



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Helena Magnusson

Sociala hänsyn vid
offentlig upphandling
– särskilt om antidiskrimineringshänsyn

Examensarbete
20 poäng

Katarina Olsson

Konkurrensrätt

VT 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Ämnet	5
1.2 Syfte och frågeställning	6
1.3 Avgränsning	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Disposition	7
2 LAGEN OM OFFENTLIG UPPHANDLING	9
2.1 Bakgrund	9
2.2 Förslag till nya direktiv	10
2.3 Lagens syfte och disposition	12
2.4 Definitioner	12
2.5 Upphandlingsprocessen	13
2.6 Affärsmässighet	14
2.7 Lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling	15
2.8 Nämnden för offentlig upphandling	16
3 GEMENSKAPSRÄTTSLIGA PRINCIPER	17
3.1 Allmänt	17
3.2 Likabehandling, icke diskriminering, transparens, proportionalitet samt ömsesidigt erkännande	18
4 SOCIALA HÄNSYN VID OFFENTLIG UPPHANDLING	21
4.1 Allmänt	21

4.2	Begreppet sociala hänsyn	21
4.3	När kan sociala hänsyn beaktas?	22
4.3.1	Fastställande av kontraktsföremålet	23
4.3.2	Tekniska specifikationer	24
4.3.3	Urval av anbudssökande eller anbudsgivare	25
4.3.3.1	Uteslutning på grund av brott mot den sociala lagstiftningen	25
4.3.3.2	Prövning av teknisk, ekonomisk eller finansiell kapacitet	26
4.3.4	Tilldelning av kontrakt	27
4.3.4.1	Tillkommande kriterium	32
4.3.5	Onormalt låga anbud	33
4.3.6	Särskilda kontraktsvillkor	33
4.3.7	Offentlig upphandling under tröskelvärdena	36
4.4	Sammanfattning	37
5	ANTIDISKRIMINERINGSKLAUSULER	38
5.1	Allmänt	38
5.2	Omfattningen av NOU:s klausulexempel	39
5.2.1	Tillämpningsområde	40
5.2.2	Respekten för grundläggande principer	40
5.2.2.1	Likabehandling	40
5.2.2.2	Proportionalitet	41
5.3	Var skall antidiskrimineringsklausulen anges?	41
5.4	Om anbudsgivaren inte accepterar antidiskrimineringsklausulen	42
5.5	Påföljd vid avtalsbrott	42
5.6	Uppföljning	43
6	AVSLUTANDE KOMMENTARER	46
	BILAGA A	50
	BILAGA B	51
	KÄLLFÖRTECKNING	52
	LITTERATURFÖRTECKNING	54
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	55

Sammanfattning

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling samt de bakomliggande gemenskapsrättsliga direktiven innehåller komplicerade och i många fall svåröverskådliga bestämmelser. Det finns många delar i lagstiftningen som hade behövts utredas närmare och klarläggas ytterligare, så som möjligheten att enligt lagen om offentlig upphandling och de bakomliggande direktiven beakta antidiskrimineringshänsyn vid offentlig upphandling.

Det är viktigt att hålla isär de olika delarna av upphandlingsprocessen eftersom olika regler tillämpas. Därmed blir också möjligheterna att beakta antidiskrimineringshänsyn varierande. Tekniska krav kan uppställas på upphandlingsobjektet i förfrågningsunderlaget eller kravspecifikationen för varje enskild upphandling. Möjligheten att här beakta antidiskrimineringshänsyn är begränsad till de fall då dessa är kopplade till kontrakt föremålet. Vid urvalet av anbudssökande och anbudsgivare kan uteslutning ske på grund av bland annat brott mot den sociala lagstiftningen förutsatt att detta brott enligt nationell lagstiftning utgör ett allvarligt fel avseende yrkesutövningen eller ett brott mot yrkesetiken. Urval kan också ske genom prövning av den tekniska, ekonomiska eller finansiella kapaciteten hos anbudssökanden eller anbudsgivaren. De krav som får ställas på den tekniska förmågan och kapaciteten måste vara direkt kopplade till kontrakt föremålet. Likaså måste de bevis som får begäras in för bedömning av den ekonomiska och finansiella kapaciteten vara av sådan karaktär att de i strikt bemärkelse kan styrka denna kapacitet för den aktuella upphandlingen.

När det gäller själva tilldelningen av kontraktet finns det två alternativ. Antingen avgör det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som räknas upp i upphandlingsdirektiven samt i lagen om offentlig upphandling är inte en uttömmande uppräkningslista. Frågan om sociala hänsyn får beaktas är därför ytterst intressant i den här fasen av upphandlingsförfarandet. Enligt EU-kommissionen kan sociala mål även främjas genom särskilda kontrakt villkor förutsatt att dessa framgår av annonsen och inte heller i övrigt strider mot gemenskapsrätten. Sverige införde följaktligen också år 2002 bestämmelser i lagen om offentlig upphandling, angående särskilda kontrakt villkor.

Förord

*”Literarum radices amaras,
fructus dulces” Cicero*

Jag vill passa på att tacka min handledare universitetslektor Katarina Olsson samt universitetslektor Henrik Norinder för deras råd och synpunkter. Jag vill även tacka min familj och mina vänner för deras stöd och uppmuntran. Ett särskilt tack till jur. stud. Filip Bućin, som korrekturläst uppsatsen.

Malmö den 18 maj 2003

Helena Magnusson

Förkortningar

DO	Ombudsmannen mot etnisk diskriminering
HO	Handikappombudsmannen
HomO	Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning
JämO	Jämställdhetsombudsmannen
LIU	Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling
LOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
UF	Upphandlingsförordningen
UR	Det kommunala upphandlingsreglementet

1 Inledning

1.1 Ämnet

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) trädde i kraft den 1 januari 1994. Genom LOU implementerades ett antal gemenskapsrättsliga direktiv angående offentlig upphandling i svensk rätt. När man studerar innebörden samt tillämpningen av bestämmelserna i LOU är man därför nödgad att även analysera innehållet i gemenskapsrätten för att därefter avgöra vad som är gällande rätt. I Sverige beräknas värdet av den offentliga upphandlingen uppgå till ca 260 miljarder kronor årligen. Inom EU ligger denna summa på ca 1000 miljarder euro per år.¹ Trots detta är LOU en mycket teknisk och komplicerad lagstiftning. Även de direktiv som lagen bygger på kan i många fall vara svåröverskådliga. Likväl spelar dessa bestämmelser en stor roll för handeln men även deras verkan som instrument för andra hänsyn är intressant.

I Sverige har vi bland annat lagstiftat mot diskriminering i arbetslivet av vissa grupper, till exempel kvinnor och personer med funktionshinder. Det finns även lagstiftning angående etnisk diskriminering samt diskriminering av personer på grund av sexuell läggning. Även i övriga Europa och särskilt inom EU har de sociala frågorna, som till exempel jämställdhet mellan kvinnor och män, fått en allt större betydelse genom bland annat Amsterdamfördraget. Sverige förväntas i likhet med övriga medlemsländer ta ett ökat socialt ansvar och aktivt verka för en förbättring av samhällets levnads- och arbetsvillkor, genom att bland annat främja jämställdheten mellan könen och genom att motverka all diskriminering.

Olika idéer har förts fram om hur man skall kunna gå till väga för att nå ett jämlikt och vidsynt samhällsklimat. Till exempel har frågan om sociala hänsyn vid offentlig upphandling förts fram, som en möjlighet för bland annat den offentliga sektorn att utnyttja dess makt som inköpare av varor och tjänster. Först och främst är huvudsyftet med lagen om offentlig upphandling att främja konkurrensen och den fria handeln men möjligheten att använda LOU som ett redskap för att nå andra mål, som till exempel för att motverka olika former av diskriminering, är tänkvärd.

Lagen om offentlig upphandling samt de bakomliggande gemenskapsrättsliga direktiven innehåller som sagt komplicerade och i många fall svåröverskådliga bestämmelser. Det finns många delar i lagstiftningen som hade behövts utredas närmare och klarläggas ytterligare. Möjligheten att enligt

¹ Uppgifterna om värdet av offentliga upphandlingar i Sverige och inom EU är hämtade från riksdagens hemsida <http://www2.riksdagen.se/Internet/EU svar.nsf> 2003-05-16.

LOU och de bakomliggande direktiven beakta antidiskrimineringshänsyn vid offentlig upphandling är en sådan del av lagstiftningen som jag därför har valt att lyfta fram och utreda i den här uppsatsen.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna framställning är att undersöka när och i vilken omfattning antidiskrimineringshänsyn får beaktas vid offentlig upphandling. För att kunna göra detta måste först utredas i vilken mån sociala hänsyn vid offentlig upphandling överhuvudtaget är tillåtna enligt EG-rätten samt svensk rätt.

1.3 Avgränsning

Denna uppsats behandlar särskilt antidiskrimineringshänsyn vid offentlig upphandling. Det finns ingen tydlig officiell definition av begreppet antidiskrimineringshänsyn men enligt min mening används detta begrepp för att benämna de beaktande som kan göras för att bekämpa diskriminering på grund av kön, etnisk tillhörighet, funktionshinder eller sexuell läggning m.m. Det finns även andra sociala hänsyn, som till exempel åtgärder för att bekämpa arbetslöshet, som kan beaktas vid offentlig upphandling men syftet är främst att lägga ljuset på just antidiskrimineringshänsyn. Anledningen till denna avgränsning är bland annat de ändringar som genomförts i LOU för att möjliggöra införandet av särskilda kontraktsvillkor i upphandlingsavtal. Med anledning av detta har även ett förslag till en generell antidiskrimineringsklausul utarbetats av NOU.²

Antidiskrimineringshänsyn samt andra sociala hänsyn vid offentlig upphandling är beaktanden som inte är ekonomiska i ett direkt avseende. Likaså anses miljöhänsyn inte heller vara det. Sociala hänsyn och miljöhänsyn är därmed kriterier vars huvudsakliga syfte inte är rent ekonomiskt. Dessa kriterier intar således en gemensam ställning men utgångsläget är trots detta inte detsamma för dessa icke-ekonomiska hänsyn. Även EU-kommissionen behandlar dessa kriterier i skilda tolkningsmeddelanden. Den här framställningen avgränsas därför till att inte redogöra för rättsläget kring miljökritier vid offentlig upphandling.

Denna framställning avgränsas även till att inte omfatta frågan om offentlig upphandling i förhållande till den upphandlande enhetens myndighetsutövning. Det har framförts åsikter om att sociala hänsyn och även miljöhänsyn i

² Se mer om detta i kapitel 5.

vissa fall skulle innebära ett ökat inslag av myndighetsutövning med olika konsekvenser som följd men detta är en förvaltningsrättslig fråga som alltså inte behandlas närmare här.³

Ur ett nationalekonomiskt perspektiv kan det vara intressant att diskutera hur resurser på bästa sätt skall fördelas för att nå det mest förmånliga resultatet. Enligt NOU har antidiskrimineringsklausuler kritiserats för att innebära resurskrävande följder för den offentliga sektorn och det har framförts att den bästa lösningen istället skulle vara att låta diskrimineringsombudsmännen få tillgång till dessa ekonomiska medel, som staten annars ändå skulle behöva tillskjuta den offentliga sektorn. Den här uppsatsen tar inte ställning i den här frågan då syftet med denna framställning är att rent juridiskt utreda rättsläget. De nationalekonomiska konsekvenserna lämnas därför därhän.

1.4 Metod och material

Tillgången till relevant material har varit mycket begränsad och det har därmed inte funnits en given metod för det här arbetet. Angående EG-rätten i allmänhet har det funnits adekvata källor medan det angående offentlig upphandling inte finns någon omfattande svensk eller utländsk doktrin. Dessutom är doktrinen angående sociala hänsyn och antidiskrimineringshänsyn närmast obefintlig. Därmed har bristen på material inneburit svårigheter och mycket tid har lagts på att söka efter litteratur och källor samt att jämföra, värdera och tolka dessa. Vid tolkning av EG-rätten finns inte samma möjlighet att använda förarbeten, som vid tolkning av den svenska rätten. I kap 4 har jag bland annat använt mig av ett tolkningsmeddelande från EU-kommissionen och det måste påpekas att denna handling inte är en bindande rättskälla utan endast åskådliggör kommissionens åsikt.

1.5 Disposition

Efter detta inledande kapitel innehåller uppsatsens andra kapitel en översiktlig redogörelse för lagen om offentlig upphandling och dess generella tillämpningsområde. Därefter behandlas i kapitel tre de gemenskapsrättsliga principer, som lagstiftningen bygger på och som även aktualiseras vid frågan om beaktande av antidiskrimineringshänsyn. I kapitel fyra framställs hur sociala hänsyn kan beaktas vid offentlig upphandling enligt bland annat

³ Se bl.a. Slavicek Michael: ”Upphandlingens olika ansikten” I: *Europarättslig Tidskrift*, nummer 1 2002, s. 15-34; <http://www.nou.se/pdf/99-197.pdf> 2003-04-23 Slavicek, Michael: *Mångfald och upphandling*, 2001, s. 9ff.

EG-domstolens praxis samt EU-kommissionens tolkningsmeddelande. Kapitel är uppställt med utgångspunkt i frågan om i vilken upphandlingsfas den sortens hänsyn kan beaktas. I följande kapitel behandlas mer ingående frågan om antidiskrimineringsklausuler. Kapitel sex innehåller avslutande kommentarer angående rättsläget.

2 Lagen om offentlig upphandling

2.1 Bakgrund

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) trädde i kraft den 1 januari 1994. Detta var en följd av Sveriges åtagande, enligt EES-avtalet (avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet) och senare genom vårt medlemskap i EU, att införa motsvarande regler om den offentliga upphandlingen inom den inre marknaden.⁴ De regler som LOU bygger på består av ett antal EG-direktiv, som genom LOU implementerades i svensk rätt.

Historiskt sett har det funnits vissa bestämmelser för hur upphandling skall genomföras för statliga myndigheter sedan 1800-talet. Det var främst genom 1952 års upphandlingskungörelse som det infördes regler, som i stort liknar nuvarande regelverk. 1973 fick de statliga myndigheterna en ny upphandlingskungörelse som 1980 ändrade namn till Upphandlingsförordningen (UF). Det fanns även kommunala upphandlingsreglementen (UR) som vid ikraftträdandet av LOU antagits av i stort sett alla kommuner och lands-ting. Regeringsrätten meddelade i ett avgörande från 1998⁵ att upphandlingsreglementen som utfärdats med stöd av 3 kap. 12 § i den då gällande kommunallagen (1977:179) gäller tills kommunerna uttryckligen upphäver dem. De får dock inte tillämpas i strid med LOU.⁶

De EG-direktiv, som LOU grundas på, är sex till antalet med två senare tillkomna tilläggsdirektiv. Fyra av dessa rör offentlig upphandling inom den s.k. klassiska sektorn.⁷ Hit hör varor, tjänster och byggtreprenader vid enheter som har anknytning till den offentliga sektorn. Två av direktiven rör

⁴ Proposition 1992/93:88, s. 32.

⁵ RÅ 1998 ref. 16.

⁶ Hentze, Margareta och Sylvé, Hans; *Offentlig upphandling*, upplaga 1:2, Stockholm 1998, s. 11ff.

