

Promemoria

Till	Vårdföretagarna, Kompetensföretagen
Från	Advokat Catharina Piper, biträdande jurist Sanna Nilsson Niwhede och biträdande jurist Gustaf Strand, Moll Wendén Advokatbyrå
Ärende	Karenstidsvillkor vid offentlig upphandling av vissa former av vårdtjänster
Datum	Malmö, den 10 mars 2020

Karenstidsvillkor i offentlig upphandling

1 Sammanfattning och beskrivning av uppdraget

1.1 Bakgrund

Almega och Vårdföretagarna ("Uppdragsgivarna") har gett Moll Wendén Advokatbyrå ("Moll Wendén") i uppdrag att utreda karenstidsvillkor i upphandlingskontrakt vid offentliga upphandlingar av vissa former av vårdtjänster eller vårdbemanningstjänster. Ett flertal upphandlande myndigheter ("UM"), särskilt regioner, använder sig av karenstidskrav vid offentliga upphandlingar enligt lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU"). Frågan är om dessa karenstidsvillkor är förenliga med upphandlingsrätten och till viss del arbetsrätten. Vidare har Uppdragsgivarna önskat en analys gällande huruvida det föreligger några skillnader mellan karenstidsvillkor i upphandlingar av vårdbemanningstjänster respektive vårdtjänster, det vill säga om det gör någon skillnad i detta avseende gällande vad för typ av upphandling som genomförs. Uppdraget är begränsat till vad som framgår av ovan.

1.2 Beskrivning av uppdraget

En UM, exempelvis Region Stockholm eller Västra Götalandsregionen, kan i ett upphandlingsförfarande uppställa krav, kriterium eller villkor gällande karenstid. Sådant krav, kriterium eller villkor innebär att vårdbolag eller vårdbemanningsbolag inom ramen för ett upphandlat kontrakt åtar sig att inte hyra ut personal till en UM där personalen i fråga tidigare har varit anställd inom en viss tidsperiod. Ett sådant karenstidsvillkor kan betraktas som ett värvningsförbud mellan arbetsgivarna (där den ena parten åtar sig att inte värva anställda från den andra parten). Förutsatt att leverantören (vårdbolaget eller vårdbemanningsbolaget) accepterar karenstidsvillkoret ingår detta i parternas civilrättsliga avtal. Detta innebär att ett bemanningsbolag som har accepterat ett karenstidsvillkor inte får lov att inom föreskriven tid (vanligtvis 6-12 månader, se nedan) hyra ut bemanningskonsulter (t.ex. medicinska sekreterare, sjuksköterskor eller läkare) till en upphandlande myndighet om bemanningskonsulten inom föreskriven karenstid har arbetat eller varit anställd hos UM. Gällande vårdbolag innebär ett sådant karenstidsvillkor att det bolag som vinner en vårdupphandling inte får lov att utföra vissa tjänster inom ramen för det upphandlade kontraktet. Det kan t.ex. innebära att en kirurg inte får utföra operationer inom ramen för ett upphandlat ortopediavtal. Vid en upphandling som t.ex. avser drift av en ögonklinik kan ett sådant karenstidsvillkor innebära att en sjuksköterska som



tidigare arbetet hos den upphandlande myndigheten under den föreskrivna karenstiden inte får lov att utföra arbete inom ramen för driftavtalet av ögonkliniken.

För att illustrera den typ av karenstidskrav som denna promemoria avser framgår två exempel nedan av Figur 1-3. Figur 1-2 visar utformningen av ett sådant karenstidskrav i en upphandling av bemanningstjänster som genomförts av Region Stockholm. Figur 3 visar utformningen av ett sådant karenstidskrav i en upphandling av vårdtjänster (ryggkirurgi) som genomförts av Västra Götalandsregionen.

▲ 5.2.3 Leverantören ska säkerställa att erbjuden Resursperson inte omfattas av Karens. Det åligger Leverantören att kontrollera samt intyga detta till Beställaren i samband med årlig uppföljning enligt 23.

Figur 1. Karenstidskrav i Region Stockholms upphandling avseende "Bemanningstjänster inom hälso- och sjukvård"

Karens	Avser en period om tolv (12) månader innan påbörjande av Uppdrag, under vilken Resursperson ej får ha varit anställd inom Region Stockholms verksamheter, oavsett anställningsform. Vid timanställning gäller Karens från senast arbetat pass.
---------------	--

Figur 2. Definition av 'karens' i Region Stockholms upphandling avseende "Bemanningstjänster inom hälso- och sjukvård"

Legitimerad personal som avslutat sin anställning hos Västra Götalandsregionen ska inte ha varit anställd inom Västra Götalandsregionens verksamheter de senaste 6 månaderna före ett uppdrag hos Leverantören.

Figur 3. Karenstidskrav i Västra Götalandsregionens upphandling avseende "Ryggkirurgi"

Frågan som ska utredas är huruvida karenstidsvillkor, likt de ovan angivna från Region Stockholm och Västra Götalandsregionen ("VGR"), är förenliga med främst upphandlingsrätten men även till viss del arbetsrätten, samt om bedömningarna skiljer sig åt beroende på om upphandlingen avser bemanningstjänster eller uppdrag att utföra vård.

Vid utredningen till denna promemoria har jämförelsesidan Bemlo använts (<https://www.bemlo.se/>). Hemsidan jämför bemanningsföretag inom vården. Bemlo har samlat aktuella karenstidsvillkor från ramavtalsupphandlingar från hela Sverige. Statistiken ser per den 31 januari 2020 ut enligt följande.¹ Som framgår av tabellen nedan har karenstidsvillkor förekommit i samtliga regioner i Sverige.

¹ <https://www.bemlo.se/blog/karenstider>, läst den 18 februari 2020.



Region	Karenstidsvillkor
Blekinge	12 månader
Dalarna	6 månader
Gotland	6 månader
Gävleborg	6 månader
Halland	6 månader
Jämtland / Härjedalen	6 månader
Jönköping	6 månader
Kalmar	6 månader
Kronoberg	12 månader för läkare, 6 månader för sjuksköterska
Norrbottn	6 månader
Skåne	6 månader
Stockholm	6 månader
Uppsala	6 månader (info från avbruten upphandling)
Värmland	6 månader
Västerbotten	6 månader
Västernorrland	6 månader
Västmanland / Södermanland	6 månader
Västra Götaland	6 månaders karens inom landstinget, 12 månader mot sin egen klinik
Örebro	6 månader
Östergötland	12 månader

1.3 Av statistiken framgår att frågeställningen för denna promemoria är aktuell och därtill relevant vid såväl upphandling av bemanningstjänster som vid upphandling av vårdtjänster.

1.4 Sammanfattande slutsatser

Det kan inledningsvis konstateras att rättsläget är oklart. Karenstidsvillkor i offentliga upphandlingar synes ha prövats rättsligt av högre rätt endast (1) en gång. Kammarrätten i Göteborg (mål nr 7603-7604-13) bedömde i det målet att däri aktuellt karenstidsvillkor var förenligt med lag (2007:1091) om offentlig upphandling ("ÄLOU"). Kammarrätten gjorde emellertid vare sig någon analys av karenstidsvillkoret i förhållande till arbetsrätten eller någon djupare EU-rättslig analys avseende karenstidsvillkoret i förhållande till de grundläggande friheterna avseende fri rörlighet för arbetstagare och etableringsfriheten. EU-kommissionen har vidare mottagit klagomål avseende karenstidsvillkoret i dess nuvarande utformning i VGR:s upphandling (se vidare avsnitt 4.4) men har inte vidtagit några ytterligare åtgärder.

Rättsläget är således oklart. Att en (1) kammarrätt har kommit till en slutsats vid tillämpning av Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av



förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster ("2004-års LOU-direktiv") och ÅLOU kan inte likställas med att karenstidsvillkor är förenliga med gällande rätt. Det innebär inte heller att andra kammarrätter skulle komma till samma slutsats. Olika kammarrätter (och förvaltningsrätter) tenderar att göra olika bedömningar vid prövning av upphandlingsrättsliga mål. Kammarrätten synes i ovan nämnt mål gjort en ytterst kortfattad och därtill bristfällig proportionalitetsbedömning av karenstidsvillkoret. Någon närmare prövning av mindre ingripande alternativ gjordes inte. Domstolen gjorde inte heller någon prövning av huruvida de allvarliga inskränkningar av arbetstagares fri- och rättigheter som karenstidsvillkoret innebar påverkade domstolens bedömning i målet.

Det kan noteras att ytterligare ett vårdbemanningsbolag har ansökt om överprövning av en upphandling avseende vårdbemanningssupphandling som genomförs av Region Stockholm. Målet prövas för närvarande i Förvaltningsrätten i Stockholm i mål nr 2343-20. Målet är vid tidpunkten för upprättandet av denna promemoria ännu inte slutligt avgjort.

Det framstår vidare som om det finns utrymme att, vid en eventuell framtida ansökan om överprövning, göra en mer fördjupad och genomarbetad analys i relation till EU-rättsliga bestämmelser och principer, samt avseende argumentationen gällande proportionalitetsprincipen som följer av 4 kap. 1 § LOU. Därtill finns numera också konkurrensprincipen i 4 kap. 2 § LOU som är förhållandevis oprövad som upphandlingsrättslig princip. Såväl fördragen som EU-stadgan innehåller bestämmelser om etableringsfrihet, arbetstagares fria rörlighet samt den fria rörligheten för tjänster. Inte heller dessa omständigheter prövades i kammarrättsdomen. Rättsläget gällande karenstidsvillkor i offentlig upphandling är härav oklart.

