



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Julia Axelsson

Antidiskrimineringsklausuler i offentlig upphandling

En analys av hur Sverige har utnyttjat möjligheten att motverka
diskriminering inom ramen för offentlig upphandling

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ann Numhauser-Henning

Termin för examen: VT 13

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod och Material	7
1.4 Disposition och avgränsningar	8
1.5 Forskningsläget	10
1.6 Rättspolitisk diskussion	11
2 UPPHANDLING OCH ANTIDISKRIMINERING INOM EU	15
2.1 Kapitlets upplägg	15
2.2 EU:s allmänna principer	15
2.3 Social lagstiftning och rättighetskydd inom EU	16
2.4 Upphandlingsdirektiven	17
2.5 Upphandlingsförfarandet och sociala hänsyn i dess olika faser	19
2.5.1 Allmänt	19
2.5.2 Inledningsfasen	20
2.5.2.1 Förfrågningsunderlag	20
2.5.2.2 Tekniska specifikationer	20
2.5.3 Kvalifikationsfasen	21
2.5.4 Tilldelningsfasen	23
2.5.5 Slutfasen - särskilda villkor för fullgörande av kontrakt	26
2.6 Antidiskrimineringshänsyn inom EU	29
3 UPPHANDLING OCH ANTIDISKRIMINERING I SVERIGE	32
3.1 Kapitlets upplägg	32
3.2 Diskrimineringslagen	32
3.3 Sociala hänsyn enligt LOU och LUF	34

3.3.1	Allmänt om lagarna	34
3.3.2	Implementeringen av direktiven	35
3.3.2.1	Allmänt	35
3.3.2.2	Kvalifikationsfasen	35
3.3.2.3	Tilldelningsfasen	36
3.3.2.4	Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt	36
3.4	Antidiskrimineringshänsyn i den svenska upphandlingen	38
3.4.1	Allmänt	38
3.4.2	Antidiskrimineringsklausuler - bakgrund och tidigare förslag	39
3.4.3	Antidiskrimineringsförordningen	40
4	ANVÄNDNINGEN AV ANTIDISKRIMINERINGSKLAUSULER	43
4.1	Kapitlets upplägg	43
4.2	Konkurrensverkets utvärdering av antidiskrimineringsförordningen	43
4.3	Kommunala initiativ	44
4.3.1	Allmänt	44
4.3.2	Malmö stad	44
4.3.2.1	Bakgrund	44
4.3.2.2	Användning	46
4.3.3	Stockholms stad	47
4.3.3.1	Bakgrund	47
4.3.3.2	Användning	49
4.4	Analys av resultat	50
5	ANALYS	53
5.1	Kapitlets upplägg	53
5.2	Antidiskrimineringshänsyn - vilket utrymme lämnar EU-rätten?	53
5.3	Sveriges agerande	55
5.3.1	Antidiskrimineringshänsyn vid uteslutningsprövningen	55
5.3.2	Antidiskrimineringshänsyn som tilldelningskriterium	56
5.3.3	Hur har utrymmet utnyttjats genom antidiskrimineringsklausulerna?	56
5.4	Antidiskriminering och upphandling – de lege ferenda	59
BILAGA A		63
BILAGA B		66
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		67
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		71

Summary

In Sweden, public procurement annually accounts for approximately SEK 500 million. With these large economic values, the public has the power to influence private actors. In this way, procurement can be an important policy tool. To what extent public procurement can be used to promote social objectives has been subject to discussion. In this essay, I have chosen to investigate the scope provided for the state and municipalities to combat discrimination through public procurement and analyze how Sweden has used the possibilities to integrate anti-discrimination considerations into the process. I have specifically focused on anti-discrimination clauses. By studying an evaluation of the Swedish Anti-discrimination Regulation, coupled with my own investigation of how anti-discrimination clauses are used in the municipalities of Malmö and Stockholm, I have examined the consequences and effectiveness of the clauses.

The EU public procurement directives, adopted in 2004, govern the scope for taking account of social considerations and thus the scope of anti-discrimination requirements. The directives prevent irrelevant factors in the selection process that distort competition and ensure that the tenderers from all Member States enjoy equal opportunity to participate in the tender procedure. Anti-discrimination considerations can be taken into account in various ways throughout the phases of the procurement procedure. The scope is in some situations unclear. The most viable way is by setting up special conditions for the performance of the contract.

The lack of legal clarity, combined with a restrictive interpretation from the Swedish authorities, has led to a conservative approach towards social considerations in Sweden. The possibilities provided by the EU law could be used to a greater extent. It is mainly through anti-discrimination clauses that public procurement is used for anti-discrimination purposes in Sweden. The clauses require suppliers to comply with the anti-discrimination legislation. Since these clauses are primarily preventive, it is difficult to assess their true impact. The investigation of this paper indicates that the clauses, in the way they are used today, are rather ineffective. Particularly because of the poor follow-up, but to some extent also because of the design and limited scope of the clauses, they are not used to their potential. Furthermore, the officials dealing with procurement issues seem to lack knowledge of the requirements on active measures, which are also imposed by the clauses.

Although Sweden could integrate anti-discrimination considerations to a greater extent into public procurement, the initiatives already taken should be prioritized. Anti-discrimination clauses could be a good way to promote equal treatment and put pressure on the private sector. Above all, the clauses require a system of continuous monitoring in order to be effective.

Sammanfattning

I Sverige uppskattas den offentliga upphandlingen omsätta omkring 500 miljoner kronor per år. Dessa stora ekonomiska värden ger det offentliga makt att påverka privata aktörer och gör att upphandling kan bli ett viktigt politiskt styrmedel. I vilken utsträckning socialpolitiska målsättningar ska kunna främjas genom offentlig upphandling har dock varit föremål för diskussion. I den här uppsatsen har jag valt att undersöka vilka möjligheter stat och kommun har att motverka diskriminering inom ramen för offentlig upphandling och hur dessa möjligheter har utnyttjats i Sverige. Specifikt har jag belyst antidiskrimineringsklausuler. Genom att studera hur antidiskrimineringsklausuler används i Malmö stad respektive Stockholms stad, tillsammans med en utvärdering av den statliga antidiskrimineringsförordningen, har jag undersökt klausulernas verkan och effektivitet.

Utrymmet för att beakta antidiskrimineringshänsyn, vilket är en form av socialt hänsynstagande, styrs av EU:s upphandlingsdirektiv. Direktiven, som antogs 2004, ska garantera att anbudsgivare från alla medlemsländer har samma möjligheter att delta i upphandlingen och förhindra att irrelevanta faktorer beaktas i urvalsprocessen, som snedvrider konkurrensen. Antidiskrimineringshänsyn kan aktualiseras på olika sätt i upphandlingsförfarandets faser. Hur långt möjligheten sträcker sig är i vissa lägen oklart. Förutom vid själva utformandet av kontraktet, är möjligheterna störst i förfarandets slutfas, genom särskilda villkor för kontraktets fullgörande.

Det oklara rättsläget inom EU, i kombination med en restriktiv tolkning från ansvariga myndigheter, har lett till ett försiktig agerande från svensk sida i fråga om socialt hänsynstagande. Utrymmet som EU-rätten lämnar skulle kunna utnyttjas i större utsträckning. Det är främst genom antidiskrimineringsklausuler som antidiskrimineringshänsyn aktualiseras i Sverige. Genom klausulerna åläggs leverantörer att rätta sig efter gällande diskrimineringslagstiftning. Då dessa klausuler primärt har ett förebyggande syfte är det svårt att bedöma deras egentliga effekt. Undersökningen i denna uppsats tyder dock på att klausulerna, så som de används idag, på det stora hela är relativt verkningslösa. På grund av framför allt bristande uppföljning, men till viss del också på grund av klausulernas utformning och begränsade räckvidd, utnyttjas inte deras potential. Bland tjänstemän som hanterar upphandlingsfrågor tycks det dessutom saknas kunskap om att klausulerna även ställer krav på aktiva åtgärder.

Trots att Sverige i större utsträckning skulle kunna utnyttja utrymmet för att beakta antidiskrimineringshänsyn, bör i första hand de initiativ som redan tagits, prioriteras och effektiviseras. Antidiskrimineringsklausuler skulle kunna vara ett mycket bra sätt att driva antidiskrimineringsarbetet framåt och sätta tryck på den privata sektorn. För att göra klausulerna mer verkningsfulla, krävs framför allt ett fungerande system för kontinuerlig uppföljning.

Förord

Hösten 2012 fick jag möjlighet att göra praktik på antidiskrimineringsbyrån Malmö mot Diskriminering. Där fick jag arbeta konkret med ett område inom juridiken som länge har engagerat mig. Att få den praktiska erfarenheten var väldigt inspirerande och det var också under min tid på byrån som jag bestämde mig för att jag ville fördjupa mig i frågor som rör antidiskrimineringsarbete. Det känns roligt att nu få avsluta mina studier med ett examensarbete inom detta område, som starkt engagerar mig.

Ett varmt tack till min handledare Ann Numhauser-Henning för inspiration, stort stöd och viktiga kommentarer. Tack även till Paul Lappalainen som fick mig engagerad i frågan om antidiskrimineringsklausuler och tog sig tid till värdefull diskussion. Jag vill också rikta ett tack till de personer inom Malmö stad och Stockholms stad som varit behjälpliga på olika sätt och besvarat mina frågor. Personalen på MmD är fortfarande en stor inspirationskälla - tack till er!

Alla ni, vänner och familj, som funnits omkring mig denna termin och på olika sätt varit ett ovärderligt stöd i skrivandet och livet i stort - tack!

Malmö, 28 maj 2013

Julia Axelsson

Förkortningar

DO	Diskrimineringsombudsmannen
ECR	European Court Reports
EU	Europeiska Unionen
FEU	Fördraget om Europeiska Unionen (EU-fördraget)
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionen Funktionssätt (EUF-fördraget)
ILO	International Labour Organization
KKV	Konkurrensverket
KKVFS	Konkurrensverkets författningssamling
LO	Landsorganisationen i Sverige
LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
Prop.	Proposition
Sieps	Svenska institutet för europapolitiska studier
SOU	Statens offentliga utredning
TCO	Tjänstemännens centralorganisation

1 Inledning

1.1 Introduktion

I Regeringsformen 1 kap. 2§ fastslås bland annat att den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och att det allmänna ska verka för jämlikhet och delaktighet för alla i samhället. Vi vet att människor inte behandlas jämlikt. Trots lagstadgat skydd diskrimineras stora grupper på en mängd områden i samhället. Stat och kommun har ett enormt ansvar i arbetet för att motverka och förebygga detta. Det är viktigt att hitta olika former för antidiskrimineringsarbetet och det bör genomsyra alla delar av den offentliga verksamheten. Att på olika sätt också använda den offentliga makten som påtryckningsmedel över den privata sektorn blir en viktig del i arbetet.

Offentliga uppgifter utförs i allt större utsträckning av privata aktörer och i Sverige uppskattas det totala värdet av den offentliga upphandlingen till mellan 450 och 535 miljarder kronor per år¹. Det är stora ekonomiska värden som står på spel. Detta ger den offentliga makten att påverka privata företag eftersom företagen med stor sannolikhet har ett ekonomiskt intresse av att leva upp till de krav som den offentliga ställer. Offentlig upphandling kan därmed bli ett viktigt politiskt styrmedel, ett instrument för att främja samhällets sociala målsättningar. Då det rör sig om skattemedel får det också anses vara ett legitimt krav att upphandlingen går i linje med de grundläggande värderingarna och målsättningarna som råder i samhället.

Upphandlingen i medlemsstaterna inom EU styrs av EU-direktiv. De två mest centrala direktiven på området är *Direktiv 2004/17 om upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster* samt *direktiv 2004/18 om upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster*. Syftet med regleringen är att undanröja hinder för den fria rörligheten och se till att upphandlande myndigheter inte diskriminerar utländska företag för att istället gynna inhemska aktörer. Medlemsstaternas möjligheter att ställa upp sociala villkor i upphandlingskontrakt styrs av dessa direktiv. Intresset av att på olika sätt kunna beakta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling har ökat under framför allt det senaste decenniet. Detta har visat sig både genom de diskussioner som föregick förnyelsen av direktiven om offentlig upphandling år 2004, men har också kommit till uttryck genom kommunala och regionala beslut som har fattats i medlemsländerna². Till vilken grad etiska och sociala aspekter får beaktas vid offentlig upphandling har inte varit helt klart. I en forskningsrapport av Kerstin Ahlberg och Niklas Bruun från 2010³, anförs att det oklara rättsläget på området har lett

¹ http://www.kkv.se/t/SectionStartPage___6244.aspx, hämtad 2013-01-22.

² Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas, *Upphandling och arbete i EU*, Sieps, Stockholm, 2010, s. 8.

³ Ahlberg & Bruun, 2010.

till att medlemsländerna har tillämpat en radikal försiktighetsprincip, och då i synnerhet Sverige. Författarna anger att ”juridiska osäkerhetsargument”⁴ har använts, som lett till att lagstiftningen förbisett en relativt stark opinion för att beakta sociala hänsyn vid upphandling.

Antidiskrimineringshänsyn är en sådan typ av hänsyn som skulle kunna aktualiseras i ett upphandlingsärende. I Sverige har det under relativt lång tid förts diskussioner kring möjligheten att beakta denna typ av hänsyn. Under drygt tio års tid har Malmö stad och Stockholms stad tillämpat s.k. antidiskrimineringsklausuler i sina kommunala upphandlingskontrakt. År 2006 infördes en antidiskrimineringsförordning⁵ som ålägger de 30 största statliga myndigheterna att använda sig av antidiskrimineringsklausuler i vissa kontrakt. Meningarna går dock isär huruvida denna typ av klausuler är verkningsfulla och effektiva i arbetet mot diskriminering. Konkurrensverket anser exempelvis att den statliga förordningen bör upphävas på grund av ineffektivitet. Det här väcker frågor om hur verkningsfulla antidiskrimineringsklausuler egentligen är i arbetet mot diskriminering.

1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med denna uppsats är att undersöka vilka möjligheter stat och kommun har att motverka diskriminering inom ramen för offentlig upphandling och hur dessa möjligheter har utnyttjats i Sverige. I synnerhet behandlar jag antidiskrimineringsklausuler då det framför allt är genom dessa som antidiskrimineringsarbete bedrivs i den svenska upphandlingen. Eftersom klausulernas effektivitet är ifrågasatt⁶ undersöker jag *användningen*⁷ av dessa klausuler, för att utifrån resultatet sedan diskutera och analysera huruvida de är verkningsfulla.

Då upphandlingsrätten styrs av EU-direktiv är det nödvändigt att fastställa de EU-rättsliga ramarna. Inledningsvis undersöker jag därmed vilka möjligheter EU-rätten ger att inom ramen för offentlig upphandling beakta s.k. antidiskrimineringshänsyn, dvs. möjligheter att i ett upphandlingsförfarande ta hänsyn till aspekter som syftar till att motverka diskriminering. Eftersom antidiskrimineringshänsyn är en form av socialt hänsynstagande är det de EU-rättsliga ramarna för att beakta sociala hänsyn som jag utreder. Därefter anläggs ett mer specifikt antidiskrimineringsperspektiv. Vidare undersöker jag hur Sverige har utnyttjat möjligheterna som EU-rätten ger. Primärt åsyftas här implementering och initiativ på statlig nivå, men även ett

⁴ Med begreppet avser författarna att osäkerheten kring rättsläget används som förevändning för att inte utnyttja utrymmet.

⁵ Förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt.

⁶ Se *Utvärdering av antidiskrimineringsförordningen*, Konkurrensverkets rapportserie: 2009:2, s. 9, [Benämns fortsättningsvis KKV 2009:2].

⁷ Jag har valt att använda begreppet *användning*, vilket ges en vid innebörd i uppsatsen. Det innefattar tillämpningen av klausulerna, dvs. att klausulerna utgör en del av upphandlingskontrakten, men även deras utformning samt hur de befogetheter som klausulerna ger har använts och hur kraven har följts upp.

par kommunala exempel belyses. Slutligen undersöker jag huruvida initiativ i form av antidiskrimineringsklausuler som tagits i Sverige, på både statlig och kommunal nivå, är ett effektivt och önskvärt sätt att motverka och förebygga diskriminering. För att göra detta studerar jag användningen av klausulerna, dels i två utvalda kommuner⁸, dels genom den statliga antidiskrimineringsförordningen. Syftet är inte att ge en heltäckande bild av klausulernas användning. Genom att illustrera hur användningen kan se ut i praktiken, är min ambition istället att bidra med diskussion och analys kring klausulernas verkan och effektivitet. För att tydliggöra mina frågeställningar sammanfattas de här i tre punkter:

- *Hur ser de EU-rättsliga ramarna ut för att beakta antidiskrimineringshänsyn vid offentlig upphandling?*
- *På vilket sätt har Sverige utnyttjat det utrymme som EU-rätten ger att beakta antidiskrimineringshänsyn vid offentlig upphandling?*
- *Är antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt ett effektivt och önskvärt sätt att motverka och förebygga diskriminering?*

1.3 Metod och Material

Jag utgår ifrån en rättsdogmatisk metod, då en stor del av framställningen har till syfte att systematisera och tolka gällande rätt.⁹ Metoden innebär att gällande rätt utreds genom studier och tolkning av lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin. Vid tolkning av EU-rättens rättsakter tillmäts i regel förarbetena inte någon större betydelse, såsom de gör i svensk rätt. Istället läggs större vikt vid den språkliga utformningen av rättsakterna.¹⁰ Detta visar sig även i denna framställning, då direktiv och förordningar, inklusive de skäl som finns i ingressen, är det som i första hand studeras tillsammans med praxis från EU-domstolen. De båda upphandlingsdirektiven, direktiv 2004/18/EU och direktiv 2004/17/EU, är centrala i uppsatsen. Artiklarna som behandlas är dock i princip identiska i de båda regelverken, varför jag väljer att till stor del enbart göra hänvisningar till direktiv 2004/18/EU. För att utreda EU-rätten används Kerstin Ahlbergs och Niklas Bruuns rapport¹¹ från 2010, där de undersöker det nationella utrymmet för socialt hänsynstagande. Också Arrowsmith och Kunzlik¹² bidrar med viktiga, fördjupande analyser på temat. Dessutom använder jag mig av en handledning rörande sociala hänsyn i offentlig upphandling som har

⁸ Malmö stad och Stockholms stad.

⁹ Se Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995, s. 312.

¹⁰ Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 5., [uppdaterade och omarbetade] uppl., Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA), Uppsala, 2006, s. 120.

¹¹ Ahlberg & Bruun, 2010.

¹² Arrowsmith, S. and Kunzlik, P., *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions*, Cambridge University Press 2009, 2009.

publicerats av kommissionen¹³. Då en stor del av det EU-rättsliga kapitlet behandlar upphandlingsprocessen generellt, använder jag mig även av två svenska läroböcker. Dels Pedersen¹⁴, vars bok är en bra introduktion och ger en överblick över upphandlingen, dels Falk¹⁵ som ger en mer fördjupad redogörelse av regelverket.

Vid behandlingen av svensk rätt spelar förarbeten och andra utredningsbetänkanden en stor roll i uppsatsen. Dels för att undersöka resonemang som har förts när direktiven implementerades, dels för att studera utvecklingen av antidiskrimineringsklausuler. Jag använder mig även av olika myndighetspublikationer, i synnerhet rapporter från Konkurrensverket.

För att undersöka antidiskrimineringsklausulers verkan och effektivitet, studerar jag en utvärdering av antidiskrimineringsförordningen som Konkurrensverket genomförde, vilken syftade till att utreda hur antidiskrimineringsklausuler har påverkat medvetenheten och efterlevnaden av diskrimineringslagen¹⁶. Detta utgör dock bara en liten del av undersökningen. Tyngdpunkten ligger på den kommunala användningen där jag väljer att belysa två kommuner som använder antidiskrimineringsklausuler i sina upphandlingskontrakt; Malmö stad och Stockholms stad. För att undersöka den kommunala användningen av klausulerna görs en mindre empirisk studie av kvalitativ karaktär. Eftersom det är en begränsad studie kommer det inte vara möjligt att presentera några generaliserbara resultat eller dra några allmänna slutsatser. Syftet med studien är istället, som ovan nämnts (avsnitt 1.2), att exemplifiera och bidra med analys och diskussion kring klausulernas effektivitet.

Tillvägagångssättet jag använder beskrivs mer utförligt i avsnitten som behandlar respektive kommun (avsnitt 4.3.2.2 för Malmö stad och avsnitt 4.3.3.2 för Stockholms stad). Jag presenterar även bakgrunden till aktuella klausuler i de kommunala upphandlingskontrakten, där handlingar och protokoll från kommunfullmäktige i de båda kommunerna ligger till grund för framställningen.

1.4 Disposition och avgränsningar

Uppsatsen innehåller fem huvudkapitel. Varje kapitel (första kapitlet undantaget) inleds med en beskrivning av det upplägg och innehåll som följer, i syfte att underlätta läsningen. Jag anser därför inte att det är

¹³ Europeiska kommissionen, Socialt ansvarfull upphandling - En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, Europeiska unionen, 2011. [Benämns fortsättningsvis: Europeiska kommissionen, 2011]

¹⁴ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2. uppl., Jure, Stockholm, 2011.

¹⁵ Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2. uppl., Jure, Stockholm, 2011.

¹⁶ Diskrimineringslag (2008:256).

nödvändigt att här ge en utförlig redogörelse för hur varje kapitel är disponerat. Nedan ges således endast en övergripande beskrivning av kapitlens innehåll. Vidare innehåller styckena nedan också en redogörelse för de avgränsningar jag har valt att göra samt vissa kommentarer kring vad som kan vara viktigt att beakta vid läsningen.

I inledningskapitlet presenteras uppsatsens syfte och dess uppbyggnad samt metod, material och tidigare forskning på området. Här ges även en introduktion till den rättspolitiska diskussion som kan sägas utgöra en grund för många av de frågor som kommer att lyftas i uppsatsen och som därmed är relevant att inledningsvis känna till.

