömässiga och sociala aspekter som är kopplade till kontraktets föremål i enlighet med vad som stadgas i sjätte stycket i denna artikel. Dessa aspekter kan inbegripa följande:

(1) Kvalitet, inklusive tekniskt värde, estetiska och funktionella kännetecknande egenskaper, tillgänglighet, universell utformning eller utformning för samtliga användare, sociala, miljömässiga och innovativa egenskaper samt handelsrelaterade aspekter och villkoren härför.

...

Kontraktets sociala aspekter ska avse följande syften: främjande av social integration av personer med funktionsnedsättning, personer i utanförskap eller personer i utsatta grupper bland de personer som ska fullgöra kontraktet, samt i allmänhet social integration och anställning av personer med funktionsnedsättning där det finns risk för social utslutning: underleverantörskontrakt med särskilda arbetsförmedlingar eller företag som tillhandahåller sysselsättning, tillämpning av jämställdhetsplaner vid fullgörandet av kontraktet och, i allmänhet, jämställdhet mellan kvinnor och män; anställning av kvinnor ska främjas liksom möjlighet att förena arbete med privat- och familjeliv, så även förbättring av arbets- och lönevillkor, anställning av ett större antal personer för att fullgöra kontraktet, utbildning och skydd av hälsa och säkerhet på arbetsplatsen, tillämpning av kriterier för etiskt och socialt ansvarstagande vid fullgörandet av kontraktet samt kriterier för tillhandahållande eller användning av rättvisemärkta produkter i samband med fullgörandet av kontraktet.

(2) Organisering av, kvalifikationer och erfarenhet hos den personal som är utsedd att fullgöra kontraktet, förutsatt att denna personals kvalitet kan ha en betydande inverkan på nivån på fullgörandet av kontraktet.

...”

Tilläggsbestämmelse 47. Principer som är tillämpliga på tilldelning av koncessionskontrakt enligt bilaga IV och på kontrakt avseende sociala, hälsorelaterade, och utbildningstjänster enligt bilaga IV.

Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i denna lag och bestämmelser om fastställande av tekniska föreskrifter, minimikrav för uppfyllande av tilldelningskriterierna och särskilda villkor för fullgörelse av kontraktet i upphandlingsförfaranden avseende sådana koncessionskontrakt som avses i bilaga IV liksom sociala, hälsorelaterade, och utbildningstjänster enligt bilaga IV, ska de upphandlande myndigheterna i varje skede av dessa förfaranden säkerställa behovet av att garantera tjänsternas kvalitet, kontinuitet, tillgänglighet, överkomliga priser, tillgång och omfattning, de särskilda behoven hos olika kategorier av användare, inbegripet missgynnade och sårbara grupper, deltagande av användare av tjänsterna och innovation vid tillhandahållandet av tjänsten.

Den upphandlande myndigheten får vid fastställande av tilldelningskriterierna för de kontraktstyper som avses i tilläggsbestämmelsen knyta dessa kriterier till följande aspekter: erfarenhet hos den personal som ska fullgöra kontraktet och tillhandahålla tjänster som riktar sig till särskilt missgynnade grupper eller för att tillhandahålla tjänster av liknande slag i enlighet med artikel 145, återinvestering av de vinster som erhålls för att förbättra de tjänster som tillhandahålls, inrättande av mekanismer för användarnas deltagande och för information och vägledning till användarna.”

Bilaga IV i LCSP motsvarar Bilaga XIV i direktiv 2014/24. Det kontrakt som det ifrågasatta tilldelningskriteriet avser ingår i bilaga IV till LCSP.

Artikel 119.3 i Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (lag nr 39/2015 om det gemensamma administrativa förfarandet inom den offentliga förvaltningen).