Vid en framtida ansökan om överprövning finns det ett antal grunder som skulle kunna åberopas av den klagande parten.

- (i) Karenstidsvillkor strider mot de grundläggande principerna om offentlig upphandling. Karenstidsvillkor är inte förenligt med proportionalitetsprincipen, då villkor innebär anmärkningsvärda inskränkningar för såväl leverantörer som för arbetstagare. Av de exempel som studerats inom ramen för denna promemoria framgår inte huruvida regioner som tillämpar karenstidsvillkor har vidtagit mindre ingripande åtgärder innan karenstidsvillkoret har ställts upp. En region som har problem med att personal lämnar sina anställningar för att ta anställning hos privata arbetsgivare (antingen privata vårdgivare eller vårdbemanningsbolag) torde inledningsvis analysera skälen till att personal säger upp sig. Regioner skulle t.ex. kunna förbättra anställningsvillkoren avseende t.ex. lön, semester, arbetstid m.m. för att kunna behålla sina medarbetare. Karenstidsvillkoret skulle vidare kunna utformas på ett mindre ingripande sätt än vad som synes vara vanligt idag. Karenstidsvillkoret synes vidare strida mot konkurrensprincipen i 4 kap. 2 § LOU då konkurrensen begränsas på ett otillbörligt sätt.
- (ii) Karenstidsvillkor strider mot vad som följer av arbetsrätten. Karenstidsvillkor synes vara ett dolt anställningsvillkor som har likheter med såväl konkurrensklausuler, värvningsklausuler och därtill kan få samma effekt som värvningsklausuler. Karenstidsvillkor påverkar allvarligt arbetstagares fria



rörlighet och inskränker deras möjligheter att löneförhandla. Vidare är karenstidsvillkor är strid med bestämmelserna om bisysslor på ett sätt som arbetsmarknadens parter inte har kommit överens om.

- (iii) Karenstidsvillkor strider mot EU-primärrättens bestämmelser om etableringsfrihet, fri rörlighet för arbetstagare och fri rörlighet för tjänster. Det kan vidare finnas förutsättningar att ifrågasätta huruvida karenstidsvillkor är förenligt med konkurrensrätten. Detta dels då avtal som ingås mellan företag inte får hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen, dels då Sveriges regioner har en så dominerande ställning som arbetsgivare inom sjukvården att det kan finnas risk för missbruk av dominerande ställning.
- (iv) Karenstidsvillkor riskerar även att strida mot diskrimineringsrätten. Sjukvårdssektorn är kvinnodominerad; exempelvis är 90 procent av landets sjuksköterskor kvinnor.² Även undersköterskor och vårdbiträden är kvinnodominerande yrkesgrupper med ca 90 respektive 80 procent kvinnor. Ett karenstidsvillkor kan synas vara neutralt utformat men påverkar i mycket större utsträckning kvinnor än män. Liknande krav synes inte tillämpas vid upphandling av tjänster som berör manligt dominerade sektorer. Vid en eventuell ansökan om överprövning kan statistik inhämtas från den region som har genomfört den aktuella upphandlingen. Detta för att säkerställa att korrekt statistik används i det enskilda fallet.

Rättsläget är som anges ovan oklart avseende karenstidsvilkors förenlighet med arbetsrätten och frågan har inte prövats i domstol. Det kan dock noteras att karenstidsvillkor har likheter med konkurrensklausuler och värvningsklausuler. Konkurrensklausuler och värvningsklausuler kan i vissa situationer tillämpas i anställningsavtal, men endast om det finns berättigade skäl därtill. För arbetstagaren blir *effekten* i huvudsak densamma om en konkurrensklausul eller ett karenstidsvillkor tillämpas, med skillnaden att arbetstagaren har möjlighet att förhandla gällande villkor som anges i ett anställningsavtal. Villkor i ett upphandlat kontrakt kan arbetstagaren inte påverka även om villkoret påverkar arbetstagaren. Karenstidsvillkor har vidare inverkan på arbetstagares rätt och möjlighet att ägna sig åt bisysslor. Istället för att arbetsgivaren prövar bisysslor i varje enskilt fall kan karenstidsvillkor innebära ett, i praktiken, generellt förbud för en arbetstagare att arbeta hos ett bemanningsföretag eller vårdbolag samtidigt som denne innehar anställning hos en UM som tillämpar karenstidsvillkor.

Sammanfattningsvis finns det goda skäl att ifrågasätta såväl lagligheten som lämpligheten i användandet av karenstidsvillkor på de sätt som ett flertal regioner tillämpar dem idag. Detta gäller för upphandlingar av bemanningstjänster såväl som för upphandlingar av vård.

2 EU-rättsliga perspektiv

I detta avsnitt redogörs för relevanta bestämmelser i EU:s fördrag. Vidare behandlas kort konkurrensrätten (som i stor utsträckning bygger på EU-lagstiftning).

² <https://www.socialstyrelsen.se/statistik-och-data/statistik/statistikamnen/halso-och-sjukvardspersonal/>, läst den 27 februari 2020.



2.1 Fördragen

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ("FEUF") är ett omfattande regelverk som tillsammans med Fördraget om Europeiska unionen ("FEU") och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna ("EU-stadgan") utgör EU:s primärrätt. Primärrätten omfattas av den högsta nivån i EU:s normhierarki.

FEUF innehåller en ingående normering av EU:s verksamhet, däribland regelverken gällande den inre marknaden och konkurrenspolitiken. Av särskilt intresse för denna promemoria är avdelning IV i FEUF, som reglerar fri rörlighet för personer, tjänster och kapital.

I artikel 45 FEUF stadgas den fria rörligheten för arbetstagare. Enligt artikel 49 i samma fördrag ska fri rörlighet för arbetstagare säkerställas inom EU. Vidare ska den fria rörligheten innefatta bl.a. en rätt att förflytta sig fritt inom medlemsstaternas territorium för nämnda ändamål. Artikel 45 FEUF förbjuder varje åtgärd som kan göra det svårare eller mindre attraktivt för unionsmedborgare att utöva den fria rörligheten för arbetstagare som följer av FEUF. Detta även om en sådan åtgärd tillämpas utan diskriminering avseende nationalitet. EU-domstolen har i flera avgöranden bekräftat detta, se t.ex. mål C-212//06, p. 45 och C-379/09, p. 22. Härutöver kan artikel 45 FEUF åberopas även av arbetsgivare, t.ex. bemanningsföretag, då bestämmelserna om arbetstagares fria rörlighet även omfattar arbetsgivares rätt att anställa arbetstagare med beaktande av denna fria rörlighet, se t.ex. EU-domstolens avgöranden i mål C-350/96, p.19-20, C-208/05, p. 22-23 och C-379/11, p. 28-29.

Av artikel 49 FEUF följer förbudet mot inskränkningar i etableringsfriheten. Etableringsfriheten innefattar bl.a. rätten att starta och utöva verksamhet som egenföretagare, samt rätten att bilda och driva bolag i enlighet med etableringslandets lagstiftning. Även om artikeln enligt sin ordalydelse syftar till att säkerställa att samtliga EU-medborgare behandlas lika i den mottagande medlemsstaten (d.v.s. att svenskar såväl som andra EU-medborgare behandlas lika i Sverige) utgör bestämmelserna ett förbud mot att en medlemsstat hindrar sina medborgare, eller bolag, från att etablera sig, se t.ex. EU-domstolens avgöranden i mål C-371/10, p. 35 och C-380/11, p. 32 (se nedan). Varje åtgärd som innebär att utövandet av etableringsfriheten förbjuds, hindras eller blir mindre attraktivt anses enligt EU-domstolens praxis utgöra en inskränkning i denna frihet. Detta följer bl.a. av EU-domstolens avgöranden i mål C-442/02, p. 11, C-298/05, p. 34, C-157/07, p. 30 C-96/08, p. 19 och C-380, p. 33 (se ovan).

Av artikel 56 FEUF följer friheten att tillhandahålla tjänster. Inskränkningar av denna frihet är förbjudna.

De ovan angivna avgörandena har samtliga avsett omotiverade och oproportionerliga inskränkningar av etableringsfriheten samt i den fria rörligheten enligt såväl artikel 49 som artikel 56.

Artikel 15 i EU-stadgan reglerar unionsmedborgarnas rätt till fritt yrkesval och rätt att arbeta. Enligt artikel 15.2 har varje unionsmedborgare rätt att söka arbete, arbeta, etablera sig samt tillhandahålla tjänster i varje medlemsstat.

EU-rätten förbjuder särskilt diskriminering, såväl direkt som indirekt, på grund av nationalitet. De ovan angivna friheterna ska följaktligen gälla samtliga EU-medborgare i samtliga EU-länder,



med beaktande av nationell lagstiftning. Av såväl FEUF, artikel 10, samt EU-stadgan, artikel 21, följer vidare att diskriminering på grund av kön är förbjudet.