Andra kapitlet behandlar EU-rätten och här utreder jag de rättsliga ramarna för att beakta sociala hänsyn. I kapitlet undersöker jag vad EU-rätten, genom direktiv och praxis, säger om socialt hänsynstagande och vilka typer av sociala kriterier som är möjliga att använda i ett upphandlingsförfarande. För att läsaren ska kunna tillgodogöra sig innehållet är det nödvändigt med en övergripande förståelse för upphandlingsförfarandet, varför en sådan genomgång integreras när jag utreder möjligheten att beakta sociala hänsyn. Upphandlingsprocessen är ett komplicerat förfarande och styrs av ett omfattande regelverk. Mina intentioner är inte att ge en heltäckande och utförlig redogörelse av förfarandet. Enbart de, som jag ser det, mest centrala faserna i upphandlingen behandlas och fokus ligger på de delar som är relevanta med avseende på socialt hänsynstagande. Eftersom det enbart ges en översiktlig presentation av förfarandet, beskriver jag inte de olika typer av förfaranden som det i vissa fall går att välja emellan¹⁷. Kapitlet avslutas med ett avsnitt där jag fokuserar specifikt på antidiskrimineringshänsyn. Jag försöker där sammanfatta utrymmet som finns att beakta just dessa aspekter i de olika upphandlingsfaserna utifrån det som framkommit angående sociala hänsyn.

I kapitel tre behandlas regleringen av antidiskrimineringshänsyn i Sverige, vilket i första hand tagit sig uttryck genom s.k. antidiskrimineringsklausuler. För att förstå innebörden av dessa klausuler, vilka redogörs för senare i kapitlet, ger jag inledningsvis en kort presentation av diskrimineringslagen och de förbud samt krav på aktiva åtgärder som där ställs. Därefter följer den svenska upphandlingsregleringen och implementeringen av direktiven, med fokus på just sociala hänsyn. Här vill jag poängtera att avsnitt 3.3.2, som behandlar implementeringen av direktiven och går igenom de olika faserna, skrivs i relation till kapitel två. Jag beskriver inte faserna lika tydligt och det är enbart de delar som är relevanta i förhållande till socialt hänsynstagande som jag tar upp. För att kunna tillgodogöra sig innehållet, ska avsnittet alltså läsas i ljuset av avsnitt 2.5. Kapitlets sista del fokuserar på antidiskrimineringshänsyn i Sverige. Jag redogör där för det statliga arbetet kring antidiskrimineringsklausuler och de tidigare förslag som lagts

¹⁷ Här åsyftas öppet, selektivt, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog (upphandlingar över tröskelvärdena) samt förenklat förfarande, urvals förfarande och direktupphandling (upphandlingar under tröskelvärdena).

fram, för att avsluta med en genomgång av den nu gällande antidiskrimineringsförordningen.

I kapitel fyra undersöker jag hur klausulerna används i Sverige. På statlig nivå är det antidiskrimineringsförordningen som är aktuell i sammanhanget och inledningsvis presenteras därför en utvärdering av förordningen som Konkurrensverkets har genomfört. Därefter undersöker jag hur antidiskrimineringsklausuler har använts i kommunala upphandlingskontrakt. Avslutningsvis analyserar jag resultatet av min undersökning.

Femte kapitlet innehåller uppsatsens analys. Inledningsvis sammanställer jag det utrymme som EU-rätten lämnar på området. Därefter analyserar jag Sveriges agerande och särskilt fokus läggs på utformningen av antidiskrimineringsklausulerna. Analysen avslutas med mina reflektioner kring de problem som framkommit i uppsatsen samt vilka åtgärder som krävs.

1.5 Forskningsläget

Diskussionen kring möjligheten att beakta olika typer av sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling har under de senaste decennierna intensifierats. Politiska önskemål och krav på denna typ av beaktande har tydligt framkommit, både på statlig och kommunal nivå i olika medlemsländer. Detta var påtagligt i samband med diskussionerna som fördes när EU-direktiven om offentlig upphandling skulle revideras i början av 2000-talet.¹⁸ Intresset för möjligheten att ta andra hänsyn än rent ekonomiska, visar sig i forskningen på området och följaktligen också i de läroböcker som publicerats. Som en exemplifiering av denna förändring kan Peter-Armin Trepte nämnas. Han publicerades ett av sina verk 1993, *Public Procurement in the EC*¹⁹, där upphandlingen inom EU beskrevs ingående utifrån de då nyligen antagna direktiven. Fokus låg på förverkligandet av den inre marknaden och att förhindra diskriminering stater emellan. Möjligheten att ta sociala hänsyn inom ramen för offentlig upphandling diskuterades inte nämnvärt. Läroböcker som har publicerats under de senaste åren innehåller däremot ofta, som kontrast till Treptes verk, egna kapitel som specifikt behandlar just sociala hänsyn. Som ett svenskt exempel kan Jan-Erik Falks bok från 2011, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*²⁰, nämnas.

Efter att de nu aktuella direktiven antogs 2004, organiserade Copenhagen Business School en konferens med olika internationella forskare. Fokus låg på frågor rörande offentlig upphandling inom EU, där även andra än rent ekonomiska aspekter lyftes. Bidrag från de olika forskarna publicerades

¹⁸ Ahlberg & Bruun, 2010, s. 8.

¹⁹ Trepte, Peter-Armin, *Public procurement in the EC*, CCH, Bicester, 1993.

²⁰ Falk, 2011.

sedan i en bok; *The New EU Public Procurement Directives*²¹, Två av forskarna, vilka anlade arbetsrättsliga respektive miljörettsliga perspektiv på upphandlingen inom EU, är i sammanhanget relevanta att lyfta fram då de också bidragit med annan central forskning på det sociala och miljörettsliga området. Niklas Brunn var den ene av dem som, tillsammans med Kerstin Ahlberg, publicerade en viktig forskningsrapport 2010; *Upphandling och arbete i EU*²², vilken ovan omnämndes. Den andre var Peter Kunzlik. Tillsammans med Sue Arrowsmith sammanställde han en rad forskningsrapporter i en bok som publicerades 2009 med titeln *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*²³. Bidragen i boken skrivna av Arrowsmith själv, bör särskilt lyftas fram då hennes perspektiv är intressanta för denna uppsats.

Christopher McCrudden är i sammanhanget också viktig att nämna. År 2007 publicerade han boken; *Buying Social Justice – Equality, Government Procurement, & Legal Change*²⁴. Författaren fördjupar sig i frågan om den offentliga upphandlingens roll i samhället och på vilket sätt social jämlikhet och antidiskriminering kan främjas.

Jörgen Hettne, som är forskare och direktör för Svenska institutet för europapolitiska studier (Sieps), är framför allt inriktad på frågor som rör utvecklingen av EU:s inre marknad och har också bidragit med relevanta artiklar rörande offentlig upphandling, dock inte specifikt frågor kring sociala hänsyn.²⁵

1.6 Rättspolitisk diskussion

Upphandlingsregleringen kan sägas utgöra ett eget rättsområde och är speciell på så sätt att den befinner sig i ett gränsland mellan avtalsrätten och förvaltningsrätten. I doktrin har exempelvis uttrycket ”kommersiell förvaltningsrätt” använts eftersom det handlar om hur den offentliga sektorn ska agera i kommersiella transaktioner.²⁶ Att använda offentlig upphandling som ett verktyg för att främja sociala målsättningar är inte något kontroversiellt och har gjorts på olika sätt på nationell nivå under lång

²¹ Nielsen, Ruth & Treumer, Steen (red.), *The New EU Public Procurement Directives*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 2005.

²² Ahlberg & Bruun, 2010.

²³ Arrowsmith & Kunzlik, 2009.

²⁴ McCrudden, Christopher, *Buying social justice: equality, government procurement, and legal change*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

²⁵ Han uppdrogs dock av den tillsatta utredningen som presenterade betänkandet *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling* (SOU 2013:12), att analysera möjligheten att ställa miljökrav och sociala krav som går utöver EU:s harmoniserande sekundärlagstiftning och huruvida detta utgör otillåtna handelsrestriktioner. Se artikel *Legal analysis of the possibilities of imposing requirements in public procurement that go beyond the requirements of EU law*, 2012-04-19.

²⁶ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 3. uppl., Jure, Stockholm, 2013, s. 7.

tid.²⁷ Möjligheterna att nationellt kunna styra över detta har dock förändrats i och med det utökade europeiska samarbetet. EU-samarbetet har framför allt handlat om ett ekonomiskt samarbete, vilket har lett till att medlemsstaternas förmåga att utforma sin egen ekonomiska politik har begränsats och med detta även möjligheten att kunna genomdriva nationellt definierade socialpolitiska mål. Scharpf menar att EU-samarbetet har skapat en konstitutionell asymmetri mellan det ekonomiskpolitiska och det socialpolitiska området.²⁸ På nationell nivå har dessa två områden haft, och har fortfarande, samma rättsliga status, där konflikter löses politiskt genom majoritetsbeslut. Så är dock inte fallet sett utifrån ett EU-perspektiv. På grund av skillnader i medlemsstaters ekonomiska utveckling och välfärdssträvanden har frågor kring det sociala skyddet lämnats att avgöras på nationell nivå, medan ekonomiska frågor, som fokuserar på effektiv konkurrens och frihandel, styrs av EU:s primär- och sekundärrätt och därmed har företräde framför den nationella rätten.²⁹ Scharpf skriver att frågor rörande socialt skydd har blivit politiskt fränkopplade³⁰ de ekonomiska frågorna. En harmoniserad social lagstiftning är enligt Scharpf varken möjlig eller önskvärd på grund av de stora nationella skillnaderna på området. EU har dock successivt ökat inflytandet på det sociala området. Sedan 90-talet har diskussionerna intensifierats och det har riktats krav på större utrymme för socialpolitiska överväganden.³¹ Detta har givetvis också påverkat den offentliga upphandlingen inom EU. Den fränkoppling som Scharpf menar har skett, kan dock märkas av när möjligheter att beakta sociala hänsyn i offentlig upphandling diskuteras.

I kommissionens grönbok från 1996 anges att upphandlande enheter³² kan uppmanas att införa olika arbetsmarknads- och socialpolitiska aspekter i sina upphandlingar, eftersom det kan vara ett viktigt sätt att påverka ekonomiska aktörer.³³ Genom Lissabonfördraget, som trädde i kraft 2009, betonas de sociala aspekterna generellt sett i större utsträckning än tidigare (se även avsnitt 2.3) och i art. 3.3 FEU definieras EU som en ”social marknadsekonomi” där ”full sysselsättning och sociala framsteg” eftersträvas. Även om det alltså är uttryckligen erkänt inom unionen att offentlig upphandling kan användas som ett instrument för att verka för sociala mål, går åsikterna tydligt isär i vilken utsträckning detta bör ske. Upphandlingsrätten och den sociala lagstiftningen har i huvudsak olika intressen i fokus och en inställning tycks vara att dessa intressen bör hållas

²⁷ Arbetsklausuler i offentliga kontrakt användes redan i slutet på 1800-talet i både USA och Storbritannien (se Ahlberg & Bruun, 2010, s. 116).

²⁸ Scharpf, F.W., *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, Number 4, 2002, pp. 646-670, s. 645 och 648.

²⁹ Scharpf, s. 647.

³⁰ *Political decoupling* är det begrepp som Scharpf använder (s. 646).

³¹ Scharpf, 2002, s. 666.

³² Mestadels används begreppet *upphandlande myndigheter* i uppsatsen. Offentlig upphandling sköts dock inte enbart av myndigheter utan också av vissa privaträttsliga organ. När begreppet *upphandlande enheter* används i denna framställning inkluderas även upphandlande myndigheter.

³³ Grönbok, *Offentlig upphandling inom EU: Överväganden inför framtiden*. Antagen av kommissionen den 27 november 1996, s. 37.

åtskilda (vilket stödjer Scharpfs antagande ovan). Studeras olika tolkningar av EU-rätten och de argument som förs fram i frågan, märks ett tydligt motstånd till möjligheten att genomföra olika former av socialpolitiska åtgärder genom upphandling.

En aktör i sammanhanget, som tydligt exemplifierar denna inställning, är kommissionen. När de nya upphandlingsdirektiven skulle förhandlas fram var kommissionens ståndpunkt att upphandlingen skulle bli ännu mer ”affärsmissig” och den motarbetade in i det sista olika förslag som handlade om att beakta sociala aspekter i upphandlingsförfarandet.³⁴ Uppfattningen tycks vara att enbart ekonomiska aspekter kan beaktas för att en effektiv konkurrens ska upprätthållas. Vid flera tillfällen har EU-domstolen dock avvisat tolkningar av EU-rätten som kommissionen har gjort, tolkningar som varit mycket restriktiva sett till möjligheten att beakta sociala hänsyn, och successivt har kommissionen fått backa.³⁵

Ur ett nationellt perspektiv skulle kommissionens inställning till viss del kunna jämföras med den hållning som intagits av nämnden för offentlig upphandling, NOU, och sedermera Konkurrensverket³⁶. NOU var mycket skeptiska till införandet av antidiskrimineringsklausuler och Konkurrensverket ser nu helst att den statliga antidiskrimineringsförordningen upphävs (se avsnitt 3.4.2 och 4.2). I ett expertyttrande, författat av Ahlberg och Bruun, fick verket vidare svidande kritik efter att i ett beslut³⁷, där frågan rörde krav på kollektivavtalsenliga villkor, slagit fast att Botkyrka kommun brutit mot LOU. På flera punkter avfärdas konkurrensverkets tolkning av EU-rätten som felaktig. De skriver bland annat:

Genom sin i bästa fall slarviga och i sämsta fall tendentiösa tolkning av EU-domstolens praxis och utstationeringsdirektivet och genom att med en generell formulering döma ut krav på ”kollektivavtalsenliga villkor” som oförenliga med gällande rätt, bidrar Konkurrensverket till den vilseledande debatt om möjligheten att ta sociala hänsyn /...³⁸

I motsats till kommissions och Konkurrensverkets inställning, finns dock flera röster som förespråkar en större integrering av socialpolitiska överväganden i den offentliga upphandlingen och det argumenteras för att detta inte heller hindras av EU-rätten. Ahlberg och Bruun menar att målet att skattebetalarnas pengar ska användas så effektivt som möjligt inte alls

³⁴ Ahlberg & Bruun, 2010, s. 28 samt Ahlberg, Kerstin, *Offentlig upphandling och sociala hänsyn – OK kräva varor från rättvis handel om bara villkoren utformas rätt*, EU & arbetsrätt 2, 2012 (2013-04-11, <http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/12-2/01.asp>).

³⁵ Se exempelvis avsnitt 2.5.5 samt Ahlberg, 2012.

³⁶ Se avsnitt 3.4.2 samt fotnot 155.

³⁷ Konkurrensverkets beslut 2010-04-15, Dnr 259/2009, *Angående krav på kollektivavtal i samband med offentlig upphandling*.

³⁸ *Expertyttrande med anledning av Konkurrensverkets beslut 2010-04-15 angående krav på kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling*, Kerstin Ahlberg och Niklas Bruun, Stockholm den 19 maj 2010, bilaga 1, s. 8 i *TCO och LO:s referensgrupps ledamöters yttrande angående upphandlingsutredningens arbete med möjligheten att ställa sociala krav vid offentlig upphandling*, 2011-03-04.

står i konflikt med etiska, miljömässiga eller sociala mål. Det finns ingen motsättning mellan en upphandling som bygger på öppenhet, ickediskriminering och fri konkurrens och samtidigt integrerar ovan nämnda mål. Författarna understryker istället vikten av att upphandling med skattemedel respekterar och beaktar samhällets grundläggande värderingar.³⁹ De konstaterar att EU, sett till fördragsbestämmelserna, ska främja socialpolitiska mål lika väl som den ska främja den inre marknaden.⁴⁰ Liknande inställning har Arrowsmith och Kunzlik som anför att det är lika legitimt att integrera sociala hänsyn i offentlig upphandling som det är att göra det på andra områden. Poängen är att det ska avgöras på nationell nivå. Det är medlemsstaterna som ska bedöma hur viktiga målen är på olika politiska områden och avgöra vad de önskar främja. Arrowsmith och Kunzlik menar vidare att åtgärder som behövs för att genomföra den inre marknaden inte bör tillämpas alltför vidsträckt eftersom detta skulle kunna vara ett effektivt sätt att begränsa medlemsstaternas interna prövningsrätt.⁴¹ Att det finns ett omfattande utrymme för prövning är något som de också menar stöds av EU-domstolen.⁴²

Som framkommer ovan finns det olika uppfattningar om möjligheten att främja socialpolitiska mål genom upphandling, både i frågan om vad EU-rätten tillåter idag och vad den bör tillåta. Ahlberg och Bruun framför att oklarheten på området har lett till att medlemsländerna har tillämpat en radikal försiktighetsprincip. Sociala överväganden i offentlig upphandling har undvikits genom juridiska osäkerhetsargument för att inte riskera att den mycket arbetskrävande och tidsödande upphandlingsproceduren behöver göras om.⁴³ I följande kapitel utreder jag vad EU-rätten lämnar för utrymme att beakta sociala hänsyn, och därmed också antidiskrimineringshänsyn, i den offentliga upphandlingen.

³⁹ Ahlberg & Bruun, 2010, s. 8.

⁴⁰ Ahlberg & Bruun, 2010, s. 112-113.

⁴¹ Arrowsmith & Kunzlik, 2009, s. 35-36; Ahlberg & Bruun, 2010, s. 114.

⁴² Detta enligt mål C-513/99 (Concordia Bus Finland) och mål C-448/01 (EVN AG och Wienstrom GmbH). Arrowsmith & Kunzlik, 2009, s. 37. Se även avsnitt 2.5.4.

⁴³ Ahlberg & Bruun, 2010, s. 111.

2 Upphandling och antidiskriminering inom EU

2.1 Kapitlets upplägg

Den offentliga upphandlingen i medlemsstaterna styrs detaljerat genom EU-regleringar. För att kunna redogöra för vilka möjligheter som EU-rätten ger att beakta antidiskrimineringshänsyn i offentlig upphandling, krävs en övergripande förståelse för upphandlingsrättens struktur och förfarandets mest väsentliga delar. De centrala regleringarna inom området utgörs av två direktiv⁴⁴, vilka här gemensamt benämns upphandlingsdirektiven. Dessa presenterar jag närmare i avsnitt 2.4. För att förstå reglerna kring upphandling är det dock viktigt att även känna till de bakomliggande EU-rättsliga regler och principer som upphandlingsdirektiven baseras på, varför kapitlet inleds med en översiktlig genomgång av dessa. En kort beskrivning av EU:s rättighetsskydd och sociala lagstiftning följer i avsnitt 2.3 som påvisar unionens målsättningar på det socialpolitiska området. Avsnitt 2.5 utgör kapitlets tyngdpunkt där jag behandlar upphandlingsförfarandets faser med fokus på möjligheten att beakta sociala hänsyn. Kapitlet avslutas med en sammanfattande redogörelse för när antidiskrimineringshänsyn kan aktualiseras i upphandlingsprocessen.

2.2 EU:s allmänna principer

Regelverket kring upphandling är uppbyggt med utgångspunkt i EUF-fördraget, Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF). I fördraget finns de grundläggande bestämmelserna om EU. Ett av EU-samarbetets mest centrala syften är att skapa en ”inre marknad” med gränsöverskridande handel. De s.k. fyra friheterna, dvs. fri rörlighet för personer, varor, tjänster och kapital, samt den fria etableringsrätten kan sägas utgöra fundamentet i EU och får därför stor betydelse för upphandlingen inom unionen.⁴⁵ Det primära syftet med europeiska gemensamma upphandlingsregler är just att skapa en fungerande inre marknad där myndigheter inte gynnar inhemska aktörer.⁴⁶ Det finns inget uttryckligt stadgande om offentlig upphandling i fördraget, men

⁴⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet).

⁴⁵ Pedersen, 2011, s. 26.

⁴⁶ Bercusson, B. and Bruun, N., Labour Law Aspects of Public Procurement in the EU in Nielsen, Ruth & Treumer, Steen (red.), *The New EU Public Procurement Directives*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 2005, pp. 97-116, p. 97.

upphandlingsdirektiven syftar till säkra ovan nämnda rättigheter. De mest centrala bestämmelserna för offentlig upphandling är den fria rörligheten för varor (artikel 34 FEUF), rätten att tillhandahålla tjänster (artikel 56 FEUF) och den fria etableringsrätten (artikel 49 FEUF). För att de grundläggande friheterna ska kunna realiseras har det utvecklats vissa EU-rättsliga principer, vilket innebär att också upphandlingsdirektiven grundas på dessa principer.⁴⁷ Dessa utgörs av likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen (transparensprincipen). I ingressen till de båda upphandlingsdirektiven framhålls att tilldelning av kontrakt vid upphandling ska omfattas av kravet på respekt för dessa principer.⁴⁸

Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska ges lika förutsättningar att delta i upphandlingen och behandlas på samma sätt. Det kan exempelvis handla om vilka krav som ställs upp och vid vilken tidpunkt relevant information tillhandahålls. Principen om *icke-diskriminering* innebär att myndigheter inte får försvåra möjligheten för utländska företag att lämna anbud genom att exempelvis uppställa krav som enbart inhemska företag känner till eller kan uppfylla. *Ömsesidigt erkännande* betyder att rättshandlingar som utfärdats av behöriga myndigheter i en medlemsstat ska anses giltiga också i andra medlemsstater. *Proportionalitetsprincipen* går ut på att myndigheter inte får ställa högre krav på leverantören än vad som krävs för att uppnå ändamålet. Kraven ska alltså vara nödvändiga för att nå det som åsyftas och även ha ett naturligt samband med det som upphandlas. *Öppenhet-* eller *transparensprincipen* ger företagen rätt att på förhand få information om upphandlingen och hur processen ska gå till. Villkoren för upphandlingen och vilka krav som ställs på anbudsgivarna ska tydligt framgå.⁴⁹

2.3 Social lagstiftning och rättighetsskydd inom EU

Den europeiska gemenskapen var från början i huvudsak en ekonomisk gemenskap och det ursprungliga Romfördraget saknade bestämmelser om mänskliga fri- och rättigheter. Trots att unionen fortfarande, som ovan visats, har sitt huvudsakliga fokus på gränsöverskridande handel och skapandet av en inre marknad, är dock rättighetsskyddet numera starkt förankrat inom unionen. Unionens befogenheter och inflytande på det sociala området, såsom i frågor om sysselsättning, jämställdhet och socialpolitik, har tydligt utökats de senaste decennierna.⁵⁰ Förutom att EU-fördraget slår fast att Europakonventionens bestämmelser om de grundläggande rättigheterna ska respekteras (FEU artikel 6.1), blev också

⁴⁷ Falk, 2011, s. 26;34;35.