⁷ Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (varudirektivet) ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (byggdirektivet) ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av tjänster (tjänstedirektivet) ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor-, bygg- och anläggningsarbeten (rättsmedelsdirektiv I).

de s.k. försörjningssektorerna.⁸ Till dessa sektorer hör kommuner samt offentliga och privata företag, som producerar eller levererar el, gas, värme och dricksvatten. Även allmänna kommunikationer såsom järnvägar, bussar, tunnelbanor, flygplatser samt hamnanläggningar tillhör försörjningssektorerna.

Det är viktigt att komma ihåg att dessa direktiv endast är tillämpliga på upphandlingar som överstiger de tröskelvärden som framgår av direktiven. De regler som upphandlingsdirektiven innehåller är alltså inte bindande angående reglerna i LOU om upphandlingar under dessa tröskelvärden. Trots detta gäller 1 kap. 1-6 § § samt väsentliga delar av 7 kap. LOU även för 6 kap. LOU. Det har ansetts vara olyckligt om olika tolkningar skapades av samma begrepp samt om tolkningen av en del av lagstiftningen, trots senare lagändringar tolkades enligt upphävda UF och UR.⁹ Dessutom gäller EG-fördragets principer vid all upphandling, även de som inte omfattas av direktiven.¹⁰

2.2 Förslag till nya direktiv

För att göra de olika gemenskapsrättsliga reglerna på området mer enhetliga har EU-kommissionen lagt fram förslag till ändringar av direktiven om offentlig upphandling.¹¹ Förslagen innehåller förenklingar men även ändringar i sak. Målet med dessa ändringar är förutom en förenkling även att uppnå en modernisering samt en flexibilitet.¹² Den föreslagna förenklingen består bland annat i att undanröja de diskrepanser som funnits mellan de klassiska direktiven, genom att föra samman dem i en enda text, samt att göra detta direktiv tydligare och lättare att läsa genom en omstrukturering innebärande en mer logisk uppbyggnad med bland annat kapitel och avsnitt.¹³ Det föreslagna direktivet inom försörjningssektorn innehåller också strukturella förändringar, som till exempel indelningen i fyra avdelningar med kapitel och

⁸ Rådets direktiv 93/38 EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (försörjningsdirektivet) ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998, rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämplade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (rättsmedelsdirektiv II).

⁹ Slavicek (2002) s. 22.

¹⁰ Mer om detta i kapitel 4.3.7.

¹¹ KOM(2000) 275 slutlig samt ändrat förslag KOM(2002) 236 slutlig; KOM(2000) 276 slutlig samt ändrat förslag KOM(2002) 235 slutlig.

¹² Se även Forsberg, Niclas: *Offentlig upphandling i praktiken*, 2:a upplagan, Stockholm 2001, s. 15f.

¹³ KOM(2000) 275 slutlig, s. 2f.

inledande artiklar. Detta för att förenkla läsningen och göra direktivet mer lättöverskådligt.¹⁴

Även vissa ändringar i sak föreslås inom den klassiska sektorn. Målet med dessa ändringar är att uppnå en modernisering för att ta hänsyn till teknikens och näringslivets utveckling, en förenkling för att lätta upp bestämmelser, som ibland är för utförliga och komplicerade samt en flexibilitet, som svar på klagomålen om att förfarandena är för stränga och inte motsvarar de offentliga upphandlarnas behov. Ändringar har därför föreslagits på följande sju områden. Införande av former för datastödd upphandling, införandet av en ny metod - förhandlat förfarande, möjligheten att ingå ramavtal, tydligare bestämmelser om tekniska specifikationer, striktare bestämmelser om urvals- och tilldelningskriterier, enklare tröskelvärden samt den gemensamma upphandlingsordlistan.¹⁵

Samma syfte och mål har de ändringar i sak, som föreslagits inom försörjningssektorn. Förslaget innebär utöver det som sagts ovan angående den klassiska sektorn även att tillämpningsområdet ses över. Förslaget innehåller däremot inte införandet av förhandlat förfarande.¹⁶

Det slutliga arbetet med att utforma två nya upphandlingsdirektiv är ännu inte helt klart. I arbetets slutskede tillkom vissa nya frågor som innebar en fördröjning av processen. Troligtvis kommer de väntade förändringarna att leda till ytterligare lagändringar i LOU.¹⁷ Förslagen till de nya direktiven innehåller i viss mån bestämmelser angående sociala hänsyn. Kommissionens förslag har däremot ändrats vid några tillfällen och fortfarande pågår omarbetningsprocessen med de nya direktiven. Det är bland annat nya formuleringar angående utvärderingskriterier och kontraktstilldelning, som är föremål för oenighet. Europaparlamentet och ministerrådet, med stöd av kommissionen, har befunnit sig på kollisionkurs och en förlikningsprocess har pågått mellan rådet och Parlamentet. Den 3 december 2003 skulle en överenskommelse vara nådd.¹⁸ Så verkar också ha skett. Enligt ett pressmeddelande från Bryssel nåddes en överenskommelse den 2 december 2003, som nu måste godkännas av Europaparlamentet med en majoritet av de avgivna rösterna och av rådet med kvalificerad majoritet.¹⁹ Denna osäkerhet kring utformningen av de nya upphandlingsdirektiven har medfört att jag i den här uppsatsen inte närmare går in på de olika förslagen, förutom i kapitel 4.3.4 angående kontraktstilldelning samt 4.3.6 angående särskilda kontraktsvillkor.

¹⁴ KOM(2000) 276 slutlig, s. 3.

¹⁵ KOM(2000) 275 slutlig s. 3f.

¹⁶ KOM(2000) 276 slutlig s. 5.

¹⁷ <http://www.nou.se/pdf/infomars03.pdf> 2003-04-21 NOU info mars-03;

<http://www.nou.se/pdf/infjun02.pdf> 2003-04-21 NOU info juni-02.

¹⁸ <http://www.njab.se/NJAB/Nyhetsbrev.nsf/0/763A40DA3DFB9F60C1256DBA003D...>

2003-10-12 Anna Wetterqvist, Juridik Idag.

¹⁹ PRES/03/352.

2.3 Lagens syfte och disposition

Två av de mest signifikativa principerna inom gemenskapsrätten är fri rörlighet över gränserna för varor, tjänster, kapital och personer samt förbudet mot diskriminering i artikel 12 i EG-fördraget. Det är mot bakgrund av dessa principer som upphandlingsdirektiven är utformade och således är också huvudsyftet med bestämmelserna om offentlig upphandling att främja handeln och konkurrensen inom EU. Syftet med LOU grundas alltså på tanken om allas möjlighet att erbjuda varor och tjänster på den fria marknaden utan att någon gynnas på bekostnad av någon annan.

LOU består av sju kapitel. 1 kap. innehåller allmänna bestämmelser medan 2-5 kap. reglerar upphandlingar av varor, byggentreprenader, inom försörjningssektorerna samt av tjänster. Dessa kapitel, som bygger på upphandlingsdirektiven innehåller alltså bestämmelser angående upphandling *över* tröskelvärdena. Sverige har däremot utvidgat regelverket till att även omfatta upphandlingar *under* tröskelvärdena. 6 kap. LOU innehåller således bestämmelser om upphandling, som understiger de tröskelvärden som anges i 2-5 kap. Kapitlet reglerar även upphandling av tjänster, oavsett värde, som avses i avdelning B, i bilagan till LOU. 6 kap. gäller även de upphandlingar som enligt 1 kap. 3 § LOU omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget. Regler om överprövning och skadestånd m.m. finns i 7 kap. LOU.

2.4 Definitioner

En *offentlig upphandling* definieras i 1 kap. 5 § LOU som köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster. Det är inte alla som är skyldiga att genomföra offentliga upphandlingar utan endast de som i lagens mening kallas för upphandlande enheter. I 1 kap. 5 och 6 § § LOU finns en fullständig definition av begreppet *upphandlande enhet*. Således är stat, kommuner, landsting och myndigheter skyldiga att genomföra offentliga upphandlingar. Även bolag och olika bolagsformer, som inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär omfattas av begreppet upphandlande enhet om staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet tillskjutit dess huvudsakliga kapital, utövar tillsyn över dess upphandling eller utser mer än hälften av dess styrelseledamöter.

Vissa upphandlingsförfaranden undantas däremot från lagens tillämpningsområde. Dessa framgår av 1 kap. 3 § LOU, som undantar upphandlingsför-

faranden, som överenskommit i ett internationellt avtal mellan någon av staterna inom EES och någon annan stat för ett gemensamt projekt eller upphandlingsförfaranden, som överenskommit i ett avtal beträffande stationering av militär personal. Även upphandlingsförfaranden som överenskommit i en internationell organisation undantas.

Det finns olika *former av offentlig upphandling* och 1 kap. 5 § LOU innehåller en definition av dessa. Vid upphandling över tröskelvärdena skall öppen, selektiv eller förhandlad upphandling tillämpas. Förhandlat förfarande får endast användas i vissa, i lagen angivna, undantagsfall. Vid upphandling enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU används förenklad upphandling, urvalsupphandling eller direktupphandling. Vid upphandling under tröskelvärdena är huvudregeln att upphandling skall ske genom det förenklade förfarandet eller genom urvalsupphandling.

En upphandlande enhet måste alltså beräkna det *totala* värdet av varje upphandling för att se vilka regler som är tillämpliga. Gällande tröskelvärden framgår av förordning (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.²⁰

2.5 Upphandlingsprocessen

Upphandlingens gång kan skilja sig något åt beroende på vilken upphandlingsform som används. Reglerna om upphandling under tröskelvärdena bygger som sagt inte på upphandlingsdirektiven, i den meningen att direktiven inte är bindande för dessa. Detta innebär att de upphandlingsförfaranden som används i sådana upphandlingar är mer flexibla även om de i stora drag ändå följer samma gång, beroende på vilket upphandlingsförfarande som används. Vid upphandlingar över tröskelvärdena skall upphandlande enheter som huvudregel *annonsera* i de Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).²¹ Den upphandlande enheten skall därefter tillhandahålla leverantörerna ett *förfrågningsunderlag*. Förfrågningsunderlaget skall vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav som ställs på det som skall upphandlas. Det är inte tillåtet att under upphandlingsförfarandet tillföra nya krav. Krav som inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget får inte beaktas vid anbudsprövningen. Om det under upphandlingens gång inträffar en omständighet som medför att nya krav bör ställas, måste den upphandlande enheten avbryta upphandlingen och påbörja en ny.²²

²⁰ Se bilaga A för tabell över gällande tröskelvärden.

²¹ 1 kap. 7 § LOU.

²² Föreningen auktoriserade revisorer FAR: *Regler om offentlig upphandling - en presentation*, Stockholm 1996, s. 10ff.

Enligt 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9 § LOU får en leverantör *uteslutas* från deltagande i en upphandling om leverantören är i konkurs eller är dömd för brott avseende yrkesutövningen m.m. Observera att det är en möjlighet för den upphandlande enheten att utesluta leverantören och således inte ett krav att göra så. *Kvalifikationskrav* angående leverantörens finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet kan också ställas. Ibland sker detta innan förfrågningsunderlaget ges ut.²³ Krav kan även ställas på att *särskilda kontraktsvillkor* skall skrivas in i avtalet vid ett eventuellt avtalsslut.²⁴

Därefter finns särskilda bestämmelser om *mottagande och öppnande* av anbud. När detta har skett på ett riktigt sätt återstår själva *prövningen* av de inkomna anbuden. Den upphandlande enheten skall anta det anbud som har lägst anbudspris eller det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt.²⁵ De omständigheter som räknas upp i lagen är inte uttömmande. Även andra kriterier, som till exempel sociala hänsyn, kan räknas in i bedömningen under vissa förutsättningar. Denna framställning skall närmare gå in på dessa i kapitel 4. I de fall då den upphandlande enheten vill pröva inkomna anbud efter principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, måste enheten ange vilka utvärderingskriterier som den avser att lägga till grund för prövningen, i annonsen och/eller i förfrågningsunderlaget. Dessa skall om möjligt rangordnas med den viktigaste först.

När ett *tilldelningsbeslut* om leverantör och anbud fattats skall den upphandlande enheten lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslutet och skälen för det.²⁶

Om en leverantör anser att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av den upphandlande enhetens agerande kan reglerna i kapitel 7 om *överprövning och skadestånd* bli tillämpliga.

2.6 Affärsmässighet

En upphandling måste ske med de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Denna huvudregel finns i 1 kap. 4 § LOU. Tanken är att de fria marknadskrafterna skall leda till att öka rörligheten av varor och tjänster och att priserna på så sätt pressas utan att kvaliteten på varan eller tjänsten blir lidande.²⁷ I upphandlingsdirektiven finns däremot inte någon motsvarighet till detta för LOU så centrala affärsmässighetsbe-

²³ 1 kap. 18 § 2 st. LOU.

²⁴ 1 kap. 18 b § LOU, 6 kap. 10 a § LOU.

²⁵ 1 kap. 22 § LOU, 6 kap. 12 § LOU.

²⁶ 1 kap. 28 § LOU.

²⁷ SOU 2001:9, s. 70f.

grepp. Eftersom begreppet inte heller närmare definieras i lagen och förarbetena har innebörden av detta begrepp diskuterats.

I regeringens proposition angående de senaste ändringarna i LOU står det emellertid klart från lagstiftarens sida att begreppet affärsmässighet inte innehåller strängare krav på hur en upphandling skall genomföras än vad som följer av gemenskapsrätten. Därmed är det således möjligt att ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn samt miljöhänsyn i den utsträckning detta är möjligt enligt det gemenskapsrättsliga regelverket.²⁸

2.7 Lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

Vid sidan om LOU infördes lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU), för att skapa tilltro hos de privata företagen om att de skulle komma att få en affärsmässig och objektiv behandling vid offentliga upphandlingar.²⁹ Syftet med LIU är alltså att säkerställa LOU. Genom lagen ges Konkurrensverket primär rätt att göra en framställan hos Marknadsdomstolen om att en eller flera upphandlande enheter skall förbjudas att tillämpa ett visst upphandlingsförfarande. Det finns däremot endast två avgöranden från Marknadsdomstolen angående LIU och förbud meddelades endast i det ena av dem.³⁰

Förutsättningen för ett sådant förbud är enligt 3 § LIU att den upphandlande enheten tidigare har tillämpat beteendet eller att det finns särskild anledning att befara att enheten kommer att tillämpa ett beteende, som innebär att något företag påtagligt diskrimineras eller på annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningar för konkurrens vid upphandlingen. Den här bestämmelsen innehåller inget uppsåtsrekvisit. Det krävs inte heller att beteendet berott på oaktsamhet. Marknadsdomstolen gör en samlad bedömning, men i själva begreppet otillbörlig ligger generellt att beteendet vid bedömningen framstår som klandervärt i förhållande till vad som är syftet med en upphandling. Någon prövning om den upphandlande enheten handlat affärsmässigt görs inte.³¹

²⁸ Proposition 2001/02:142, s. 35ff.

²⁹ Forsberg (2001), s. 186.

³⁰ I MD 1996:6 ansågs en kommun vid upphandling av hemtjänst ha tillämpat ett beteende som påtagligt diskriminerade företag i förhållande till kommunens egenregiverksamhet och förbjöds enligt 3 § LIU vid vite att tillämpa beteendet eller beteenden, som väsentligen överensstämmer med detta. I MD 2000:12 lämnades ett yrkande om förbud enligt 3 § LIU utan bifall då en länsarbetsnämnds handhavande av situationen vid upphandling av utbildningstjänst inte ansågs innebära att förutsättningarna uppfyllts för ett sådant förbud.

³¹ Forsberg (2001), s. 189.