2.2 Konkurrensrätten

Enligt artikel 101 i FEUF får avtal mellan företag inte hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden. En liknande bestämmelse finns i den svenska konkurrenslagen (2008:579) ("KL") vari det av 2 kap. 1 § framgår att *"avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt är förbjudna, om inte annat följer av denna lag"*. Offentlig upphandling är inte myndighetsutövning. Vid offentlig upphandling träder UM in i rollen som part i ett avtal. Detta gör det möjligt att argumentera för att ett upphandlat kontrakt mellan UM och en eller flera leverantörer är ett avtal som kan liknas vid avtal mellan företag som hindrar, begränsar och snedvrیدer konkurrensen inom den inre marknaden.

Artikel 45 i FEUF stadgar, som anges ovan, en skyldighet för medlemsstaterna i EU att undanröja lagar som hindrar arbetstagare som flyttar inom EU i syfte att acceptera och utföra anställningar i privat näringsliv. I likhet med artikel 101 i FEUF är artikel 45 i FEUF främst riktad till statliga regleringar av arbetsmarknaden, och inte mot enskilda anställningsvillkor. Däremot har det vidare i doktrin argumenterats att branschöverenskommelser såsom kollektivavtal kan strida mot EU-rättsliga bestämmelser (t.ex. avseende konkurrensklausuler).³

De konkurrensrättsliga reglerna är endast tillämpliga på avtal mellan företag, och därmed inte på avtal mellan företag och arbetstagare. Det kan dock nämnas att det finns vissa gråzoner, till exempel när tidigare anställda som efter att de lämnat ett företag startat ett eget bolag med konkurrerande verksamhet.⁴ Även om överenskommelser mellan företag rörande att inte rekrytera varandras anställda ännu inte har prövats rättsligt i Sverige, framgår det av de aktuella konkurrensrättsliga reglerna, och doktrin, att sådana värvningsförbud troligtvis inte är förenliga med konkurrensrätten. Jämförelser har även gjorts avseende den praktiska betydelsen som värvningsförbud mellan företag får för arbetstagarna. Sådana förbud kan, i exempelvis branscher med få arbetstillfällen, jämföras med konkurrensklausuler i arbetstagarnas anställningsavtal. Bedömningen av värvningsklausulers förenlighet med konkurrensrätten kan även påverkas om någon av arbetsgivarna har en dominerande ställning på marknaden enligt artikel 102 i FEUF eller 2 kap. 7 § KL.⁵

3 Arbetsrättsligt perspektiv

I detta avsnitt redogörs för relevanta arbetsrättsliga bestämmelser, såsom konkurrensklausuler, värvningsklausuler och värvningsförbud mellan arbetsgivare. Avsnittet behandlar även direktiv 2008/104/EG ("**Bemanningsdirektivet**").

3.1 Konkurrensklausuler

Utgångspunkten inom svensk arbetsrätt är att avtalsfrihet föreligger. Villkor som ska gälla mellan en arbetsgivare och en arbetstagare ska därmed ha sin grund i ett avtal parterna emellan. Enligt

³ Domeij, Bent, *"Från anställd till konkurrent"*, 2016, sid. 248.

⁴ Domeij, Bent, *"Från anställd till konkurrent"*, 2016, sid. 251 f.

⁵ Domeij, Bent, *"Från anställd till konkurrent"*, 2016, sid. 254 f.



AD 2017 nr 57 är utgångspunkten i svensk rätt att en arbetstagare i princip fritt får bedriva konkurrerande verksamhet med sin tidigare arbetsgivare efter att anställningsförhållandet har upphört. Möjligheten för arbetstagare att bedriva konkurrerande verksamhet med sin tidigare arbetsgivare eller ta anställning hos någon som bedriver sådan verksamhet kan dock begränsas om arbetsgivaren och arbetstagaren ingår avtal, t.ex. ett anställningsavtal, som innehåller en konkurrensklausul. En konkurrensklausul får inte strida mot kollektivavtal som arbetsgivaren eller arbetstagaren är bundna av. En konkurrensklausul måste, jämlikt 38 § *lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område ("Avtalslagen")* vara skälig. För att kunna hindra en anställd från att påbörja konkurrerande verksamhet efter en anställnings upphörande måste en arbetsgivare följaktligen avtala om en bestämmelse rörande detta i den anställdes anställningsvillkor. En sådan bestämmelse (konkurrensklausul) kan innebära att den anställda inte får ta anställning, eller utföra arbete, som konkurrerar med arbetsgivarens verksamhet. En sådan konkurrensklausul måste vanligen vara begränsad i tid.

Konkurrensklausulers *giltighet* regleras inte i lag eller kollektivavtal. Av praxis framgår dock att en konkurrensklausul kan jämkas eller ogiltighetsförklaras enligt 36 § Avtalslagen. Enligt praxis bör arbetsgivaren ha ett legitimt intresse för att införa en konkurrensklausul (såsom skydd av företagsspecifik teknisk information eller företagshemligheter). Vidare bör bindningstiden inte vara allt för lång och den anställda bör erhålla någon form av compensation. Även andra aspekter av konkurrensklausuler kan påverka skälighetsbedömningen, såsom i vilken omfattning arbetstagaren begränsas av konkurrensklausulen (geografiskt, branschmässigt), konkurrensklausulens giltighetstid, huruvida konkurrensklausulen varit föremål för förhandling, samt arbetstagarens ställning/befattning och anställningstid.⁶

3.2 Värningsklausuler

För det fall en arbetsgivare vill begränsa en anställd från att *värva* arbetsgivarens personal eller kunder kan denne föra in en värningsklausul i den anställdes anställningsvillkor. Precis som vid konkurrensklausuler kan värningsklausulens skälighet bedömas utifrån avtalsrättsliga bestämmelser. Av praxis framgår att bedömningen av huruvida värningsklausuler mellan arbetsgivare och arbetstagare är skäliga kan bero på om arbetsgivaren har ett berättigat skäl till att föra in en sådan klausul, omfattningen av förbudet, bindningstiden, arbetstagarens lön eller övriga anställningsvillkor, anställningstid, eller om värningsklausulen varit föremål för förhandling. Värningsklausuler ska vidare avse aktiv rekrytering för anställda som arbetar inom samma område, grupp eller med relevant yrkeskompetens som den värningsförbudet träffar. Enligt praxis bör värningsklausuler syfta till att förbjuda anställda från att förmå andra anställda att sluta i samband med att den förre lämnar företaget. Det finns därför praxis som påvisar att värningsförbud som är längre än sex månader är oskäliga.⁷

3.3 Värningsförbud mellan två arbetsgivare

Det finns i lag inget uttryckligt förbud av värningsklausuler mellan två företag. Däremot framkommer av praxis att värningsklausuler mellan företag som huvudregel inte är tillåtna. I AD 2018 nr 61 konstaterade domstolen att värningsklausuler mellan företag normalt inte är tillåtna på grund av konkurrensrättsliga regler. Vidare konstaterades att exempelvis Danmark

⁶ Se AD 2001 nr 91, AD 2009 nr 63, NJA 2010 nr 53 och AD 2015 nr 8

⁷ Se AD 2018 nr 61



och Norge har förbjudit avtal om värvningsförbud mellan företag (förutom vid företagsöverlåtelser). Av AD:s dom framgår även att tidigare praxis tyder på att det allmänna intresset att upprätthålla konkurrens och fri rörlighet på marknaden beaktats vid tillämpningen av 38 § Avtalslagen (som stadgar att konkurrensbegränsningar endast är giltiga så länge de är skäligen). Arbetsdomstolen ansåg därför att det fanns skäl till en restriktiv syn gällande värvningsklausuler. I det aktuella målet ansågs arbetsgivaren inte emellertid ha visat att det fanns sannolika skäl för sitt anspråk mot den tidigare anställde, eller den nya arbetsgivaren.

3.4 Bemanningdirektivet⁸

Det övergripande syftet med EU:s Bemanningdirektiv är att säkerställa goda arbetsvillkor för uthyrda arbetstagare. Direktivet innehåller bl.a. en likabehandlingsprincip som föreskriver att en uthyrd arbetstagare ska garanteras samma grundläggande arbets- och anställningsvillkor som om denne hade anställts direkt i det inhyrande bolaget för att utföra samma arbete. Sverige har inkorporerat Bemanningdirektivet genom införande av lag (2012:854) om uthyrning av arbetstagare ("LUA"). I förarbetena till LUA anges att det tidigare i lag (1991:746) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft samt i lag (1993:440) om privat arbetsförmedling fanns bestämmelser om att en arbetstagare som har sagt upp sig från en anställning och tar anställning hos en arbetsgivare som hyr ut arbetskraft inte får hyras ut till sin förra arbetsgivare tidigare än sex månader efter det att anställningen hos den förra upphörde. Sådana bestämmelser, som kan liknas vid lagstadgade karenstidsvillkor, avskaffades vid Bemanningdirektivets genomförande i Sverige. Skälen därtill angavs vara att anställda kan bli inlåsta i sin arbetssituation och få svårare att byta yrke efter uppsägning, särskilt anställda hos stora arbetsgivare inom en bransch där bemanningsföretag kan vara de enda alternativa arbetsgivarna.⁹

Bemanningdirektivets artikel 4.1 är av särskilt intresse inom ramen för denna promemoria. Artikeln föreskriver att begränsningar eller förbud mot anlitande av arbetskraft som hyrs ut av bemanningsföretag endast får motiveras av allmänintresset, särskilt arbetstagarnas skydd, kraven på hälsa och säkerhet i arbetet, samt behovet av att garantera att arbetsmarknaden fungerar väl och att missbruk förhindras. Av artikel 4.2 följer vidare att medlemsstaterna ska genomföra en översyn av de eventuella begränsningar eller förbud mot arbete som utförs av personal som hyrs ut av bemanningsföretag, för att kontrollera om de är motiverade av de skäl som anges i Bemanningdirektivet, artikel 4.1. I förarbetena till LUA anges att varje medlemsstat ska till Kommissionen rapportera vad som framkommit vid översyn enligt Bemanningdirektivet, artikel 4.2, och att avsikten är att Kommissionen ska ta ställning till rapporterade hinder och lämna någon form av reaktion på dessa till medlemsstaterna (prop. 2011/12:178, sid. 124). Artikel 4 synes vara en bestämmelse som ska uppfattas som en instruktion till medlemsstaterna och inte som en bestämmelse som uttryckligen förbjuder begränsningar. Rättsläget är emellertid delvis oklart i denna del.