⁴⁸ Se p. 2 i ingressen till direktiv 2004/18/EG samt p. 9 i ingressen till direktiv 2004/17/EG.

⁴⁹ Prop. 2006/07:128, s. 132.

⁵⁰ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 4., [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010, s. 126-127 samt SOU 2011:73, s. 208.

EU:s rättighetsstadga⁵¹ bindande rätt och del av primärrätten genom Lissabonfördraget.⁵² I rättighetsstadgan fastslås principerna om allas likhet inför lagen (artikel 20), icke-diskriminering (artikel 21) och jämställdhet (artikel 23). Vidare finns bestämmelser som behandlar förhållanden i arbetslivet och social trygghet (se artiklarna 27-32 och 34).

Också i EUF-fördraget finns bestämmelser som stärker rättighetsskyddet och som utökar EU-domstolens möjlighet att se till så att stadgan tillämpas korrekt. I artikel 8 anges att unionen i all sin verksamhet ska ”*syfta till att undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män och främja jämställdhet mellan dem*”. Vidare anges att unionen ska, vid fastställandet och genomförandet av sin politik och verksamhet, ”*beakta de krav som är förknippade med främjandet av hög sysselsättning, garantier för ett fullgott socialt skydd, kampen mot social utestängning samt en hög utbildningsnivå och en hög hälsoskyddsnivå för människor*” (artikel 9 FEUF) samt ”*söka bekämpa all diskriminering på grund av kön, ras eller etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning*” (artikel 10).

Med stöd av ovan nämnda artiklar i EUF-fördraget, har flera rättsakter antagits. Likabehandlingsdirektivet (2006/54/EG)⁵³ är ett av dessa som särskilt bör nämnas. Det syftar till att säkerställa att principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet genomförs (artikel 1). Vidare fastställer direktiv 2000/78/EG⁵⁴ allmänna ramar för att bekämpa diskriminering och garantera respekten för principen om likabehandling av alla människor i unionen, oavsett religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning (artikel 1). Direktiv 2000/43/EG⁵⁵ har till syfte att motverka etnisk diskriminering.

Dessa rättsakter blir således betydelsefulla i diskussionen kring sociala hänsyn och i vad mån det, genom offentlig upphandling, går att verka för de sociala målsättningarna som EU-rätten har satt upp.

2.4 Upphandlingsdirektiven

Som nämnts i kapitlets inledning, utgör de två upphandlingsdirektiven (direktiv 2004/17 om upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (*försörjningsdirektivet*) och direktiv 2004/18 om upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (*det klassiska*

⁵¹ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02).

⁵² Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 126-127.

⁵³ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet.

⁵⁴ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling.

⁵⁵ Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.

direktivet)) den centrala regleringen på området för upphandling och det är även dessa regelverk som huvudsakligen behandlas i denna framställning. Direktiven innehåller procedurregler för att ovan nämnda principer ska efterlevas och de slår fast att tilldelning av kontrakt ska ske på basis av antingen lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.⁵⁶ De två direktiven kompletteras med ytterligare rättsakter. Det finns också ett direktiv som reglerar upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet⁵⁷ och ett direktiv som ska garantera att medlemsländerna har effektiva förfaranden för prövning av om en upphandling har gått rätt till⁵⁸. Det finns även ytterligare bestämmelser av mer teknisk karaktär såsom krav på terminologi⁵⁹ samt hur meddelanden om offentlig upphandling ska offentliggöras⁶⁰.

Ovan nämnda rättsakter omfattar enbart upphandlingar som överstiger vissa angivna tröskelvärden. Tröskelvärdena är olika beroende på vad som ska upphandlas och vilken typ av myndighet som utför upphandlingen. Vartannat år räknas värdena om för att anpassas efter eurons kurs och detta presenteras genom en förordning från kommissionen.⁶¹ Som exempel kan det klassiska direktivets aktuella tröskelvärden nämnas. När det gäller varor och tjänster ligger tröskelvärdena på 130.000 euro för statliga myndigheter och på 200.000 euro för övriga upphandlande myndigheter. För byggentreprenad-kontrakt är tröskelvärdet 5 miljoner euro för samtliga upphandlande myndigheter.⁶² Det finns även vissa typer av upphandlingar som är helt undantagna, eller som bara delvis styrs av direktiven, trots att aktuella tröskelvärden uppnås.⁶³ Detta är emellertid inget som jag berör närmare i denna framställning. Det kan ändå vara viktigt att poängtera att även om inte direktiven är tillämpliga vid en upphandling, så har det slagits

⁵⁶ 2004/18/EG art. 53 respektive 2004/17/EG art. 55.

⁵⁷ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.

⁵⁸ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten; 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.

⁵⁹ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV).

⁶⁰ Kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001 om ändring av bilaga IV till rådets direktiv 93/36/EEG, bilagorna IV, V och VI till rådets direktiv 93/37/EEG, bilagorna III och IV till rådets direktiv 92/50/EEG, i dess ändrade lydelse enligt direktiv 97/52/EG, samt bilagorna XII-XV, XVII och XVIII till rådets direktiv 93/38/EEG, i dess ändrade lydelse enligt direktiv 98/4/EG (direktiv om användning av standardformulär vid offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling).

⁶¹ Aktuell förordning är: Kommissionens förordning (EU) nr. 1251/2011 av den 30 november 2011 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

⁶² Se art. 2, Kommissionens förordning (EU) nr. 1251/2011 samt Konkurrensverkets hemsida: http://www.konkurrensverket.se/t/Process_2159.aspx, 2013-02-26.

⁶³ Ahlberg & Bruun, 2010, s. 20.

fast genom EU-domstolens praxis att upphandlingen fortfarande omfattas av fördragets regler och principer, vilka redogjordes för i avsnitt 2.2. Det gäller dock enbart kontrakt som har betydelse för den inre marknaden. För upphandlingar som inte omfattas av direktiven och som inte är av intresse för ekonomiska aktörer i andra medlemsstater, blir EU-rätten över huvud taget inte tillämplig.⁶⁴

2.5 Upphandlingsförfarandet och sociala hänsyn i dess olika faser

2.5.1 Allmänt

Socialt hänsynstagande inom offentlig upphandling kan ske på olika sätt. Upphandlingen som sådan kan fylla ett socialt syfte. Det kan exempelvis handla om en upphandling som rör vård av missbrukare eller äldreomsorg. Själva föremålet för upphandlingen är då av social karaktär och så länge de grundläggande EU-rättsliga principerna iakttas, så finns inga begränsningar för hur en upphandlande myndighet utformar kontraktsföremålet. Sociala aspekter kan dock beaktas även om föremålet för upphandlingen inte är av social karaktär. Det är då upphandlingsrätten sätter gränser. Den EU-rättsliga regleringen på upphandlingsområdet handlar om *proceduren* för upphandlingen och direktiven består således framför allt av regler som anger hur upphandlingsprocessen ska genomföras och vilka krav som ställs i upphandlingens olika faser. Denna detaljerade reglering ska garantera att anbudsgivare från alla medlemsländer har samma möjligheter att delta i upphandlingen och förhindra att irrelevanta faktorer beaktas i urvalsprocessen som snedvrider konkurrensen.⁶⁵

Som ovan nämnts, indelas upphandlingsprocessen i olika faser. I var och en av dem kan olika typer av sociala hänsyn aktualiseras. Förutsättningarna och utrymmet för sådan hänsyn varierar dock faserna emellan, varför det är viktigt att särskilja dem.⁶⁶ Nedan ges en översiktlig beskrivning av dessa faser. Det bör nämnas att de olika fasernas benämningar som följer i denna framställning, inte är vedertagna begrepp. Om uppsatsens syfte hade varit att utförligt redogöra för hela upphandlingsförfarandet, hade förmodligen fler faser presenterats och eventuellt skiljts av på ett annorlunda sätt. Som nämntes i inledningskapitlet är upphandlingsförfarandet en stor procedur och styrs av ett omfattande regelverk. Det är inte relevant i förhållande till denna uppsats att klargöra alla delar av förfarandet och en heltäckande beskrivning ges därför inte. Syftet med detta avsnitt är att utreda de EU-rättsliga ramarna för socialt hänsynstagande och fokus ligger således på de delar som i detta avseende är relevanta.

⁶⁴ Ahlberg & Bruun, 2010, s. 20.

⁶⁵ Ahlberg & Bruun, 2010, s. 22-23.

⁶⁶ Ahlberg & Bruun, 2010, s. 22.

De bestämmelser som är aktuella för denna uppsats är i princip identiska i de båda upphandlingsdirektiven. De hänvisningar till direktivartiklar som i fortsättningen görs, gäller det klassiska direktivet, direktiv 2004/18/EU om upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, om inget annat anges.

2.5.2 Inledningsfasen

2.5.2.1 Förfrågningsunderlag

Det detaljstyrda regelverket för offentlig upphandling fordrar ett omfattande planeringsarbete av de upphandlande myndigheterna. Beroende på vilken typ av upphandling det rör sig om och till vilket värde, tillämpas olika typer förfaranden med olika regler. Gemensamt för alla dessa upphandlingar är att det krävs att de upphandlande myndigheterna upprättar ett förfrågningsunderlag, vilket måste göras innan själva upphandlingen kan påbörjas. Förfrågningsunderlaget ställer upp förutsättningarna för upphandlingen och detta måste således vara färdigställt när annonseringen⁶⁷ av upphandlingen görs. Det är det viktigaste dokumentet i en upphandling och när väl processen är igång kan det i princip inte göras några ändringar detta dokument. Kvalificeringskrav, utvärderingskriterier och avtalsvillkor anges tillsammans med kravspecifikation som oftast innehåller en teknisk beskrivning eller en uppdragsbeskrivning.⁶⁸ Som nedan kommer att visas finns det olika möjligheter att beakta sociala hänsyn, men oavsett på vilket sätt det i sådana fall sker, ska det uppges i förfrågningsunderlaget.

2.5.2.2 Tekniska specifikationer

Vid alla typer av upphandlingar är det också nödvändigt att den upphandlande myndigheten ger en teknisk beskrivning av föremålet för upphandlingen. Det är viktigt för att anbudsgivarna ska förstå vad som efterfrågas så att de kan forma sina anbud efter aktuellt behov. Bestämmelserna som anger hur de tekniska specifikationerna får utformas syftar till att förhindra handelshinder och att den inre marknadens funktion begränsas, genom att exempelvis krav ställs upp som försvårar deltagande för utländska leverantörer.⁶⁹ Detta regleras i artikel 23, med vidare definitioner i bilaga VI.

För att klargöra i vilken mån det är möjligt att beakta sociala hänsyn genom de tekniska specifikationerna kan det nämnas att artikeln uttryckligen slår fast att de tekniska specifikationerna *"bör /.../ fastställas för att ta hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för funktionshindrade eller formgivning med tanke på samtliga användares behov."* Direktiven uppmanar således

⁶⁷ De upphandlande myndigheterna är skyldiga att annonsera sina upphandlingar (det finns dock undantag). Syftet med att offentliggöra upphandlingsförfarandet är att öppna upp marknaden och möjliggöra för leverantörer att inkomma med anbud och på så sätt säkerställa konkurrensen (artikel 29 i 2004/18/EG). Det kan ses som en praktisk tillämpning av transparensprincipen. (Pedersen, 2011, s. 85.)

⁶⁸ Pedersen, 2011, s. 89-90.

⁶⁹ Pedersen, 2011, s. 91.

upphandlande myndigheter att ta hänsyn till olika människors möjligheter och förutsättningar att använda en viss produkt. Att det är möjligt att ställa krav på att en vara eller tjänst exempelvis ska vara handikappanpassad är givet, eftersom det är ett krav som är relaterat till varan eller tjänsten i sig. Kravet är med andra ord kopplat till kontraktsföremålet, vilket är en förutsättning för att det ska klassas som tekniska specifikationer.⁷⁰ Uppställs krav på särskild sakkunskap inom det sociala området, är detta enbart tillåtet om det krävs för att kunna fullgöra kontraktet, exempelvis om det uppställs krav på personal med viss utbildning i ett kontrakt för en skola. Ytterligare ett exempel på tillåtna tekniska specifikationer har kommissionen gett i sin handledning⁷¹ och innebär att det i ett byggtreprenadskontrakt går att kräva åtgärder för att undvika arbetsolyckor i syfte att skydda personalens hälsa och säkerhet. Vad som däremot inte kan ses som tekniska specifikationer är att ställa upp krav om att anställa exempelvis personer med funktionsnedsättning, eftersom det saknar koppling till föremålet för kontraktet⁷². Den avgörande frågan är alltså huruvida de krav som ställs upp i de tekniska specifikationerna är kopplade till föremålet för upphandlingskontraktet.

2.5.3 Kvalifikationsfasen

När annonseringen av en upphandling har gjorts och anbud har inkommit inleds den fas som här benämns *kvalifikationsfasen*, då den upphandlande myndigheten ska göra en prövning av leverantörerna. Detta är dels för att kunna välja bort direkt olämpliga leverantörer, dels för att kontrollera att anbudsgivarna verkligen har de förutsättningar som krävs för att tillgodose den upphandlande myndighetens behov.⁷³ Prövningen består normalt av två moment som i svensk rätt vanligen benämns *uteslutningsprövning* och *leverantörskvalificering*.⁷⁴ Avsnitt 2 i direktivet har rubriken *Kvalitativa urvalskriterier* och ställer upp ramarna för uteslutning och kvalitetssäkring. Där preciseras förutsättningarna för hur kvalifikationskraven får utformas. Alla artiklar kommer inte beröras närmare i denna uppsats, utan främst de artiklar som är relevanta i förhållande till socialt hänsynstagande.

Avsnittet inleds med artikel 45 som behandlar grunder för uteslutning. 45.1 tar sikte på situationer då den upphandlande myndigheten *är skyldig att* utesluta anbudsgivaren. Det rör sig om fall då myndigheten får kännedom om en lagakraftvunnen dom som har meddelats med anledning av allvarigare former av brottslighet, såsom deltagande i en kriminell organisation, bedrägeri eller penningtvätt.⁷⁵ Det är dock 45.2 och i synnerhet punkterna c och d som är intressanta inom ramen för denna uppsats. Där

⁷⁰ Europeiska kommissionen, 2011, s. 29.

⁷¹ Europeiska kommissionen, Socialt ansvarfull upphandling - En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, Europeiska unionen, 2011.

⁷² Europeiska kommissionen, 2011, s. 29.

⁷³ Pedersen, 2011, s. 108.

⁷⁴ Se exempelvis Pedersen, 2011, s. 108.

⁷⁵ Se klassiska direktivet, artikel 45.1, punkterna a-d.

anges att en upphandlande myndighet får utesluta en anbudsgivare som är dömd för brott mot yrkesetiken enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet eller som har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen om det på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten. Vad som är att anse som allvarligt fel i yrkesutövningen finns det ingen definition på enligt europeisk lagstiftning eller EU-praxis. Därmed är det, enligt kommissionen, upp till medlemsstaterna att fastställa detta.⁷⁶ Genom EU-domstolens praxis har det också konstaterats att det inte är tänkt att de skäl som anges i artikeln ska tillämpas enhetligt inom hela unionen. Medlemsländerna har möjlighet att införliva dessa uteslutningsskäl mer eller mindre rigoröst i olika fall, beroende på nationell hänsyn av rättslig, ekonomisk eller social karaktär. Att medlemsstaterna ges detta utrymme beror på att det inte föreligger någon skyldighet att se skälen som grund för uteslutning, utan att de enbart utgör en möjlighet.⁷⁷

Vidare bör de skäl i direktivets preambel noteras, som refererar till artikel 45. I skäl 43 anges att ett allvarligt fel eller brott mot yrkesetiken kan innefatta ”*bristande efterlevnad av nationella bestämmelser för genomförande av rådets direktiv 2000/78/EG(15) och 76/207/EEG(16) om lika behandling av arbetstagare som lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt*”. Preamblens skäl 34 anger bland annat att kollektivavtal rörande anställningsvillkor och arbetsskydd är tillämpliga om de överensstämmer med EU-rätten. Om sådana förpliktelser inte uppfylls kan även detta anses som ett allvarligt fel eller brott mot yrkesetiken. Därmed öppnar EU-rätten för en typ av socialt hänsynstagande avseende anställningsvillkor, arbetsskydd, likabehandling i arbetslivet samt utstationerade arbetstagares rättigheter genom att ge en upphandlande myndighet möjlighet att utesluta en leverantör som inte uppfyller sådana sociala krav enligt nationell rätt.

Det tycks således föreligga ett relativt stort utrymme för medlemsstaterna att bestämma förutsättningarna för artikel 45.2, dvs. på vilka grunder leverantörer kan uteslutas och därmed också i vad mån sociala hänsyn kan beaktas i denna fas. Det styrs av medlemsstaternas egna regelverk och praxis. Det bör dock tilläggas att de EU-rättsliga principerna givetvis måste beaktas. I synnerhet kan proportionalitetsprincipen nämnas som torde sätta gränser för tolkningen av begreppet ”allvarligt fel i yrkesutövningen” och följaktligen möjligheten till uteslutning.

Förutom att anbudsgivare kan uteslutas på de grunder som redovisats ovan, har den upphandlande myndigheten också möjlighet att ställa upp vissa krav på anbudsgivarens *ekonomiska och finansiella ställning* samt *tekniska och yrkesmässiga kapacitet*. Detta framkommer av artikel 44 och regleras specifikt i artiklarna 47 och 48. Leverantörskvalificeringen syftar inte till att hitta den leverantör som har den *bästa* förmågan, utan enbart hitta de

⁷⁶ Europeiska kommissionen, 2011, s. 35.

⁷⁷ Se *La Cascina Soc. coop. arl och Zilch Srl mot Ministero della Difesa m.fl. (C-226/04)* och *Consorzio G. f. M. mot Ministero della Difesa och La Cascina Soc. coop. arl (C-228/04)* [2006] ECR I-1347, p. 23.

leverantörer som har *tillräcklig* förmåga för att kunna tillgodose den upphandlande myndighetens behov. Antingen bedöms leverantören klara kvalificeringskraven eller så gör den inte det. Det görs alltså här ingen bedömning av hur bra leverantören uppfyller kraven.⁷⁸ I artiklarna 49-52 preciseras hur kvalificeringskraven får utformas. Kraven som ställs upp måste ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.⁷⁹ Det är enbart om upphandlingen i sig är av social karaktär som krav på särskild kompetens inom det sociala området kan ställas. Detta kan jämföras med det som har beskrivits i avsnitt 2.5.2.2, angående de tekniska specifikationerna.

2.5.4 Tilldelningsfasen

När endast de anbud återstår som uppfyller kvalifikationskraven, inleds den fas då den upphandlande myndigheten har att bedöma vilket anbud som på bästa sätt tillgodoser dess behov och därmed ska antas, den s.k. *tilldelningsfasen*. I artikel 53 anges de två alternativa utvärderingsgrunderna som får tillämpas när anbuden bedöms. Antingen görs bedömningen enbart utifrån *lägsta pris* (art. 53.1.b), eller så sker tilldelningen på grundval av det anbud som är det *ekonomiskt mest fördelaktiga* för den upphandlande myndigheten (art. 53.1.a), dvs. det anbud som har det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris. Vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt avgörs utifrån vissa kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet. Kriterierna måste vara möjliga att jämföra och bedöma på ett objektivt sätt för att likabehandling ska garanteras. Vilka kriterier det rör sig om, deras prioriteringsordning och hur de kommer att viktas inbördes, måste redovisas i förfrågningsunderlaget.⁸⁰ Exempel på kriterier som anges i artikeln är kvalitet, pris, tekniska fördelar, funktionella egenskaper och miljöegenskaper.

Att använda sociala hänsyn som tilldelningskriterium är möjligt, men dock begränsat och till viss del omtvistat, vilket kommer att påvisas längre fram i detta avsnitt. Det kan exempelvis användas om det hjälper till att bedöma kvaliteten hos en tjänst som är avsedd för en viss missgynnad samhällsgrupp. I skäl 46 i preambeln går det att läsa att ”*en upphandlande myndighet får använda kriterier som syftar till att tillgodose sociala krav som bland annat tillgodoser behov - fastställda i specifikationerna för upphandlingen - hos särskilt missgynnade befolkningsgrupper, till vilka förmånstagarna/användarna av de byggtreprenader, varor och tjänster som är föremål för upphandlingen hör.*” Yttrandet visar att de sociala kriterierna är tillåtna när de är tydligt kopplade till föremålet för kontraktet.

⁷⁸ Pedersen, 2011, s. 111.

⁷⁹ Se 2004/18/EG, artikel 44.2.

⁸⁰ 2004/18/EG, preambeln skäl 46.

I målet *Concordia Bus Finland*⁸¹ slog domstolen fast att samtliga kriterier som en upphandlande myndighet tillämpar för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, inte måste vara av rent ekonomisk art. Det konstaterades att det inte kan uteslutas att faktorer som inte är av rent ekonomisk art kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten.⁸² De upphandlande myndigheterna har således en relativt stor möjlighet att utforma utvärderingskriterierna efter egna preferenser⁸³, men domstolen slog också fast att de måste ha ett samband med föremålet för upphandlingen och givetvis vara i överensstämmelse med övriga EU-rättsliga principer. Kriterierna får inte heller ge den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt och de måste uttryckligen anges i kontraktshandlingarna.⁸⁴ I senare praxis har det även slagits fast att kriterierna måste vara möjliga att kontrollera, eftersom principen om likabehandling annars skulle åsidosättas.⁸⁵

I vilken utsträckning det är möjligt att beakta sociala kriterier som en del i värdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, är inte helt klart. Bercusson och Bruun diskuterar skäl 46 (citerat ovan) och framför allt formuleringen ”*bland annat* (min kursivering) tillgodoser behov /.../ hos särskilt missgynnade befolkningsgrupper”, vilket författarna menar påvisar en öppning för också andra typer av socialt hänsynstagande i värderingsfasen.⁸⁶ De frågar sig vidare vad det egentligen innebär att kriterierna ska vara ”kopplade till föremålet för kontraktet”. EU-rätten ger inte någon tydlig vägledning hur begreppet ska tolkas och därmed, menar författarna, kan medlemsstaterna, vid implementeringen av direktiven, påverka och klargöra i vilken utsträckning det finns möjligheter för upphandlande myndigheter att använda sociala kriterier som en del i anbudsutvärderingen.⁸⁷

Kommissionen uttalade i ett tolkningsmeddelande från 2001 att ett tilldelningskriterium ska göra det möjligt att bedöma en produkts eller tjänsts inneboende egenskaper. Det ska göra det möjligt att jämföra anbud och avgöra vilket som bäst motsvarar den upphandlande myndighetens behov för den enskilda upphandlingen. Därmed måste tilldelningskriterier vara direkt kopplade till kontrakt föremålet eller till det sätt på vilket kontraktet ska utföras. Kommissionen drar av denna anledning slutsatsen att exempelvis krav på upprättandet av en jämställdhetsplan eller kriterier avseende antalet anställda inom en viss personkategori står i strid med upphandlingsdirektiven, eftersom det inte har något att göra med

⁸¹ *Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne*, C-513/99 [2002] ECR I-7213.