2.8 Nämnden för offentlig upphandling

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) är en statlig tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen. NOU skall verka för en effektiv upphandling och sprida information genom bland annat nyhetsbrev, skrifter och konferenser.³² De skall även ge ut allmänna råd och kommentarer om hur upphandlingsbestämmelserna skall tolkas samt följa utvecklingen på upphandlingsområdet.³³

³² <http://www.nou.se/omnou.html> 2003-04-21 Om NOU.

³³ Fyra gånger om året ger NOU dessutom ut ett nyhetsbrev som finns att tillgå på deras hemsida (www.nou.se) för dem som vill följa utvecklingen inom området för offentlig upphandling.

3 Gemenskapsrättsliga principer

3.1 Allmänt

Gemenskapsrätten är en självständig rättsordning, skild från både folkrätt och nationell rätt. Samtidigt utgör gemenskapsrätten en del av varje medlemsstats rättsordning och medlemsstaterna är förpliktigade att lojalt tillämpa och ge effekt åt dess regler och principer. I fördragen behandlas inte uttryckligen förhållandet mellan gemenskapsrätten och de nationella rättsordningarna men genom rättspraxis har gemenskapsrätten utvecklats till ett, i förhållande till de nationella rättsordningarna, överordnat rättssystem.³⁴ Gemenskapsrätten utgör därmed en integrerad del av de nationella rättsordningarna och skapar således rättigheter och skyldigheter även för enskilda medborgare inom de kompetensgränser, som ytterst dragits upp genom fördragen. Dessa rättigheter och skyldigheter kan i många fall åberopas direkt inför nationella domstolar och myndigheter om de har s.k. direkt effekt.³⁵

Domstolen i ett medlemsland skall inte heller tillämpa en nationell bestämmelse om denna strider mot en gemenskapsrättslig bestämmelse, om denna har direkt effekt.³⁶ EG-domstolen har även utsträckt denna skyldighet att garantera gemenskapsrättens företräde, till samtliga organ inom de nationella förvaltningarna.³⁷ Upphandlande enheter - eventuellt med undantag för helt eller delvis privata företag, som utför verksamhet med särskilt tillstånd enligt 4 kap. 1 § LOU - torde, i relation till LOU, anses som organ inom de nationella förvaltningarna.³⁸ Vidare skall nationella bestämmelser tolkas så att de överensstämmer med gemenskapsrätten. Denna princip om fördragskonform tolkning är däremot inte begränsad till gemenskapsrättsliga bestämmelser med direkt effekt.³⁹

Med direkt effekt avses alltså att vissa gemenskapsrättsliga bestämmelser kan ge upphov till individuella rättigheter och skyldigheter, vilka kan göras gällande av enskilda inför nationella domstolar och myndigheter. För att en gemenskapsrättslig bestämmelse skall ha direkt effekt krävs att den är ovillkorlig, klar och precis samt att eventuella övergångsperioder gått till ända.

³⁴ Gemenskapsrättens företräde slogs fast genom EG-domstolens dom i målet 6/64 Costa mot ENEL.

³⁵ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders: *Europarättens grunder*, 2:a upplagan, Stockholm 2002, s. 79.

³⁶ Mål C-106/77 Simmenthal.

³⁷ Mål C-103/88 Fratelli Costanzo.

³⁸ Hentze (1998) s. 24.

³⁹ Mål C-157/86 Murphy; Mål C-4/83 Colson och Kamann.

En mycket stor del av reglerna i EG-fördragets centrala delar om fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital har tillerkänts direkt effekt.⁴⁰

Även direktiv kan ha direkt effekt. Enligt artikel 249 i EG-fördraget är direktiv bindande för medlemsstaterna endast med avseende på de resultat som skall uppnås, men överläter åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet. EG-domstolen har däremot utvidgat doktrinen om direkt effekt till att även omfatta direktiv i de fall där korrekt implementering av olika skäl inte skett.⁴¹ Direktiv kan endast ha vertikal effekt vilket innebär att de endast kan åberopas av enskilda gentemot staten och alltså inte gentemot en annan enskild part.⁴² De flesta av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven kan enligt EG-domstolen ha direkt effekt och således åberopas av enskilda vid avvikande nationell lag.⁴³

3.2 Likabehandling, icke diskriminering, transparens, proportionalitet samt ömsesidigt erkännande

Reglerna om offentlig upphandling bygger på vissa allmänna principer inom gemenskapsrätten, som har stor betydelse vid framförallt handeln mellan EU-länderna. Upphandlingsdirektiven är ett direkt utflöde av EG-fördraget och dess principer. Fördragets principer gäller vid all upphandling, även sådan som inte omfattas av direktiven⁴⁴ och under hela upphandlingsprocessen. Särskilt viktiga är likabehandlings- och ickediskrimineringsprincipen, transparensprincipen, proportionalitetsprincipen samt principen om ömsesidigt erkännande.

En grundläggande gemenskapsrättslig princip är likabehandlingsprincipen. Vid offentlig upphandling innebär denna princip att såväl faktiska som potentiella anbudsgivare skall behandlas lika. Hänsyn måste alltså även tas till leverantörer som valt att inte lämna anbud. Dessa kan ha valt att avstå på grund av att de inte anser sig kunna klara den upphandlande enhetens krav.⁴⁵ Samtliga anbudsgivare skall, såvitt det ankommer på den upphandlande enheten, ges lika förutsättningar att uppfylla krav i samband med of-

⁴⁰ Bernitz (2002), s. 87 f.

⁴¹ Se bl.a. mål 41/74 Van Duyn mot Home Office.

⁴² Mål C-91/92 Faccini Dori mot Recreb S.r.l.; Bernitz (2002), s. 89 f.

⁴³ Slavicek (2001), s. 24.

⁴⁴ Se EG-domstolens avgörande i mål C-324/98 Teleustria Verlags GmbH mot Telekom Austria AG. Ett avtal angående tjänstekoncession omfattades inte av reglerna om upphandling i försörjningsdirektivet 93/98/EEG men den upphandlande enheten bedömdes ändå vara skyldig att vid tilldelning av koncessionsavtal iakttä EG-fördragets grundläggande regler, särskilt förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet.

⁴⁵ Föreningen auktoriserade revisorer FAR: *Regler om offentlig upphandling*, Stockholm 2000, s. 14f.

fentlig upphandling. Valet av leverantör skall ske på objektiva grunder och utformningen av krav och kriterier får inte ske med utgångspunkt i att endast en leverantör skall kunna antas.⁴⁶

EG-fördragets artikel 12 innehåller principen om att all diskriminering på grund av nationalitet skall vara förbjuden inom EG-fördragets tillämpningsområde. I upphandlingssammanhang får krav och kriterier inte ha någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater. Villkor som är svårare att efterleva för företag från övriga medlemsstater än för svenska företag kan ha sådan effekt. Därutöver innebär förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet framförallt ett förbud mot inskränkningar i den fria etableringsrätten, mot begränsningar i leverantörens frihet att tillhandahålla varor och tjänster samt mot inskränkningar i arbetskraftens fria rörlighet. Det är viktigt att beakta ickediskrimineringsprincipen i samband med varje enskild upphandling eftersom bedömningen om ett krav är diskriminerande eller inte kan variera mellan olika typer av upphandlingar.⁴⁷

Offentliga upphandlingar måste även genomföras med hänsyn till transparensprincipen eller principen om förutsebarhet och öppenhet, vilket innebär att leverantörer skall ha tillgång till den information som behövs för att de skall ha möjlighet att uppfylla de krav som den upphandlande enheten har ställt upp. Leverantörerna skall ha en reell möjlighet att tillvarata sina intressen. Därför skall de kriterier och villkor som gäller för varje anbud offentliggöras på ett ändamålsenligt sätt av de upphandlande enheterna.⁴⁸

En av gemenskapens allmänna principer är proportionalitetsprincipen. Detta är en princip som grundats på gemensamma rättstraditioner. Proportionalitetsprincipen har utvecklats mycket långt av EG-domstolen och har från början även varit särskild erkänd och välutvecklad i tysk rätt. Rent allmänt betyder principen att skyldigheter inte får åläggas utöver vad som är absolut nödvändigt för att uppnå syftet med regleringen. Karakteristiskt för principen är att den begränsar myndigheternas kompetens att besluta om sådana åtgärder, som ingriper i den enskildes rättssfär.⁴⁹

Vid offentlig upphandling innebär proportionalitetsprincipen att den upphandlande enheten inte får ställa högre krav på leverantören eller föremålet för upphandlingen än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för upphandlingen.⁵⁰

⁴⁶ <http://www.nou.se/pdf/2002-19.pdf> 2003-04-23 Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt, Stockholm 2002, s. 3 i bilaga 3.

⁴⁷ Rapport från NOU (2002), s. 3 i bilaga 3; se även Craig, Paul and De Búrca, Gráinne: *EU law: text, cases, and materials*, 2nd edition, 1998, s. 364 ff.

⁴⁸ SOU 2001:9, s. 73; Rapport från NOU (2002), s. 3 i bilaga 3; se även Craig and de Búrca (1998) s. 368 ff.

⁴⁹ Allgårdh, Olof och Norberg, Sven: *EU och EG-rätten*, Stockholm 1999, s. 76ff; Craig and De Búrca (1998), s. 349ff.

⁵⁰ SOU 2001:9, s. 73ff; Rapport från NOU (2002), s. 4 i bilaga 3.

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att varor och tjänster från aktörer i andra EU-länder skall godtas i Sverige om de är jämförbara med dem, som Sverige godkänner från inhemska producenter. Den upphandlande enheten måste därmed godta tekniska specifikationer, kontroller, bevis, intyg, betyg och kvalifikationer från en annan medlemsstat, som erkänns som likvärdiga med svenska motsvarigheter.⁵¹

⁵¹ SOU 2001:9, s. 72; Rapport från NOU (2002), s. 4 i bilaga 3.

4 Sociala hänsyn vid offentlig upphandling

4.1 Allmänt

Frågan om sociala hänsyn⁵² vid offentlig upphandling har debatterats flitigt. Möjligheten finns att vid offentlig upphandling beakta sociala kriterier. Frågan är snarare i vilken omfattning detta får ske och i vilken upphandlingsfas detta är möjligt.

Gemenskapsrätten har historiskt sett grundat sig på ekonomiska hänsyn men genom Amsterdamfördraget har de sociala målsättningarna fått en mer betydande roll i EG-fördragets målsättningsbestämmelser i fördragets första del och grunden har lagts för en tydligare inriktning av bland annat socialpolitiken och arbetsrätten inom EU. EG-fördragets avdelning om socialpolitik har utvidgats och förtydligats och det finns numera även en särskild avdelning om sysselsättningspolitik.⁵³

EG-fördragets inledande kapitel innehåller ett antal övergripande målsättningsbestämmelser och de sociala målsättningarna har som sagt fått en ökad betydelse häri. I artikel 2 anges som ett av gemenskapens mål att bland annat främja en harmonisk, väl avvägd och hållbar utveckling av näringslivet inom gemenskapen som helhet, en hög nivå i fråga om sysselsättningen och socialt skydd, jämställdhet mellan kvinnor och män samt ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet mellan medlemsstaterna. I artikel 3.1 anges ett flertal olika punkter, som gemenskapens verksamhet skall innefatta för att uppnå de mål, som anges i artikel 2. I all den verksamhet som avses i artikel 3.1 skall gemenskapen enligt artikel 3.2 syfta till att undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män samt främja jämställdhet mellan dem. Genom artikel 13 har gemenskapen även fått en grund att vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.

4.2 Begreppet sociala hänsyn

⁵² Se kapitel 4.2 för innebörden av begreppet sociala hänsyn.

⁵³ Se avdelning XI om socialpolitik m.m. samt avdelning VIII om sysselsättningspolitik; se även proposition 2001/02:142, s. 20ff.

Begreppet sociala hänsyn är ett samlingsbegrepp för kriterier som inte är strikt ekonomiska, med undantag för miljökriterier. Begreppet sociala hänsyn har av EU-kommissionen tolkats i vid bemärkelse. Det omfattar i kommissionens mening såväl åtgärder för att trygga de grundläggande rättigheterna, så som principerna om likabehandling och ickediskriminering, till exempel jämställdhet mellan könen, som nationell lagstiftning samt tillämpliga gemenskapsdirektiv på det sociala området. Vidare omfattar begreppet preferensklausuler, till exempel för integrering av missgynnade personer eller personer som slagits ut från arbetsmarknaden samt positiv särbehandling, särskilt i samband med bekämpning av arbetslöshet och social utslagning.⁵⁴ Att vid offentlig upphandling ta sociala hänsyn kan alltså innebära att man beaktar både arbetsmarknadspolitiska hänsyn samt antidiskrimineringshänsyn.

Slavicek använder begreppet mångfaldshänsyn, som enligt honom handlar om att förhindra en etnisk eller kulturell snedvridning genom att uppnå ett representativt urval av personer av olika etnisk bakgrund och religion men även att öka jämvikten mellan personer av olika kön eller ålder.⁵⁵ I den här uppsatsen använder jag begreppet antidiskrimineringshänsyn bland annat eftersom det används av lagstiftaren i upphandlingssammanhang⁵⁶ men även för att knyta an till den föreslagna antidiskrimineringsklausulen som behandlas i kapitel 5. Det finns ingen tydlig officiell definition av begreppet antidiskrimineringshänsyn men enligt min mening används detta begrepp för att benämna de beaktande som kan göras för att bekämpa diskriminering på grund av kön, etnisk tillhörighet, funktionshinder eller sexuell läggning m.m. Som exempel kan nämnas att man i samband med offentlig upphandling alltså inför s.k. antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakten, som innebär olika åtaganden för kontraktsparten att främja likabehandling i arbetslivet.

4.3 När kan sociala hänsyn beaktas?

EU-kommissionen har utgivit ett tolkningsmeddelande⁵⁷ som syftar till att klargöra i vilken omfattning gällande gemenskapslagstiftning tillåter att sociala hänsyn beaktas vid offentlig upphandling. De nu gällande direktiven om offentlig upphandling innehåller inga särskilda bestämmelser om främjande av sociala mål i samband med offentlig upphandling. Kommissionen anser ändå att gällande gemenskapsrätt på området för offentlig upphandling erbjuder möjligheter att beakta sociala hänsyn.

⁵⁴ Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling [KOM(2001) 566 slutlig].

⁵⁵ Slavicek (2001) s. 6.

⁵⁶ Se bl.a. proposition 2001/02:142 s. 24.

⁵⁷ KOM(2001) 566 slutlig.

För närvarande finns främst detta tolkningsmeddelande från EU-kommissionen att tillgå som vägledning. Frågan blir då vilken vikt, som kan läggas vid detta meddelande i jämförelse med annat material. Det är viktigt att i detta sammanhang vara uppmärksam på att det i sista hand är EG-domstolen som tolkar gemenskapsrätten. EU-kommissionens tolkningsmeddelande speglar endast EU-kommissionens åsikt och är inte juridiskt bindande på något sätt. Än så länge är dock EG-domstolens rättspraxis på området ytterst sparsam vad gäller sociala hänsyn. Framställningen nedan, angående frågan i vilken fas av upphandlingen som sociala hänsyn kan beaktas, utgår alltså från EU-kommissionens tolkningsmeddelande med beaktande av den rättspraxis som finns från EG-domstolen. Möjligtvis kan de nya föreslagna upphandlingsdirektiven beroende på dess slutliga lydelse förändra rättsläget.⁵⁸

Observera även att de begränsningar som kommissionens tolkning av upphandlingsdirektiven innebär, endast avser upphandling över tröskelvärdena. Offentliga upphandlingar enligt 6 kap. LOU är inte bundna av upphandlingsdirektiven men likväl av EG-fördragets bestämmelser och principer, vilka måste följas vid all offentlig upphandling. Olika tolkningar och tillämpningar av samma begrepp i LOU skulle däremot bidra till att öka tolkningssvårigheterna kring reglerna om offentlig upphandling.⁵⁹ Rent EG-rättsligt omfattas dock inte upphandlingar enligt 6 kap. LOU av upphandlingsdirektiven. Därmed omfattas de inte heller av EU-kommissionens tolkning av dessa.