⁸ Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag

⁹ Proposition 2011/12:178 Lag om uthyrning av arbetstagare, sid. 93.



EU-domstolen har i mål C-533/13 (AKT) uttalat sig om tillämpningen av artikel 4.1. i Bemanningsdirektivet. Målet föranleddes av en begäran om förhandsavgörande från en finsk arbetsdomstol som bl.a. ställde följande två (2) frågor gällande aktuell artikel.

- i. Ska artikel 4.1 i Bemanningsdirektivet tolkas så att nationella myndigheter, inklusive domstolar, har en fortgående skyldighet att med de medel som står till myndigheternas förfogande säkerställa att inga nationella bestämmelser eller kollektivavtal som strider mot en bestämmelse i Bemanningsdirektivet är i kraft eller tillämpas?
- ii. Ska artikel 4.1 i Bemanningsdirektivet tolkas så att den utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken en arbetstagare som hyrs ut av ett bemanningsföretag endast får anlitas i särskilt angivna fall, t.ex. för att hantera arbetstoppar eller för arbetsuppgifter som inte kan utföras av ett företags egen personal? Om ett företag under en längre tid anlitar arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag och dessa arbetar inom ramen för nämnda företags sedvanliga verksamhet, vid sidan av företagets egen personal, kan detta anses utgöra otillåtet anlitanande av arbetstagare från bemanningsföretag?

EU-domstolen gjorde bedömningen att artikel 4.1. endast riktar sig till myndigheter genom att ålägga dem att göra ett krav på översyn i syfte att försäkra sig om att eventuella förbud mot eller begränsningar av anlitanande av arbetskraft som hyrs ut är motiverade. Artikel 4.1 ålägger således inte nationella domstolar att underlåta att tillämpa sådana bestämmelser i nationell rätt som innehåller förbud mot, eller begränsningar av, anlitanande av arbetskraft som hyrs ut av bemanningsföretag vilka inte är motiverade av skäl av allmänintresse i den mening som avses i artikel 4.1.

3.5 Diskrimineringslagstiftning

Av 2 kap. 1 § Diskrimineringslagen (2008:567) ("**DiskrL**") följer att en arbetsgivare inte får diskriminera den som hos arbetsgivaren är bl.a. arbetstagare eller står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft. Såväl direkt som indirekt diskriminering är diskriminering. I DiskrL definieras *direkt diskriminering* såsom att en person missgynnas genom att denne behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder (1 kap. 4 § 1 DiskrL). *Indirekt diskriminering* definieras som att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med visst kön, viss könsöverskridande identitet eller uttryck, viss etnisk tillhörighet, viss religion eller annan trosuppfattning, viss funktionsnedsättning, viss sexuell läggning eller viss ålder, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet (1 kap. 4 § 2 DiskrL).

Lag (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning har vidare till ändamål att motverka diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning. Karenstidsvillkor kan påverka dessa grupper i större utsträckning då dessa kan ha privatekonomiska skäl till att ha parallella deltidsanställningar hos såväl en region som hos ett bemanningsbolag eller ett vårdbolag. Karenstidsvillkor skulle i praktiken begränsa deras



möjligheter att ha parallella anställningar. Ett sådant förfarande riskerar att i stor utsträckning utgöra diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning.

4 Upphandlingsrättsligt perspektiv

I detta avsnitt redogörs för relevanta upphandlingsrättsliga bestämmelser avseende karenstidsvillkor. LOU och 2014-års LOU-direktiv utgör de viktigaste rättskällorna. Avsnittet kommer vidare behandla grundläggande principer för offentlig upphandling samt bestämmelser om fullförande av kontrakt.

4.1 LOU och 2014-års LOU-direktiv

Inledningsvis kan noteras att det inte finns någon uttrycklig bestämmelse i LOU eller 2014-års LOU-direktiv som reglerar frågan om karenstidsvillkor i offentliga upphandlingar. Frågan måste istället utredas och analyseras utifrån andra bestämmelser i LOU, såsom de grundläggande principerna om offentlig upphandling, särskilt principerna om proportionalitet och likabehandling, samt konkurrensprincipen som följer av 4 kap. 1-2 §§ LOU och bestämmelser om fullgörande av kontrakt i 17 kap. LOU.

4.1.1 Likabehandlingsprincipen

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att offentliga upphandlingar ska genomföras i enlighet med principen om likabehandling. Likabehandlingsprincipen innebär att leverantörer i lika situationer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn.

4.1.2 Proportionalitetsprincipen

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att offentliga upphandlingar ska genomföras i enlighet med principen om proportionalitet. Principen om proportionalitet innebär att kraven, kriterierna och villkoren i en upphandling ska vara rimliga i förhållande till vad som upphandlas. De krav som ställs ska vara såväl lämpliga som nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen. För det fall det finns olika alternativ till hur kraven, kriterierna och villkoren kan utformas bör UM välja det alternativ som är minst belastande för leverantörerna. Syftet måste bedömas utifrån vad UM anger i det enskilda fallet. Likalydande karenstidsvillkor *skulle kunna* bedömas olika beroende på vad UM anger är syftet med respektive krav.

En bedömning av huruvida karenstidsvillkor är förenliga med proportionalitetsprincipen ska enligt praxis ske i tre steg, se t.ex. EU-domstolens dom i Contse C-243/03.

- i. Är villkoret en lämplig och effektiv åtgärd för att nå det eftersträvade syftet? Prövningen här innefattar även frågan om det finns ett objektiva godtagbart syfte med att ställa upp det aktuella kravet.
- ii. Är villkoret nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet? Prövningen innefattar även frågan om det finns något mindre ingripande alternativ.
- iii. Är villkoret proportionerligt? Prövningen innefattar en bedömning av huruvida den negativa effekt kravet får på det intresse/den rättighet som kravet inskränker är oproportionerlig/överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.



4.2 Konkurrensprincipen

Av 4 kap. 2 § LOU framgår att offentliga upphandlingar inte får utformas i syfte att undanta upphandlingen från lagens tillämpningsområde. Upphandlingen får heller inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

4.3 Villkor för fullgörande av kontrakt

Av 17 kap. 1 § LOU framgår att en UM får ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt ska därtill ha anknytning till vad som anskaffas i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU samt som anges i upphandlingsdokumenten. Med anknytning avses att villkoret för fullgörande av kontrakt i något hänseende hänför sig till den vara, tjänst eller entreprenad som ska anskaffas under något skede av livscykeln (d.v.s. under någon fas av varans, tjänstens eller entreprenadens livstid). Med detta avses att villkoren skulle kunna ha anknytning till produktionen, bortforsling, service eller garantier för föremålet för upphandlingen. Vilka villkor som kan ställas får avgöras i det enskilda fallet. En grundläggande förutsättning för att villkoren ska vara tillåtna är att de inte strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna enligt 4 kap. 1-2 §§ LOU.

Liknande bestämmelser avseende att även tekniska specifikationer och tilldelningskriterier ska ha anknytning till vad som anskaffas följer av 9 kap. 1 § och 16 kap. 2 § LOU. Det skulle kunna finnas skillnader vid bedömningen beroende på om UM utformar regleringen av karenstid i en upphandling som ett krav (teknisk specifikation), som ett tilldelningskriterium eller som ett särskilt villkor för fullgörande av kontrakt. Det vanligast förekommande synes vara att utforma regleringen som ett särskilt villkor för fullgörande av kontrakt i enlighet med 17 kap. LOU. Av den anledningen används begreppet *karenstidsvillkor* konsekvent används i denna promemoria.

4.4 Praxis avseende karenstidsvillkor

Det synes endast finnas ett (1) avgörande från en svensk överrätt som avser karenstidsvillkor i offentlig upphandling. Kammarrätten i Göteborg har i avgörande av den 6 november 2014 i mål nr 7603-7604-13 prövat frågan om ett karenstidsvillkor strider mot LOU. I målet skulle Västra Götalandsregionen ("VGR") upphandla bemanning av läkarsekreterare. VGR hade ställt upp ett karenstidsvillkor innebärandes att de personer som efter kontraktstecknandet skulle hyras in som läkarsekreterare inte fick vara eller ha varit anställda vid VGR de senaste sex (6) månaderna före ett uppdrag hos VGR. I målet framkom att karenstidsvillkoret syftade till att förhindra att personal som varit anställd hos VGR skulle kunna avsluta sin anställning och direkt därefter söka anställning hos ett bemanningsföretag för att utföra samma arbete hos VGR fast för en högre lön. VGR angav att konsekvensen av ett slopat karenstidsvillkor skulle innebära att VGR skulle tvingas köpa tjänster på ett icke önskvärt sätt till en högre kostnad för samhället.