⁸² C-513/99, p. 55.

⁸³ Falk, 2011, s. 384.

⁸⁴ C-513/99, p. 59-64.

⁸⁵ *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich*, C-448/01 [2003] ECR I-14527, p. 50-52 samt p. 72.

⁸⁶ Bercusson & Bruun, i Nielsen & Treumer, 2005, s. 113-114.

⁸⁷ Bercusson & Bruun, i Nielsen & Treumer, 2005, s. 114-115.

kontraktsföremålet i den enskilda upphandlingen. Kriterierna bidrar därmed inte till valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.⁸⁸

I detta sammanhang bör en relativt ny dom från EU-domstolen nämnas, *Europeiska kommissionen mot Nederländerna*, från den 10 maj 2012.⁸⁹ Upphandlingen rörde leverans och underhåll av kaffeautomater där myndigheten ställde krav på att teet och kaffet kom från ekologiska jordbruk samt att de köpts från småproducenter i utvecklingsländer på rättvisa villkor. De leverantörer som erbjöd även övriga ingredienser, såsom mjölk, kakao och socker, med dessa krav uppfyllda, fick extra poäng vid anbudsvärderingen. Nederländerna dömdes för fördragsbrott eftersom förfrågningsunderlaget var utformat på ett sätt som gav intrycket att det krävdes en specifik sort av ekologisk märkning och rättvisemärkning, vilket är i strid med EU:s allmänna principer⁹⁰. En del av kommissionens tolkning av EU-rätten underkändes dock. Kommissionen anförde att tilldelningskriterierna, som gynnade användning av varor från rättvis handel, var otillåtna då de saknade koppling till kontraktsföremålet eftersom det inte rörde varorna i sig utan anbudsgivarnas allmänna policy.⁹¹ Såsom i *Concordia Bus Finland* slog domstolen dock fast att tilldelningskriterierna kan vara kvalitativa och inte rent ekonomiska. De kan grundas på sociala hänsynstaganden som kan avse ”användarna eller förmånstagarna till de byggtreprenader, varor eller tjänster som är föremål för upphandlingen, men även andra personer (min kursivering)”⁹². Vidare framhöll domstolen att det inte krävs att ett tilldelningskriterium avser en varas egenskaper som sådana, dvs. element som utgör del av varan. Slutligen konstaterades att kriterierna enbart rörde de ingredienser som skulle levereras, och inte alls berörde arbetsgivarnas allmänna inköspolicy. Kommissionens invändning att kriterierna saknade koppling till kontraktsföremålet godtogs därmed inte.⁹³

Just kopplingen till kontraktsföremålet diskuteras även av Arrowsmith och hon har en klart skild syn i jämförelse med den som kommissionen lägger fram. Hon konstaterar att det i praxis har framkommit att medlemsstater har relativt stort utrymme att väga kriterierna på ett skönsmässigt sätt och att det även är möjligt att väga in kriterier av mer organisatorisk karaktär som inte har direkt koppling till föremålet för kontraktet. Domarna⁹⁴, som hon grundar sitt resonemang på, rör miljökritierier. Arrowsmith menar emellertid att resonemangen kan användas också när det gäller sociala

⁸⁸ KOM (2001) 566 slutlig, 15.10.2001, Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, s. 14.

⁸⁹ *Kommissionen mot Nederländerna*, C-368/10 [2012] ECR I-00000.

⁹⁰ C-368/10, p. 52.

⁹¹ C-368/10, p. 82.

⁹² C-368/10, p. 85.

⁹³ C-368/10, p. 91-92.

⁹⁴ I synnerhet mål C-513/99 (*Concordia Bus Finland*) och mål C-448/01 (*EVN AG mot Österrike*).

utvärderingskriterier.⁹⁵ Utan att ge en alltför djupgående beskrivning av hennes resonemang, vilket av utrymmesskäl inte är möjligt i denna framställning, bör en av hennes återkommande ståndpunkter nämnas. Arrowsmith argumenterar nämligen för att fördraget öppnar för möjligheten att beakta kriterier som inte är direkt kopplade till föremålet för upphandlingen. Direktiven, vilka avsåg att klargöra och anpassa regelverket till EU-domstolens praxis⁹⁶, förbjuder sådana kriterier som saknar koppling till föremålet. Arrowsmiths resonemang får tolkas så att direktiven här har gått längre än nödvändigt för att säkra den fria rörligheten. Ovan nämnda kriterier är därför inte tvunget förbjudna enligt fördraget.⁹⁷

I målet *Nord-Pas-de-Calais*⁹⁸ hade tilldelningen av ett upphandlingskontrakt baserats på ett kriterium som syftade till att bekämpa arbetslöshet. Medlemsstaten såg inte kriteriet som ett huvudkriterium utan som ett icke avgörande tilläggs-kriterium.⁹⁹ Domstolen konstaterade att bestämmelsen om att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas, inte utesluter all möjlighet att som kriterium använda ett villkor för att bekämpa arbetslöshet, så länge villkoret är förenligt med alla grundläggande EU-rättsliga principer.¹⁰⁰ Enligt kommissionen slog domstolen även fast att ett villkor av ovan nämnda slag, som inte har någon koppling till kontrakt föremålet, enbart kan ligga till grund för tilldelning av ett kontrakt när det står mellan två eller flera *likvärdiga* anbud.¹⁰¹ Även om kriteriet tycks ha tillämpats på detta sätt i aktuellt fall, var det ingenting som domstolen uttalade sig om. Kommissionens tolkning har därmed kritiserats. Arrowsmith menar att tolkningen är felaktig och hon framhåller att det inte heller finns något som stödjer en sådan tolkning i direktiven. Istället påvisar fallet möjligheterna att använda sådana villkor vid kontraktstilldelning.¹⁰² Det bör nämnas att kriteriet i detta fall förmodligen stod i strid med icke-diskrimineringsprincipen då det rörde ett villkor att sysselsätta långtidsarbetslösa lokalt. Eftersom kommissionen inte gjorde gällande detta, utan endast ifrågasatte kriteriet såsom ett upphandlingskriterium, kunde kommissionens talan inte vinna bifall.¹⁰³

2.5.5 Slutfasen - särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

En av de mest centrala bestämmelserna som rör möjligheten till socialt hänsynstagande i offentlig upphandling anges i artikel 26;

⁹⁵ Arrowsmith, S., Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review, i Arrowsmith & Kunzlik, 2009, s. 190.

⁹⁶ Se skäl (1) i preambeln till direktiv 2004/18/EG.

⁹⁷ Arrowsmith & Kunzlik, 2009, s. 180-181 samt 190.-191.

⁹⁸ *Kommissionen mot Frankrike*, C-225/98 [2000] ECR I-7445.

⁹⁹ C-225/98, se p. 47.

¹⁰⁰ C-225/98, se p. 49-50.

¹⁰¹ Europeiska kommissionen, 2011, s. 40.

¹⁰² Arrowsmith, i Arrowsmith & Kunzlik, 2009, s. 240.

¹⁰³ C-225/98, p. 52-54.

En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Dessa krav får bland annat omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn.

Kraven som avses i artikeln är varken tekniska specifikationer, kvalifikationskrav eller tilldelningskriterier, utan villkor för hur en leverantör ska agera för att fullgöra ett kontrakt. Leverantören som tilldelas kontraktet måste alltså acceptera dessa villkor när avtal ingås med den upphandlande myndigheten.¹⁰⁴ Denna del skulle därmed kunna sägas tillhöra *slutfasen*.

I skäl 33 i preambeln ges exempel på kontraktsvillkor med sociala motiv. Det kan handla om att bekämpa arbetslöshet eller främja yrkesutbildning på arbetsplatsen och anställning av personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden. Det kan exempelvis finnas en skyldighet att anställa långtidsarbetslösa i samband med fullgörandet av ett kontrakt eller ett krav att följa bestämmelser i grundläggande ILO-konventioner¹⁰⁵, om dessa inte har införlivats i aktuell medlemsstat. I skälet understryks även att villkoren inte får vara direkt eller indirekt diskriminerande och att de måste anges i meddelandet om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget.

Vidare kan nämnas att en upphandlande myndigheter enligt artikel 27, får, eller kan av en medlemsstat åläggas att, i förfrågningsunderlaget ange var en anbudsgivare kan få relevanta uppgifter om skyldigheter avseende bland annat arbetarskydd och arbetsvillkor som gäller i den medlemsstat, region eller ort där tjänsterna eller entreprenaden ska utföras och som ska tillämpas under fullgörandet av kontraktet. Tillhandahålls sådan information ska den upphandlande myndigheten kräva att anbudsgivarna bekräftar att de i sina anbud tagit hänsyn till dessa skyldigheter.

Före 2004 fanns ingen bestämmelse om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt i direktiven. Införandet av artikel 26 avsåg att förtydliga och kodifiera EU-domstolens praxis på området.¹⁰⁶ Rättsläget har länge varit relativt oklart och tolkningen av domstolens praxis har varit omtvistad.¹⁰⁷ Fortfarande återstår vissa oklarheter då det kan argumenteras att kodifieringen i artikel 26 tycks vara en snävare bestämmelse för dessa

¹⁰⁴ Pedersen, 2011, s. 143.

¹⁰⁵ ILO, Internationella arbetstagarorganisationen (engelska *International Labour Organization*), är FN:s fackorgan för sysselsättning och arbetslivsfrågor som arbetar för att främja social rättvisa och humana arbetsvillkor. Organisationen har en trepartisk institutionell struktur där regeringar, arbetsgivare och arbetstagare finns representerade (Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010, s. 28).

¹⁰⁶ Se skäl (1) i preambeln till direktiv 2004/18/EG.

¹⁰⁷ Se exempelvis Arrowsmith, i Arrowsmith & Kunzlik, 2009, s. 240-241; Bercusson & Bruun, i Nielsen & Treumer, 2005, s. 106-107.

särskilda kontraktsvillkor än vad EU-domstolen har tillåtit i sin praxis¹⁰⁸, vilket kommer att belysas nedan.

Ett i sammanhanget viktigt och ofta citerat fall är *Bentjeesmålet*¹⁰⁹. Där behandlades frågan om det skulle vara möjligt att utesluta en leverantör som inte kunde uppfylla ett krav på att rekrytera en viss andel långtidsarbetslösa vid ett anläggningsarbete. Domstolen konstaterade att det uppställda kravet var ett krav på leverantören, men som varken rörde dess *ekonomiska och finansiella ställning* eller *tekniska förmåga och kapacitet*. Det var inte heller ett kriterium för *anbudsutvärdering*.¹¹⁰ EU-domstolen har kallat sådana villkor, som inte har något samband med ovan nämnda kategorier, för *additional specific conditions*¹¹¹, eller s.k. *särskilda tilläggsvillkor*. I aktuellt fall fann domstolen att villkoret inte var i strid med då gällande direktiv, förutsatt att det inte var direkt eller indirekt diskriminerande i förhållande till anbudsgivare från andra medlemsländer och hade angivits i meddelandet om upphandling.¹¹² Enligt kommissionens tolkning av domen rörde det sig om ett villkor som skulle behandlas utanför själva upphandlingsprocessen, dvs. ett villkor för verkställande av kontraktet och inte ett kriterium för tilldelning. Denna tolkning avfärdades dock av EU-domstolen i det senare målet *Nord-Pas-de-Calais*, där villkoret konstaterades vara ett *upphandlingskriterium*¹¹³ eftersom det hade utgjort en grund för uteslutning.¹¹⁴ EU-domstolen har genom de två domarna gett uttryck för en vidare innebörd av begreppet upphandlingskriterium, som alltså inte endast behöver vara ett tilldelningskriterium vid anbudsutvärderingen, utan också omfatta andra kriterier som kan påverka valet av leverantör. Denna vidare innebörd av domstolens *särskilda tilläggsvillkor* har dock inte avspeglats i direktivet, där det istället kallas *särskilda villkor för fullgörande av kontrakt*. Bestämmelsen begränsas således till att omfatta endast sådana villkor som har med kontraktets fullgörande att göra. Någon definition av vad som avses med *fullgörande av kontrakt* finns inte, varför det är svårt att klargöra innebörden av bestämmelsen. Det är således oklart om artikeln motsvarar vad EU-domstolen avsåg med begreppet *särskilda tilläggsvillkor* i Beentjesdomen.¹¹⁵ Något som är värt att understryka är att det i Beentjesmålet endast framkommer att ett krav där ställdes på anställning av långtidsarbetslösa och alltså inte att de långtidsarbetslösa skulle genomföra det arbete som var föremål för upphandlingen. Därmed har det argumenterats i doktrin att det förmodligen är möjligt för upphandlande myndigheter att ställa upp *särskilda tilläggsvillkor* som inte har med kontraktets fullgörande att göra, så länge det är förenliga med de EU-

¹⁰⁸ Se Falk, 2011, s. 264.

¹⁰⁹ *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna*, C-31/87 [1988] ECR I-4635.

¹¹⁰ C-31/87, p. 28.

¹¹¹ Se C-31/87, p. 36.

¹¹² C-31/87, p. 37 (iii).

¹¹³ I den engelska versionen av domen används begreppet *award criteria*, vilket på svenska översatts till *tilldelningskriterier* i andra sammanhang. I domen används dock begreppet *upphandlingskriterium* och det är oklart exakt vad domstolen avser.

¹¹⁴ C-225/98, p. 52.

¹¹⁵ Falk, 2011, s. 268-269.

rättsliga principerna och anges i meddelandet om upphandling.¹¹⁶ Som ovan konstaterats är detta dock något som inte styrks av direktiven.¹¹⁷

2.6 Antidiskrimineringshänsyn inom EU

Såsom framgår av avsnitten ovan, kan sociala hänsyn på olika sätt beaktas inom ramen för offentlig upphandling och antidiskrimineringshänsyn är en sådan typ av hänsyn som alltså kan aktualiseras i en process. Det är, som visats, i vissa lägen oklart hur långt denna möjlighet sträcker sig. I detta avsnitt gör jag ett försök att, genom att relatera till vad som framkommit angående sociala hänsyn, sammanfatta utrymmet som finns att beakta antidiskrimineringsaspekter i de olika upphandlingsfaserna, så som jag har uppfattat det.

Först och främst kan det konstateras att direktiven uppmanar upphandlande myndigheter att, i inledningsfasen, ha ett tillgänglighetsperspektiv vid utformandet av de tekniska specifikationerna. Det är en självklarhet att de upphandlande myndigheterna kan ställa krav på en handikappanpassad vara eller tjänst (avsnitt 2.5.2.2).

I kvalifikationsfasen lämnar EU-rätten, som visat, utrymme för medlemsstaterna att själva avgöra vad som utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen eller ett brott mot yrkesetiken, och därmed också i vilka fall en leverantör kan uteslutas från en upphandling (avsnitt 2.5.3). Förpliktelser enligt direktivet om likabehandling i arbetslivet är exempel som anges i upphandlingsdirektivets skäl. Här torde det således inte föreligga några hinder för medlemsstater att bedöma icke uppfyllda förpliktelser enligt nationell antidiskrimineringslagstiftning som brott mot yrkesetiken eller som ett allvarligt fel i yrkesutövningen. En upphandlande myndighet skulle således kunna utesluta en leverantör från en upphandling om denne inte har uppfyllt förpliktelser enligt diskrimineringslagstiftningen, så länge medlemsstaten anser att sådan bristande efterlevnad utgör grund för uteslutning. Felet som har begåtts måste dock på något sätt kunna styrkas av den upphandlande myndigheten och dessutom måste proportionalitetsprincipen beaktas. Att uteslutas från ett upphandlingsförfarande får anses vara ett relativt stort ingripande för en leverantör. Därmed uppstår frågan hur allvarliga fel som krävs för att uteslutning ska vara en proportionerlig konsekvens. Att en leverantör brutit mot ett förbud att diskriminera torde utan tvekan kunna utgöra skäl för uteslutning. Hur är det dock med krav på olika typer av aktiva åtgärder, såsom att upprätta en jämställdhetsplan eller åtgärder för främjande av mångfald? Sätter proportionalitetsprincipen gränser för uteslutning på denna grund? Vidare kan det vara problematiskt eftersom det krävs en dom eller ett annat beslut av något slag som styrker de icke uppfyllda förpliktelserna. Det skulle eventuellt vara möjligt att utesluta

¹¹⁶ Se Falk, 2011, s. 268

¹¹⁷ Se även Arrowsmiths resonemang som kortfattat belystes i avsnitt 2.5.4.

en leverantör som fortsätter att bryta mot denna typ av förpliktelser trots att exempelvis vitesföreläggande har utgått.

Möjligheten att beakta antidiskrimineringshänsyn i tilldelningsfasen, såsom ett kriterium för tilldelning, tycks vara begränsad idag, även om vissa frågor är omdiskuterade och det inte finns någon samstämmig syn på rättsläget (se avsnitt 2.5.4). Det är klarlagt att antidiskrimineringshänsyn kan vara tillåtet så länge det är tydligt kopplat till föremålet för kontraktet. Ett exempel som kommissionen ger är att det i ett upphandlingskontrakt för rekrytering och anställningstester kan begäras att tjänsterna utformas och utförs så att alla deltagare har samma möjligheter oberoende av ålder, kön och etnisk eller religiös bakgrund.¹¹⁸ Antidiskrimineringshänsyn kan vidare, som konstaterats i avsnitt 2.5.5, användas som tilldelningskriterium för att bedöma kvaliteten hos en vara eller tjänst, om varan eller tjänsten är avsedd för en viss missgynnad samhällsgrupp. Så som uttalades av domstolen i *Kommissionen mot Nederländerna*, kan dock kriterier även grundas på sociala hänsynstaganden som avser också andra personer än de som är användarna eller förmånstagarna till det som är föremål för upphandlingen¹¹⁹.

Tilldelningskriterier som är av mer organisatorisk karaktär torde vara möjliga att använda under vissa förutsättningar, i alla fall så länge det rör sig om byggtreprenad- eller tjänstekontrakt. Hur långt denna möjlighet sträcker sig är dock oklart. Huruvida det är möjligt att exempelvis utvärdera och poängsätta leverantörers jämställdhetsplaner eller andra typer av handlingsplaner mot diskriminering när anbud viktas mot varandra, är oklart. Kommissionen tycks mena att detta inte är tillåtet (se avsnitt 2.5.4). Många av de oklarheter och skilda åsikter som framkommer i doktrin, verkar kunna grunda sig i att det inte finns någon samstämmig syn på vad det innebär att kriterierna ska vara ”kopplade till föremålet för kontraktet”. När det gäller tilldelningskriterier som *inte* har någon koppling till kontraktsföremålet, är det litet som talar för att dessa är tillåtna, även om detta också ifrågasätts och diskuteras i doktrin (se avsnitt 2.5.4).

Vill en upphandlande myndighet beakta antidiskrimineringshänsyn i sina upphandlingar ligger det förmodligen närmast till hands, förutom vid själva utformandet av kontraktet, att göra det genom särskilda kontraktsvillkor i slutfasen. Utrymmet för att uppställa villkor i denna fas är betydligt större än i tilldelningsfasen. Det är fortfarande oklart huruvida tilläggs villkor kan användas som inte har med kontraktets fullgörande att göra¹²⁰. Så länge det handlar om villkor för hur ett kontrakt ska genomföras, är dock möjligheterna relativt stora, i synnerhet för upphandlingar som rör bygg- och anläggningsarbeten samt tjänster eftersom det då handlar om ett uppdrags utförande. I dessa fall kan olika typer av organisationskrav ställas, såsom en policy för främjande av mångfald eller andra åtgärder för att

¹¹⁸ Europeiska kommissionen, 2011, s. 38.

¹¹⁹ C-368/10, p. 85.

¹²⁰ Se avsnitt 2.5.5 och resonemangen angående *Bentjees-* samt *Nord-Pas-de-Calaisdomarna*.

främja exempelvis jämställdhet mellan könen. Det är oklart om dessa krav får avse hela leverantörens verksamhet eller endast den del av verksamheten som omfattas av kontraktet för att inte proportionalitetsprincipen ska åsidosättas. I proportionalitetsbedömningen torde det också få betydelse om villkoren enbart kräver följsamhet av en viss lag eller går därutöver. Domstolens resonemang i Bentjeesdomen visar att det är tillåtet med villkor som inte utgör lagstadgade krav. Hur långt en upphandlande myndighet kan gå utöver krav på följsamhet av lagen är dock oklart. Villkoren får vidare inte vara utformade så att utländska leverantörer missgynnas. Det kan därmed bli problematiskt att ställa organisatoriska krav vid varuupphandlingar där varan redan är tillverkad. Således torde sådana antidiskrimineringsvillkor som inte rör varan i sig, endast kunna användas vid varuupphandlingar där varan ännu ej är tillverkad.

3 Upphandling och antidiskriminering i Sverige

3.1 Kapitlets upplägg

I detta kapitel behandlas regleringen av antidiskrimineringshänsyn i Sverige. Inledningsvis ger jag en översiktlig beskrivning av diskrimineringslagen. Dels för att ge läsaren en inblick i hur skyddet mot diskriminering ser ut i Sverige, dels för att det ska vara möjligt att förstå den faktiska innebörden av antidiskrimineringsklausuler och därmed vad som krävs av leverantörer som skrivit på upphandlingskontrakt innehållande dessa klausuler. Därefter redogör jag för möjligheten att beakta sociala hänsyn enligt LOU och LUF, vilket innebär att jag där undersöker hur direktiven har implementerats i svensk rätt. Vilket tydliggjordes i avsnitt 1.4 ska denna del läsas mot bakgrund av framställningen i avsnitt 2.5. Sista delen behandlar antidiskrimineringshänsyn i den svenska upphandlingen där fokus ligger på utvecklingen av antidiskrimineringsklausuler på statlig nivå samt på antidiskrimineringsförordningen.