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Kommunen Ortuella (nedan kallad kommunen) inledde ett förfarande för offentlig upphandling för ”hemtjänst i kommunen Ortuella”, i egenskap av ”upphandlande myndighet under den centrala nivån”, och som lokal myndighet (artikel 2.1.1 och 2.1.3 i direktiv 2014/24). Tjänsten i fråga ingår i ”socialvård utan inkvartering” (CPV – 85312000-9) och har av kommunen definierats som ”en gemenskapstjänst av socialrättslig art som med hjälp av förberedd, utbildad och handledd personal ska tillhandahålla förebyggande, utbildande och stödjande verksamhet [till förmån för] familjer och/eller personer med svårigheter att upprätthålla eller behålla sitt fysiska, sociala och/eller känslomässiga välbefinnande, med intentionen att göra det möjligt för brukarna bo kvar i sina hem och/eller sin miljö så länge detta är möjligt och lämpligt.”
- 2 Det tilldelningskriterium som anges i punkt 19 B i bilaga I (tabell över egenskaper) i det förfrågningsunderlag med särskilda administrativa bestämmelser för upphandlingen som föreslagits av kommunen inom ramen för denna anbudsinfordran (nedan kallat det omtvistade tilldelningskriteriet) föreskriver följande:

”Ökning av den totala lönesumman: 40 poäng

Med de löner som föreskrivs i sektorns kollektivavtal som referens ska högre löner (ökningar av den totala lönesumman) som det företag som är anbudsgivare föreslår för de personer som utför avtalet beaktas.

Den procentuella löneökningen ska beaktas genom en beräkning av grundlön och tillägg enligt avtal för samtliga arbetstagare som ska utföra tjänsterna, enligt följande formel: Poäng = $P \times A / B$.

Poäng står för det totala antal poäng som tilldelas förslaget.

P = Det största antal poäng som kan tilldelas, det vill säga 40 poäng.

A = Den största procentandelen av samtliga anbud som lämnats in.

B = Procentandel av det anbud som ska bedömas.

Anbud där det föreslås en procentuell ökning som ska tillämpas på de personer som ska utföra kontraktet kommer att beaktas. Anbud där det inte föreslås någon ökning kommer att få 0 poäng.

Inom en period om högst en månad från det att avtalet formaliserats ska det, efter förhandlingar med arbetstagarrepresentanterna, närmare anges i vilka poster denna löneökning kommer att konkretiseras. På samma sätt ska det företag som tilldelas kontraktet sträva efter att formalisera ett reglerande avtal (kollektivavtal för hemtjänsten i Ortuella) om arbetsvillkoren för den personal som omfattas av kontraktet.”

- 3 Den 13 juni 2023 ingav Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (sammanslutning av assistansföretag) (nedan kallad AESTE) ett särskilt överklagande till Organismo Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (administrativt organ för den autonoma regionen Baskien som ansvarar för överklaganden vid offentlig upphandling) (nedan kallad OARC), som är den hänskjutande domstolen, avseende det förfrågningsunderlag som kommunen hade föreslagit. AESTE yrkade bland annat att det omtvistade tilldelningskriteriet skulle ogiltigförklaras.

Parternas huvudargument

- 4 AESTE har för det första anfört att det omtvistade tilldelningskriteriet strider mot rätten att ta del av upphandlingsförfarandet på lika villkor, eftersom det hindrar den fria konkurrensen mellan de ekonomiska aktörerna och konkurrensen vid upphandlingsförfarandet. För det andra har den gjort gällande att detta kriterium inte är kopplat till föremålet för kontraktet, eftersom det inte är möjligt att se något samband mellan en högre lön och en bättre utförd tjänst, och att det inte heller är rimligt att skapa löneskillnader mellan anställda i det företag som tilldelats kontraktet i upphandlingen beroende på vilken kund de ska betjäna (det vill säga beroende på huruvida de är knutna till ”hemtjänst i kommunen Ortuella”). För det tredje anges det inte i tilldelningskriteriet det högsta belopp som anbudsgivaren ska föreslå för att erhålla högsta poäng, vilket enligt AESTE innebär att oproportionerliga belopp kan komma att föreslås som inte hör samman med ett korrekt utförande av kontraktet. För det fjärde och sista innebär skyldigheten att konkretisera löneökningen i ett kollektivavtal avseende den personal som omfattas av avtalet att det nu gällande kollektivavtalet inte ska tillämpas på dessa arbetstagare, vilket går utöver kommunens befogenheter som upphandlande myndighet.