Kammarrätten angav i domskälen att det inte fanns skäl att ifrågasätta syftet med karenstidsvillkoret och genomför därefter en proportionalitetsprövning (enligt avsnitt 4.1.2 ovan), varefter kammarrätten gjorde följande bedömning.

- i. Karenstidsvillkoret fick anses vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträfvade syftet.



- ii. Det ankommer på den som ansökt om överprövning att visa att syftet kan uppnås på ett mindre ingripande sätt. Då sökanden i målet inte hade redogjort för något mindre ingripande alternativ ansåg kammarrätten att karenstidsvillkoret, såsom det utformats, var nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet.
- iii. Karenstidsvillkoret innebar visserligen en begränsning för ett bemanningsföretags möjligheter att direkt engagera en läkarsekreterare som varit anställd hos VGR. Karenstidsvillkoret uteslöt dock inte per automatik ett bemanningsföretag från att lämna anbud i upphandlingen. Kammarrätten fann därför att de negativa effekterna av karenstidsvillkoret inte var oproportionerliga.

Kammarrätten prövade vidare huruvida karenstidsvillkoret stred mot artikel 4.1 i Bemanningsdirektivet (se avsnitt 3.4 ovan) eller den fria rörligheten. Kammarrätten fann i målet att artikel 4 inte innebar ett förpliktigande för medlemsstaterna att undanröja nationella begränsningar eller förbud mot anlitande av arbetskraft som hyrs ut av bemanningsföretag. Det förhållande att det tidigare funnits lagstiftning som haft liknande effekt som ett karenstidsvillkor förändrade inte bedömningen. Kammarrätten angav vidare att karenstidsvillkoret inte heller stred mot de grundläggande principerna om fri rörlighet för arbetstagare och tjänster i artiklarna 45, 49 och 56 i FEUF

Kammarrätten konstaterade sammanfattningsvis att karenstidsvillkoret inte stred mot proportionalitetsprincipen samt att det saknas skäl för ingripande enligt LOU.

Avslutningsvis kan noteras att Förvaltningsrätten i Stockholm i mål nr 2343-20, vid tidpunkten för upprättandet av denna promemoria bl.a. prövar huruvida ett karenstidsvillkor är förenligt med LOU.

5 Analys

5.1 Gällande EU-rätten

Ett karenstidsvillkor kan ifrågasättas utifrån bl.a. artiklarna 45, 49 och 56 FEUF. Fördraget ska garantera etableringsfrihet, fri rörlighet för arbetstagare och för tjänster. Karenstidsvillkoret försvårar fri etablering, särskilt i kombination med de begränsningar som ett karenstidsvillkor utgör för den fria rörligheten. Av avsnitt 2.1 ovan framgår att EU-domstolens praxis är tydlig; varje åtgärd som innebär att etableringsfriheten förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiv att utöva anses av EU-domstolen utgöra en inskränkning. Även EU-stadgan innehåller liknande bestämmelser som garanterar bl.a. fritt yrkesval och rätten att arbeta.

Bemanningsföretag torde rimligen vilja få möjlighet att delta i offentliga upphandlingar genom att kunna lämna anbud, detta innefattar möjligheten att erbjuda uthyrning av personal som tidigare har varit anställd hos den upphandlande myndigheten. Karenstidsregeln utgör i situationer som dessa ett hinder för etableringsfriheten samt den fria rörligheten att tillhandahålla tjänster. Karenstidsregeln torde inte kunna rättfärdigas eller motiveras med hänsyn till allmänintresset och kan inte heller anses vara proportionerligt i förhållande till bestämmelserna i FEUF och FEU. UM bör under alla förhållanden kunna visa att det föreligger en verklig risk för exempelvis oönskad rekryteringsverksamhet från bemanningsföretagens sida, alternativt en "utpressningssituation" från bemanningsföretagen, när det har uppstått bristyrken.



Möjligheten att etablera sig på den svenska marknaden blir ostridigt svårare när regioner i detalj reglerar hur tillhandahållandet av tjänster får gå till.

Karenstidsvillkor utgör ett hinder för arbetstagare att fullt ut nyttja den fria rörligheten. Därtill utgör karenstidsvillkor ett hinder för bemanningsföretag, särskilt från andra medlemsstater, som önskar etablera sig i Sverige för att erbjuda anställning till arbetstagare som tidigare varit anställda hos UM. Sverige är förpliktigade att upphäva omotiverade begränsningar av den fria rörligheten. Förbud mot att anlita viss inhyrd arbetskraft skulle kunna utgöra en sådan begränsning som Sverige enligt artikel 45 FEUF är förpliktigade att motverka. I sammanhanget kan särskilt beaktandeskäl 1 i 2014-års LOU-direktiv noteras:

”Offentlig upphandling av medlemsstaternas myndigheter eller för deras räkning måste överensstämja med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), särskilt om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, [...]”

Krav i en offentlig upphandling som riskerar att göra det mindre attraktivt eller t.o.m. hindra en leverantör från att utöva de grundläggande friheterna kan vara utformade i strid med FEUF. Detta kan medföra att dessa krav står i strid med proportionalitetsprincipen, vilket kan avgöras vid ett proportionalitetstest (se ovan). Det kan vidare noteras att avtalsvillkor i offentliga upphandlingar måste vara föremål för verklig kontroll samt upprätthållas under hela avtalsperioden. I annat fall riskerar UM att agera i strid med LOU vid tillämpningen av avtalet när det börjat löpa. Det är således av vikt att säkerställa att en UM som uppställt karenstidsvillkor i en upphandling följer dessa villkor under hela avtalsperioden och inte underlåter att tillämpa sådana, då ett sådant agerande riskerar att vara i strid med likabehandlingsprincipen. EU-domstolen har prövat dessa frågor bl.a. i mål C-448/01 (EVN Wienstrom).

Gällande EU-rätten bör även regioners monopolliknande situation särskilt noteras. Regioner är i många fall geografiskt sett mycket stora organisationer och därtill dominerande så som arbetsgivare inom vården. Genom ett karenstidsvillkor kan en person som varit anställd i en region i praktiken vara och bli förhindrad att ta ny anställning i ett bemanningsföretag och har ofta få eller inga privata arbetsgivare att söka sig till (särskilt avseende vissa specialistkompetenser inom vården). En UM:s beslut att ange karenstidsvillkor i en offentlig upphandling medför en klar risk att personer i praktiken förbjuds att utöva sitt yrke under karenstiden. Karenstidsvillkor kan vidare riskera att hindra, begränsa och/eller snedvrída konkurrensen inom den inre marknaden. Detta är inte förenligt med vare sig EU-rätten eller den svenska nationella konkurrensrätten. Det skulle kunna vara möjligt att göra gällande att en UM vid genomförandet av upphandlingar är att likställa med företag i KL:s mening. I en sådan situation skulle villkor i ett kontrakt som tecknas till följd av en offentlig upphandling utgöra t.ex. missbruk av dominerande ställning i strid med konkurrensrätten.

Det kan noteras att Kammarrättens i Göteborgs avgörande i mål nr 7603-7604-13 överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen, som inte meddelade prövningstillstånd. Part i målet lämnade även in ett klagomål till EU-kommissionen. Grunden för klagomålet var att Sverige hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 45, 49 och 56 FEUF. EU-kommissionen besvarade klagomålet och angav att i målet aktuellt karenstidsvillkor, enligt EU-kommissionens bedömning, inte stred mot artiklarna 45, 49 och 56. EU-kommissionen angav vidare att



karenstidsvillkoret inte var oförenligt med 2004-års LOU-direktiv. Avseende förenligheten med Bemanningdirektivet gjorde EU-kommissionen bedömningen att det fanns goda argument både för och emot användning av karenstidsvillkor. EU-kommissionen avslutade dock ärendet utan vidare åtgärder.

5.2 Arbetsrätten i förhållande till karenstidsvillkor

Även om ett karenstidsvillkor inte är identiskt med vare sig konkurrensklausuler eller värningsklausuler blir effekten för den anställde på flera sätt likvärdig. Det är möjligt att betrakta karenstidsvillkor som dolda villkor för arbetstagaren. Detta då arbetstagarens rörelsefrihet begränsas som om de hade haft en konkurrensklausul i sitt anställningsavtal. Därtill begränsar ett karenstidsvillkor arbetstagarens möjligheter till bisysslor. Karenstidsvillkor synes inte ha prövats rättsligt ur ett arbetsrättsligt perspektiv så rättsläget får betraktas såsom oklart. Värningsförbud mellan företag är emellertid inte tillåtna, enligt AD 2018 nr 61. Det kan ifrågasättas om ett karenstidsvillkor väsentligen är en blandning mellan en konkurrensklausul, värningsklausul och ett värningsförbud, eller om karenstidsvillkor bör karakteriseras som något annat.