3.2 Diskrimineringslagen

Diskrimineringslagen (2008:256) trädde i kraft den 1 januari 2009 och innebar att tidigare separata diskrimineringslagar slogs samman till en enhetlig lag.¹²¹ Syftet med lagen är att ”värna principen om alla människors lika värde och allas rätt att bli behandlade som individer på lika villkor”¹²². Principen om människors lika värde är också något som slås fast i Regeringsformen 1 kap. 2§. Diskrimineringslagstiftningen bygger på en rad internationella rättsakter som Sverige åtagit sig att följa, såsom Europakonventionen, olika FN-konventioner¹²³ och tre ILO-konventioner¹²⁴. Utvecklingen av EU-rätten på området har givetvis också

¹²¹ De lagar som ersattes var *jämställdhetslagen (1991:433)*, *lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning*, *lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder*, *lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning*, *lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering och lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan*.

¹²² Prop. 2007/08:95, s. 79.

¹²³ *1965 års FN-deklaration om avskaffande av alla former av rasdiskriminering*, *1966 års FN-konvention om medborgerliga och politiska rättigheter*, *1966 års konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter*, *1979-års FN-konvention om avskaffandet av all slags diskriminering av kvinnor*, *1989 års FN-konvention om barnets rättigheter*, *2006 års konvention om rättigheter för personer med funktionshinder*. Dessutom bör FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna nämnas som dock inte är formellt juridiskt bindande, men där delar av den har status som internationell sedvanerätt.

¹²⁴ *ILO-konventionen nr 100 angående lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde*, *ILO-konvention nummer 111 angående diskriminering i fråga om anställning och*

styrt diskrimineringslagstiftningen och den svenska regleringen är i huvudsak ett uttryck för tvingande regler i EUF-fördraget samt olika EU-direktiv (se avsnitt 2.3).¹²⁵

I diskrimineringslagen finns det sju diskrimineringsgrunder, vilka bestämmer den personkrets som skyddas av lagen. Dessa grunder är kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning och ålder (2 kap. 1§). Skyddet mot diskriminering omfattar en rad olika samhällsområden. Exempelvis skyddas arbetsökare och arbetstagare inom arbetslivet (2 kap. 1§), studenter och elever inom olika typer av utbildningsverksamhet (2 kap. 5§), personer som tar del av hälso- och sjukvård samt socialtjänst (2 kap. 13§) och personer som konsumerar/utnyttjar varor, tjänster och bostäder (2 kap. 12§).¹²⁶

Diskrimineringslagen innehåller inte enbart förbud mot diskriminering, utan också krav på aktiva åtgärder (3 kap.). Dessa är avsedda att verka pådrivande och föra antidiskrimineringsarbetet framåt. De är inte i första hand avsedda att tillämpas i enskilda fall och motverka konkreta diskriminerande handlingar, utan har till ändamål att motverka diskriminering i en mer allmän mening med fokus på system och strukturer.¹²⁷ Krav på aktiva åtgärder finns enbart inom arbetslivsområdet och utbildningsområdet. I arbetslivet gäller kraven för diskrimineringsgrunderna kön, etnisk tillhörighet och religion eller annan trosuppfattning. Arbetsgivaren ska bedriva ett målinriktat arbete för att aktivt främja lika rättigheter och möjligheter (3 kap. 3§), verka för att utjämna och förhindra skillnader i löner (3 kap. 2§) och vidta de åtgärder som kan krävas för att arbetsförhållandena ska lämpa sig för alla arbetstagare (3 kap. 4§). Konkret finns krav på lönekartläggning (3 kap. 10§), upprättandet av en handlingsplan för jämställda löner (3 kap. 11§) samt upprättandet av en jämställdhetsplan (3 kap. 13§). De två sistnämnda kraven gäller enbart för arbetsgivare med över 25 arbetstagare. Det finns vidare vissa riktlinjer vid rekrytering för att främja en jämn könsfördelning på arbetsplatsen (3 kap. 7-9§§). Inom utbildningsområdet gäller kraven för grunderna kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder och sexuell läggning (3 kap. 14§). Utbildningssamordnaren ska främja lika rättigheter och möjligheter för barn, elever och studenter som deltar i eller söker verksamheten (3 kap. 14§) och trakasserier ska förebyggas och förhindras (3 kap. 15§). Hur ovan nämnda arbete ska

ykesutövning, ILO-konvention nr 158 om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ. Se även not 105.

¹²⁵ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010, s. 34.

¹²⁶ Övriga områden har följande rubriker i lagen; arbetsmarknadspolitisk verksamhet och arbetsförmedling utan offentligt uppdrag (2:9§), start eller bedrivande av näringsverksamhet samt yrkesbehörighet (2:10§), medlemskap i vissa organisationer (2:11§), socialförsäkringssystemet, arbetslöshetsförsäkringen och studiestöd (2:14§), värnplikt och civilplikt (2:15§) och offentlig anställning (2:17§).

¹²⁷ SOU 2010:7, s. 65.

bedrivna ska redovisas i en likabehandlingsplan innehållande en åtgärdsöversikt (3 kap. 16§).

3.3 Sociala hänsyn enligt LOU och LUF

3.3.1 Allmänt om lagarna

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) trädde i kraft 1 januari 2008 och ersatte den äldre lagen om offentlig upphandling. Lagarna bygger på upphandlingsdirektiven och Sverige valde således att följa EU-direktivens struktur genom att skilja den klassiska sektorn från försörjningssektorerna och införa två separata regelverk.¹²⁸ Överlag så är den svenska lagtexten mycket lik direktiven. Närheten till direktiven i både språklig och strukturell utformning var något som lagrådet var starkt kritisk till i de förslag som lades fram innan propositionen. Lagrådet menade att alla de oklarheter och tolkningsproblem som finns i direktiven enbart skulle föras vidare till den svenska lagstiftningen och därmed också till alla de tjänstemän som ska tillämpa bestämmelserna.¹²⁹ I den slutliga propositionen som sedan antogs menade regeringen att lagrådets synpunkter till viss del hade beaktats genom redaktionella ändringar i lagtexten.¹³⁰ Ahlberg och Bruun konstaterar dock i sin forskningsrapport från 2010 att den svenska lagtexten trots allt ligger mycket nära direktiven. När det gäller möjligheter att beakta sociala hänsyn genom upphandling, ges ingen vägledning utöver vad som uttryckligen står i direktiven, varken i form av uppmuntran eller ålägganden. Som tidigare nämnts, menar de att Sverige, såsom många andra medlemsländer, har tillämpat en radikal försiktighetsprincip på grund av det oklara rättsläget på området.¹³¹ Där direktiven ger medlemsstater möjlighet att välja mellan ”får” och ”ska”, konstaterar författarna att Sverige konsekvent valt det icke förpliktande alternativet.¹³² En ny bestämmelse infördes dock genom prop. 2009/1010:180 och anger att *”upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling om upphandlingens art motiverar detta.”*¹³³ Bestämmelsen är således numera formulerad som en rekommendation, ett målsättningsstadgande, men upphandlande myndigheter kan inte ställas till svars om de inte gör det.¹³⁴

Trots att upphandlingsdirektiven enbart gäller upphandlingar över fastställda tröskelvärden, har Sveriges utformat reglerna för upphandlingar under tröskelvärdena på liknande sätt. Båda LOU och LUF innehåller ett särskilt

¹²⁸ Prop. 2006/07:128, s. 138.

¹²⁹ Ahlberg & Bruun, 2010, s. 47.

¹³⁰ Prop. 2006/07:128, s. 129.

¹³¹ Ahlberg & Bruun, 2010, s. 9.

¹³² Ahlberg & Bruun, 2010, s. 47.

¹³³ LOU 1 kap. 9a§, LUF 1 kap. 24a§.

¹³⁴ Se dock avsnitt 3.4.3 gällande antidiskrimineringsförordningen, som ålägger myndigheter att tillämpa antidiskrimineringsvillkor i vissa upphandlingskontrakt.

kapitel som rör upphandlingar under tröskelvärdena, men de huvudsakliga skillnaderna är att något enklare procedurer tillåts vid upphandlingar under tröskelvärdena. De flesta bestämmelser hänvisar tillbaka till övriga kapitel i lagen vilket innebär att skillnaderna blir små. De regler som rör möjligheten att beakta sociala hänsyn är identiska och utrymmet för detta är således detsamma enligt svensk rätt, oberoende av upphandlingens värde.¹³⁵

3.3.2 Implementeringen av direktiven

3.3.2.1 Allmänt

Då de svenska upphandlingslagarna är mycket lika direktiven, är det inte nödvändigt med ytterligare en genomgång av de olika faserna. Direktiven har emellertid lämnat utrymme för tolkning på vissa punkter och av denna anledning är det relevant att i just dessa fall titta på den svenska implementeringen och på resonemangen som har förts i de svenska förarbetena. Jag upplever att en något större medvetenhet kring möjligheterna att ta sociala hänsyn uttrycks i det senaste utredningsbetänkandet, SOU 2011:73, jämfört med de tidigare förarbetena som studerades av Ahlberg och Bruun. Ahlberg och Bruun kritiserade Sverige för att inte uppmärksamma direktivens skäl och de uttryckliga möjligheter som där angavs för att beakta sociala hänsyn.¹³⁶ Dessa möjligheter nämns dock i större utsträckning i SOU 2011:73, även om resonemangen inte fördjupas. I nedanstående avsnitt kommer därmed också dessa skillnader belysas.

3.3.2.2 Kvalifikationsfasen

I denna fas kan det vara av intresse att titta närmare på de svenska resonemangen som fördes angående artikel 45. Vad som innefattar ett brott mot yrkesetiken eller allvarligt fel i yrkesutövningen har, som ovan framgått, lämnats relativt öppet för medlemsländerna att själva fastställa (se avsnitt 2.5.3) och därmed också vad som utgör grund för uteslutning. 10 kap. 2 § LOU (10 kap. 3 § LUF) motsvarar artikel 45 och öppnar alltså för möjligheten att utesluta leverantörer som inte efterlever bland annat de nationella bestämmelser om genomförande av direktiven som reglerar anställningsvillkor, arbetsskydd och likabehandling i arbetslivet samt utstationerade arbetstagares rättigheter. I propositionen från 2006, som skulle införliva direktiven, nämndes dock enbart brott mot miljölagstiftning, lagstiftningen om otillåten samverkan vid offentlig upphandling och konkurrensbegränsande samarbete enligt konkurrenslagen (1993:20)¹³⁷. Denna snäva formulering har kritiserats¹³⁸ och i en senare proposition, prop. 2009/10:180, bekräftar regeringen att bestämmelsen omfattar även brott mot social lagstiftning och allvarliga fel i yrkesutövningen som rör sociala

¹³⁵ Ahlberg & Bruun, 2010, s. 47.

¹³⁶ Ahlberg & Bruun, 2010, s. 49.

¹³⁷ Prop. 2006/07:128, s. 390.

¹³⁸ Se exempelvis Ahlberg & Bruun, 2010, s. 49.

frågor.¹³⁹ I upphandlingsutredningens delbetänkande, SOU 2011:73, konstateras vidare att *”uteslutningsgrunder kan vara tillämpliga vid överträdelser av sådan lagstiftning som syftar till att främja arbetsmarknads- eller socialpolitiska mål”*¹⁴⁰. Någon ytterligare fördjupning eller exemplifiering har dock inte gjorts.

3.3.2.3 Tilldelningsfasen

De alternativa grunderna för tilldelning av kontrakt anges i 12 kap. 1§ LOU och LUF och överensstämmer med artikel 53 i det klassiska direktivet. Även i detta fall kan en förändring noteras i resonemangen som har förts i de svenska förarbetena. Möjligheten som omtalas i skäl 46, att kriterier i vissa fall får användas som syftar till att tillgodose sociala krav (se avsnitt 2.5.4), nämns inte i den svenska lagtexten och inte heller i de tidigare förarbetena. Först i SOU 2011:73 berörs innehållet i skälet. I samma avsnitt nämns även att det förekommit olika tolkningar av det ovan nämnda rättsfallet *Nord-Pas-de-Calais* (se avsnitt 2.5.5). Regeringen går inte djupare in på frågan utan nöjer sig med att konstatera det som domstolen i rättsfallet slagit fast, nämligen att direktiven inte utesluter möjligheten att som kriterium använda ett villkor som har samband med att bekämpa arbetslöshet, under förutsättning att det inte strider mot någon av de EU-rättsliga principerna.¹⁴¹ I SOU 2006:28 hänvisar regeringen till kommissionens tolkningsmeddelande och dess resonemang angående tillåtna kriterier för att avgöra det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se avsnitt 2.5.4 ovan). Där anges att ett tilldelningskriterium måste göra det möjligt att bedöma en produkts eller tjänsts inneboende egenskaper och därför måste vara direkt kopplat till föremålet för kontraktet. Exempelvis skulle ett kriterium med krav på upprättandet av en jämställdhetsplan därmed anses strida mot upphandlingsdirektiven eftersom det inte gör det möjligt att bedöma en tjänsts inneboende egenskaper.¹⁴² Någon sådan hänvisning eller liknande resonemang har inte förts i de senare förarbetena. I SOU 2013:12 konstateras att *”utvärderingen (av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (mitt tillägg)) får enligt dagens regler inte avse anbudsgivarnas organisation eller kapacitet såvida inte dessa är tydligt kopplade till genomförandet av uppdraget”*.¹⁴³ Någon exemplifiering görs inte, varför det är svårt att veta innebörden av att kriterierna ska vara *”tydligt kopplade till genomförandet av uppdraget”*.

3.3.2.4 Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

Att bestämmelsen om villkor för fullgörande av kontrakt är mycket central när det gäller socialt hänsynstagande, visar sig i propositionen från 2006 där regeringen för ett långt resonemang kring dess innebörd.¹⁴⁴ Det regleras i 6

¹³⁹ Prop. 2009/10:180, s. 269.

¹⁴⁰ SOU 2011:73, s. 212.

¹⁴¹ SOU 2011:73, s. 212.

¹⁴² SOU 2006:28, s. 191.

¹⁴³ SOU 2013:12, s. 147.

¹⁴⁴ Prop. 2006/07:128, s. 199-202.

kap. 13§ LOU respektive 6 kap. 14§ LUF där det står att: *”En upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt skall fullgöras. Dessa villkor ska anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.”*

Bestämmelsen avser således villkor i kontraktet som anger hur upphandlingen ska utföras och regeringen betonar att dessa villkor inte ska sammanblandas med kvalifikations- och tilldelningskriterierna. De särskilda kontraktsvillkoren måste självfallet vara förenliga med de EU-rättsliga principer och fördragsregler som har redogjorts för ovan (avsnitt 2.2). En av dessa principer är proportionalitetsprincipen. Regeringen framhäver med anledning av principen att villkoren därför enbart får avse den del av verksamheten som omfattas av upphandlingen. Villkoren måste ha någon koppling till föremålet för kontraktet och vara proportionerliga i förhållande till detta. Att också ställa krav på andra delar av verksamheten som inte omfattas av upphandlingen skulle därmed stå i strid med proportionalitetsprincipen. Ett villkor som ställs upp i ett upphandlingskontrakt måste även vara kontrollerbart och de upphandlande myndigheterna är skyldig att också genomföra sådana kontroller.¹⁴⁵

I propositionen konstateras vidare att sociala krav som påverkar organisation och policy kan vara diskriminerande för anbudsgivare från andra medlemsstater eller medföra oerättigade handelshinder. Det utgör inget problem vid köp av tjänster och bygg- och anläggningsarbeten eftersom det handlar om villkor för uppdragets utförande. Däremot blir det problematiskt vid varuupphandlingar där varan redan är tillverkad. När det gäller varuupphandlingar får sociala krav på organisation och policy ställas dels vid upphandlingar där varan ännu inte har tillverkats, dvs. när den upphandlande myndigheten uppdrar åt en leverantör att tillverka en vara, dels när det handlar om blandade kontrakt som innefattar både bygg- eller tjänsteupphandling i kombination med varuupphandling. Sådana särskilda kontraktsvillkor kan således inte ställas vid varuupphandlingar där varan redan är tillverkad.¹⁴⁶

Regeringen konstaterar sammanfattningsvis att sociala mål kan främjas genom särskilda kontraktsvillkor och att myndigheter också har stora möjligheter till detta. Kravet är att det sker i enlighet med EU-rätten och regeringen betonar särskilt vikten av att villkoren inte har någon indirekt eller direkt diskriminerande effekt. Dessutom är det av stor vikt att villkoren anges i annonsen för upphandlingen så att alla anbudssökande eller anbudsgivare känner till dem.¹⁴⁷ Vilka typer av villkor med socialt syfte som skulle kunna ställas lämnas relativt öppet. Med hänvisning till direktiven ger regeringen några exempel på krav som skulle kunna ställas¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Prop. 2006/07:128, s. 200.

¹⁴⁶ Prop. 2006/07:128, s. 200.

¹⁴⁷ Prop. 2006/07:128, s. 201.

¹⁴⁸ Se avsnitt 2.5.6.

Antidiskrimineringsklausuler är ett av dessa exempel som uttryckligen nämns i propositionen.¹⁴⁹

3.4 Antidiskrimineringshänsyn i den svenska upphandlingen

3.4.1 Allmänt

Som framkommit i kapitel 2 går det inte att fastställa exakt hur långt utrymmet sträcker sig för att i den offentliga upphandlingen beakta antidiskrimineringsaspekter. EU-rätten öppnar för möjligheten att i kvalifikationsfasen utesluta leverantörer som brutit mot diskrimineringslagstiftning, även om denna specifika lagstiftning inte uttryckligen nämns. Detta blir möjligt om en sådan överträdelse i den nationella lagstiftningen anses utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen eller ett brott mot yrkesetikern. Enligt kommissionen tycks det dock krävas att det måste ha slagits fast i lag eller praxis för att en leverantör ska kunna uteslutas på denna grund.¹⁵⁰ Regeringen verkar dock inte ha uttalat sig i denna fråga. I förarbetena utvecklas inte heller vilken typ av lagstiftning som omfattas (se avsnitt 3.3.2.2). Mycket tyder emellertid på att en överträdelse av diskrimineringslagen kan utgöra grund för uteslutning. Det är dock oklart hur långt bak i tiden överträdelsen får ha ägt rum för att fortfarande utgöra skäl för uteslutning. Dessutom är det tveksamt om även brister när det gäller de aktiva åtgärderna ska kunna leda till uteslutning. Se vidare resonemanget i avsnitt 2.6 angående kravet på proportionalitet och att felet ska kunna styrkas.

Att använda antidiskrimineringsaspekter som kriterier för utvärdering i tilldelningsfasen, för kontrakt som i sig inte syftar till att främja sociala mål, har inte varit aktuellt i Sverige och det är, vilket resonemanget i avsnitt 3.3.2.3 visar, också oklart huruvida detta skulle kunna vara möjligt enligt svensk uppfattning. Det är således främst genom särskilda villkor för kontraktets fullgörande som antidiskrimineringshänsyn beaktas i Sverige i den offentliga upphandlingen. Detta görs genom s.k. antidiskrimineringsklausuler eller antidiskrimineringsvillkor. En förordning trädde i kraft 2006, *förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt*, där vissa myndigheter åläggs att tillämpa antidiskrimineringsklausuler i sina upphandlingskontrakt. Förordningen föregicks av många diskussioner och i följande avsnitt kommer bakgrunden och tidigare diskussioner kring antidiskrimineringsklausuler på statlig nivå beskrivas. Därefter följer en redogörelse för den nu gällande antidiskrimineringsförordningen.

¹⁴⁹ Prop. 2006/07:128, s. 201.

¹⁵⁰ Europeiska kommissionen, 2011, s. 35.

3.4.2 Antidiskrimineringsklausuler - bakgrund och tidigare förslag

Möjligheten att använda antidiskrimineringsklausuler i offentlig upphandling har diskuterats under relativt långt tid i Sverige. Redan i ett betänkande av *Utredningen om översyn över lagen mot etnisk diskriminering* från 1997 föreslogs införandet av antidiskrimineringsklausuler i statens upphandlingar¹⁵¹. Utredningen föreslog att ”när inga rättsliga hinder möter - statliga myndigheter åläggs att i största möjliga utsträckning ta in s.k. antidiskrimineringsklausuler i avtal med leverantörer av varor och tjänster”¹⁵². Innebörden av ett sådant villkor kunde vara att en entreprenör dels förband sig att i sin verksamhet inte bryta mot diskrimineringsförbud i lag, dels att entreprenören skulle bedriva ett sådant aktivt arbete för etnisk mångfald som angavs i lag. Utredningen konstaterade att en sådan diskussion redan hade börjat föras på kommunal nivå.¹⁵³ En antidiskrimineringsklausul skulle ange att det offentliga förväntar sig att skattemedel inte används i en verksamhet där diskriminering äger rum och att verksamheten bedrivs i enlighet med de krav som samhället ställer för att främja etnisk jämlikhet i arbetslivet. Det skulle kunna vara ett sätt att påverka privata företags rekryteringspolicy.¹⁵⁴

Nämnden för offentlig upphandling, NOU, som hade tillsynsansvaret för den offentliga upphandlingen¹⁵⁵, yttrade sig över betänkandet och var mycket kritisk till det som föreslagits. Nämnden pekade på en rad områden där den ansåg att rättsläget var alltför oklart för att lagligheten av en sådan klausul skulle kunna bedömas. Exempelvis ifrågasattes om klausulen uppfyllde principen om icke-diskriminering och kravet på affärsmässighet i LOU. Dessutom ifrågasattes klausulens lämplighet och nämnden menade att upphandlingsprocessen redan var alltför komplicerad och tidskrävande för att tyngas med ytterligare krav. Vidare fanns många frågor kring klausulens utformning och omfattning. Sammanfattningsvis konstaterade NOU att det fanns allt för många oklarheter i förslaget om antidiskrimineringsvillkor och att förslaget därmed skulle lämnas utan åtgärd innan ytterligare utredningar vidtagits.¹⁵⁶ Regeringen var av samma åsikt.¹⁵⁷

2001 presenterades ytterligare ett utredningsbetänkande, *Mera värde för pengarna* (SOU 2001:31), där det, genom hänvisningar till europarätten, klargjordes att sociala villkor, såsom antidiskrimineringsvillkor, kunde tas in i form av tillkommande kontraktvillkor. Inga konkreta förslag presenterades i utredningen, utan det yttrades enbart att regeringen hade att bedöma i vad mån antidiskrimineringsklausuler skulle tillämpas vid statliga

¹⁵¹ SOU 1997:174

¹⁵² SOU 1997:174, s. 266.