4.3.1 Fastställande av kontrakt föremålet

EU-kommissionen uppmärksammar att den första möjligheten att ta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling är vid valet av själva föremålet för upphandlingen (kontrakt föremålet), i fasen precis innan upphandlingsdirektiven blir tillämpliga.

En upphandlande enhet kan således välja att upphandla varor eller tjänster, som avser att uppfylla en viss samhällsgrupps behov, till exempel inköp av datorer, som är särskilt anpassade för personer med särskilda funktionshinder. Även vissa tjänstekontrakt kan ha sociala ändamål, så som exempelvis kontrakt avseende utbildning för långtidsarbetslösa. Upphandlingen måste dock alltid ske med hänsyn till gemenskapens grundläggande regler och principer om fri rörlighet för varor och tjänster enligt artiklarna 28-30 och 43-55 i Romfördraget.

⁵⁸ Förslagen till dessa nya upphandlingsdirektiv behandlas översiktligt i kapitel 2.2 samt i kap. 4.3.4 och 4.3.6.

⁵⁹ Se även kapitel 2.1. samt kapitel 4.3.7.

Generellt får alltså den upphandlande enheten, vid fastställandet av det som skall upphandlas, fritt välja sådana varor, tjänster eller arbeten, vilka motsvarar dess socialpolitiska prioriteringar, förutsatt att detta val inte leder till att tillgängligheten till upphandlingen begränsas och anbudsgivare från andra stater missgynnas genom brott mot EG-fördragets regler om fri rörlighet för varor och tjänster.⁶⁰

4.3.2 Tekniska specifikationer

Upphandlingsdirektiven samt LOU innehåller bestämmelser om tekniska specifikationer enligt vilka de krav som varan, tjänsten eller entreprenaden måste uppfylla, skall anges i förfrågningsunderlaget eller kravspecifikationen för varje enskild upphandling. En upphandlande enhet kan på detta sätt närmare beskriva den vara eller tjänst som skall upphandlas, förutsatt att en sådan beskrivning överensstämmer med direktiven och att detta inte leder till att vissa anbudsgivare utesluts eller gynnas.⁶¹

Enligt tolkningsmeddelandet kan det, förutom de specifikationer som följer av lagstiftning på det sociala området, även finnas tekniska specifikationer med en social dimension, vilka är ägnade att objektivt beskriva en vara eller tjänst, som till exempel inköp av IT-utrustning/tjänster för synskadade. Sådana krav beskriver produktens tekniska egenskaper och är därmed kopplade till kontrakt föremålet.

Tolkningsmeddelandet anger vidare att krav på tillverkningsprocessen får ställas om dessa bidrar till att beskriva produktens egenskaper i förhållande till konkurrerande produkter och på ett sådant sätt att det av den upphandlande enheten uppställda ändamålet uppfylls. Krav som inte rör själva varan eller tjänsten utgör inte tekniska specifikationer i den mening som avses i upphandlingsdirektiven. Krav på hur företaget drivs utgör till exempel inte tekniska specifikationer. Likaså är det enligt EU-kommissionen inte heller tillåtet att under denna rubrik ställa krav, som gäller anställning av personal från vissa särskilda grupper, som till exempel kvinnor, etniska minoriteter eller personer med funktionshinder.⁶²

⁶⁰ KOM(2001) 566 slutlig, punkt 1.1.

⁶¹ Se artikel 14 i direktiv 92/50/EEG, artikel 8 i direktiv 93/36/EEG, artikel 10 i direktiv 93/37/EEG, artikel 18 i direktiv 93/38/EEG samt 1 kap. 12-14 och 16 § § samt 4 kap. 15 a, 15 b och 15 d § § LOU.

⁶² KOM(2001) 566 slutlig, punkt 1.2.

4.3.3 Urval av anbudssökande eller anbudsgivare

EU-kommissionen framhåller att upphandlingsdirektiven innehåller två typer av urvalsbestämmelser. Den första typen av urvalsbestämmelser innehåller en uttömmande förteckning över sådana fall då en anbudssökandes eller anbudsgivares personliga omständigheter kan leda till att vederbörande utesluts från deltagande i upphandlingsförfarandet. Till exempel om vederbörande är försatt i konkurs, har dömts för brott eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Den andra typen av urvalsbestämmelser är de som föreskriver att anbudssökandes och anbudsgivares respektive lämplighet skall bedömas utifrån kriterier avseende deras ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet.⁶³ Inom försörjningssektorerna har de upphandlande enheterna större frihet då försörjningsdirektivet endast anger att man skall använda i förväg fastställda objektiva kriterier och regler, som skall göras tillgängliga för alla intresserade anbudssökanden och anbudsgivare.⁶⁴ Nedan, angående urval, används begreppet upphandlingsdirektiven men försörjningsdirektivet undantas alltså härifrån.

4.3.3.1 Uteslutning på grund av brott mot den sociala lagstiftningen

Upphandlingsdirektiven innehåller alltså en uttömmande förteckning över sådana fall då uteslutning från deltagande i upphandlingsförfarandet kan ske på grund av personliga omständigheter. Dessa uteslutningsgrunder skall tolkas restriktivt men det måste vidare observeras att uteslutning genom dessa bestämmelser i nuläget inte är obligatorisk utan endast en valmöjlighet för den upphandlande enheten.

Enligt tolkningsmeddelandet möjliggör bestämmelserna i nu gällande upphandlingsdirektiv uteslutning vid urvalsförfarandet vid brott mot sociallagstiftning, till exempel avseende främjande av jämställdhet eller underlåtenhet att följa bestämmelser om likabehandling, hälsa och säkerhet eller sådana bestämmelser som gäller vissa samhällsgrupper. Detta förutsatt att denna lagöverträdelse enligt nationell lagstiftning utgör ett allvarligt fel avseende yrkesutövningen eller ett brott mot yrkesetikern.

⁶³ KOM(2001) 566 slutlig, punkt 1.3; Se även artikel 15 i direktiv 93/36/EEG, artikel 18 i direktiv 93/37/EEG, artikel 23 i direktiv 92/50/EEG, artikel 31.1 i direktiv 93/38/EEG samt 1 kap. 17 och 18 § § LOU. För upphandlingar under tröskelvärdena gäller 6 kap 9 § LOU. Det finns inte någon motsvarande bestämmelse som anger att upplysningar får begäras angående teknisk förmåga och kapacitet samt finansiell och ekonomisk ställning. Något förbud mot att infordra eller själv undersöka sådana uppgifter framgår dock inte av LOU.

⁶⁴ Se artikel 31.1 i direktiv 93/38/EEG.

Det finns ingen definition av begreppet *allvarligt fel i yrkesutövningen*, vare sig i gemenskapsrätten eller i rättspraxis, utan det är därför upp till de enskilda medlemsstaterna att definiera begreppet i sin nationella lagstiftning och därmed avgöra om det är ett allvarligt fel i yrkesutövningen att underlåta att fullgöra vissa skyldigheter på det sociala området. I Spanien anses brott mot lagstiftningen om anställning av funktionshindrade personer vara ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som kan leda till att anbudsgivaren utesluts. I Frankrike finns även ett trettiotal olika orsaker till uteslutning vid brott mot arbetslagstiftningen.⁶⁵ För svenskt vidkommande finns ännu ingen sådan definition som anger att underlåtenhet att fullgöra vissa skyldigheter på det sociala området, som till exempel att underlåtenhet att följa gällande antidiskrimineringslagstiftning skulle utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen.

Vilka brott som avses angående brott mot yrkesetiken eller brott avseende yrkesutövningen, som det uttrycks i LOU är inte givet. I doktrin har framförts den åsikten att de brott som avses torde vara de brott som direkt avser företagets verksamhet, det vill säga skattebrott, ekonomiska brott och brott som avser den specifika verksamheten och som regleras i specialstraffrätten samt är av relevans för upphandlingen.⁶⁶

4.3.3.2 Prövning av teknisk, ekonomisk eller finansiell kapacitet

EU-kommissionen framhåller att upphandlingsdirektiven fastställer vilka kriterier avseende teknisk, ekonomisk och finansiell kapacitet som får beaktas vid urvalet av anbudsgivare och anbudssökande. Dessa så kallade kvalitativa urvalskriterier är uttömmande och tvingande. Andra urvalskriterier än de som avses i direktiven är därför inte förenliga med de nu gällande direktiven.

De krav som får ställas på den *tekniska förmågan och kapaciteten* framgår alltså av direktiven och måste enligt EU-kommissionen också vara direkt kopplade till kontraktsföremålet.⁶⁷ När det gäller de upplysningar och bevis, som får begäras in för att styrka anbudsgivares eller anbudssökandes tekniska förmåga och kapacitet beroende på det enskilda kontraktet, anges även de i en uttömmande förteckning i direktiven. Direktiven tillåter i viss utsträckning att sociala hänsyn beaktas om kontraktet kräver särskild kompetens på det sociala området.

När det gäller de uppgifter som får begäras in får hänsyn endast tas till företagets ”sociala förmåga” eller ”sociala ansvar” om denna förmåga styrker

⁶⁵ KOM(2001) 566 slutlig, punkt 1.3.1.

⁶⁶ Forsberg (2001) s. 89 f; Hentze (1998) s. 164 f.

⁶⁷ Att förteckningen är uttömmande framgår av EG-domstolens förhandsavgörande i mål C-76/81 *Transporute* mot *Ministère des travaux publics*.

företagets tekniska kapacitet att fullgöra det aktuella kontraktet. Dessa begrepp, menar EU-kommissionen, avspeglar en trend hos företagen, att utöver ren efterlevnad av befintlig sociallagstiftning gradvis även ta större sociala och etiska hänsyn i företags- och investeringspolitiken. Dessutom uppmärksammar kommissionen att olika former av social märkning börjat förekomma på marknaden. Social märkning definieras av kommissionen så som formuleringar och symboler på produkter som syftar till att försöka påverka konsumentens köpbeslut genom att tillhandahålla en garanti avseende en affärsprocess sociala och etiska inverkan på andra intressenter.⁶⁸ För Sveriges del kan det i det här sammanhanget vara värt att uppmärksamma att två utredningar redan gjorts angående jämställdhetsmärkning.⁶⁹

Angående leverantörers *ekonomiska och finansiella kapacitet* anges i direktiven olika bevis som anbudssökanden eller anbudsgivaren kan tillhandahålla för att styrka sin kapacitet att fullgöra ett visst kontrakt. De bevis som för närvarande får begäras in för bedömning tillåter inte att sociala hänsyn tas. Förteckningen är visserligen inte uttömmande men andra eventuella bevis som den upphandlande enheten begär in måste dock vara av sådan karaktär att de kan styrka leverantörens ekonomiska och finansiella kapacitet i strikt bemärkelse för den aktuella upphandlingen.⁷⁰

4.3.4 Tilldelning av kontrakt

Urval och kontraktstilldelning utgörs av två olika moment som styrs av olika regler. När den upphandlande enheten valt ut anbudssökande eller anbudsgivare, kan *utvärderingen av anbuden* börja. Detta leder i sin tur till kontraktstilldelning. De två tillåtna kriterierna vid tilldelning av kontrakt är antingen det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.⁷¹ Om kontraktet skall tilldelas *det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet* krävs enligt upphandlingsdirektiven (och således även enligt LOU) att den upphandlande enheten angivit vilka tilldelningskriterier den avser att tillämpa, i förfrågningsunderlaget eller i annonsen. Om det är möjligt skall kriterierna rangordnas med det viktigaste först. De kriterier som anges i upphandlingsdirektiven är till exempel pris, senaste dag för leverans eller utförande, driftkostnader, lönsamhet, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, tekniskt värde, service och tekniskt underhåll. I LOU anges även miljöpåverkan som exempel. De kriterier som räknas upp i upphandlingsdirektiven

⁶⁸ KOM(2001) 566 slutlig, punkt 1.3.2.

⁶⁹ SOU 2001:9 och SOU 2002:30.

⁷⁰ KOM(2001) 566 slutlig, punkt 1.3.

⁷¹ Se artikel 26 i direktiv 93/36/EEG, artikel 30 i direktiv 93/37/EEG, artikel 36 i direktiv 92/50/EEG, artikel 34 i direktiv 93/38/EEG samt 1 kap. 22 § LOU och 6 kap. 12 § LOU för upphandlingar under tröskelvärdena.

samt LOU är inte en uttömmande uppräkningslista. Frågan om sociala hänsyn får beaktas är därför ytterst intressant i den här fasen av upphandlingsförfarandet.

Vid tillämpandet av regeln om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet måste principen om förbud mot diskriminering iakttas. Tilldelningskriterierna måste dessutom enligt EU-kommissionen vara direkt kopplade till kontraktsföremålet eller det sätt på vilket kontraktet skall utföras. Sociala kriterier nämns inte bland de exempel som framgår av direktiven (och LOU) men enligt EU-kommissionen kan ett sådant kriterium vara berättigat om man med socialt kriterium avser ett kriterium som gör det möjligt att bedöma till exempel kvaliteten hos en tjänst, som riktar sig till en viss missgynnad samhällsgrupp. Kommissionen anger som exempel att ett kriterium rörande den metod som föreslås av anbudsgivaren för att säkra en högkvalitativ tjänst som löpande och på ett tillfredsställande sätt uppfyller funktionshindrades särskilda behov, i samband med ett kontrakt avseende tillhandahållandet av IT-tjänster till alla anställda i en kommun, i princip kan vara ett sådant kriterium, som får användas vid val av det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Däremot skulle det stå i strid med gällande direktiv att förbehålla kontrakt åt en bestämd kategori av leverantörer eller att tillämpa prispreferenser. I USA är till exempel 20 procent av kontrakten reserverade för ”small minority businesses”, det vill säga företag som kontrolleras av minoriteter. Det skulle även strida mot gällande upphandlingsdirektiv enligt EU-kommissionen att tillämpa kriterier avseende antalet anställda inom en viss kategori av människor eller krav på upprättande av en jämställdhetsplan. Det vill säga sådana kriterier som inte har något att göra med själva kontraktsföremålet.⁷²

Frågan om varje enskilt tilldelningskriterium måste medföra en direkt ekonomisk fördel för den upphandlande enheten eller om det räcker att varje enskilt tilldelningskriterium är mätbart i ekonomiska termer, utan att behöva tillföra den upphandlande myndigheten en direkt ekonomisk fördel, som avspeglas i kontraktet tas upp av EU-kommissionen. Kommissionen tar tydligt ställning för det första alternativet, att tilldelningskriteriet måste medföra en direkt ekonomisk fördel för den upphandlande enheten.⁷³

*Beentjesmålet*⁷⁴ från 1988 gällde bland annat ett villkor avseende anställning av långtidsarbetslösa. Beentjes hade lämnat det lägsta anbudet men inte fått kontraktet eftersom de enligt motiveringen inte kunnat erbjuda långtidsarbetslösa arbete. Beentjes hävdade att detta stred mot direktiv 71/305/EEG (som numera ersatts av direktiv 93/37/EEG). Domstolen poängterade först vikten av att hålla isär kvalificeringskrav och utvärderingskriterier. Dessa styrs av olika regler och får alltså inte sammanblandas.⁷⁵ Den upphandlande

⁷² KOM(2001) 566 slutlig, punkt 1.4.1.