Karenstidsvillkoren kan följaktligen betraktas som dolda anställningsvillkor för arbetstagaren. Genom upphandlat avtal mellan UM och bemanningsföretaget/vårdbolaget begränsas arbetstagarens friheter och rättigheter utan att arbetstagaren eller fackliga organisationer har fått möjlighet att yttra sig. Bisysslor har vidare länge varit exklusivt reglerade i 7 § lag (1994:260) om offentlig anställning ("LOA") samt i Allmänna Bestämmelser § 8 ("AB").¹⁰ Enligt 7 § LOA får en arbetstagare inte ha någon anställning, uppdrag eller utöva någon verksamhet som kan rubba förtroendet för dennes opartiskhet eller som kan skada myndighetens anseende. AB § 8 reglerar att arbetsgivaren kan förbjuda bisysslan om den bedöms inverka hindrande för arbetsuppgifterna, innebära verksamhet som konkurrerar med arbetsgivarens eller påverka arbetstagarens handläggning av ärenden hos arbetsgivare (gäller endast arbetstagare hos Pactas medlemsföretag). Huvudregeln är dock att bisysslor är tillåtna. En arbetsgivare kan inte utfärda generella förbud mot bisysslor utan ska i varje enskilt fall pröva huruvida en bisyssla är tillåten. Användning av karenstidsvillkor innebär att arbetsgivarna har skapat nya sätt att på ett generellt sätt reglera arbetstagarnas bisysslor. Även om det enligt AB § 8 är möjligt att i det enskilda fallet förbjuda en arbetstagare att arbeta hos en konkurrerande verksamhet måste det prövas från fall till fall och från bisyssla till bisyssla. De myndigheter som vid offentliga upphandlingar tillämpar karenstidsvillkor kan således bedömas hindra inte bara arbetstagarnas rätt till fri rörlighet utan därtill skapa undantag från bestämmelser om bisysslor, trots att dessa tidigare varit exklusivt reglerade i AB och LOA.

Arbetstagarna påverkas ytterligare då deras förhandlingsposition vid löneförhandlingar allvarligt försämras när möjligheten att byta arbetsgivare i praktiken allvarligt begränsas. Detta utan att arbetstagarna själv kan göra något åt det.

Ytterligare ett arbetsrättsligt perspektiv som bör nämnas är möjligheten till samverkan enligt MBL, där arbetsgivaren är skyldig att förhandla med fackliga organisationer innan

¹⁰ Sveriges Kommuner och Regioner, Cirkulär 17:50 *Information om regler i lag och kollektivavtal om bisyssla*, 2018 samt Sveriges Kommuner och Regioner, Cirkulär 2002:5 *Förtroendeskadliga bisysslor*, 2002.



upphandlingar genomförs som t.ex. påverkar personalen. Fackliga organisationer torde ha möjlighet att vid sådan samverkan ifrågasätta införandet av karenstidsvillkor.

Gällande arbetsrätten bör vidare nämnas att det föreligger risk för att karenstidsvillkor strider mot diskrimineringsrätten. Det kan noteras att det inom vårdbranschen finns betydligt fler kvinnor än män. Detta innebär att karenstidsvillkor påverkar kvinnor som grupp i väsentligen större utsträckning än män. Kvinnor är vidare i större utsträckning deltidsanställda än vad män är. För många deltidsanställda inom den offentliga vården är möjligheten till deltidsarbete hos ytterligare en arbetsgivare en förutsättning för att få ekonomin att gå ihop. Ett karenstidsvillkor riskerar att vara helt förödande för denna grupp av kvinnor vars karriärmöjligheter redan kan vara ytterst begränsade.

Sammanfattningsvis kan anges att karenstidsvillkoren synes vara en förhållandevis ny företeelse inom svensk arbetsrätt. Det är tydligt att villkoren på ett direkt sätt påverkar arbetstagare utan att dessa har någon möjlighet att påverka situationen. Det kan ifrågasättas om dessa villkor är förenliga med svensk arbetsrätt. Frågan synes emellertid inte vara rättsligt prövad.

Vid en ansökan om överprövning torde det emellertid vara möjligt att ange att ett karenstidsvillkor strider mot proportionalitetsprincipen och som grund exempelvis åberopa den inskränkning som karenstidsvillkoret utgör av såväl arbetstagarnas friheter enligt FEUF och EU-stadgan, fackliga organisationers förhandlingsrätt gällande arbetstagares villkor, samt särskilt visa hur ett karenstidsvillkor skapar nya bestämmelser gällande bisysslor, som arbetsmarknadens parter inte gemensamt har förhandlat.

5.3 Upphandlingsrätten i förhållande till karenstidsvillkor

Varje krav, kriterium och villkor som uppställs i en offentlig upphandling måste ha anknytning till vad som anskaffas. Exakt vad som avses med anknytning är ännu inte klarlagt i praxis. EU-domstolens avgörande i mål nr C-368-10 (Max Havelaar) klarlägger dock att det inte krävs att t.ex. ett tilldelningskriterium avser en varas egenskaper som sådana för att en adekvat koppling ska kunna anses föreligga. I Max Havelaar-domen fastslog EU-domstolen att även en UM kan ställa krav på en varas miljöegenskaper, t.ex. metoder för produktionen av varan.

Förutsättningarna att vid upphandling av vårdbemanningstjänster eller vårdtjänster uppställa karenstidsvillkor är inte fullt klarlagda i praxis. Kammarrättens i Göteborg avgörande i mål nr 7603-7604-13 synes vara det enda målet i Sverige från högre rätt där frågan om karenstidsvillkor har prövats. Kammarrätten angav att det varken i svensk lag eller i Bemanningsdirektivet föreligger något förbud mot karenstidsvillkor. Kammarrätten godtog i målet uppställandet av karenstidsvillkoret mot bakgrund av att VGR hade förklarat syftet med kravet och att det inte synes finnas några mindre ingripande alternativ. Karenstidsvillkoret stred enligt kammarrätten varken mot proportionalitetsprincipen eller mot någon annan bestämmelse i LOU.

Vid analys av Region Stockholms karenstidsvillkor (se avsnitt 1.2, *Figureerna 1-2*) kan noteras att villkoret är mycket likt det som VGR hade upprättat i den upphandling som Kammarrätten i Göteborg avgjorde i mål nr 7603-7604-13. Bedömningen av karenstidsvillkoret kan emellertid inte göras endast utifrån karenstidsvillkorets utformning. Hänsyn måste tas till samtliga



relevanta omständigheter i upphandlingen, däribland syftet med villkoret samt huruvida villkoret är förenligt med de grundläggande principerna om offentlig upphandling samt vid nu gällande upphandlingslagstiftning.

I det mål som nu prövas av Förvaltningsrätten i Stockholm i mål nr 2343-20 har Region Stockholm till stöd för det karenstidsvillkor som de har ställt upp angivit följande skäl.

- i. Regionen vill undvika situationen där vakanser uppstår i de egna verksamheterna och att vakanserna åtgärdas genom att de anställda som har sagt upp sig återvänder via ett bemanningsbolag för att utföra samma tjänst till en högre kostnad.
- ii. Regionen anser att det rent generellt är viktigt att inte ha en för hög personalomsättning. Detta då det riskerar att påverka patientsäkerheten negativt.
- iii. Regionen anger att intern kontinuerlig verksamhetsutveckling där de anställda involveras på ett systematiskt sätt är av vikt. Med för hög personalomsättning minskar kontinuiteten vilket kan påverka såväl möjligheterna till en god verksamhetsutveckling som arbetsmiljön negativt.

Regionen anger i sitt yttrande av den 12 februari 2020 i mål nr 2343-20 att regionen har övervägt olika sätt för att "*inte uppmuntra ovan nämna beteende*" (d.v.s. att personal säger upp sig) och kommit fram till att ett karenstidsvillkor om 12 månader var lämpligt.

Proportionalitetsbedömning

Huruvida ett karenstidsvillkor är förenligt med proportionalitetsprincipen ska enligt praxis avgöras i tre steg, se t.ex. EU-domstolens dom i Contse C-243/03, se ovan avsnitt 4.1.

Först ska det granskas om det aktuella kravet är en lämplig och effektiv åtgärd för att nå det eftersträvade syftet samt om det finns ett objektiva godtagbart skäl eller syfte med att ställa upp kravet i fråga. Detta är en bedömning som måste göras i varje enskilt fall då UM kan ha olika skäl och syften till varje uppställt karenstidsvillkor i en upphandling. I ovan angivna mål från kammarrätten angav VGR att syftet med kravet var att förhindra att personal som är anställd hos dem skulle kunna avsluta sin anställning och direkt därefter söka anställning hos ett bemanningsföretag för att utföra samma arbete hos VGR fast till en högre lön. VGR angav att konsekvensen av ett slopat karenstidsvillkor skulle bli att VGR skulle tvingas köpa tjänster på ett icke önskvärt sätt till en högre kostnad för samhället. Som anges ovan godtog kammarrätten detta syfte.

Det är emellertid inte med nödvändighet så att samtliga UM som nyttjar ett karenstidsvillkor gör det av samma skäl som VGR gör enligt ovan. Det är vidare inte med nödvändighet så att samtliga UM som nyttjar ett karenstidsvillkor fullt ut har kartlagt varför de har ett sådant villkor i sina upphandlingar. I vissa fall kan kravet vara kopierat från någon annan UM:s tidigare upphandling. Som anges ovan har t.ex. Region Stockholm angivit ytterligare skäl jämfört med VGR till att de har ställt upp sitt karenstidsvillkor.