¹⁵³ SOU 1997:174, s. 270.

¹⁵⁴ SOU 1997:174, 275.

¹⁵⁵ 1 september 2007 överfördes NOU:s verksamhet till Konkurrensverket.

¹⁵⁶ NOU, 1998-02-25, dnr 292/97-22, <http://www.kkv.se/upload/Filer/Upphandling/NOU-arkiv/remiss1.html>, hämtad 2013-05-05.

¹⁵⁷ Prop. 1997/98:177, s. 54.

upphandlingar. När det gällde kommunala upphandlingar konstaterades att det var en fråga för det kommunala självstyret.¹⁵⁸

NOU fick i uppdrag av regeringen att ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler som kunde användas i upphandlingskontrakt. Det exempel som presenterades¹⁵⁹ innebar en skyldighet för leverantören att följa gällande diskrimineringslagar. Enligt NOU kunde klausulen inte omfatta varuupphandlingar, då de ansåg detta strida mot EU-rätten. Klausulen innefattade vidare en skyldighet att, på begäran av den upphandlande enheten, skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelse enligt antidiskrimineringslagstiftningen. Skyldigheten var förenad med vite. NOU uttalade att klausulen förutsatte ett avtalsförhållande av viss varaktighet och reglerade enbart förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och den leverantör som skrev under kontraktet.¹⁶⁰

I *Det blågula glashuset: strukturell diskriminering i Sverige* (SOU 2005:56) föreslogs införandet av en förordning om antidiskrimineringsklausuler i statliga upphandlingar. Förslaget innebar en skyldighet för alla statliga myndigheter att införa en antidiskrimineringsklausul med en i förordningen angiven lydelse. Klausulen innefattade, såsom NOU föreslagit, en skyldighet för leverantörer att följa gällande antidiskrimineringslagstiftning samt en skyldighet att skriftligen redovisa åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelse, på begäran av den upphandlande enheten. Klausulen i detta förslag sträckte sig dock längre. Eventuella underleverantörer omfattades här av samma skyldigheter. Huvudleverantören skulle gentemot den upphandlande myndigheten svara för att underleverantörerna levde upp till dessa förpliktelser. En annan skillnad var att vitet togs bort och det klargjordes i klausulen att ett brott mot förpliktelse utgjorde ett väsentligt kontraktsbrott. Den upphandlade enheten skulle därmed ha rätt att häva avtalet, om inte leverantören omedelbart vidtog rättelse. Denna sanktionsmöjlighet markerade frågans vikt, samtidigt som det tydliggjordes att huvudpoängen inte var hävning av avtal utan skapande av incitament för att följa lagarna.¹⁶¹ Utredningen fick dock inte genomslag i svensk lagstiftning till den grad som föreslagits. Istället antogs senare en förordning, vars krav var något mer återhållsamma.

3.4.3 Antidiskrimineringsförordningen

1 juli 2006 trädde förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt i kraft i Sverige i syfte att öka medvetenheten om och

¹⁵⁸ SOU 2001:31, s. 307.

¹⁵⁹ NOU, Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt, 2002-05-31, Fi2002/422. Se bilaga A.

¹⁶⁰ NOU, 2002-05-31, s. 3.

¹⁶¹ SOU 2005:56, s. 580-581.

efterlevnaden av diskrimineringslagen (2008:567)¹⁶². Konkurrensverket har utarbetat allmänna råd¹⁶³ för hur förordningen ska tillämpas, vilka också kommer ligga till grund för kommande redogörelse.

Ett antidiskrimineringsvillkor är alltså ett särskilt kontraktstvillkor, dvs. ett villkor för kontraktets utförande (se avsnitt 3.1.4 och 2.5.6). Genom förordningen åläggs de 30 största statliga myndigheterna¹⁶⁴ att använda sig av antidiskrimineringsvillkor i vissa upphandlingskontrakt. För övriga upphandlande myndigheter är det frivilligt att använda sig av dessa villkor. Det är enbart diskrimineringslagen som omfattas av förordningen, men Konkurrensverket konstaterar att det inte finns något hinder mot att myndigheterna ställer upp antidiskrimineringsvillkor som omfattar även olaga diskriminering enligt 16 kap. 9 § brottsbalken (1962:700) eller förbud mot missgynnande behandling enligt 16 § föräldraledighetslagen (1995:584).¹⁶⁵

Förordningen omfattar endast kontrakt avseende tjänster och byggtreprenader i Sverige. Att ställa krav på att leverantörer ska följa svensk lag utanför Sveriges gränser kan innebära diskriminering av andra medlemsstater. Eftersom villkoren avser den svenska diskrimineringslagen är kontrakt avseende tjänster och byggtreprenader i utlandet därför undantagna. Varukontrakt är helt undantagna från förordningens tillämpningsområde. Vidare konstaterar Konkurrensverket att proportionalitetsprincipen begränsar antidiskrimineringsvillkoren till att endast avse den del av verksamheten som berörs av upphandlingskontraktet. Andra delar av leverantörens verksamhet inkluderas alltså inte.¹⁶⁶

Myndigheten kan föreskriva att huvudleverantören ska svara för att också en underleverantör följer antidiskrimineringsvillkoren (5§). Konkurrensverket anser dock att detta enbart är möjligt under vissa förutsättningar. Villkoren får endast omfatta underleverantörer som utför verksamhet i Sverige och alltså omfattas av svensk materiell rätt. Vidare bör underleverantörerna utföra en väsentlig del av den verksamhet som upphandlingskontraktet avser. Vad som utgör en väsentlig del bör myndigheten specificera i villkoren. Dessutom ska huvudleverantören ha en reell möjlighet att införa villkoren i avtalet med underleverantören. Konkurrensverket menar att det kan vara problematiskt inom vissa branscher att införa nya villkor hos redan befintliga externa underleverantörer och det vore oproportionerligt betungande om huvudleverantören även i sådana fall ålades svara för dessa underleverantörer.¹⁶⁷

¹⁶² När den trädde ikraft 2006 fanns ännu inte diskrimineringslagen och förordningen hänvisade då till de separata diskrimineringslagarna; se fotnot 121.

¹⁶³ KKVFS 2010:2, Konkurrensverkets allmänna råd för tillämpningen av förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt.

¹⁶⁴ Anges i bilaga till förordningen.

¹⁶⁵ KKVFS 2010:2, s. 3.

¹⁶⁶ KKVFS 2010:2, s. 4-5.

¹⁶⁷ KKVFS 2010:2, s. 9-10.

Antidiskrimineringsvillkoren ska vara förenade med någon sanktion (5§) och Konkurrensverket förespråkar avtalsviten och menar att hävning eller förtida avveckling av avtalet bör användas med försiktighet.¹⁶⁸ Vidare ska myndigheten kontrollera att leverantören uppfyller villkoren (6§), dvs. en uppföljning både av kravet på aktiva åtgärder som diskrimineringslagen ställer upp och en uppföljning av förbudet mot diskriminering.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att antidiskrimineringsförordningen, i jämförelse med det förslag som presenterades i SOU 2005:56, således inte ställer upp lika långtgående krav. Endast 30 statliga myndigheter omfattas av förordningen och den gäller enbart vissa upphandlingskontrakt. Det är inte obligatoriskt att ställa krav på underleverantörerna och myndigheterna har också större möjlighet att själva utforma villkoren. I SOU 2005:56 var förslaget att det skulle finnas en enhetlig klausul som skulle förekomma i alla statliga upphandlingar, där villkorens lydelse angavs i förordningen. Gällande antidiskrimineringsförordning har inget sådant krav. Istället har Konkurrensverket bifogat ett förslag på möjlig antidiskrimineringsklausul i de allmänna råden, som myndigheterna kan välja att använda sig av i sina kontrakt.¹⁶⁹

¹⁶⁸ KKVFS 2010:2, s. 10.

¹⁶⁹ KKVFS 2010:2, s. 19-20.

4 Användningen av antidiskrimineringsklausuler

4.1 Kapitlets upplägg

I kapitel 3 gavs en beskrivning av hur antidiskrimineringshänsyn rättsligt regleras i Sverige, vilket på statlig nivå sker genom ovan nämnda antidiskrimineringsförordning. I detta kapitel belyser jag klausulernas praktiska användning¹⁷⁰. Inledningsvis väljer jag därför att presentera en utvärdering av förordningen som Konkurrensverket har genomfört, vilken hade till syfte att undersöka konsekvenserna av förordningen (avsnitt 4.2). Det är dock inte enbart på statlig nivå som antidiskrimineringsklausuler finns reglerade. Kommunala initiativ togs tidigt och kan sägas vara föregångare till den statliga antidiskrimineringsförordningen¹⁷¹. Andra delen av detta kapitel fokuserar därmed på hur antidiskrimineringsklausuler har använts i två kommuner centrala i sammanhanget, nämligen Malmö stad och Stockholms stad (avsnitt 4.3). Jag genomförde en mindre empirisk studie i syfte att undersöka klausulernas användning. Malmö stad presenteras först (avsnitt 4.3.2) och därefter följer Stockholms stad (avsnitt 4.3.3). I respektive avsnitt ges inledningsvis en bakgrund till och beskrivning av aktuella klausuler. Under rubriken *Användning* beskrivs tillvägagångssättet och resultatet av studien. Kapitel 4 avslutas med en gemensam analys av vad som framkommit i avsnitten 4.2 och 4.3.

4.2 Konkurrensverkets utvärdering av antidiskrimineringsförordningen

På uppdrag av regeringen genomförde Konkurrensverket en utvärdering¹⁷² av antidiskrimineringsförordningen som presenterades i januari 2009. Syfte var bland annat att utreda huruvida bestämmelserna hade fått det resultat som var avsett, dvs. att öka medvetenheten om och efterlevnaden av diskrimineringslagstiftningen. Dessutom undersöktes hur förordningen hade påverkat små och medelstora företags möjlighet att lämna anbud. Enkäter lämnades ut till de 30 myndigheter som omfattas av förordningen samt till 300 leverantörer. Resultatet gav ingen entydig bild. Av myndigheterna uppgav i princip hälften att uppfattningen var att deras anbudsgivares medvetenhet hade ökat, medan nästan lika många svarade att så inte var fallet. Endast ett fåtal av leverantörerna uppgav att deras medvetenhet om diskrimineringslagen ökat. Ett antal leverantörer uppgav dock att de hade

¹⁷⁰ Se fotnot 7.

¹⁷¹ Se exempelvis SOU 2005:56, s. 580.

¹⁷² Utvärdering av antidiskrimineringsförordningen, Konkurrensverkets rapportserie: 2009:2.

upprättat jämställdhetsplaner eller annan dokumentation avseende arbete mot etnisk och religiös diskriminering, just med anledning av villkoren. Det konstaterades dock att uppföljning sällan sker, vilket också bekräftades av leverantörernas svar. Inte i något fall hade påföljd utgått på grund av att leverantörer inte upprättat eller inkommit i rätt tid med relevanta dokument. Tre myndigheter uppgav till och med att påföljd inte heller hade utgått, trots att leverantörerna uppenbart hade brutit mot sin redovisningsskyldighet. Vidare svarade 97 procent av leverantörerna att de inte hade avstått från att lämna anbud på grund av antidiskrimineringsvillkoren.¹⁷³

Sammanfattningsvis konstaterade Konkurrensverket att förordningen inte har tillämpats på ett sätt som gör att den på ett effektivt sätt motverkar diskriminering hos leverantörerna. Det största problemet är den bristande uppföljningen och kontrollen av villkoren och ett stort antal myndigheter bryter således mot förordningens krav. Eftersom överträdelser inte sanktioneras riskerar ändamålet att gå förlorat och likabehandlingsprincipen kan sättas ur spel och därmed påverka konkurrensen. Konkurrensverket ansåg att antidiskrimineringsförordningen därmed borde upphävas och att det fortsättningsvis borde vara frivilligt att tillämpa antidiskrimineringsvillkor.¹⁷⁴

4.3 Kommunala initiativ

4.3.1 Allmänt

Malmö stad och Stockholms stad använder båda antidiskrimineringsklausuler i sina upphandlingskontrakt och kan sägas vara två relativt kända fall i sammanhanget eftersom de var tidiga med att utveckla och införa denna typ av villkor. Detta är anledningen till att jag valde att titta på just dessa två kommuner. Jag har inte gjort någon undersökning av övriga kommuner och kan därmed inte säga hur utbredd den kommunala användningen av klausulerna är.

4.3.2 Malmö stad

4.3.2.1 Bakgrund

År 1999 lämnade Miljöpartiet in en motion¹⁷⁵ till kommunfullmäktige i Malmö, med förslag på införandet av en antidiskrimineringsklausul i upphandlingsavtalen.

”Det är hög tid för politiker, inklusive lokalpolitiker, att sätta det offentliga ekonomiska tyngd bakom sina ord om mänskliga rättigheter. För detta krävs

¹⁷³ KKV 2009:2, s. 7-8.

¹⁷⁴ KKV 2009:2, s. 9.

¹⁷⁵ Motion till kommunfullmäktige, Anders Törnblad, My Gillberg, 1999-04-14, Dnr: 335/99.

en öppenhet inför att använda nya politiska styrmedel. Att koppla an till diskrimineringslagstiftningen vid kommunens offentliga upphandlingar är en konkret och effektiv åtgärd mot diskriminering pga. bl.a. kön och etnisk bakgrund.”¹⁷⁶

Motionen, som vann bifall, ledde till att kommunstyrelsen uppdrogs att utarbeta ett förslag till regelverk som presenterades och sedermera antogs 2001. Frågan om möjligheterna att använda antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling var under denna tid föremål för en statlig utredning¹⁷⁷ och NOU avrådde i det läget myndigheter från att använda sådana klausuler innan utredningen var klar. Kommunstyrelsen ansåg dock att förhållandena i Malmö när det gällde invånarnas etniska sammansättning, var särpräglad och motiverade staden att ta egna initiativ och att det inte fanns skäl att, på detta område, avvakta resultatet av den pågående utredningen. Till att började med omfattade därför klausulen enbart etnisk diskriminering i arbetslivet.¹⁷⁸

Klausulen, som var ett tillkommande kontraktsvillkor, ålade entreprenören att inte bryta mot lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet. Detta omfattade inte bara direkt och indirekt diskriminering, utan också de lagstadgade skyldigheterna att bedriva målinriktat arbete för att aktivt främja etnisk mångfald. Entreprenören skulle också svara för att eventuella underleverantörer som anlidades för verksamheten i Malmö eller dess närmaste omgivning gjorde samma åtagande. Klausulen gav kommunen rätt att häva avtalet vid brott mot aktuell lagstiftning, då brott mot diskrimineringslagstiftningen ansågs utgöra ett väsentligt kontraktsbrott. Då hävning är en drastisk åtgärd diskuterades proportionaliteten i förslaget. Det konstaterades att hävningspåföljden skulle förbehållas allvarligare överträdelser. Det fanns inget krav på en lagakraftvunnen dom eller ett ingripande från diskrimineringsombudsmannen, men däremot framhävdes vikten av att ändå kunna styrka kontraktsbrottet. Det noterades därmed att det kunde bli bevismässigt svårare vid ett åsidosättande av skyldigheten att bedriva aktivt målinriktat arbete, trots att också det utgör brott mot lagstiftningen. Klausulen skulle vidare enbart användas i tjänste- och entreprenadsektorerna som avsåg produktion av viss varaktighet. Detta eftersom syftet var att påverka situationen för Malmös invånare där de typiskt sett drabbas av diskriminering, dvs. såsom arbetstagare och arbetssökande. Varuupphandlingar omfattades således inte, dels med motiveringen att produktionen där kan ske var som helst, dels för att det normalt inte finns en fortlöpande relation som gör hävning till ett verkningsfullt instrument.¹⁷⁹

Några synpunkter som togs upp under remissbehandlingen handlade om svårigheter i tillämpning och uppföljning av klausulen och det faktum att det saknades krav på lagakraftvunnen dom. Kommunstyrelsen anförde dock att eftersom det enbart förelåg hävningsrätt vid allvarligare missförhållanden,

¹⁷⁶ Motion 1999-04-14, s. 1.

¹⁷⁷ Resultatet presenterades i SOU 2001:31, se avsnitt 3.2.2.

¹⁷⁸ Malmö kommunfullmäktiges handlingar, bihang, 2001, nr 31, Dnr 970/1999, s. 4.

¹⁷⁹ Malmö kommunfullmäktiges handlingar, bihang, 2001, nr 31, Dnr 970/1999, s. 12-14.

skulle denna osäkerhet minska. I dessa fall betonades vikten av samråd med kommunens juridiska avdelning och att bevissituationen analyserades innan åtgärder vidtogs. Kontakt med ombudsmannen för etnisk diskriminering skulle säkerligen bli aktuellt i dessa fall. Några remissinstanser framhöll att klausulen skulle försvåra upphandlingsprocessen och att svenska företag skulle missgynnas eftersom det är svårare att övervaka diskriminering i utlandet. Som svar anfördes dock att det varken var fråga om uteslutningskriterium eller kvalifikationskriterium, utan enbart ett kontraktsvillkor om hur entreprenaden skulle skötas. Därmed skulle inte upphandlingsprocessen försvåras.¹⁸⁰

Klausulen omarbetades 2004 efter att NOU presenterade sitt exempel på lämplig antidiskrimineringsklausul¹⁸¹. Aktuell klausul omfattar nu alla diskrimineringsgrunder och således inte bara diskriminering på grund av etnicitet. Leverantören har också getts möjlighet till rättelse, genom att skriftligen redovisa åtgärder som vidtagits för att försäkra framtida efterlevnad, innan hävning sker. Malmö stad valde att inte ta efter den sanktionsmöjlighet i form av avtalsvite som NOU föreslagit.¹⁸² Se Malmö stads antidiskrimineringsklausul i bilaga A.

4.3.2.2 Användning

I syfte att undersöka huruvida kommunen någon gång har använt sig av de befogenheter som antidiskrimineringsklausulerna ger, har kontakt tagits med chefen för den centrala upphandlingsenheten i Malmö stad. Inledningsvis skedde kommunikationen via mail, men kompletterades därefter med ett telefonsamtal. Frågorna jag ställde kan sammanfattas i 3 punkter:

- Har hävning någon gång aktualiserats p.g.a. att en leverantör brutit mot diskrimineringslagen och således gjort sig skyldig till kontraktsbrott?
- Har kommunen någon gång krävt rättelse och begärt att leverantören redovisar vidtagna åtgärder för att säkerställa att ytterligare kontraktsbrott inte sker?
- Sker någon uppföljning med anledning av klausulen? D.v.s. görs det några kontroller av leverantörerna och huruvida de uppfyller de krav som lagen ställer upp? Har kommunen någon gång begärt skriftlig redovisning av aktiva åtgärder?

Personen jag var i kontakt med uppgav att Malmö stad aldrig har använt klausulerna vid något fall av hävning eller liknande. Någon egentlig kontroll görs inte heller. Det finns inte resurser för att gå igenom alla eventuella domar på området. Istället förlitar sig kommunen på "allmänhetens" kontroll, dvs. om exempelvis media eller konkurrenter uppmärksammar

¹⁸⁰ Malmö kommunfullmäktiges handlingar, bihang, 2001, nr 31, Dnr 970/1999, s. 15-16.

¹⁸¹ Se avsnitt 3.4.2 samt bilaga A.

¹⁸² Malmö kommunfullmäktiges handlingar, bihang, 2004, nr 38, Dnr 868/2003, s. 4-5.

kommunen på att en leverantör tidigare blivit dömd för diskriminering. Detta har skett vid ett tillfälle, dock flera år tillbaka i tiden. En konkurrent uppmärksammade kommunen på att en leverantör tidigare hade en dom på sig i ett diskrimineringsärende från en domstol Frankrike. Det ledde dock aldrig till några åtgärder.

På frågan om exempelvis jämställdhetsplaner någon gång har begärts in, uppgavs att några krav på jämställdhetsplaner inte ställs. Det har aldrig krävts att en leverantör redovisar åtgärder som den är skyldig att vidta enligt diskrimineringslagen. Det framhölls att upphandlingsprocessen redan idag är en mycket komplicerad process och att man ska vara försiktig med att ställa ytterligare krav. Orkar inte leverantörer ta sig igenom förfrågningsunderlaget gynnar det ingen. Dessutom är det svårt med kontrollen, vilket är något som ska ske vid sidan av ordinarie uppgifter. Det finns inte resurser för en så omfattande kontroll.¹⁸³

4.3.3 Stockholms stad

4.3.3.1 Bakgrund

I samband med att kommunfullmäktige i Stockholms stad beslutade om att anta ett nytt integrationsprogram 2001, fick kommunstyrelsen i uppdrag att utarbeta en antidiskrimineringsklausul för offentlig upphandling. Förslaget antogs 2002 och klausulen innebar att en leverantör kunde uteslutas från en upphandling om denne hade begått brott eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. I de fall avtal redan var ingånget med en leverantör, gavs staden en möjlighet att häva avtalet om leverantören sedan brutit mot diskrimineringslagstiftningen. Detta under förutsättning att hävning var en proportionerlig sanktion i förhållande till brottet och att det fanns en lagakraftvunnen dom.¹⁸⁴

År 2005 antogs en omarbetad och mindre restriktiv klausul¹⁸⁵. Det beslutades att kravet på en lagakraftvunnen dom skulle tas bort. Denna fråga föranledde mycket diskussion. Motståndare menade att detta skulle öppna för godtycke och äventyra rättssäkerheten. Förespråkare anförde istället att ett krav på lagakraftvunnen dom starkt begränsar stadens möjlighet att agera när diskriminering konstateras. Det framhölls att det ofta tar mycket lång tid innan en dom faller, vilket innebär att stadens avtalsförhållande med leverantören redan kan ha hunnit upphöra när det till slut finns en lagakraftvunnen dom. Dessutom konstaterades att parterna i ett diskrimineringsärende kan förlikas, vilket innebär att någon dom då aldrig avkunnas. Vidare framhövdes att klausulen, så som övriga avtalsklausuler, omfattas av ett civilrättsligt regelsystem och att staden vid hävning alltså

¹⁸³ Mailsvar samt telefonsamtal med chefen för den centrala upphandlingsenheten i Malmö stad under slutet av mars månad.

¹⁸⁴ Utlåtande 2005:7 RI+VI (Dnr 125-4402/2003), återremiss från kommunfullmäktige den 6 dec 2004.