⁷³ KOM(2001) 566 slutlig, punkt 1.4.1.

⁷⁴ Mål 31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna.

⁷⁵ Se punkt 15 i domen.

enheten hade (med hänvisning till nationell lagstiftning), som utvärderingskriterium använt formuleringen ”the most acceptable tender”. Enligt domstolen kunde det vara förenligt med direktivet om det syftade till bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Domstolen påpekade att de kriterier som använts för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet måste nämnas i annonsen. I det här fallet hade enheten inte gjort någon sådan precisering angående vilka kriterier som skulle bedömas.

Det är främst formuleringen i punkt 37 (iii) i Beentjesdomen som blivit föremål för diskussion.

37 (iii)

the condition relating to the employment of long-term unemployed persons is compatible with the directive if it has no direct or indirect discriminatory effect on tenders from other Member States of the Community. An additional specific condition of this kind must be mentioned in the contract notice.

Denna formulering ledde till en del tolkningssvårigheter men till slut blev den tolkning som förespråkades av EU-kommissionen gällande. Detta innebär att Beentjesdomen lades till grund för de särskilda kontraktsvillkor, som behandlas nedan i kapitel 4.3.6. Domen tolkades som att villkoret att anställa långtidsarbetslösa var ett bindande kontraktsvillkor som också innebar en rätt för den upphandlande enheten att innan den slutliga kontraktstilldelningen utesluta en anbudsgivare som inte kunde uppfylla detta villkor.⁷⁶

I det *franska skolmålet*⁷⁷ från 2000 behandlar EG-domstolen ett antal frågor avseende upphandlingen angående uppförande samt underhåll av skolbyggnader i Frankrike. EU-kommissionen ansåg bland annat att de franska myndigheterna brutit mot reglerna i artikel 30 i direktiv 93/37/EEG om anbudsprovning genom att uppställa ett utvärderingskriterium avseende ett villkor om sysselsättning, som en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslöshet. Kommissionen menade att sysselsättningshänsyn endast var tillåtna som ett villkor för utförande av avtalsförpliktelserna, så som i Beentjesdomen, alltså ett kontraktsvillkor och inte, som ett utvärderingskriterium. De franska myndigheterna menade istället att det inte var frågan om ett utvärderingskriterium utan ett icke avgörande tilläggs-kriterium.

EG-domstolen konstaterade först, i likhet med - och med hänvisning till - Beentjesdomen, att reglerna om utvärdering av anbud inte utesluter alla möjligheter för den upphandlande enheten att, som ett kriterium, använda ett villkor angående bekämpandet av arbetslösheten. Förutsättningen är dock att detta villkor är förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten, särskilt principen om ickediskriminering.⁷⁸ Vidare angav EG-domstolen att även om ett sådant kriterium är förenligt med direktivet så måste det tillämpas med iakttagande av direktivets samtliga förfarandereg-

⁷⁶ Krüger, Kai: ”Non-economical ”soft” and ”green” considerations in public contract award procedures”. I: *Europarättslig Tidskrift*, nummer 1 2002, s. 62.

⁷⁷ Mål C-225/98 Kommissionen mot Frankrike.

⁷⁸ Punkt 50 i domen.

ler, särskilt måste ett sådant kriterium anges i annonsen om upphandlingen, så att leverantörerna får kännedom om det.⁷⁹ Angående parternas olika argument angående villkorets karaktär besvarade EG-domstolen dessa i punkt 52.

52

As regards the Commission's argument that Beentjes concerned a condition of performance of the contract and not a criterion for the award of the contract, it need merely be observed that, as is clear from paragraph 14 of Beentjes, the condition relating to the employment of long-term unemployed persons, which was at issue in that case, had been used as the basis for rejecting a tender and therefore necessarily constituted a criterion for the award of the contract.

Eftersom villkoret att anställa långtidsarbetslösa i Beentjesdomen hade utgjort grund för att utesluta en anbudsgivare var detta att se som ett tilldelningskriterium. EU-kommissionens tolkning förkastades därmed av domstolen.

Eftersom EU-kommissionen inte gjort gällande att det omtvistade kriteriet i det franska skolmålet inte var förenligt med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna eller att det inte omnämns i annonsen, tog EG-domstolen inte heller ställning i dessa frågor.

EG-domstolen har i *Concordiafallet*⁸⁰, ett förhandsavgörande från 2002, berört innehållet i regeln om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Avgörandet avsåg ett anbuds förfarande vid organisationen av hela Helsingfors stads busstrafiknät. Frågan var om det var tillåtet enligt tjänstedirektivet⁸¹ att vid offentlig upphandling, i det här fallet av lokala busstransporttjänster, besluta att tilldela kontraktet till den anbudsgivare som lämnade det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med beaktande av sådana miljökriterier som fordonens låga kväveoxidutsläpp eller låga bullernivå. Vidare avgjordes frågan om det med hänsyn till likabehandlingsprincipen var tillåtet att beakta sådana kriterier, när det på förhand stod klart att den upphandlande enhetens eget trafiknät tillhörde det fåtal företag som kunde tillhandahålla fordon som uppfyllde dessa krav.

EG-domstolen konstaterade att de kriterier som anges i bestämmelsen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för det första inte är en uttömmande uppräkningslista. För det andra skall inte bestämmelsen tolkas så att samtliga kriterier som den upphandlande enheten tillämpar för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall vara av rent ekonomisk art. Det kan nämligen inte uteslutas att faktorer som inte är av rent ekonomisk art kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten.⁸²

⁷⁹ Punkt 51 i domen.

⁸⁰ Mål C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne*.

⁸¹ Rådets direktiv 92/50/EEG.

⁸² Se punkterna 54 och 55 i domen.

Detta konstaterande innebär enligt EG-domstolen emellertid inte att den upphandlande enheten kan tillämpa alla kriterier av detta slag utan kriterierna måste dessutom ha ett samband med upphandlingsföremålet.⁸³ De får inte heller ge enheten en obegränsad valfrihet. Den upphandlande enheten måste även iaktta alla förfaranderegler, bland annat angående offentlighöretande, samt de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, särskilt förbudet mot diskriminering.⁸⁴ I det här målet konstaterade EG-domstolen att likabehandlingsprincipen inte utgjorde något hinder mot att beakta sådana miljöskyddskriterier, som de som var aktuella i förevarande mål, endast på grund av att den upphandlande enhetens eget trafikföretag tillhörde de fåtal företag som kunde tillhandahålla fordon som uppfyllde dessa krav.⁸⁵

EU-kommissionen vill i förslaget till nya upphandlingsdirektiv förtydliga bestämmelserna om utvärdering av anbud så att ordalydelsen istället blir att det är det ekonomiskt mest fördelaktiga ekonomiska anbudet *för den upphandlande myndigheten*, som skall väljas. Vidare görs tillägget att utvärderingskriterierna skall vara *direkt förbundna med kontraktetsföremålet* till föremålet för upphandlingen. Ur förslaget till nytt direktiv inom den klassiska sektorn hämtas nedan återgivna artikel.

Artikel 53 punkt 1b

eller, om tilldelningen sker på grundval av det för den upphandlande myndigheten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier som är direkt förbundna med kontraktetsföremålet t.ex. kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, service och teknisk support, leveransdag och leverans- eller genomförandetid.⁸⁶

I förslaget till nytt direktiv för upphandlingar inom försörjningssektorn återfinns en artikel med i stort sett samma innehåll.⁸⁷

Angående Concordiamålet har Falk berört detta i *Europarättslig Tidskrift* och där hävdad att, med hänsyn till den argumentation som EG-domstolen förde i domskälen, dess tidigare praxis och krav på rangordning av utvärderingskriterierna, ordalydelsen i kommissionens förslag inte kommer att ändra möjligheterna att tillämpa ickeekonomiska kriterier i den offentliga upphandlingen.⁸⁸

Sverige har däremot i rådsarbetsgruppen arbetat för en ändring av reglerna så att de istället ger ökade möjligheter till sociala hänsynstaganden i offentlig upphandling samt innebär en tydligare reglering. Framförallt har Sverige verkat för att bestämmelsen om utvärdering av anbud skall tillåta andra hän-

⁸³ Se punkt 59 i domen.

⁸⁴ Se punkterna 62 och 63 i domen.

⁸⁵ Se punkt 86 i domen.

⁸⁶ KOM(2000) 275, s. 70.

⁸⁷ Se KOM(2000) 276, artikel 54 punkt 1a.

⁸⁸ Falk, Jan-Erik: "Tillåtna kriterier vid offentlig upphandling." I: *Europarättslig Tidskrift*, nummer 1 2003, s. 149-154.

synstaganden än enbart sådana, som har en direkt ekonomisk fördel för den upphandlande enheten.⁸⁹

Europaparlamentets ändringsförslag angående det klassiska direktivet innebär att formuleringarna *för den upphandlande myndigheten* samt *som är direkt förbundna med kontrakt föremålet* lyftes bort ur den föreslagna artikel 53 punkt 1b i det klassiska direktivet. Det gjordes även ett omfattande tillägg till artikeln. Ändringen motiverades av Europaparlamentets vilja att göra det klart att kriterier för kontrakt också kan gälla social- och sysselsättningspolitiska mål så länge de inte är diskriminerande och hindrar öppenheten. Syftet var även att betona ”positiva åtgärder” av en social karaktär i upphandlingsförfaranden på ett sätt som utnyttjar den stora potential som finns i den offentliga upphandlingen när det gäller att styra de ekonomiska aktörernas verksamhet mot sociala målsättningar, i synnerhet främjandet av en stabil sysselsättning och integrering av utslagna grupper på arbetsmarknaden.⁹⁰

Angående förslaget till nytt direktiv inom försörjningssektorn har inte samma ändringar gjorts. Europaparlamentet har inte lyft bort formuleringar som *för den upphandlande enheten* samt *direkt koppling till kontrakt föremålet* utan endast lagt till ytterligare exempel på kriterier så som *miljö- och hälsoeffekter inklusive produktionsmetoder, anbudsgivarens riktlinjer för likabehandling och åtaganden för att integrera personer som är utestängda från arbetsmarknaden*.⁹¹

4.3.4.1 Tillkommande kriterium

Begreppet *tillkommande kriterium* har enligt EU-kommissionen myntats genom EG-domstolens avgörande i Beentjesmålet⁹² samt genom det franska skolmålet⁹³. I Beentjesavgörandet använde domstolen uttrycket ”additional specific condition”⁹⁴ angående ett villkor att anställa långtidsarbetslösa. EU-kommissionen tolkade detta villkor som ett bindande kontraktsvillkor, som också innebär en rätt för den upphandlande enheten att innan den slutliga kontraktstilldelningen utesluta en anbudsgivare som inte kunde uppfylla

⁸⁹ Proposition 2001/02:142, s. 23.

⁹⁰ Europaparlamentets betänkande om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggenrepenader – utskottet för rättsliga frågor och inre marknaden, A5-0378/2001, EGT CE/2002/271/176, ändringsförslag 98.

⁹¹ Europaparlamentets betänkande om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter, A5/2001/379, EGT C E/2002/271 293, ändringsförslag 65.

⁹² Mål 31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna.

⁹³ Mål C-225/98 Kommissionen mot Frankrike.

⁹⁴ Se punkt 37 (iii) i domen.

detta villkor.⁹⁵ I det franska skolmålet förkastade emellertid EG-domstolen denna tolkning och klargjorde att detta villkor var ett tilldelningsvillkor. Enligt EU-kommissionens tolkningsmeddelande är ett sådant villkor som avses i Beentjesdomen och i det franska skolmålet ett ”tillkommande villkor” eftersom de får tillämpas endast då den upphandlande enheten är tvungen att överväga två eller flera ekonomiskt likvärdiga anbud.⁹⁶

NOU tolkar istället begreppet tillkommande kriterium så som ett tilldelningskriterium (ordet utvärderingskriterium kan också användas), som är ”tillkommande” på grund av att det inte fanns uppräknat bland de kriterier som nämns i artikel 29 i direktiv 71/305/EEG, det äldre byggdirektivet (som Beentjesdomen gällde).⁹⁷

Angående begreppet tillkommande kriterium kan man endast konstatera att det är ett tämligen osäkert begrepp. Enligt min mening är det fullkomligt legitimt att ifrågasätta dess innebörd och substans.

4.3.5 Onormalt låga anbud

Enligt gällande upphandlingsdirektiv är de upphandlande enheterna endast skyldiga att begära en förklaring från anbudsgivaren i fråga innan anbudet förkastas om anbudet förefaller onormalt lågt i förhållande till vad som skall levereras. Faktorer som visar på en bristande efterlevnad av arbetsmarknads- eller arbetsmiljöbestämmelser kan enligt direktivens nuvarande utformning beaktas i samband med att man förkastar ett anbud, som är onormalt lågt. De praktiska bestämmelserna om hur en sådan bedömning skall göras styrs av den nationella lagstiftningen.⁹⁸ I Sverige finns ännu ingen sådan lagstiftning.

4.3.6 Särskilda kontraktsvillkor

Enligt EU-kommissionen kan sociala mål främjas genom att man använder sig av kontrakts- eller utförandevillkor, förutsatt att detta sker i överensstämmelse med gemenskapsrätten och att de i synnerhet inte har någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra

⁹⁵ Krüger, Kai: ”Non-economical ”soft” and ”green” considerations in public contract award procedures”. I: *Europarättslig Tidskrift*, nummer 1 2002, s. 62.

⁹⁶Se KOM (2001) 566 slutlig punkt 1.4.2 och <http://www.nou.se/pdf/infdec01.pdf> 2003-04-21 NOU info december-01, s. 24.

⁹⁷ Rapport från NOU (2002), s. 2 i bilaga 3.

⁹⁸ KOM (2001) 566 slutlig, punkt 1.5.

medlemsstater. Utförande av kontrakt regleras inte av upphandlingsdirektiven. Kontraktsvillkoren måste däremot, om de skall användas som upphandlingsvillkor, göras så i överensstämmelse med samtliga förfaranderegler i direktiven, inte minst bestämmelserna om offentliggörande. De måste dessutom med hänsyn till transparensprincipen framgå av annonsen om upphandling.

Utförarvillkoret är en förpliktelse, som den som tilldelats kontraktet måste acceptera och som är kopplat till hur kontraktet skall utföras. Ett anbud från en anbudsgivare, som inte accepterar ett sådant villkor överensstämmer inte med kravspecifikationen och kan därför inte godtas. Det är i princip tillräckligt att anbudsgivaren åtar sig att uppfylla detta krav i händelse av att kontraktet tilldelas denne. Villkoret behöver därför inte vara uppfyllt för att vederbörande överhuvudtaget skall kunna lämna in anbud.