Samtliga krav som används i ett offentligt upphandlingsförfarande måste vara lämpliga och effektiva för att nå det eftersträvade syftet. Det yttersta syftet med att genomföra en offentlig upphandling torde vara att anskaffa föremålet för upphandlingen. Samtliga krav, kriterier och



villkor som används i upphandlingsdokumenten ska också ha anknytning till föremålet för upphandlingen.

Därefter ska granskas om karenstidsvillkoret är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Prövningen ska innefatta frågan om det finns mindre ingripande alternativ. Det kan noteras att de karenstidsvillkor som t.ex. Region Stockholm har angivit (se avsnitt 1.2, *Figureerna 1-2*) har getts en synnerligen bred och vid lydelse. Med karenstidsvillkoren avses att ingen person, under några omständigheter, som har haft en anställning hos regionen under de senaste 12 månaderna får lov att erbjudas som konsult/uthyrd personal. Det framstår som osannolikt att en sådant strikt krav i samtliga tänkbara situationer är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet.

Det kan noteras att VGR i kammarrättsdomen angav att syftet med karenstidsvillkoret var att undvika situationer där VGR tvingas betala mer för att en person ska utföra tjänsten när denne är anställd hos ett bemanningsföretag än vad de betalade för att samma person skulle utföra tjänsten som anställd hos VGR. Detta torde innebära att situationen som VGR angivit som syfte för att uppställa karenstidsvillkoret kan beskrivas enligt följande:

Person A arbetar hos VGR på Avdelning 1 för att utföra uppgifterna x, y och z. VGR:s lönekostnad för personen är 100 000 SEK. Person A säger upp sig och börjar arbeta hos Bemanningsbolaget AB. Person A blir uthyrd till VGR för att utföra arbetsuppgifterna x, y och z på Avdelning 1. VGR:s kostnad för detta blir 120 000 SEK.

Det torde vara möjligt att utforma ett karenstidsvillkor som hindrar en situation som den som beskrivs ovan utan att i övrigt begränsa en arbetstagarare som (av olika skäl) vill göra förändringar i sitt arbetsliv eller för den delen ha en bisyssla. Redan på den här grunden torde karenstidsvillkor i den utformning som återfinns i t.ex. Region Stockholms upphandlingar (se avsnitt 1.2, *Figureerna 1-2*) vara utformade på ett allt för ingripande sätt. Karenstidsvillkoret synes i förhållande till det ovan angivna inte vara nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet.

Det torde vidare förekomma situationer där en vårdanställd vill uppnå större flexibilitet eller bredd i sin arbetssituation och profession och därför inte vill vara tillsvidareanställd på en och samma avdelning. Det behöver inte vara fråga om att fortsätta utföra sina arbetsuppgifter på samma avdelning till väsentligt högre lön utan skälet skulle istället kunna vara att få möjlighet att kunna befinna sig på en ny avdelning varje månad, för att på så vis utvecklas i sin yrkesroll. Det torde vidare kunna vara så att viss vårdpersonal exempelvis vill minska sin arbetstid, förkorta sin pendling eller av någon annan anledning göra en förändring i sitt arbetsliv eller arbetssituation. Det är inte självklart att arbetsgivaren möjliggör en sådan förändring. I de fallen kan anställning hos ett bemanningsbolag vara ett möjligt alternativ. Syftet för en arbetstagarare behöver följaktligen inte vara att fortsatt utföra samma arbetsuppgifter på samma avdelning men mot en högre lön.

I anslutning till det ovan angivna kan slutsatsen dras att det bör vara möjligt att uppnå syftet med ett karenstidsvillkor med mindre ingripande alternativ. UM skulle kunna utforma kravet så att en personal inte får lov att erbjudas som uthyrd personal till samma (eller möjligen en motsvarande) avdelning eller verksamhet som denne sagt upp sig från, men däremot vara tillgänglig för andra verksamheter. Det framstår emellertid som att det inte är nödvändigt för t.ex.



Region Stockholm att hindra en anställd som arbetar på Karolinska sjukhuset från att utföra helt andra arbetsuppgifter på ett sjukhus i Norrtälje.

Det förefaller under alla förhållanden vara så att t.ex. Region Stockholms formulering (se avsnitt 1.2, *Figureerna 1-2*), som inbegriper samtliga anställningsformer, torde vara för långtgående. En sådan formulering torde innebära att en person som under exempelvis studietiden har varit timanställd som vaktmästare på ett sjukhus inom Region Stockholm inte efter erhållen examen får lov att hyras ut som sjuksköterska till Region Stockholm, trots att det rör sig om helt olika yrkeskategorier.

Det synes finnas mindre ingripande sätt att utforma ett karenstidsvillkor på än så som ett flertal regioner för närvarande gör. Det kan vidare finnas anledning att närmare granska om det finns helt andra metoder för Sveriges regioner att undvika personalflykt än genom uppställandet av oproportionerliga och konkurrensbegränsande krav. Det skulle kunna avse t.ex. arbetsmiljöinsatser, förmåner, lön eller större möjligheter att byta arbetsuppgifter inom den region personalen är anställd. Dessa insatser skulle i väsentligen större utsträckning kunna hantera skälen till att regioners personal säger upp sig och söker anställning i privat sektor än vad karenstidsvillkoren i en offentlig upphandling kan göra.

Slutligen ska det prövas om karenstidsvillkoret är proportionerligt. Prövningen ska innefatta en bedömning om den negativa effekt som kravet får jämfört med det eftersträlvade syftet i förhållande till det intresse eller den rättighet som kravet inskränker. Karenstidsvillkor påverkar flera parter på arbetsmarknaden på ett negativt sätt, såsom exempelvis arbetstagare och bolag som arbetar med bemanning/uthyrning av personal.

Arbetstagare påverkas bl.a. genom att arbetsmarknaden begränsas. Detta särskilt med beaktande av att vårdpersonal redan har ett begränsat antal arbetsgivare att välja mellan. Sveriges regioner hör till landets största arbetsgivare för vårdpersonal. Här kan jämföras med t.ex. ekonomer eller ingenjörer som har en helt annan bredd bland potentiella arbetsgivare. Möjligheten för vårdpersonal att byta arbetsgivare begränsas följaktligen drastiskt, särskilt inom samma geografiska område. I vissa regioner i Sverige kan det t.o.m. förhålla sig så att det helt saknas relevanta alternativa arbetsgivare. Ett karenstidsvillkor i en upphandling kan följaktligen få kraftigt negativa effekter för arbetstagare.

Även bemanningsbolag och vårdbolag påverkas. Detta då deras verksamhet begränsas såtillvida att de kan få mycket svårt att rekrytera och bedriva verksamhet i regioner som har dessa karenstidsvillkor i sina upphandlingar.

Som angivits ovan synes det saknas praxis gällande karenstidsvillkor för vårdbolag. Det är emellertid möjligt att argumentera för att ett karenstidsvillkor vid upphandling av vårdtjänster kan anses vara *än mer* oproportionerligt än vad ett sådant krav är vid upphandling av bemanningstjänster. Detta då upphandling av vård per definition innebär att vården utförs av någon annan än UM och i andra lokaler än de hos den UM som genomför upphandlingen. Det kan t.ex. avse drift av ett sjukhus, eller anskaffning av vårdtjänster i lokaler som både ägs och drivs av ett privat bolag.

Det är inte möjligt att ge ett generellt svar på om karenstidsvillkor får oproportionerligt negativa effekter jämfört med det eftersträlvade syftet; karenstidsvillkor förekommer av olika anledningar



och har olika syften, karenstidsvillkor kan vara utformade på olika sätt samt då den aktuella geografiska marknaden bör beaktas. En närmare utredning bör utföras i varje enskilt fall avseende hur ett karenstidsvillkor påverkar arbetstagare och bemanningsbolag alternativt vårdbolag på en specifik geografisk marknad. I slutändan blir det upp till en domstol att pröva det karenstidsvillkoret i det enskilda fallet.

Det synes följaktligen vara så att det kan finnas anledning att närmare utreda frågan om exakt vilka effekter regioners specifika karenstidsvillkor får för t.ex. arbetstagare och verksamheter som arbetar med personal och bemanning samt om det kan finnas skillnader mellan olika regioner.

Det torde vidare vara möjligt att föra en god argumentation för att karenstidsvillkor är oförenliga med arbetsrätten (se nedan). Även på den grunden torde det vara oförenligt med proportionalitetsprincipen och LOU att uppställa ett karenstidsvillkor då ett sådant krav i en sådan situation skulle vara i strid med svensk rätt.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det synes vara möjligt för en UM att i förhållande till proportionalitetsprincipen ange någon form av karenstidsvillkor. Detta under förutsättning att kravet har anknytning till det syfte som UM anger med upphandlingen, samt att det inte finns något mindre ingripande alternativ och att den negativa effekten av kravet inte blir överdrivet jämfört med det eftersträlvade syftet. Det torde emellertid förhålla sig så att utformningen på de karenstidsvillkor som idag är vanliga (t.ex. de som Region Stockholm tillämpar [se avsnitt 1.2, *Figurerna 1-2*]) ges ett alltför brett tillämpningsområde. Det torde vara möjligt att utforma mindre ingripande karenstidsvillkor. Det framstår vidare som att den utformning av karenstidsvillkor som idag är vanligt förekommande får mycket kraftigt negativa effekter för arbetstagare och för bemanningsföretag som vill etablera sig på marknaden. Här bör särskilt beaktas regionernas geografiska storlek och svårigheten för personal att omlokalisera sig till en annan region. Regionernas starka ställning på arbetsmarknaden för vårdpersonal synes också vara en aspekt som bör beaktas vid bedömningen av ett karenstidsvillkor i en offentlig upphandling. Nedan följer en lista på omständigheter som talar emot att karenstidsvillkor är förenliga med proportionalitetsprincipen.