- 5 Kommunen Ortuella har motsatt sig AESTE:s överklagande och har anfört att det är motiverat att inkludera det omtvistade tilldelningskriteriet med hänsyn till det sociala och arbetsrättsliga sammanhanget, dess koppling till föremålet för kontraktet och det korrekta utförandet av kontraktet. Vad gäller sammanhanget är det enligt kommunen nödvändigt att lösa sektorns arbetsrättsliga konflikter, som delvis uppstått på grund av att arbetstagarna förlorat köpkraft, vilket påverkar tillhandahållandet av en känslig tjänst. Vad gäller föremålet för kontraktet anser kommunen att tilldelningskriteriet är kopplat till garantin för tjänstens kvalitet och kontinuitet och att det är giltigt så länge det är formulerat på ett objektivt och proportionerligt sätt.

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 6 OARC inrättades som ett permanent organ genom tilläggsbestämmelse 8 till Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011 (Lag 5/2010 av den 23 december 2010 om godkännande av budgeten i den autonoma regionen Baskien för räkenskapsåret 2011). Dess uppgift är att handlägga klagomål och särskilda överklaganden som inkommit till detta organ gällande kontrakt, i enlighet med artikel 44 och följande artiklar i LCSP.
- 7 OARC uppfyller kraven för att betraktas som en domstol såvitt gäller artikel 267 FEUF, vilket EU-domstolen har fastställt i synnerhet i sin dom av den 20 september 2018 (C-546/16, Montte, EU:C:2018:752, punkterna 20–25).
- 8 OARC anser att utgången i det ärende som den ska avgöra är beroende av tolkningen av olika unionsrättsliga bestämmelser. Även om det kontrakt som de omtvistade tilldelningskriterierna gäller, med hänsyn till kontraktets föremål och värde, inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24 anser OARC inte desto mindre att viss fast praxis från EU-domstolen är tillämplig. Enligt denna praxis gäller att, när regleringen i nationell lagstiftning av situationer som inte omfattas av en viss unionsrättsakt har anpassats till den reglering som har valts i denna rättsakt föreligger det ett klart unionsintresse av att de bestämmelser som har hämtats från unionsrättsakten ges en enhetlig tolkning för att undvika divergerande tolkningar i framtiden. En tolkning av bestämmelser i en EU-rättsakt i situationer som inte omfattas av dess tillämpningsområde är således motiverad om dessa bestämmelser har gjorts tillämpliga på sådana situationer genom nationell lagstiftning på ett direkt och ovillkorligt sätt, för att säkerställa att dessa situationer och situationer inom tillämpningsområdet för den åtgärden behandlas på samma sätt (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 18 oktober 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, punkterna 46 och 47; dom av den 7 november 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, punkterna 22 och 23; dom av den 14 januari 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, punkterna 17 to 20; och dom av den 16 juni 2022, Obshtina Razlog, C-376/21, EU:C:2022:472, punkterna 52–55).