EU-kommissionen exemplifierar en rad kontraktsvillkor av social karaktär, som den upphandlande enheten får kräva av uppdragstagaren. De exempel som kommissionen anger är bland annat krav på anställning av arbetslösa eller ett större antal personer med funktionshinder samt krav på att uppdragstagaren skall vidta åtgärder för att främja jämställdhet mellan könen eller mångfald i fråga om ras och etniskt ursprung. Däremot skulle sådana klausuler som innebär krav på ändring av organisationen, strukturen eller policyn inom ett företag, som är etablerat i en annan medlemsstat, kunna vara diskriminerande eller medföra oberättigade handelshinder. Därför skulle det enligt EU-kommissionen vara svårare att tillämpa kontraktsvillkor som rör utförandet av varuupphandlingskontrakt.⁹⁹

Kommissionen grundar sin uppfattning på EG-domstolens resonemang i Beentjesmålet.¹⁰⁰ Domen tolkades av kommissionen som att det omtvistade villkoret att anställa långtidsarbetslösa var ett bindande kontraktsvillkor, som också innebar en rätt för den upphandlande enheten att innan den slutliga kontraktstilldelningen utesluta en anbudsgivare som inte kunde uppfylla detta villkor.¹⁰¹ Domstolen förtydligade senare sin mening i det franska skolmålet.¹⁰² Där klargjordes att det omtvistade villkoret i Beentjesmålet varit ett utvärderingskriterium och domstolen förkastade därmed kommissionens tolkning av Beentjesdomen. Att åberopa Beentjesdomen som legal grund för särskilda kontraktsvillkor är i min mening därför inte tillräckligt, då detta avgörande i och med det franska skolmålet inte längre har samma bärkraft.

I kommissionens förslag till nytt direktiv inom den klassiska sektorn återfinns, under allmänna bestämmelser, i artikel 23 punkt 3 en bestämmelse

⁹⁹ KOM(2001) 566 slutlig, punkt 1.6.

¹⁰⁰ Mål 31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna.

¹⁰¹ Krüger, Kai: "Non-economical "soft" and "green" considerations in public contract award procedures". I: *Europarättslig Tidskrift*, nummer 1 2002, s. 62.

¹⁰² Mål C-225/98 Kommissionen mot Frankrike.

angående särskilda kontraktsvillkor. Som grund hänvisar kommissionen till Beentjes-domen.

Artikel 23 punkt 3

En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall genomföras på villkor att kraven är förenliga med gemenskapsrätten.¹⁰³

Europaparlamentet hade inga invändningar angående särskilda kontraktsvillkor som sådana och föreslog därför endast att orden *är förenliga med gemenskapsrätten* byts ut mot *inte är diskriminerande och inte strider mot målet att öppna marknaderna på området för offentlig upphandling*. Motiveringen är att det skulle strida mot en välfungerande inre marknad om särskilda krav ledde till omfattande efterforskningar eller ytterligare åtgärder, som inte har samband med upphandlingen, vilket i praktiken skulle leda till att de hindrade konkurrensen.¹⁰⁴

I kommissionens ändrade förslag omformuleras artikeln och får en ny numrering.

Artikel 26 a

Villkor för genomförande av upphandlingen

En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur upphandlingen skall genomföras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i de allmänna specifikationerna. Dessa krav får bl.a. omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn.¹⁰⁵

Därefter ändrade Europaparlamentet än en gång formuleringen. Orden *förenliga med gemenskapsrätten* byts ut mot *inte är diskriminerande och inte strider mot målet att liberalisera marknaderna för offentlig upphandling*. Den sista meningen i kommissionens förslag – *dessa krav får bl.a. omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn* – tas helt bort av Parlamentet. Ändringarna motiveras med att anbudsgivare inte får diskrimineras och att godtyckliga aspekter inom den offentliga upphandlingen, som saknar samband med föremålet för avtalet, därför måste uteslutas.¹⁰⁶

Europaparlamentet vill alltså tydliggöra att aspekter som saknar samband med föremålet för upphandlingen inte får utgöra den här sortens särskilda kontraktsvillkor vid offentliga upphandlingar inom den klassiska sektorn.

Angående förslaget till nytt direktiv inom försörjningssektorn återfinns inte samma oenighet angående sambandet med föremålet för upphandlingen. Varken EU-kommissionen eller Europaparlamentet har lyft fram liknade

¹⁰³ KOM (2000) 275 slutlig, s. 50 och s. 17.

¹⁰⁴ Europaparlamentets betänkande, A5-0378/2001, ändringsförslag 43.

¹⁰⁵ KOM(2002) 236 slutlig, s. 17.

¹⁰⁶ Europaparlamentets andrabehandlingsrekommendation om rådets gemensamma ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader, A5/2003/242, ändringsförslag 38.

krav angående särskilda kontraktsvillkor vid offentliga upphandlingar inom försörjningssektorn enligt detta föreslagna direktiv.¹⁰⁷

4.3.7 Offentlig upphandling under tröskelvärdena

EU-kommissionens tolkningsmeddelande avser de nu gällande upphandlingsdirektiven. De regler som Sverige har infört i 6 kap. LOU, främst angående offentliga upphandlingar under tröskelvärdena, bygger däremot inte på upphandlingsdirektiven i den meningen att upphandlingsdirektiven inte är bindande angående dessa bestämmelser. Vad gäller då för den här sortens upphandlingar? Kan sociala hänsyn beaktas i en större grad? Även om upphandlingsdirektiven inte är styrande för upphandlingar under tröskelvärdena gäller emellertid de grundläggande reglerna i EG-fördraget, särskilt reglerna om fri rörlighet och principerna om likabehandling, transparens och ömsesidigt erkännande samt förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet. Detta innebär särskilt att lämplig öppenhet måste säkerställas och att anbudsgivarna skall behandlas lika.

När det gäller att förbehålla särskilda samhällsgrupper, till exempel funktionshindrade eller arbetslösa vissa upphandlingskontrakt kan detta vara tillåtet menar EU-kommissionen, såtillvida att det inte innebär en direkt eller indirekt diskriminering gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater och inte heller utgör ett oberättigat handelshinder. Om deltagandet är öppet för till exempel skyddade verkstäder i de övriga medlemsstaterna torde upphandlingsförfarandet inte anses som diskriminerande.¹⁰⁸

I förarbetena¹⁰⁹ förutsattes att 6 kap. LOU, där så är möjligt och lämpligt skulle tolkas i enlighet med UF och UR. Emellertid har ändringar gjorts, jämfört med UF och UR, i 6 kap. LOU för att mer motsvara de direktivstyrda kapitlena. Exempelvis infördes regler om lägsta pris och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som utvärderingsformer.¹¹⁰ Enligt lagkommentaren till LOU skall de paragrafer i 6 kap. LOU, till exempel 6 kap. 12 §, som begreppsmässigt har anpassats till motsvarande skrivningar i de övriga kapitlena även tolkas på samma sätt som dessa.¹¹¹ Även Slavicek har ansett

¹⁰⁷ Se KOM(2000) 276 slutlig, artikel 33 stycke 3; Europaparlamentets betänkande om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter, A5/2001/379, EGT C E/2002/271 293, ändringsförslag 33; KOM(2002) 235 slutlig, artikel 37a; Europaparlamentets andrabehandlingsrekommendation om rådets gemensamma ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, A5/2003/245, ändringsförslag 32.

¹⁰⁸ KOM(2001) 566 slutlig, punkt 2.

¹⁰⁹ Bl.a. proposition 93/94:78 s. 14ff.

¹¹⁰ Hentze (1998) s. 394ff.

¹¹¹ Hentze (1998) s. 396.

det vara olyckligt om olika tolkningar skapades av samma begrepp samt om tolkningen av en del av lagstiftningen, trots senare lagändringar tolkades enligt upphävda UF och UR i sådana fall där upphandling sker utanför direktivens tillämpningsområde.¹¹²

4.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan man säga att en upphandlingsprocess består av olika stadier, som måste hållas isär då de styrs av olika regler. Tekniska krav kan uppställas på upphandlingsobjektet i förfrågningsunderlaget eller kravspecifikationen för varje enskild upphandling. Möjligheten att här beakta sociala hänsyn är begränsad till de fall då dessa är kopplade till kontraktets föremålet. Vid urvalet av anbudssökande och anbudsgivare kan uteslutning ske på grund av bland annat brott mot den sociala lagstiftningen förutsatt att detta brott enligt nationell lagstiftning utgör ett allvarligt fel avseende yrkesutövningen eller ett brott mot yrkesetikern. Urval kan också ske genom prövning av den tekniska, ekonomiska eller finansiella kapaciteten hos anbudssökanden eller anbudsgivaren. De krav som får ställas på den tekniska förmågan och kapaciteten måste även de vara direkt kopplade till kontraktets föremålet. Likaså måste de bevis som får begäras in för bedömning av den ekonomiska och finansiella kapaciteten vara av sådan karaktär att de i strikt bemärkelse kan styrka denna kapacitet för den aktuella upphandlingen.

När det gäller själva tilldelningen av kontraktet avgör antingen det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I Concordiafallet slog EG-domstolen fast att de kriterier som beaktas för att bedöma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga inte måste vara av ren ekonomisk art eftersom sådana icke rent ekonomiska faktorer ändå kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande enheten. Kriterierna får däremot inte ge enheten en obegränsad frihet och de måste dessutom ha ett samband till upphandlingsföremålet. Enligt EU-kommissionen kan sociala mål även främjas genom användandet av kontraktsvillkor förutsatt att dessa framgår av annonsen och inte heller i övrigt strider mot gemenskapsrätten.

¹¹² Slavicek (2002) s. 22.

5 Antidiskrimineringsklausuler

5.1 Allmänt

Genom diskrimineringsutredningens betänkande ”Räkna med mångfald”¹¹³ initierades i mitten av 1990-talet möjligheten att vid offentlig upphandling i Sverige beakta antidiskrimineringshänsyn. Det finns ingen tydlig officiell definition av begreppet antidiskrimineringshänsyn men enligt min mening används detta begrepp för att benämna de beaktande som kan göras för att bekämpa diskriminering på grund av kön, etnisk tillhörighet, funktionshinder eller sexuell läggning m.m.

I syfte att stimulera utvecklingen av nya instrument och metoder för att främja jämställdhet mellan kvinnor och män tillsatte regeringen därefter kommittén om frivillig jämställdhetsmärkning. Dess uppdrag var att utreda möjligheterna att införa ett system för frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster som uppfyller vissa på förhand uppställda kriterier (på samma sätt som till exempel Svanenmärket används för att märka produkter i miljöhänseende). Det första delbetänkandet behandlade bland annat möjligheten att inom ramen för offentlig upphandling införa krav på frivillig jämställdhetsmärkning.¹¹⁴ I delbetänkandet hänvisades till det slutliga huvudbetänkandet för en utvecklande diskussion om möjligheterna att vid offentlig upphandling beakta krav på sociala hänsyn. Tyvärr saknades denna utlovade diskussion i slutbetänkandet.¹¹⁵

Upphandlingskommitténs slutbetänkande ”Mera värde för pengarna”¹¹⁶ behandlade bland annat frågan om antidiskrimineringshänsyn vid offentlig upphandling. I regeringens proposition föreslogs därefter ändringar i LOU.¹¹⁷

Från och med den 1 juli 2002 har det därmed införts en bestämmelse om särskilda kontraktsvillkor i 1 kap. 18 b § LOU.

18 b § En upphandlande enhet får ställa särskilda villkor för hur uppdraget skall genomföras. Sådana villkor skall anges i annonsen om upphandling. Lag (2002:594).

¹¹³ SOU 1997:174.

¹¹⁴ SOU 2001:9.

¹¹⁵ SOU 2002:30.

¹¹⁶ SOU 2001:31.

¹¹⁷ Proposition 2001/02:142.

Angående upphandling enligt 6 kap. LOU, som bland annat understiger tröskelvärdena infördes i detta kapitel också en bestämmelse angående särskilda kontraktsvillkor.

10 a § En upphandlande enhet får ställa särskilda villkor för hur uppdraget skall genomföras. Sådana villkor skall anges i förfrågningsunderlaget om de inte angetts i annonsen med begäran om anbud eller i ansökningsinbjudan. Lag (2002:594).

I regeringens förslag anges att särskilda kontraktsvillkor kan användas i olika syften. Enligt regeringen är det särskilt angeläget att de upphandlande enheterna utnyttjar möjligheten att genom särskilda kontraktsvillkor använda sig av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Vidare menar regeringen att dessa klausuler skulle kunna gälla generella åtaganden att följa gällande lagstiftning mot olika former av diskriminering och att upprätta en jämställdhetsplan på arbetsplatsen. De skulle även kunna innefatta krav på åtgärder för att främja etnisk mångfald på arbetsplatsen samt åtaganden gällande exempelvis upprättande av en antidiskrimineringspolicy.

För att ge de upphandlande enheterna ledning avseende vilken typ av kontraktsvillkor som kan användas vid kontrakt, som tilldelas i offentlig upphandling gav regeringen, i januari 2002, i uppdrag åt NOU att ta fram exempel på sådana antidiskrimineringsklausuler, som är förenliga med LOU och gemenskapsrättens bestämmelser. Enligt regeringen skulle det vara exempel på villkor för att främja likabehandling i arbetslivet oavsett kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Klausulerna skulle också utgöra exempel på åtaganden av en leverantör att följa diskrimineringsförbud i lag och därtill kopplade rättsföljder om leverantören överträder ett diskrimineringsförbud.¹¹⁸

5.2 Omfattningen av NOU:s klausulexempel

NOU har i redovisningen av sitt förslag bland annat på grund av tidsbrist avgränsat uppdraget till att avse ett klausulexempel som endast omfattar krav på leverantören att följa gällande arbetsrättsliga antidiskrimineringslagar, vilka förmodas vara förenliga med gemenskapsrätten.¹¹⁹ Enligt 1 § i klausulexemplet omfattar klausulen inte lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan. Enligt NOU beror detta på att antidiskrimineringsklausuler utgör särskilda kontraktsvillkor och inte andra utvärderingsgrunder och eftersom de krav på likabehandling som ställs i lagen sannolikt enligt NOU skulle kunna ställas på anbudsgivaren i förfrågningsunderlagets kravspecifikation/uppdragsbeskrivning i samband med upphandlingar som högskolorna gör för att lägga ut verksamhet på entreprenad. Des-

¹¹⁸ Proposition 2001:02:142, s. 44f.

¹¹⁹ Se bilaga B för NOU:s klausulexempel.

sa krav anses av NOU i de flesta fall kunna kopplas direkt till tjänstens eller entreprenadens utförande. Detsamma gäller beträffande den straffrättsliga bestämmelsen om olaga diskriminering i 16 kap. 9 § Brottsbalken.¹²⁰

5.2.1 Tillämpningsområde

Enligt regeringens proposition och NOU: s rapport skall tillämpningsområdet för särskilda kontraktsvillkor inom det sociala området vara begränsat till köp av tjänster och bygg- och anläggningsarbeten eftersom det är fråga om villkor för uppdragets utförande. Vid varuupphandlingar kan klausuler, som påverkar organisationen eller policyn för en anbudsgivare från en annan medlemsstat därför vara diskriminerande eller medföra oberättigade handelshinder. Paragraferna i LOU om särskilda kontraktsvillkor är dock tillämpliga på upphandlingar som sker enligt 2 kap. LOU och 6 kap. LOU, alltså även varuupphandlingar. Detta med anledning av att det ibland förekommer blandade kontrakt, som innefattar inslag av både tjänste- och varuupphandling eller bygg- och anläggningsarbete i kombination med varuupphandling. I dessa fall kan antidiskrimineringsklausuler komma ifråga i den del varukontrakten består av tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten.¹²¹

5.2.2 Respekten för grundläggande principer

All offentlig upphandling måste ske med beaktande av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Dessa principer är likabehandlingsprincipen, ickediskrimineringsprincipen, transparensprincipen, proportionalitetsprincipen samt principen om ömsesidigt erkännande. Dessa principer beskrivs översiktligt i kapitel 3, men i samband med särskilt antidiskrimineringsklausulerna finns det anledning att gå närmare in på principerna om likabehandling samt proportionalitet.