- i. Det är inte proportionerligt att en UM ställer upp krav som är mer ingripande än nödvändigt. Många regioner torde kunna analysera vilka andra åtgärder som skulle kunna vidtas för att medarbetare inte ska säga upp sig, t.ex. genom ändrade anställningsvillkor avseende bl.a. lön, semester och arbetstider. De regioner som har granskats inom ramen för denna promemoria har inte visat vilka mindre ingripande åtgärder de har testat (eller ens analyserat) innan de valt att ställa upp karenstidsvillkor i upphandlingar.
- ii. Arbetstagarens möjlighet till att utöva bisysslor begränsas avsevärt genom karenstidsvillkor. Detta utan att denna begränsning har varit föremål för facklig förhandling eller förhandling med den enskilde arbetstagaren.
- iii. Arbetstagares möjligheter till deltidsarbete begränsas kraftigt. En sådan begränsning riskerar att påverka dessa deltidsarbetande medarbetare drastiskt rent ekonomisk (då de kan behöva arbeta extra för att få sin ekonomi att gå ihop). Det intresse som en deltidsarbetande kan ha för att arbeta extra hos en annan arbetsgivare kan följaktligen



vara ett mycket starkt intresse, som genom karenstidsvillkor begränsas eller helt omöjliggörs.

- iv. Karenstidsvillkor synes inte vara förenliga med arbetsrätten, konkurrensrätten eller primärrätten. Att som UM ställa upp villkor i en upphandling som står i strid med annan gällande lagstiftning är inte proportionerligt.

Konkurrensprincipen

I 2004-års LOU-direktiv anges i artikel 32.2, avseende ramavtal, att *"en upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids."* Konkurrensaspekten synes vidare vara skälet till att ett ramavtal (enligt LOU) inte får löpa under längre tid än fyra år om det inte finns särskilda skäl därtill. Av 1 kap. 4 § i 1992 års LOU följer att *"Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt."* I 2014-års LOU-direktiv följer av artikel 18.1 bl.a. att *"upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen."*

Samtliga krav som används i ett offentligt upphandlingsförfarande måste vara lämpliga och effektiva för att nå det eftersträvade syftet. Krav, som t.ex. karenstidsvillkor vid upphandling av bemanningstjänster, synes ha en begränsande effekt på anbudsgivares möjligheter att utforma sina mest konkurrenskraftiga anbud. En UM som utformar konkurrensbegränsande krav kan handla i strid med LOU och 2014-års LOU-direktiv. Kammarrätten i Stockholm anger t.ex. i avgörande i mål nr 6528-10 att huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området ska öppnas upp för icke snedvriden konkurrens. LOU och EU-direktiven om offentlig upphandling syftar till att upphandlingar ska ske med tillvaratagande av de konkurrensmöjligheter som finns. Bestämmelserna syftar både till att tillvarata konkurrensen i den enskilda upphandlingen och till att utveckla en effektiv konkurrens. EU-domstolen har vidare, i mål nr C-213/07 (Michaniki), uttalat ett syfte med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna är att åstadkomma etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster inom ramen för offentlig upphandling och att främja utvecklingen av effektiv konkurrens på detta område på gemenskapsnivå, genom att göra det möjligt för så många entreprenörer som möjligt i medlemsstaterna att inkomma med anbud.

Ett karenstidsvillkor innebär ett hinder vid utförandet av tillhandahållandet av bemanningstjänster. Det bör emellertid noteras att konkurrensprincipen, i sin nuvarande utformning i 4 kap. 2 § LOU, inte synes ha prövats närmare i svensk praxis ännu. Det ovan angivna avgörandet från Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7603-7604-13, prövades inte mot konkurrensprincipen då målet prövades enligt ÄLOU.

5.4 Karenstidsvillkor särskilt i förhållande till upphandling av vårdtjänster

Det enda karenstidsvillkor som synes vara prövat i svensk nationell domstol avsåg karenstidsvillkor vid upphandling av bemanningstjänster. Det är emellertid av intresse att närmare granska om det föreligger någon skillnad på ett karenstidsvillkor som uppställs i en



upphandling av bemanningstjänster respektive en upphandling av vårdverksamhet, t.ex. drift av ett sjukhus eller ett särskilt boende.

Inledningsvis kan noteras att rättsläget är oklart. Frågan är prövad begränsat för bemanningstjänster men synes inte alls vara prövad avseende vårdtjänster i övrigt. Det torde emellertid vara möjligt att betrakta de två olika tjänsterna som vitt skilda företeelser. Som angivits ovan ska krav i en offentlig upphandling ha anknytning till föremålet för upphandlingen. I kammarrättsavgörandet ovan har domstolen funnit att det kan vara förenligt med gällande rätt att uppställa ett karenstidsvillkor i syfte att slippa betala mer för att samma personal ska utföra samma tjänst som tidigare, fast i egenskap av konsult. Syftet med upphandling av bemanningstjänster förefaller dock vanligtvis vara att skapa en buffert av arbetskraft, t.ex. när akuta behov uppstår.

Upphandling av vård är emellertid något annat. Ofta genomförs vårdupphandlingar för att skapa komplement till den vård som regioner själva tillhandahåller. Härutöver anges ofta att vårdupphandlingar genomförs för att skapa större tillgänglighet till vården för medborgarna. Syftet skiljer sig följaktligen mellan de två olika typerna av upphandling. Upphandling av bemanningstjänster genomförs vanligen för att exempelvis en region av olika skäl inte förmår säkerställa kompetensförsörjningen för att fullgöra sitt uppdrag. Vårdupphandlingar å andra sidan genomförs för att skapa komplement till regioners egen vårdverksamhet, skapa ökad tillgänglighet samt ökad valfrihet för medborgarna. Många privata vårdverksamheter, som kan delta i en vårdupphandling, bedriver verksamhet som i något avseende skiljer sig från motsvarande verksamhet i offentlig regi. Den privata vårdverksamheten kan t.ex. vara en specialistklinik och därmed locka specialister inom olika medicinska fält, eller vara en allmänpraktik som har andra arbetsmetoder, arbetsflöden eller annan inriktning på sin verksamhet än motsvarande verksamhet i offentlig regi. Det som sammanfattningsvis torde kunna anges gällande privata vårdverksamheter är att de i ett eller flera avseenden drivs med en ambition att göra *något* annorlunda i förhållande till kliniker och sjukhus som drivs i offentlig regi. Att i en sådan situation uppställa karenstidsvillkor torde i än större utsträckning strida mot såväl proportionalitetsprincipen som mot konkurrensprincipen. Det framstår därtill som kontraproduktivt att uppställa ett krav som hindrar leverantörer från att leverera god vård. Detta riskerar att bli effekten för en privat vårdverksamhet som inte får lov att rekrytera fritt utan istället är begränsade med hänsyn till ett karenstidsvillkor.

Under våren år 2019 genomförde Västra Götalandsregionen en upphandling av driften av Lundby närsjukhus i Göteborg. Upphandlingen innehöll ett karenstidsvillkor om sex (6) månader under vilken tid anställda eller tidigare anställda hos Västra Götalandsregionen inte fick börja arbeta på Lundby närsjukhus. Ingen leverantör lämnade anbud i upphandlingen. Vårdbolaget Capio har det nuvarande kontraktet, som löper ut vid årsskiftet år 2020/2021 men valde att inte lämna anbud, bl.a. med hänvisning till karenstidsvillkoret. När upphandlingen under hösten år 2019 gjordes om hade karenstidsvillkoret utgått. Upphandlingen av driften av Lundby närsjukhus är ett exempel på hur konkurrensen kan påverkas negativt vid tillämpning av karenstidsvillkor. Upphandlingen av Lundby närsjukhus visar att karenstidsvillkoret kan vara ett sådant villkor som strider mot konkurrensprincipen i 4 kap. 2 § LOU.

Det kan vidare noteras att en situation där samma region tillämpar karenstidsvillkor i både bemanningsupphandlingar och vårdupphandlingar utsätter sina medarbetare för klara



begränsningar i den fria rörligheten på arbetsmarknaden. Personal som i praktiken inte kan ta anställning hos andra vårdgivare eller hos bemanningsföretag är i de fallen låsta till de offentliga arbetsgivarna. Även för det fall det skulle kunna godtas att en UM vill hindra sina anställda från att säga upp sig för att därefter hyras ut tillbaka till samma UM till en högre kostnad kan det inte rimligen anses förenligt med EU-fördragets principer om fri rörlighet att i praktiken begränsa en arbetstagares och därtill arbetsgivare till att uteslutande omfatta regioner.