- 9 Enligt den hänskjutande domstolen väljer LCSP – som är den lagstiftning varigenom direktiv 2014/24 införlivas med nationell rätt –, med några få undantag, att tillämpa samma regelverk på kontrakt som inte omfattas av direktiv 2014/24 som tillämpas på de kontrakt som omfattas av detta direktiv, på grund av de förstnämnda kontraktens värde. Så är fallet i förevarande mål, eftersom artikel 145 LCSP är tillämplig på de tjänstekontrakt som avses i dess bilaga IV.
- 10 I artikel 145.2 stycke 1 LCSP föreskrivs att tilldelningskriterierna avseende kontraktets arbetsrättsliga aspekter bland annat ska avse förbättring av lönevillkoren för den personal som utför kontraktet. Räckvidden och tillämpningen av detta kriterium, dess samband med konkurrensen och friheten att tillhandahålla tjänster samt dess förenlighet med direktiv 2014/24 är emellertid i Spanien föremål för en debatt i doktrinen och skilda beslut av de organ som har till uppgift att avgöra särskilda överklaganden på området för offentlig upphandling.
- 11 Enligt OARC är det tveksamt om det omtvistade kriteriet tjänar till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (artikel 67.1 i direktiv 2014/24/EU), eftersom förhållandet mellan löneökning och förbättring av tillhandahållandet av tjänsten förefaller vara alltför hypotetiskt för att man ska kunna identifiera en fördelaktig aspekt som kan avgöra tilldelning av kontraktet. Den förlust av köpkraft som kommunen har åberopat till stöd för det ifrågasatta tilldelningskriteriet är inte heller specifik för denna grupp i samhället utan är typisk för stora delar av den förvärvsarbetsande befolkningen, och det förefaller inte som om den berörda gruppen är särskilt missgynnad eller löper risk att utestängas.
- 12 Vidare skulle ett sådant upphandlingskriterium som det som är aktuellt i det nationella målet kunna tvinga ett företag att betala ut högre löner till de arbetstagare som kommer att tillhandahålla tjänsten än de löner som betalades ut tidigare (även om de var helt lagliga på grund av att de följde bestämmelserna om lagstadgade kollektivavtal och minimilöner) för att öka sina möjligheter att tilldelas kontraktet. Enligt OARC innebär detta en ytterligare ekonomisk börda som kan hindra, försvåra eller göra det mindre attraktivt att lämna ett anbud inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling.
- 13 Dessutom skulle det omtvistade kriteriet kunna utgöra ett oproportionerligt eller diskriminerande ingrepp för aktörer med sämre ekonomisk kapacitet att betala höga ersättningar (exempelvis små och medelstora företag), som däremot kan lämna konkurrenskraftiga anbud delvis på grund av att de har lägre lönekostnader.
- 14 Enligt det förfrågningsunderlag som kommunen har föreslagit ska det företag som tilldelas kontrakt för att tillhandahålla tjänsten, efter kollektivavtalsförhandlingar, precisera i vilka poster som löneökningen konkretiseras och sträva efter att ingå ett kollektivavtal som tillämpas på den personal som är knuten till kontraktet. Enligt OARC kan detta utgöra ett ingrepp i rätten att förhandla om kollektivavtal enligt artikel 28 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

- 15 Att utesluta den personal som utför kontraktet i fråga från tillämpningsområdet för ett gällande kollektivavtal skulle dessutom kunna skapa löneskillnader mellan arbetstagare inom samma företag som utför samma uppgifter, vilka uteslutande beror på för vilken kund tjänsterna utförs.
- 16 I skäl 98 i direktiv 2014/24/EU preciseras sammanfattningsvis att de sociala kriterierna bör tillämpas i enlighet med direktiv 96/71/EG, som det tolkas av Europeiska unionens domstol, och bör inte väljas eller tillämpas på ett sätt som diskriminerar. Särskilt minimilön bör även fortsättningsvis ligga på den nivå som anges i nationell lagstiftning eller i kollektivavtal som tillämpas i enlighet med unionsrätten inom ramen för direktiv 96/71. Oberoende av det rättsliga värde som detta skäl ska tillmätas så hänvisar det till en bindande unionsrättslig bestämmelse och till den rättspraxis vari den bestämmelsen tolkas (se, exempelvis, domstolens dom av den 3 april 2008, mål C 346/06, Rüffert, EU:C:2008:189, och dom av den 17 november 2015, mål C 115/14, RegioPost, EU:C:2015:760).
- 17 När det gäller det åberopade syftet anser OARC att det omtvistade tilldelningskriteriet kan utgöra en oproportionerlig åtgärd, eftersom det kollektivavtal som följer av dess tillämpning skulle kunna medföra att löneförbättringen konsolideras utanför kontraktets fullgörande, vilket skulle medföra att den koppling till föremålet som krävs enligt artikel 67.3 i direktiv 2014/24 går förlorad. Den hänskjutande domstolen påpekar emellertid i detta hänseende att det enligt nationell rättspraxis generellt inte anses att de förbättringar av anställningsvillkoren som föreskrivs genom ett offentligt kontrakt utgör ett ”förmånligare villkor” som konsolideras som en rättighet för arbetstagaren utanför tillämpningsområdet för detta kontrakt.