¹⁸⁵ Stockholms kommunfullmäktiges sammanträde i Stadshuset måndagen den 24 januari 2005 kl. 16.00, KF protoll nr 1, §26.

måste kunna påvisa att det föreligger grund för detta, för att inte bli skadeståndsskyldiga på grund av avtalsbrott. Gör staden en bedömning att hävningsgrund föreligger, kan detta alltid överprövas av allmän domstol. Det argumenterades därmed att rättssäkerheten inte skulle äventyras mer med denna typ av klausul jämfört med andra villkor som gäller grunder för hävning, såsom fel i varan. Det underströks också att syftet med klausulen inte var att häva avtal, utan att möjliggöra insyn i leverantörens arbete mot diskriminering och beakta detta vid den sedvanliga avtalsuppföljningen.¹⁸⁶

En annan skillnad i jämförelse med den tidigare klausulen var att den omarbetade klausulen nu skulle tillämpas både vid varu- och tjänsteupphandlingar. Det anfördes att det inte förelåg någon risk att företag från andra EU-länder utsattes för konkurrenshinder. Detta eftersom det i klausulen tydligt markeras att det är de svenska antidiskrimineringslagarna som ska tillämpas, vilka enbart gäller inom landets gränser. Produceras en vara eller tjänst utanför Sveriges gränser gäller inte svensk lagstiftning.¹⁸⁷

Vidare omfattades leverantörens hela verksamhet i den senare klausulen och alltså inte enbart den del av verksamheten som omfattades av upphandlingskontraktet. Motståndare menade att detta stod i strid med proportionalitetsprincipen, men detta avfärdades genom argumentet att klausulen inte krävde mer än att en leverantör skulle rätta sig efter svensk lag, vilket således var något som leverantören redan var skyldig att rätta sig efter.¹⁸⁸

Leverantörerna skulle också svara för underleverantörers brott mot diskrimineringslagstiftningen. Detta långtgående ansvar diskuterades och ifrågasattes, men stadsledningskontoret menade att klausulen väsentligt skulle tappa i räckvidd utan ett sådant ansvar. Det underströks dock att upphandlande myndigheter skulle vara mycket restriktiva med att häva på grund av att underleverantörer inte uppfyller förpliktelserna enligt lag. Förhoppningen var dock att detta skulle bidra till att frågor kring antidiskriminering även skulle finnas på agendan mellan privata företag.¹⁸⁹

År 2008 fattades dock ett nytt beslut om en reviderad antidiskrimineringsklausul, vilken är den klausul som är aktuell idag.¹⁹⁰ Klausulen har återigen blivit mer restriktiv och sammanfaller till stor del med det exempel på klausul som NOU rekommenderade¹⁹¹. Det beslutades dock att ha kvar hävningsrätten och alltså inte införa möjlighet till vitesföreläggande, vilket NOU föreslog. Kravet på lagakraftvunnen dom har återinförts med hänvisning till den annars överhängande risken för godtycke. Ansvar för underleverantörer har begränsats. Först diskuterades

¹⁸⁶ Utlåtande 2005:7 RI+VI (Dnr 125-4402/2003), återremiss från kommunfullmäktige den 6 dec 2004.

¹⁸⁷ Utlåtande 2005:7.

¹⁸⁸ Utlåtande 2005:7.

¹⁸⁹ Utlåtande 2005:7.

¹⁹⁰ Stockholms kommunfullmäktiges sammanträde i Stadshuset måndagen den 29 september 2008 kl. 16.00.

¹⁹¹ Se avsnitt 3.4.2 samt bilaga A.

att det skulle vara valfritt för den upphandlande myndigheten att ha med detta krav. Slutligen infördes dock ett obligatoriskt krav, men däremot är det begränsat till att gälla enbart under vissa förutsättningar. Endast underleverantörer som utför verksamhet i Sverige omfattas. Underleverantörerna bör vidare utföra en väsentlig del av det uppdrag som upphandlingskontraktet avser. Det anges också att det krävs att huvudleverantören har faktisk möjlighet att införa villkoret i avtalet med underleverantören.

Varuupphandlingar omfattas inte längre av klausulen, utan enbart upphandling av tjänster och bygg- och anläggningsentreprenader med motiveringen att det endast är i dessa typer av kontrakt där det är möjligt att använda villkor för kontraktets utförande. Olika villkor skulle annars kunna komma gälla för de som producerar varor i andra länder jämfört med de som producerar varor i Sverige. När det gäller blandade kontrakt kan klausulen tillämpas på tjänstedelen av avtalet. För att inte strida mot proportionalitetsprincipen begränsas klausulen till att enbart omfatta den del av verksamheten som omfattas av upphandlingskontraktet.

4.3.3.2 Användning

I Stockholms stad tog jag inledningsvis kontakt med enhetschefen för upphandling och konkurrens. Till skillnad från i Malmö fick jag dock beskedet att jag behövde kontakta varje enskild nämnd med mina frågor. Nämnderna utgör egna upphandlande myndigheter och därmed finns inte all kunskap centralt hos upphandlingschefen. Därmed mailade jag 32 personer inom olika förvaltningar och nämnder. Samma frågor som presenterades i avsnitt 4.3.2.2 var min utgångspunkt även här.

Jag fick ett tjugotal svar via mail medan fyra stycken valde att ringa upp¹⁹². Inledningsvis bör nämnas att svaren jag fick ofta innehöll formuleringar såsom ”mig veterligt” eller ”vad jag känner till”. Det kan därför inte garanteras att svaren är uttömmande och ger en helt korrekt beskrivning av verkligheten. Svaren är dock entydiga varför det är rimligt att anta att nedan presenterade resultat ger en riktig bild av hur det har sett ut i Stockholms stad det senaste decenniet.

Utifrån de uppgifter jag har fått in har hävning inte någon gång aktualiserats med anledning av klausulen sedan den infördes 2002. Inte heller har kommunerna krävt rättelse eller behövt begära att leverantören redovisar vidtagna åtgärder. I många av svaren har det dock framhållits, vilket också poängterades av kommunen när klausulen arbetades fram, att syftet med klausulen inte är att hävning ska ske, utan att markera vikten av att diskrimineringslagen efterlevs.

När det gäller uppföljning visar inkomna svar att detta inte sker någonstans specifikt med anledning av antidiskrimineringsklausulen. Ett par

¹⁹² Förteckning över de förvaltningar som jag fick svar ifrån finns i Bilaga B.

förvaltningar uttryckte att uppföljningen av klausulen är obefintlig. Andra framhöll att klausulen är ett krav bland många andra krav i avtalet och därmed finns med i ordinarie avtalsuppföljning. I samband med denna uppföljning ställs då frågan till leverantören om denne följer klausulen. Någon ytterligare kontroll görs dock i realiteten inte. Majoriteten uttryckte att denna typ av klausul får sin uppföljningsmöjlighet genom anmälningar och klagomål. Det görs alltså inga särskilda efterforskningar för att se att klausulen efterlevs, utan en antidiskrimineringsklausul ger den upphandlande myndigheten en möjlighet att agera vid indikation eller kännedom om missförhållanden. Vad som framkommer utifrån inkomna svar har ett sådant agerande dock aldrig blivit aktuellt i Stockholms stad. Det påpekades också att klausulen endast slår fast och markerar att diskrimineringslagen ska följas, vilket är en självklarhet. Leverantörerna ansvarar själva för att följa svensk lagstiftning och detta är något som man utgår ifrån att leverantörerna gör. Endast ett par personer fick direkt frågan om jämställdhetsplaner någon gång har begärts in från leverantörerna, vilket klausulen ger den upphandlande myndigheten befogenhet till. Också där var svaren nekande. Under de telefonsamtal jag hade, där det var möjligt att fördjupa diskussionen, påpekades att det inte fanns resurser för en sådan typ av kontroll. Jag ställde under dessa samtal även frågor kring hur de såg på möjligheten att ställa ytterligare krav på främjandeåtgärder, utöver de krav som diskrimineringslagen ställer upp. I alla svar underströks upphandlingsförfarandets redan mycket komplexa process och det problematiska med att införa ytterligare krav som kräver uppföljning. Min fråga mötte således viss skepsis.¹⁹³

Ett av svaren jag fick via mail innehöll en mer ingående beskrivning av förvaltningens uppföljningsverksamhet. Denna förvaltning begär exempelvis alltid att leverantören diskuterar kompetensbehov och uppvisar rekryteringsannonser innan rekrytering av vissa särskilt viktiga befattningar sker. Detta kräver godkännande från förvaltningen innan det kan genomföras. Vidare begärs alltid en lista på personalen in, som ska utföra tjänsten som avtalet avser. Inom ramen för dessa uppföljningsaktiviteter kan staden eventuellt upptäcka om diskriminering förekommer, vilken dock hittills inte har gjorts. Däremot har förvaltningen vid ett tillfälle fått vidta åtgärder för den egna verksamheten, då anställda hos en leverantör kände sig diskriminerade när de utförde tjänster vid förvaltningen.¹⁹⁴

4.4 Analys av resultat

Konkurrensverket drog slutsatsen av sin utvärdering, att den statliga antidiskrimineringsförordningen borde upphävas eftersom den inte har tillämpats på ett sätt som gör den effektiv. Det största problemet, som verket såg det, var den bristande uppföljningen och kontrollen av villkoren. Inte i

¹⁹³ Mailsvar samt telefonsamtal med ansvariga inom de olika förvaltningarna i Stockholms stad under slutet av februari och första delen av mars månad.

¹⁹⁴ Svar från Skärholmens stadsdelsförvaltning, 2013-02-18.

något fall hade påföljd utgått med anledning av förordningen och endast ett fåtal leverantörer uppgav att deras medvetenhet om diskrimineringslagen ökat. I både Stockholms stad och Malmö stad har antidiskrimineringsklausuler använts i kommunernas upphandlingskontrakt under drygt 10 år. Utifrån de uppgifter jag har fått in, har hävning inte någon gång aktualiserats under denna tid med anledning av klausulen. Kommunerna har inte heller behövt begära att en leverantör ska vidta omedelbara åtgärder. Någon uppföljning och kontroll av uppställda villkor görs i princip inte.

Utifrån de uppgifter som ovan presenterats, är det svårt att dra några slutsatser om konsekvenserna av att använda antidiskrimineringsklausuler. Befogenheterna som ges genom klausulerna har aldrig utövats i praktiken. Det bör framhållas, vilket också poängterades när klausulerna arbetades fram, att syftet med en antidiskrimineringsklausul inte är att hävning ska ske, utan att markera vikten av att diskrimineringslagen efterlevs. Hävning är dessutom en kostsam och drastisk åtgärd, i synnerhet när det gäller upphandlingsavtal eftersom dessa föregås av en omfattande process. Att hävning aldrig har aktualiserats är därmed föga förvånande och kan inte heller ses som ett tecken på att klausulerna saknar verkan. Istället skulle resultatet kunna tolkas på motsatt sätt och visa att sanktionshotet påverkar leverantörernas efterlevnad av diskrimineringslagen eftersom några åtgärder aldrig har behövt vidtas. Några sådana slutsatser går dock inte att dra av de uppgifter som framkommit i undersökningen ovan. Det bör i detta sammanhang nämnas att både antidiskrimineringsförordningen och Stockholms stads reglering kräver lagakraftvunna domar för att häva ett avtal, vilket begränsar möjligheten till hävning. Som framhölls i diskussionerna på kommunal nivå när klausulerna utarbetades, löses tvister rörande diskriminering många gånger på förlikningsstadiet, vilket innebär att någon dom aldrig avkunnas. Därmed blir det svårt för den upphandlande myndigheten att agera även om diskriminering kan konstateras.

Antidiskrimineringsklausuler används således i första hand i preventivt syfte och är till för att markera vikten av att diskrimineringslagen efterlevs. Det går dock inte heller här att svara på vilka faktiska effekter klausulerna har i det förebyggande arbetet mot diskriminering. Utifrån de svar jag fått in, tillsammans med Konkurrensverkets utvärdering, anser jag att mycket tyder på att klausulerna, så som de används idag, är relativt verkningslösa. De ger i viss mån de upphandlande myndigheterna möjlighet att agera om diskriminering sker, men kan knappast sägas vara ett effektivt verktyg i det förebyggande arbetet. Problemet består framför allt i, vilket Konkurrensverket också konstaterade, den bristande uppföljningen och kontrollen av att klausulerna efterlevs. Klausulerna är i dagsläget enbart en formalitet som jag ser det. Enligt min mening känns det mer som något att visa upp på pappret, snarare än ett reellt verktyg i antidiskrimineringsarbetet. De problem som Konkurrensverket belyser i sin utvärdering av antidiskrimineringsförordningen tycks vara applicerbara också på min undersökning av hur klausulerna används i Stockholm och Malmö. Eftersom villkor inte följs upp och kontrolleras och överträdelser inte sanktioneras ”riskerar ändamålet att gå förlorat”, som Konkurrensverket

uttrycker det.¹⁹⁵ Så långt delar jag verkets uppfattning. Att utifrån detta sedan dra slutsatsen att antidiskrimineringsförordningen därmed bör upphävas och att det istället borde vara frivilligt att tillämpa antidiskrimineringsvillkor, anser jag däremot är en mycket märklig slutsats. Istället borde resultatet av utvärderingen föranleda diskussioner kring hur bristerna kan rättas till och hur förordningen kan göras mer verkningsfull. Tillämpningen bör skärpas snarare än göras frivillig om syftet med förordningen ska kunna uppnås. Konkurrensverkets inställning menar jag visar på en ovilja att faktiskt göra verklighet av intentionerna. Det tycks finnas en skepsis mot att använda offentlig upphandling som ett instrument för att främja sociala målsättningar (jmf avsnitt 1.6). Denna inställning var något som också lyste igenom hos Konkurrensverkets föregångare NOU, som var mycket kritisk när förslagen om antidiskrimineringsklausuler presenterades.

I Konkurrensverkets utvärdering framkom att antidiskrimineringsförordningen i viss mån har ökat medvetenheten om diskrimineringslagstiftningen och särskilt reglerna om aktiva åtgärder. I min kontakt med tjänstemännen inom kommunerna, upplevde jag dock att det fanns en relativt liten kännedom om reglerna om aktiva åtgärder. Svaren fokuserade på de begränsade möjligheterna att upptäcka diskriminering och svårigheterna med att rättsligt kunna styrka det. Att det enligt lagen ställs andra krav än enbart ett förbud mot att diskriminera, kommenterades inte och inte i något fall har kommunerna begärt in handlingar som visar att leverantören lever upp till sina lagstadgade förpliktelser. Ett svar innehöll även kommentaren ”*vi ställer inte krav på jämställdhetsplaner*”, vilket påvisar bristande kunskaper om innehållet i diskrimineringslagen och därmed också om kraven i antidiskrimineringsklausulerna. Det var enbart under telefonsamtalen där jag tydligt kunde understryka lagens krav om aktiva åtgärder som detta berördes. I dessa fall fick jag svaret att det saknas resurser för en så omfattande kontroll.

¹⁹⁵ KKV 2009:2, s. 9.

5 Analys

5.1 Kapitlets upplägg

I första delen av min analys redogör jag för vilket utrymme EU-rätten ger att beakta antidiskrimineringshänsyn. De olika faserna behandlas efter varandra och det inledande avsnittet blir en form av sammanfattande framställning av rättsläget. Därefter studerar jag Sveriges agerande. Eftersom den svenska regleringen är snarlik direktiven, behandlas inte alla faser i detta avsnitt. Jag fördjupar mig istället i vissa delar av upphandlingsförfarandet, där Sveriges ståndpunkt inte är helt tydlig eller där ett annorlunda agerande skulle kunna vara möjligt. Dessa delar rör uteslutningsprövningen, kontraktstilldelningen samt utformningen av antidiskrimineringsklausuler. Det sista avsnittet innehåller avslutande reflektioner kring de problem som framkommit i uppsatsen samt vilka förbättringar som skulle kunna göras.

5.2 Antidiskrimineringshänsyn - vilket utrymme lämnar EU-rätten?

I den rättspolitiska diskussionen i inledningskapitlet och framställningen i kapitel 2, framkommer att det finns olika uppfattningar om dels hur stora möjligheterna till socialt hänsynstagande bör vara, dels vad gällande rätt säger. I vissa faser är rättsläget klarare än i andra. Som ovan beskrivits, är det myndigheterna själva som avgör vilken typ av vara eller tjänst som ska upphandlas. De har också stora friheter i att utforma kontraktsföremålet på det sätt så att det stämmer överens med deras behov. Givetvis kan antidiskrimineringshänsyn här aktualiseras. Det kan exempelvis handla om ett byggtreprenadkontrakt, där tillgänglighet specifikt ska främjas. Antidiskrimineringsaspekter kan då finnas med vid utformandet av de tekniska specifikationerna, men även vid utformandet av tilldelningskriterierna för att hjälpa till att bedöma kvalitén av tjänsten, ur just ett tillgänglighetsperspektiv.

När det gäller uteslutningsprövningen har EU-rätten lämnat relativt stora möjligheter för medlemsstaterna att själva avgöra vad som anses som ett allvarligt fel i yrkesutövningen och således grund för uteslutning. Felet måste kunna styrkas och ingripandet måste vara proportionerligt i förhållande till felet. Som konstaterats i avsnitt 2.6, anser jag inte att det finns några EU-rättsliga hinder för en medlemsstat att se brott mot nationell diskrimineringslagstiftning som ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Som jag ser det, bör det vara en självklarhet att ett sådant brott inkluderas i begreppet. Proportionalitetsprincipen torde dock sätta gränser för hur länge en sådan överträdelse får påverka en leverantörs möjlighet att delta i upphandlingar. Vilken tidsram som är proportionerlig i detta sammanhang är inte något som framkommer tydligt av EU-rätten. Det är dock inte rimligt

att en leverantör straffas under en alltför lång tid. En annan aspekt av detta är att en leverantör som ser sina chanser små att delta i framtida upphandlingar på grund av tidigare överträdelser, skulle sakna incitament till att förbättra antidiskrimineringsarbetet, vilket skulle motverka syftet med en sådan uteslutningsgrund.

Tilldelningsfasen är den fas i upphandlingen där det på vissa punkter tycks råda störst osäkerhet kring vilka sociala krav som kan ställas. I EU-domstolens dom från den 10 maj 2012, *Europeiska kommissionen mot Nederländerna*, sammanfattades dock rättsläget på ett bra sätt. Det krävs alltså inte att de är rent ekonomiska. De behöver inte heller avse varans inneboende egenskaper. Vidare kan det sociala hänsynstagandet avse användarna eller förmånstagarna för det som är föremålet för upphandlingen, men domstolen konstaterade också att det även kan avse andra personer. Kriterierna måste dock ha en koppling till kontrakt föremålet. Såsom uttrycktes i avsnitt 2.6, är det den delade uppfattningen om innebörden av detta begrepp, dvs. kopplingen till kontrakt föremålet, som jag uppfattar som grunden till många av de skiljaktigheter som finns. Den snäva innebörd som kommissionen har förespråkade har dock avfärdats av domstolen genom ovan nämnda dom. Det finns dock fortfarande inte någon tydlig definition av vad som avses. Kriterier av organisatorisk karaktär torde vara fullt möjliga för byggentreprenad- och tjänstekontrakt eftersom det handlar om en tjänsts utförande, dock under förutsättning att det rör den del av leverantörens verksamhet som kontraktet gäller. Denna möjlighet anser jag också i större utsträckning borde kunna utnyttjas ur ett antidiskrimineringsperspektiv. Leverantörer som på olika sätt aktivt bedriver ett antidiskrimineringsarbete på arbetsplatsen borde kunna gynnas vid en anbudsutvärdering. Initiativ som syftar till att främja jämställdhet på arbetsplatsen eller där det aktivt arbetas för en inkluderande miljö, anser jag har en klar koppling till kontrakt föremålet. Detta eftersom det rör sig om på vilket sätt och under vilka omständigheter kontraktet utförs. Det är dock viktigt att tillägga att kriterierna måste vara möjliga att jämföra och bedöma på ett objektiva sätt, vilket begränsar och försvårar möjligheterna. Jag anser dock inte att EU-rätten teoretiskt hindrar en upphandlande myndighet från att exempelvis utvärdera och poängsätta leverantörers olika jämställdhetsplaner så länge det upprättas ett fungerande system för hur bedömningen kan göras på ett objektiva mätbart sätt.

I jämförelse med tilldelningsfasen, är uppfattningen kring utrymmet för socialt hänsynstagande något mer samstämmig i slutfasen, dvs. när det gäller möjligheten att uppställa särskilda villkor för fullgörande av kontrakt. Det centrala är att villkoren som ställs upp inte får leda till att utländska leverantörer missgynnas och att villkoren också är proportionerliga i förhållande till upphandlingen. För bygg- och tjänstekontrakt, samt varuupphandlingar där varan ännu inte är tillverkad, kan olika organisationskrav ställas, såsom jämställdhets- eller mångfaldsfrämjande åtgärder som nämndes i stycket ovan. En annan typ av klausul som kan användas är krav på att den arbetskraft som ska utföra kontraktet ska bestå

av exempelvis funktionsnedsatta. Enligt formuleringen i direktiven handlar det om krav som rör kontraktets *fullgörande*. Såsom framgick i avsnitt 2.5.5 är det svårt att klargöra innebörden av detta begrepp och hur snävt det ska tolkas. Tolkningen underlättas inte heller av att direktivens utformning tycks snävare än domstolens bedömning, sett utifrån resonemangen i *Bentjeesmålet* och *Nord-Pas-de-Calais*.

5.3 Sveriges agerande

Ahlberg och Bruun anförde att Sverige är en av de medlemsstater som varit mest försiktiga när det gäller att beakta sociala hänsyn vid upphandling. Utifrån min framställning ser jag att det finns visst fog för den försiktighetsprincip som författarna menar att Sverige tillämpar. Som visat är rättsläget inom EU på många sätt inte helt tydligt och Sverige har inte utmanat gränserna eller rört sig i områden där rättsläget inte är helt klarlagt. Denna restriktivitet tror jag inte enbart grundar sig i en rädsla över att göra något i strid med EU-rätten. Både NOU och Konkurrensverket har visat en negativ inställning till dessa frågor och det blir tydligt inte minst i deras sätt att tolka EU-rätten¹⁹⁶. Nedan belyses de delar av upphandlingsförfarandet där det skulle kunna vara möjligt för Sverige att agera på ett annorlunda sätt eller åtminstone tydliggöra sin ståndpunkt.