5.2.2.1 Likabehandling

Antidiskrimineringsklausuler skall utformas på ett objektivet sätt och gälla för alla leverantörer som avser att lämna anbud. Anbudsgivare från andra medlemsstater får inte heller direkt eller indirekt diskrimineras genom klau-

¹²⁰ Rapport från NOU (2002) s. 6f.

¹²¹ Proposition 2001/02:142 s. 95; Rapport från NOU (2002) s. 11f.

sulens utformning. Det får inte vara svårare för utländska leverantörer att uppfylla klausulens krav. Med bakgrund av EU-kommissionens tolkningsmeddelande har NOU utformat klausulexemplet till att endast omfatta upphandlingar som avser anskaffning av tjänster, bygg- eller anläggningsentreprenader, som skall utföras i Sverige eftersom det enligt kommissionen skulle vara svårare att tillämpa den här sortens kontraktsvillkor i varukontrakt. NOU förutsätter att det inte kan innebära att leverantörer från andra medlemsstater diskrimineras om de åläggs att följa svensk lagstiftning i Sverige så länge lagstiftningen är förenlig med gemenskapsrätten.¹²²

5.2.2.2 Proportionalitet

NOU tar i sin rapport också upp den aspekten att en antidiskrimineringsklausul måste stå i proportion till det enskilda upphandlingskontraktet. Detta innebär bland annat att klausulen endast kan avse den del av leverantörens verksamhet, som omfattas av upphandlingskontraktet. Detta leder till att även kontrollåtgärder för att kontrollera att klausulen följs samt eventuella påföljder vid brott mot denna endast får omfatta den del av leverantörens verksamhet, som är inblandad i genomförandet av upphandlingskontraktet.

Av proportionalitetsprincipen följer även att användningen av antidiskrimineringsklausuler kräver att avtalsrelationen har en viss varaktighet. Vad som menas med viss varaktighet anges inte men vid korta kontraktsförhållanden föreligger oftast nästan obefintliga kontrollmöjligheter och detta innebär enligt NOU att det är mycket tveksamt med långtgående krav i dessa fall.¹²³

5.3 Var skall antidiskrimineringsklausulen anges?

Av lagtexten i LOU framgår att antidiskrimineringsklausulen skall anges i annonsen, vid upphandlingar enligt 2-5 kap. LOU. Vid förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar enligt 6 kap. LOU skall klausulen anges i förfrågningsunderlaget om den inte angivits i annonsen respektive ansökningsinbjudan. NOU gör tolkningen att det får anses tillräckligt att i annonsen ange att den upphandlande enheten avser att tillämpa antidiskrimineringsklausuler i kontraktet med leverantören. Om annonsen skulle innehålla klausulen i sin helhet skulle den bli alltför omfattande.¹²⁴

¹²² Rapport från NOU (2002) s. 10.

¹²³ Rapport från NOU (2002) s. 11.

¹²⁴ Rapport från NOU (2002) s. 12.

Vid upphandlingar över tröskelvärdena krävs inte att antidiskrimineringsklausuler skall anges i sin helhet i förfrågningsunderlaget. NOU anser däremot att i de fall då den upphandlande enheten utformar egna klausuler bör dessa framgå i sin helhet av förfrågningsunderlaget. I de fall då annonsering inte krävs enligt 2-5 kap. anses det vidare tillräckligt enligt NOU att klausulen anges i förfrågningsunderlaget. Avslutningsvis skall klausulexemplet, enligt NOU, ordagrant överföras från förfrågningsunderlaget till kontraktet.¹²⁵

5.4 Om anbudsgivaren inte accepterar antidiskrimineringsklausulen

En antidiskrimineringsklausul är en förpliktelse som skall uppfyllas vid genomförandet av kontraktet. Som ovan angivits är det EU-kommissionens mening att det är tillräckligt att anbudsgivaren vid lämnandet av anbudet endast åtar sig att uppfylla villkoret vid händelse av att kontraktet tilldelas denne. Anbudsgivaren behöver således inte redan vid denna tidpunkt ha uppfyllt kraven i antidiskrimineringsklausulen. Däremot kan inte ett anbud godtas från en anbudsgivare, som vägrar att acceptera ett sådant villkor eftersom anbudet därmed inte överensstämmer med kravspecifikationen. NOU delar också EU-kommissionens mening i ovanstående fråga. Om en anbudsgivare utesluts ur upphandlingen på grund av att denne uttryckligen inte accepterar en antidiskrimineringsklausul erinrar NOU om vikten av att den upphandlande enheten dokumenterar detta i rapporten/protokollet över upphandlingen.¹²⁶

5.5 Påföljd vid avtalsbrott

Om antidiskrimineringsklausuler eller andra särskilda villkor i upphandlingskontraktet används är det upp till den upphandlande enheten att själv kontrollera efterlevnaden av villkoret och överväga vilka sanktioner som skall knytas till villkoret. I regeringens proposition anges vite samt hävning, som exempel på påföljder, som kan förutbestämmas i kontraktet, vid brott mot antidiskrimineringsklausuler.¹²⁷ NOU har däremot valt att endast införa vite som påföljd vid avtalsbrott mot deras klausulexempel. NOU har gjort bedömningen att hävning visserligen är ett kraftfullt instrument, som även

¹²⁵ Rapport från NOU (2002) s. 12f.

¹²⁶ Rapport från NOU (2002) s. 13.

¹²⁷ Proposition 2001/02:142 s. 44.

tydliggör den upphandlande enhetens ståndpunkt angående antidiskrimineringsfrågor, men som sannolikt även skulle avskräcka leverantörer, framförallt småföretag, från att delta i offentlig upphandling. Vidare anser NOU att ett sådant försvagande av konkurrensen troligtvis skulle leda till en ökning av kostnaderna inom den offentliga sektorn. Dessutom är hävning en ingripande åtgärd, som medför att den upphandlande enheten måste byta leverantör och därför genomföra en ny upphandling med följderna att enheten därför riskerar att åtminstone under upphandlingsperioden stå utan leverantör.¹²⁸

Hävning är trots detta inte utesluten. Innehåller avtalet en allmän hävningsklausul kan denna möjligtvis bli tillämplig om leverantören bryter mot antidiskrimineringsklausulen. Om avtalet inte innehåller en hävningsklausul kan däremot den praxis angående hävning som utvecklats inom avtalsrätten bli aktuell, så som rätt till hävning vid ett väsentligt avtalsbrott. Om ett brott mot antidiskrimineringsklausulen är att se som väsentligt blir då en bedömningsfråga.

Vid fall då underleverantörer inte följer klausulexemplet anser NOU att det vore alltför långtgående att ställa krav på att leverantören skall ansvara för underleverantörernas regelefterlevnad. Detta trots att klausulexemplet därmed tappar i räckvidd. NOU:s klausulexempel omfattar därför enbart förhållandet mellan den upphandlande enheten och leverantören som undertecknat kontraktet.¹²⁹ Däremot kan ju parterna ändå avtala med tredje man om detta om de så önskar.

5.6 Uppföljning

Det är i nuläget frivilligt för en upphandlande enhet att använda sig av antidiskrimineringsklausuler. Det har i tidigare sammanhang föreslagits att det istället skulle åläggas en sådan skyldighet men så har alltså inte skett.¹³⁰

Eftersom det är frivilligt att tillämpa den här sortens klausuler är det även upp till den upphandlande enheten att själv utföra kontrollen av dess efterlevnad. Man kan hävda att det skulle vara alltför resurskrävande och dessutom kräva en viss utbildning även inom de större upphandlingsenheter där upphandlingsförfarandet ibland är noggrant organiserat. Anställd personal har möjligtvis genomgått utbildningar i offentlig upphandling. Däremot besitter de kanske ändå inte all den kunskap som krävs för att kontrollera att innehållet i antidiskrimineringsklausulerna följs. För detta krävs ju dessut-

¹²⁸ Rapport från NOU (2002) s. 15f.

¹²⁹ Rapport från NOU (2002) s. 16f.

¹³⁰ Se bland annat SOU 2001:9.

om att personalen är insatt i tillämpliga antidiskrimineringslagar och därmed också har kunskap om vad som kan krävas enligt dessa.¹³¹

Frågan om i vilken utsträckning antidiskrimineringsklausuler används i praktiken utreds just nu av NOU, på uppdrag av regeringen.¹³² NOU skall kartlägga i vilken utsträckning som myndigheterna använder sig av det föreslagna klausulexemplet eller om någon annan liknande klausul används och om antidiskrimineringsklausuler inte används, skälen till detta. NOU skall också redovisa vilka eventuella problem som myndigheterna har vid användningen av antidiskrimineringsklausuler.¹³³

Utvärderingens första del redovisades den 26 augusti 2003 och innehåller resultatet av de enkätsvar som NOU fått in.¹³⁴ Enkäten har skickats ut till samtliga statliga myndigheter i Sverige. Dessa är ungefär 300 till antalet. Vidare skall andra delen av utvärderingen redovisas den 1 juli 2004 då ytterligare en enkät skall ha skickats ut till samtliga statliga myndigheter samt till ett representativt urval av andra upphandlande enheter. I slutrapporten nästa år skall även redovisas vilka åtgärder som de upphandlande enheterna vidtagit för att kontrollera efterlevnaden av klausulerna. JämO, DO, HomO samt HO skall även ges tillfälle att yttra sig över resultatet av redovisningarna. Utvärderingen skall utgöra underlag för ett eventuellt beslut att ålägga statliga myndigheter att använda någon form av antidiskrimineringsklausul.

I den första delrapporten från NOU sägs sammanfattningsvis att endast ett fåtal statliga myndigheter använder antidiskrimineringsklausuler. De skäl som enligt rapporten angivits till att klausulerna inte används är av varierande karaktär men den vanligaste orsaken är att myndigheterna inte gjort någon egen upphandling sedan lagändringen angående särskilda kontraktsvillkor infördes eller att myndigheterna gjort så små upphandlingar att användningen av antidiskrimineringsklausuler inte bedömts meningsfulla. Resursbrist och svårighet att följa upp klausulerna har också angivits som viktiga skäl, liksom bristande kunskap om såväl LOU som antidiskrimineringslagstiftningen. Den totala upphandlingsvolymen vid de statliga myndigheter som uppgivit att de använder antidiskrimineringsklausuler vid upphandlingskontrakt var år 2002 knappt 3 miljarder kronor, enligt delrapporten. Den totala årliga upphandlingsvolymen inom staten beräknas vara ca 100 miljarder kronor.¹³⁵

¹³¹ Man kan göra gällande att det snarare kunde vara mer ändamålsenligt och ekonomiskt försvarbart att tillskjuta de ekonomiska resurser som ändå skulle krävas, till diskrimineringsombudsmännen för en förstärkning av deras kontrollmöjligheter och för ett vidare utvecklande av antidiskrimineringslagstiftningen. Jag har inte tagit ställning i denna fråga och har dessutom valt att i detta arbete inte närmare gå in på sådana ekonomiska aspekter.

¹³² Fi2002/422.

¹³³ <http://www.nou.se/pdf/infomars03.pdf> 2003-04-21 NOU info mars-03, s. 9f.

¹³⁴ <http://www.nou.se/pdf/2003-0047.pdf> 2003-09-30 Delrapport rörande Uppdrag till nämnden för offentlig upphandling att göra en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.

¹³⁵ <http://www.nou.se/pdf/2003-0047.pdf> 2003-09-30 Delrapport rörande Uppdrag till nämnden för offentlig upphandling att göra en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt, s. 1.

6 Avslutande kommentarer

Lagen om offentlig upphandling är en mycket teknisk och svåröverskådlig lag. Den innehåller olika regler beroende på upphandlingens olika faser samtidigt som den reglerar olika upphandlingsförfaranden. Lagen bygger på flera EU-direktiv som för närvarande befinner sig i en omarbetningsprocess. Direktiven bygger i sin tur på två av de mest signifikativa principerna inom gemenskapsrätten, fri rörlighet över gränserna för varor, tjänster, kapital och personer samt förbudet mot diskriminering. Huvudsyftet med lagen om offentlig upphandling är således att främja handeln och konkurrensen. I Sverige har man dessutom valt att i lag även reglera upphandlingar under tröskelvärdena trots att EU-direktiven endast omfattar offentlig upphandling över vissa bestämda tröskelvärden.

Vid offentlig upphandling måste också vissa allmänna principer inom gemenskapsrätten iaktas. Dessa principer är likabehandlingsprincipen, förbudet mot diskriminering, transparensprincipen, proportionalitetsprincipen samt principen om ömsesidigt erkännande. Vid upphandlingar, även under tröskelvärdena, måste dessa principer respekteras.

I Sverige har i det här sammanhanget införts principen om affärsmässighet. Detta uttryck finns inte i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna och dess innebörd har därför diskuterats utförligt. Inför den senaste lagändringen uttalade regeringen att begreppet affärsmässighet inte innehåller strängare krav på hur en upphandling skall genomföras än vad som följer av gemenskapsrätten. Detta begrepp begränsar därmed inte möjligheten att i förhållande till gemenskapsrätten beakta antidiskrimineringshänsyn.

Inom gemenskapsrätten har de sociala målsättningarna, till exempel jämställdhet mellan kvinnor och män fått en ökad betydelse. Angående de möjligheter som finns att enligt gemenskapsrätten beakta antidiskrimineringshänsyn finns för närvarande EU-kommissionens tolkningsmeddelande som vägledning. Det finns även några intressanta avgöranden från EG-domstolen. Det är viktigt att komma ihåg att EU-kommissionens tolkning av gemenskapsrätten är omdiskuterad på många områden och att det trots allt är EG-domstolen som i sista hand faktiskt avgör vad som är tillåtet enligt gemenskapsrätten.

Det är viktigt att hålla isär de olika delarna av upphandlingsprocessen eftersom olika regler är tillämpliga och därmed blir också möjligheterna att beakta antidiskrimineringshänsyn varierande. Tekniska krav kan uppställas på upphandlingsobjektet i förfrågningsunderlaget eller kravspecifikationen för varje enskild upphandling. Möjligheten att här beakta antidiskrimineringshänsyn är begränsad till de fall då dessa är kopplade till kontrakt föremålet.

Vid urvalet av anbudssökande och anbudsgivare kan uteslutning ske på grund av bland annat brott mot den sociala lagstiftningen förutsatt att detta brott enligt nationell lagstiftning utgör ett allvarligt fel avseende yrkesutövningen eller ett brott mot yrkesetiken. Här finns en möjlighet för Sverige att införa regler om att en överträdelse av till exempel antidiskrimineringslagstiftningen skulle utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Urval kan också ske genom prövning av den tekniska, ekonomiska eller finansiella kapaciteten hos anbudssökanden eller anbudsgivaren. De krav som får ställas på den tekniska förmågan och kapaciteten måste vara direkt kopplade till kontraktets föremål. Likaså måste de bevis som får begäras in för bedömning av den ekonomiska och finansiella kapaciteten vara av sådan karaktär att de i strikt bemärkelse kan styrka denna kapacitet för den aktuella upphandlingen.

När det gäller själva tilldelningen av kontraktet finns det två alternativ. Antingen avgör det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Om det är det mest fördelaktiga anbudet som skall väljas så måste detta anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. De kriterier som den upphandlande enheten väljer att beakta måste anges och rangordnas om möjligt. I Concordiafallet konstaterade EG-domstolen att de kriterier som nämns som alternativ i direktiven inte är en uttömmande uppräkningslista utan andra kriterier kan även beaktas. Domstolen slog vidare fast att sådana kriterier inte måste vara av ren ekonomisk art eftersom det inte kan uteslutas att faktorer, som inte är av ren ekonomisk art kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande enheten. Så här långt borde antidiskrimineringshänsyn kunna beaktas i den här upphandlingsfasen men EG-domstolen fortsätter sitt resonemang. Kriterierna får bland annat inte ge enheten en obegränsad frihet och de måste dessutom ha ett samband till upphandlingsföremålet. I Concordiafallet tog domstolen ställning till frågan om miljökriterier vid upphandling av busstrafiken i Helsingfors. När det gäller antidiskrimineringshänsyn kan det bli svårare att koppla dessa till upphandlingsföremålet till exempel vid, som i det här fallet, upphandling av busstrafiken.

Enligt EU-kommissionen kan sociala mål även främjas genom användandet av kontraktsvillkor förutsatt att dessa framgår av annonsen och inte heller i övrigt strider mot gemenskapsrätten. Sverige införde följaktligen också år 2002 bestämmelser i LOU, angående särskilda kontraktsvillkor. Regeringen grundade sitt förslag på bland annat EU-kommissionens tolkningsmeddelande samt de ändringsförslag från kommissionen som för närvarande behandlas. På det här området anser jag personligen att det material som varit tillgängligt på många sätt varit mycket otydligt i frågan om vad som egentligen är grunden till ”särskilda kontraktsvillkor”. Visserligen grundar EU-kommissionen sitt resonemang på EG-domstolens avgöranden i Beentjesmålet samt i det senare franska skolmålet. Kommissionen härleder uttrycket tillkommande kriterier ur de här målen. Frågan är om kommissionen då menar den här sortens särskilda kontraktsvillkor. NOU:s tolkning av begreppet tillkommande kriterier är nämligen en helt annan. Deras tolkning är att begreppet benämner utvärderingskriterier, som är tillkommande i den bemär-

kelsen att de inte finns med i uppräknningen av olika kriterier vid fastställandet av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet.

NOU har även föreslagit ett exempel på en antidiskrimineringsklausul som förenat med vite föreskriver att gällande antidiskrimineringslagar inte får överträdas. Enligt regeringens proposition och NOU: s rapport skall tillämpningsområdet för särskilda kontraktsvillkor inom det sociala området vara begränsat till köp av tjänster och bygg- och anläggningsarbeten eftersom det är fråga om villkor för uppdragets utförande. Vid blandade kontrakt, som innefattar inslag av både tjänste- och varuupphandling eller bygg- och anläggningsarbete i kombination med varuupphandling kan antidiskrimineringsklausuler komma ifråga i den del varukontrakten består av tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten.

Det är för närvarande frivilligt för en upphandlande enhet att använda sig av den här sortens klausuler men regeringen har angivit att det är särskilt angeläget att så sker. Frågan om det även skall göras till en obligatorisk skyldighet kommer också att utredas. NOU: s klausulexempel är ganska tamt och innehåller inte någon skyldighet att vidta större åtgärder än vad som redan följer av gällande antidiskrimineringslagstiftning. Möjligtvis blir det mer angeläget för leverantören att följa denna lagstiftning. NOU: s klausulexempel avser dessutom inte varuupphandlingar och inte heller korta avtalsförhållanden. Däremot är upphandlande enheter än så länge fria att själv utarbeta egna antidiskrimineringsklausuler så länge de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om framförallt likabehandling och proportionalitet iakttas.

I EU-kommissionens förslag till nya upphandlingsdirektiv föreslås en ändring av ordalydelsen angående regeln om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, så att det blir det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för den upphandlande enheten som skall väljas med tillägget att utvärderingskriterierna skall vara direkt kopplade till föremålet för upphandlingen. Dessa formuleringar har skapat oenighet mellan EU-kommissionen och Europaparlamentet. Europaparlamentet har velat lyfta bort dessa formuleringar i förslaget till nytt direktiv inom den klassiska sektorn och alltså öppna upp för en möjlighet att beakta sociala hänsyn som inte enbart är ekonomiskt fördelaktiga för den upphandlande myndigheten och som inte heller har direkt samband med kontraktets föremål. Angående försörjningssektorn har inte samma ändringar ansetts påkallade.

EU-kommissionens förslag till nya upphandlingsdirektiv innehåller även bestämmelser angående särskilda kontraktsvillkor. Kommissionen har velat införa en möjlighet att ställa krav på kontraktets genomförande och därigenom möjliggöra beaktandet av sociala hänsyn. Europaparlamentet har inte ifrågasatt detta angående försörjningssektorn men har motsatt sig att aspekter som inte har samband med föremålet för upphandlingen tillåts beaktas genom särskilda kontraktsvillkor inom den klassiska sektorn.

Kommissionens åsikt är alltså den att det främst är genom särskilda kontraktsvillkor som sociala hänsyn får beaktas vid offentlig upphandling och inte som ett tilldelningskriterium utan samband med kontraktsföremålet samt utan ekonomisk fördel för den upphandlande enheten. Europaparlamentets åsikt skiljer sig åt genom att de för den klassiska sektorn vill införa denna möjlighet inom ramen för utvärderingen av själva anbudet. Alltså att beaktandet av sociala hänsyn skall ske genom ett tilldelningskriterium och inte genom ett särskilt kontraktsvillkor utan samband med kontraktsföremålet.

Det återstår att se om dessa instanser kan enas om det slutgiltiga innehållet i de nya upphandlingsdirektiven eller om frågan helt faller. Enligt min mening är det av stor vikt att nya upphandlingsdirektiv utformas och att dessa innehåller en tydligare reglering. Som det ser ut i dag är reglerna angående offentlig upphandling mycket svåröverskådliga och för de personer som i sitt arbete skall tillämpa reglerna uppstår i många fall osäkerhet angående vad som egentligen är tillåtet vid en offentlig upphandling. Särskilt angående antidiskrimineringsklausuler har den undersökning som vidtagits av NOU visat att det föreligger en osäkerhet och okunskap om lagstiftningen och detta har också varit en anledning till att dessa klausuler inte tillämpats i någon betydande omfattning. Om nya upphandlingsdirektiv antages kan dessa även komma att resultera i en svensk lagändring angående bestämmelserna i LOU angående särskilda kontraktsvillkor. Dessa gäller enligt förarbetena idag inte upphandlingar inom den klassiska sektorn och innehåller i övrigt inte heller några närmare specifikationer.

Bilaga A

Följande tröskelvärden gäller enligt förordning (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling från och med den 1 januari 2002.

	EURO	SEK
Byggentreprenader	5 000 000	43 534 000
Varor och tjänster:		
Försörjningssektorerna (inte telesektorn)	400 000	3 482 000
- telesektorn	600 000	5 224 000
Statliga myndigheter	130 000 SDR*	1 413 000
Övriga upphandlande enheter	200 000	1 741 000
Förhandsannonsering	750 000	6 530 000
*särskilda dragningsrätter		

Bilaga B

NOU: s exempel på antidiskrimineringsklausul¹³⁶

§ 1 Leverantören skall vid utförande av den avtalade tjänsten/entreprenaden i Sverige följa vid varje tid gällande antidiskrimineringslagstiftning. De lagar som avses är jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

§ 2 Leverantören är under uppdragstiden skyldig att på begäran av den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna enligt § 1. Tiden för redovisning skall vara minst en vecka om inte längre tid överenskommits.

§ 3 Leverantören skall erlægga vite till den upphandlande enheten med (x) procent av det prisbasbelopp, enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring, som gäller vid avtalets tecknande om leverantören inte inom föreskriven tid lämnat en sådan skriftlig redogörelse som anges i § 2 eller om redogörelsen är uppenbart bristfällig. Den upphandlande enheten får inte utkräva vite om det på annat sätt framstår som uppenbart att leverantören följer § 1.

§ 4 Leverantören skall erlægga vite till den upphandlande enheten med (y) procent av kontraktets värde per påbörjad kalendervecka om den upphandlande enheten kan visa att de åtgärder som redovisats enligt § 2 inte är tillräckliga för att avhjälpa överträdelser av § 1. Vitet utgår från dagen då redovisning skall ske enligt § 3 till dess att tillräckliga åtgärder vidtagits, dock med maximal (z) procent av kontraktets värde.

§ 5 Vitet i §§ 2-3 förfaller till betalning vid anfordran. Upplupet vite får avräknas den avtalade ersättningen för uppdraget. Vite som begärts in på felaktig grund skall återbetalas till leverantören.

§ § 3-4 gäller endast om procentsatserna angivits.

§ 6 Information om antidiskrimineringslagarna lämnas av:
Jämställdhetsombudsmannen, tfn +46-8-440 10 60,
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, tfn +46-8-556 095 00,
Handikappombudsmannen, tfn +46-8-20 17 70 och
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering på grund av sexuell läggning, tfn +46-8-556 095 25.
Gemensam webbplats: www.antidiskriminering.nu

¹³⁶ Rapport från NOU (2002), s. 5.

Källförteckning

Fi2002/422	Tilläggsuppdrag till Nämnden för offentlig upphandling att göra vissa konsekvensbedömningar
Proposition 1992/93:88	om offentlig upphandling
Proposition 2001/02:142	Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.
SOU 1997:174	Räkna med mångfald! Förslag till lag mot etnisk diskriminering i arbetslivet m.m.
SOU 2001:9	Reglerna kring och inställningen till frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster
SOU 2001:31	Mera värde för pengarna
SOU 2002:30	Märk-värdig jämställdhet

PRES/03/352 (Pressmeddelande angående överenskommelse om direktiv för offentlig upphandling)

Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor-, bygg- och anläggningsarbeten, EGT nr. L 395, 30/12/1989 s. 0033-0035

Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, EGT nr. L 076, 23/03/1992 s. 0014-0020

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av tjänster, EGT nr. L 209, 24/07/1992 s. 0001-0024, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, EGT nr. L 328, 28/11/1997 s. 0001-0059

Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, EGT nr L 199, 09/08/1993 s. 0001-0053, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, EGT nr. L 328, 28/11/1997 s. 0001-0059

Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, EGT nr. L 199, 09/08/1993 s. 0054-0083, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, EGT nr. L 328, 28/11/1997 s. 0001-0059

Rådets direktiv 93/38 EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, EGT nr. L 199, 09/08/1993 s. 0084-0138, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998, EGT nr. L 101, 01/04/1998 s. 0001-0016

EU-kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader [KOM(2000) 275 slutlig], EGT nr. C 029 E, 30/01/2001, s. 0011-00111

EU-kommissionens ändrade förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader [KOM(2002) 236 slutlig], EGT nr. C 203 E, 27/08/2002, s. 0210-0240

EU-kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter [KOM(2000) 276 slutlig], EGT nr. C 029 E, 30/01/2001, s. 0112-0188

EU-kommissionens ändrade förslag till direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster [KOM(2002) 235 slutlig], EGT nr. C 203 E, 27/08/2002, s. 0183-0209

Europaparlamentets betänkande om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter, A5/2001/379, EGT C E/2002/271

Europaparlamentets andrabehandlingsrekommendation om rådets gemensamma ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, A5/2003/245,

Europaparlamentets betänkande om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader, A5-0378/2001, EGT C E/2002/271/176

Europaparlamentets andrabehandlingsrekommendation om rådets gemensamma ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader, A5/2003/242.

Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling [KOM(2001) 566 slutlig], EGT nr. C 333 E, 28/11/2001, s. 0027-0041

<http://www.nou.se/pdf/99-197.pdf> 2003-04-23 Slavicek, Michael: *Mångfald och upphandling*, 2001 [cit. Slavicek (2001)]

<http://www.nou.se/pdf/2002-19.pdf> 2003-04-23 Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt [cit. Rapport från NOU (2002)]

<http://www.nou.se/omnou.html> 2003-04-21 Om NOU

<http://www.nou.se/pdf/infdec01.pdf> 2003-04-21 NOU info december-01

<http://www.nou.se/pdf/infjun02.pdf> 2003-04-21 NOU info juni-02

<http://www.nou.se/pdf/infmars03.pdf> 2003-04-21 NOU info mars-03

<http://www2.riksdagense/Internet/EUsvar.nsf> 2003-05-16 EUsvar -frågor och svar om EU

<http://www.nou.se/pdf/2003-0047.pdf> 2003-09-30 Delrapport rörande Uppdrag till nämnden för offentlig upphandling att göra en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt

<http://www.njab.se/NJAB/Nyhetsbrev.nsf/0/763A40DA3DFB9F60C1256DBA003D...>

2003-10-12 Anna Wetterqvist, Juridik Idag.

Litteraturförteckning

- Allgårdh, Olof och Norberg, Sven: *EU och EG-rätten*, Stockholm 1999
- Bernitz, Ulf och [cit. Kjellgren, Anders: *Europarättens grunder*, 2:a upplagan, Stockholm 2002
Bernitz (2002)].
- Craig, Paul and De Búrca, Gráinne: *EU law: text, cases, and materials*, 2nd edition, 1998 [cit. Craig and De Búrca (1998)]
- Falk, Jan-Erik: ”Tillåtna kriterier vid offentlig upphandling”. I: *Europarättslig Tidskrift*, nummer 1 2003, s. 149-154
- Forsberg, Niclas: *Offentlig upphandling i praktiken*, 2:a upplagan, Stockholm 2001 [cit. Forsberg (2001)]
- Föreningen auktoriserade revisorer FAR: *Regler om offentlig upphandling - en presentation*, Stockholm 1996
- Föreningen auktoriserade revisorer FAR: *Regler om offentlig upphandling*, Stockholm 2000
- Hentze, Margareta och Sylvén, Hans; *Offentlig upphandling*, upplaga 1:2, Stockholm 1998 [cit. Hentze (1998)]
- Krüger, Kai: ”Non-economical ”soft” and ”green” considerations in public contract award procedures”. I: *Europarättslig Tidsskrift*, nummer 1 2002, s. 57-67.
- Slavicek, Michael: ”Upphandlingens olika ansikten”. I: *Europarättslig Tidskrift*, nummer 1 2002, s. 15-34

Rättsfallsförteckning

EG-domstolen

Mål 6/64 Costa mot ENEL, REG 1964, s. 1977

Mål 41/74 Van Duyn mot Home Office, REG 1974, s. 1337

Mål C-106/77 Simmenthal, REG 1978, s. 629.

Mål C-76/81 Transporoute mot Ministère des travaux publics, REG 1982 I, s. 471

Mål C-4/83 Colson och Kamann, REG 1984, s. 1891

Mål C-157/86 Murphy, REG 1988, s. 673

Mål 31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, REG 1988, s. 4635

Mål C-103/88 Fratelli Costanzo, REG 1989, s. 1839

Mål C-91/92 Faccini Dori mot Recreb S.r.l., REG 1994, s. 1-3325

Mål C-225/98 Kommissionen mot Frankrike, REG 2000, s. 1-7445

Mål C-324/98 Teleaustria Verlags GmbH mot Telekom Austria AG, REG 2000 s. 1-10745

Mål C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne, REG 2000 s. 1-07213

Marknadsdomstolen

MD 1996:6

MD 2000:12

Regeringsrätten

RÅ 1998 ref. 16