5.3.1 Antidiskrimineringshänsyn vid uteslutningsprövningen

Även om det inte uttryckligen har uttalats, och utifrån vad jag har fått fram inte heller tycks ha förekommit, är det mycket som talar för att en överträdelse av diskrimineringslagen kan ses som ett allvarligt fel i yrkesutövningen och utgöra grund för uteslutning enligt 10 kap. 2§ LOU, så länge det går att styrka.¹⁹⁷ Inte heller i de svenska resonemangen hittar jag dock några riktlinjer för hur länge en överträdelse kan få konsekvenser för en leverantör. Det är, som konstaterats i avsnitt 2.6, även oklart huruvida brister i de aktiva åtgärderna kan leda till uteslutning eller om det anses vara en oproportionerlig konsekvens i förhållande till felet. Enligt min mening hindrar inte proportionalitetsprincipen en uteslutning på denna grund. Det finns strukturer som är så djupt rotade i vårt samhälle och som ständigt leder till att människor diskrimineras. För att motverka denna strukturella diskriminering krävs ett aktivt gemensamt samhällsansvar och att aktörer på olika håll i samhället också ser sitt individuella ansvar. Kraven på aktiva åtgärder är ett tydligt initiativ från lagstiftarens sida att driva antidiskrimineringsarbetet framåt och detta måste kunna tas på allvar. Att stat och kommun kan kräva att leverantörer lever upp till dessa lagstadgade förpliktelser för att få vara med och konkurrera om ett kontrakt, anser jag är fullt rimligt och inte ett oproportionerligt krav. Utifrån mina uppgifter, har

¹⁹⁶ Se exempelvis KKV:s beslut 2010-04-15, Dnr 259/2009 samt avsnitt 1.6.

¹⁹⁷ Se avsnitt 3.3.2.2 och citatet från SOU 2011:73.

jag däremot mycket svårt att se att en uteslutning på denna grund rent praktiskt skulle kunna bli aktuell idag. Det görs ingen uppföljning avseende aktiva åtgärder hos leverantörer och dessutom tycks kunskapen kring dessa krav vara liten. Dessutom blir det problematiskt eftersom det krävs att överträdelsen är styrkt på något sätt. Det skulle, vilket tidigare nämnts, eventuellt vara möjligt att utesluta en leverantör som fortsätter att bryta mot dessa förpliktelser trots att vitesföreläggande har utgått.

5.3.2 Antidiskrimineringshänsyn som tilldelningskriterium

När det gäller tilldelningsfasen och de möjligheter avseende antidiskrimineringshänsyn som det resoneras kring i avsnittet ovan (avsnitt 5.2), är detta inte något som har diskuterats i Sverige. I SOU 2013:12 anfördes att utvärderingskriterier inte får avse anbudsgivarnas organisation såvida inte kriterierna är tydligt kopplade till genomförandet av uppdraget. Här uttrycks alltså ett krav på koppling till *genomförandet av uppdraget*, istället för koppling till den vara eller tjänst som är *föremål för kontraktet*, vilket är det uttryckssätt som används inom EU. Eftersom det inte ges någon närmare förklaring till något av begreppen är det svårt att avgöra huruvida de avser samma sak. Jag anser dock inte att formuleringen i utredningsbetänkandet hindrar att kriterier som rör organisatoriska åtgärder med syfte att motverka diskriminering, används vid anbudsutvärdering. Detta av samma anledning som framfördes i avsnitt 5.2. Sådana krav rör omständigheterna under vilka ett kontrakt utförs och därmed finns det en koppling till genomförandet. Kraven kan inte avse varuupphandlingar och dessutom måste kriterierna kunna jämföras på ett objektiva mätbart sätt. Några initiativ till att använda denna typ av tilldelningskriterier har dock inte tagits i Sverige. Det som Bercusson och Bruun anförde, nämligen att medlemsstaterna har möjlighet att påverka och klargöra tolkningen av begreppet *koppling till kontraktsföremålet* eftersom EU-rätten här inte ger någon tydlig definition (se avsnitt 2.5.4), har alltså inte utnyttjats av Sverige. Jag vill dock understryka att det inte alls är självklart hur man rent praktiskt skulle gå tillväga för att beakta antidiskrimineringshänsyn i denna fas. Att kriterierna måste kunna mätas på ett objektiva sätt, ställer höga krav på utformningen. Det gör att denna fas förmodligen lämpar sig sämst ur just ett antidiskrimineringsperspektiv.

5.3.3 Hur har utrymmet utnyttjats genom antidiskrimineringsklausulerna?

Förutom de kontrakt som i sig syftar till att främja sociala mål, är det genom särskilda villkor för kontraktets fullgörande som antidiskrimineringshänsyn beaktas i Sverige. Detta görs som visat genom s.k. antidiskrimineringsklausuler. Som klausulerna ser ut idag kräver de enbart att diskrimineringslagen följs. Det bör dock noteras att EU-rätten även tillåter

villkor som går längre än krav på följsamhet av lagen, så länge de EU-rättsliga principerna beaktas. Vid framarbetandet av klausulerna presenterades olika förslag på deras utformning. På kommunal nivå¹⁹⁸ har de också omarbetats ett flertal gånger. Jämförs den statliga förordningen, såsom Konkurrensverket vill att den ska tillämpas, med klausulerna i Malmö stad respektive Stockholms stad, är regleringen relativt likartad i dagsläget. Diskussioner som har föregått besluten om införandet av klausulerna har förts på liknande sätt i de tre fallen och när dessa studeras blir det tydligt att det finns vissa centrala frågor som återkommer.

En av dessa frågor är vilka typer av upphandlingar som kan omfattas av klausulerna. Varuupphandlingar omfattas i nuläget inte av någon av de klausuler som jag har studerat. Förordningen har också begränsat klausulernas räckvidd till enbart tjänste- och byggentreprenadkontrakt i Sverige. Det anförs att ett krav på att följa svensk lag utanför Sveriges gränser, kan leda till diskriminering av leverantörer från andra medlemsstater. Detta är också en av anledningarna till att varuupphandlingar är undantagna, eftersom varan kan produceras var som helst och olika villkor då skulle komma att tillämpas. Jag vill dock påstå att de hinder som beskrivs inte behöver vara ett problem enligt EU-rätten och dess principer. Diskrimineringslagen bygger i huvudsak på tvingande regler i EUF-fördraget och förbudet mot diskriminering kan därmed inte sägas utgöra ett krav som enbart svenska företag känner till och kan uppfylla. Samma krav finns på företag i övriga medlemsstater. I detta sammanhang bör utstationeringsdirektivet¹⁹⁹ nämnas, som ger stöd för denna uppfattning. I artikel 3 stadgas att medlemsstaterna, på vissa angivna områden, ska garantera utstationerade arbetstagare de arbets- och anställningsvillkor som gäller inom den medlemsstats territorium där arbetet utförs. Syftet är att fastställa en gemensam kärna av regler för minimiskydd för arbetstagare inom unionen, den s.k. ”hårda kärnan”.²⁰⁰ Ett av dessa områden som räknas upp är just likabehandling av män och kvinnor samt andra bestämmelser om icke-diskriminering (punkten 1.g). I utstationeringslagen²⁰¹, som genomför direktivet i Sverige, anges de paragrafer i diskrimineringslagen som arbetsgivare är skyldiga att följa i förhållande till de utstationerade arbetstagarna (5§). Bestämmelserna rör centrala krav i diskrimineringslagen, såsom förbudet mot diskriminering i arbetslivet. Regleringen gällande utstationerade arbetstagare visar därmed att förbudet mot diskriminering är en grundläggande del av EU-rätten. Unionens gemensamma minimistandard på området innebär att principen om icke-diskriminering inte hindrar en upphandlande myndighet att kräva att utländska leverantörer rättar sig efter dessa centrala bestämmelser. I detta sammanhang kan dock själva formuleringen av antidiskrimineringsklausulen förstås diskuteras. Kanske

¹⁹⁸ Jag syftar här enbart på Malmö stad och Stockholms stad eftersom det endast är dessa kommuner som jag har undersökt.

¹⁹⁹ Europaparlamentet och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

²⁰⁰ KOM (2001) 566 slutlig, s. 23.

²⁰¹ Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

kan hänvisning ske till den svenska diskrimineringslagen 'eller motsvarande tillämplig reglering'.

Det förhåller sig dock annorlunda med bestämmelserna om aktiva åtgärder i den svenska diskrimineringslagen, vars specifika krav inte bygger på tvingande EU-regler. Bestämmelserna tillhör inte den hårda kärnan, vilket blir tydligt om man studerar utstationeringslagen, eftersom aktuella paragrafer där inte finns angivna. Till skillnad från diskrimineringsförbudet kan svenska myndigheter därmed inte ställa dessa krav på utländska aktörer, då detta kan strida mot principen om icke-diskriminering. Frågan är då om myndigheter i Sverige kan kräva att svenska leverantörer uppfyller kraven på aktiva åtgärder, medan utländska leverantörer skonas från dessa förpliktelser. Är detta ett missgynnande av svenska företag, i strid med EU-rätten? Det kan argumenteras för att det är på det sättet eftersom det är tydligt att olika krav kommer att ställas på leverantörer från Sverige jämfört med leverantörer från andra länder. Jag vill dock argumentera för det motsatta. Svenska företag är skyldiga att följa svensk lag. Aktiva åtgärder ska vidtas oavsett om det finns med som ett krav i en avtalsklausul eller inte. Därför kan det inte sägas innebära ett missgynnande eller ett extra betungande krav för svenska leverantörer. Av denna anledning menar jag att det skulle vara möjligt att tillämpa antidiskrimineringsklausuler på kontrakt både innanför och utanför Sveriges gränser, men där bestämmelserna om aktiva åtgärder specifikt undantas för utländska leverantörer.

Att varuupphandlingar är undantagna finns det fler motiv till. I Stockholms stads beslut anförs att det inte är möjligt att använda villkor för ett kontrakts utförande när det gäller varuupphandlingar. Malmö stad menar att det normalt inte finns en fortlöpande relation som gör hävning till ett verkningsfullt instrument. Jag delar uppfattningen att det inte är aktuellt med villkor för ett kontrakts utförande då det rör upphandling av varor som redan är tillverkade. Däremot är det fullt möjligt att ställa sådana krav när den upphandlande myndigheten uppdrar åt en leverantör att tillverka en vara. Invändningen från Malmö stad är relevant, men även varutillverkningsuppdrag kan pågå under relativt lång tid vilket innebär att klausulen därmed ändå kan fylla en funktion. Det bör också understrykas att klausulerna i första hand används förebyggande och huvudsyftet är inte att häva avtal. Det handlar om att motivera leverantörer att undvika diskriminering. Riskerar en leverantör, som på uppdrag av en myndighet tillverkar varor, att ett avtal hävs skapas också här incitament till att följa diskrimineringslagen.

Uppfattningen i Sverige tycks vara att antidiskrimineringsklausulerna, för att inte strida mot proportionalitetsprincipen, endast kan avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av kontraktet. Detta har uttrycks både av regeringen²⁰², Konkurrensverket och på kommunal nivå. Jag vill ifrågasätta detta resonemang. En klausul som innebär att en leverantör åtar sig att inte bryta mot svensk lag, i någon del av sin verksamhet, kan inte ses

²⁰² I prop. 2006/07:128, s. 200.

som oproportionerligt betungande. Det är något leverantören är skyldig att rätta sig efter under alla förhållanden. Detta dock under förutsättning att det rör sig om leverantörer som omfattas av svensk rätt. Jag menar att det heller inte torde stå i strid med proportionalitetsprincipen att kräva att också eventuella underleverantörer följer svensk lag, så länge dessa är bundna av svensk rätt. Enligt min mening är det rimligt att leverantören svarar för att de aktörer som den väljer att anlita också lever upp till diskrimineringslagens förpliktelser. Som vissa politiker i Stockholms stad anförde, skulle klausulen väsentligt tappa i räckvidd utan detta ansvar. Återigen bör det poängteras att syftet inte är att i första hand häva avtal. Det offentliga har i de flesta fall förmodligen ett större intresse av att företag förändrar och åtgärdar diskriminerande strukturer i sin verksamhet än att avtalen hävs. Omfattar ansvaret även underleverantörer skulle det kunna leda till dialog och diskussion kring antidiskriminering också privata företag emellan. I förhållande till underleverantörer kan det dock anses vara en rimlig avgränsning att leverantörer endast svarar för den del av underleverantörens verksamhet som omfattas av aktuellt kontrakt, för att inte riskera att proportionalitetsprincipen åsidosätts.

I förhållande till utländska leverantörer torde kraven om förbud mot diskriminering också här kunna ställas på leverantörens hela verksamhet. Eftersom diskrimineringsförbudet bygger på tvingande EU-regler, skulle samma argumentation som fördes ovan, kunna användas också här. Det kan inte anses orimligt betungande för en leverantör att kräva att denna, i hela sin verksamhet, rättar sig efter grundläggande principer om mänskliga rättigheter. Jag menar därför att det rent teoretiskt är möjligt att utvidga kravet utan att detta strider mot proportionalitetsprincipen. Även här bör kravet också kunna omfatta ett ansvar för anlidade underleverantörer. Så som anfördes ovan torde detta ansvar dock enbart kunna gälla för den del som rör kontraktet och alltså inte hela underleverantörens verksamhet.

5.4 Antidiskriminering och upphandling – de lege ferenda

Som framkommer i framställningen ovan, skulle Sverige i större utsträckning kunna utnyttja det utrymme som EU-rätten ger att beakta antidiskrimineringshänsyn. Rättsläget är inte klarlagt på alla områden. I vissa fall pekar det dock i en så pass entydig riktning, att det kan önskas att Sverige ibland vågade testa gränserna för att driva rätten framåt, eller åtminstone uttala sig om möjligheterna. Här syftar jag exempelvis på möjligheten till utförandevillkor med krav som går längre än redan lagstadgade förpliktelser eller möjligheten att utesluta leverantörer som inte lever upp till förpliktelserna enligt diskrimineringslagen. För att tjänstemän och lokalpolitiker ska våga utnyttja det utrymme som jag menar finns, är det viktigt att regering och riksdag tydligt uttalar sig i dessa frågor. Problemet är dock att viljan till denna typ av åtgärder tycks svag både hos politiker och tjänstemän.

I min studie av användningen av antidiskrimineringsklausuler, framkommer vissa problem. Det är, som konstaterats ovan, svårt att bedöma klausulernas egentliga effekt, men mina uppgifter tyder på att de på det stora hela är relativt verkningslösa. Det görs ingen uppföljning av kraven. Det tycks saknas kunskap bland tjänstemän som hanterar upphandlingsfrågor, vilka krav som egentligen ställs på leverantörer genom antidiskrimineringsklausuler. Fokus ligger enbart på diskrimineringsförbudet. Kravet på aktiva åtgärder nämns inte. Även om kunskapen finns på vissa håll, verkar det saknas en vilja att faktiskt utnyttja de möjligheter som klausulen ger att påverka privata aktörer. Eftersom det i dagsläget inte ens görs någon kontroll av att diskrimineringslagens minimikrav efterlevs, har jag svårt att se att det skulle finnas ett intresse och en mening med att uppställa villkor med krav som går längre än lagstiftningen, villkor som kräver ytterligare uppföljning. Både i min kontakt med tjänstemännen och i de texter jag har läst av olika aktörer, har jag stött på kommentarer som betonar upphandlingsförfarandets redan så komplexa process och att denna process inte bör tyngas med ytterligare bestämmelser. Leverantörer skulle inte orka ta sig igenom förfrågningsunderlaget. Detta, menar jag, visar på hur frågan prioriteras och vilken inställning som finns till möjligheterna att bedriva påverkansarbete inom ramen för offentlig upphandling.

Givetvis handlar det inte enbart om en ovilja att bedriva antidiskrimineringsarbete. Krav som ställs upp måste också följas upp och det är just däri en stor del av problemet ligger. De upphandlande myndigheterna framhäver att det saknas resurser för omfattande kontroller och att uppföljningsmöjligheterna är begränsade, då de ska ske vid sidan av ordinarie uppgifter. Detta är helt klart ett problem. Jag vill dock mena att uppföljningskostnaderna måste kunna räknas in i den totala budgeten och ses som en del av den ordinarie verksamheten. Utan uppföljning blir kraven verkningslösa. Jag skulle vilja relatera till ett utredningsbetänkande som presenterades i mars i år, *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*, SOU 2013:12, vars huvudsakliga uppdrag var att utvärdera upphandlingsregelverket ur ett ekonomiskt och samhällspolitiskt perspektiv. Där konstateras att just bristen på uppföljning är ett stort problem generellt sett i den offentliga upphandlingen. Utredarna skriver vidare att en fungerande och kontinuerlig uppföljning är en förutsättning för att säkerställa kvalitet och hur uppföljningen ska organiseras är därmed en ytterst viktig fråga.²⁰³

I utredningsbetänkandet framförs fler problem som skulle kunna kopplas till vad som framkommit i denna uppsats. Det anförs att riksdag och regering saknar ett samlat grepp om den offentliga upphandlingens betydelse för samhällets service och att inte dess fulla potential som politiskt styrmedel har utnyttjats.²⁰⁴ De menar att upphandlingspolitiken är splittrad. Olika departement ansvarar för olika upphandlingsfrågor och det finns inget departement som samordnar politiken för socialt ansvarsfull upphandling,

²⁰³ SOU 2013:12, s. 24.

²⁰⁴ SOU 2013:12, s. 17.

vilket gör att frågan kommit i skymundan. Även på myndighetsnivå och inom kommuner och landsting konstateras brister i ledarskapet, vilket bland annat visas genom att det ofta saknas riktlinjer, målsättningar och tydliga strategier för den offentliga upphandlingen. Utredarna anför att om ett mer strategiskt förhållningssätt utvecklas på nationell nivå så finns potential för både effektivisering och ökad samhällspåverkan.²⁰⁵ Vidare konstateras att det finns stora kunskapsbrister kring regelverket hos de upphandlande myndigheterna, vilket gör att de känner sig osäkra i tillämpningen. Följden blir att myndigheter tenderar att välja det säkra före det osäkra och man undviker att ställa krav av rädsla för överprövning.²⁰⁶

Det som framförs här kan vara en förklaring till de problem som denna uppsats specifikt har belyst när det gäller antidiskrimineringsklausulernas effektivitet och generellt till den restriktivitet avseende socialt hänsynstagande som Sverige har uppvisat. Även om jag menar att det finns en tydlig ovilja till denna typ av hänsynstagande från vissa håll, är det största problemet kanske främst brist på kompetens och en nationell samordning av upphandlingspolitiken. En större kunskap om upphandlingens potential som politiskt styrmedel och specifikt större kunskap om regelverket i fråga om socialt hänsynstagande, skulle förmodligen också leda till en förändrad inställning och större vilja att använda upphandlingen i ett socialpolitiskt syfte.

Det finns, som visat, olika delar av upphandlingsförfarandet där Sverige idag inte utnyttjar dess möjligheter att beakta antidiskrimineringshänsyn. Detta är något som jag på sikt tror och hoppas kommer att förändras i samband med att rättsläget blir allt klarare. Det förutsätter dock att de sociala aspekterna i större utsträckning integreras med de ekonomiska aspekterna och att det finns ett långsiktigt tänkande där den totala samhällsvinsten värderas. Rent konkret anser jag att Sverige idag i första hand bör se till att de möjligheter som redan utnyttjas görs mer verkningsfulla. Antidiskrimineringsklausuler skulle kunna vara ett mycket bra sätt att driva antidiskrimineringsarbetet framåt och sätta tryck på den privata sektorn. På grund av framför allt bristande uppföljning, men till viss del också på grund av klausulernas utformning och begränsade räckvidd, utnyttjas inte deras potential som jag ser det. I SOU 2013:12 understryks fördelen med att ha harmoniserade krav när det gäller att främja socialt ansvarstagande. Det uppges att leverantörer idag upplever att de möter en mängd krav från de upphandlande myndigheterna som enbart skiljer sig på detaljnivå. En långt större effekt till betydligt lägre kostnad förmodas uppnås genom harmonisering.²⁰⁷ Jag anser därför att det är en bättre lösning med en antidiskrimineringsförordning innehållande en klausul med en fast angiven lydelse, såsom presenterades i SOU 2005:56 (se avsnitt 3.4.2.), istället för den lösning som dagens förordning ger, där myndigheterna själva väljer form. Vidare anser jag att den antidiskrimineringsklausul som presenterades i just SOU 2005:56, hade en bättre utformning och skulle ge

²⁰⁵ SOU 2013:12, s. 20-21.

²⁰⁶ SOU 2013:12, s. 83.

²⁰⁷ SOU 2013:12, s. 83.

klausulen ökad räckvidd och större tyngd. Varuupphandlingar var där inkluderade. Leverantörer hade även ansvar för underleverantörer, utan de begränsningar som senare har upprättats. Det fanns heller inte något krav på en lagakraftvunnen dom vid brott mot diskrimineringsförbudet. Detta är ett krav som starkt begränsar klausulens användning, då många diskrimineringsärenden aldrig når domstol, utan ofta slutar med förlikning. För att klausulerna ska fungera preventivt, vilket är det huvudsakliga syftet, måste det vara praktiskt möjligt att häva avtal när det behövs. Precis som i övriga avtalssituationer, måste den upphandlande myndigheten kunna visa att grund för hävning föreligger. Därför är det märkligt att just denna klausul hanteras på ett annorlunda sätt och specifikt kräver en lagakraftvunnen dom. Jag vill dock poängtera att jag inte tror att de praktiska konsekvenserna blir så stora om kravet på lagakraftvunnen dom slopas. Myndigheterna kommer att vara extremt försiktiga med att häva avtal utan en styrkt grund, vilket kan vara svårt utan en dom. De riskerar höga skadestånd om leverantörer väljer att dra dem inför rätta och det sedan inte går att konstatera att diskriminering förekommit. I avskräckande syfte, finns det dock ändå en poäng med att inte ha ett så specifikt krav som en lagakraftvunnen dom. Det kan slutligen noteras att förslaget på antidiskrimineringsklausul i ovan nämnda SOU, endast omfattade leverantörer med verksamhet i Sverige. Trots att det skulle kunna vara möjligt att utöka ansvaret och till viss del inkludera också utländska leverantörer, kan det ändå vara rimligt med en sådan begränsning i nuläget. Eftersom uppföljningen redan är så bristfällig, är det bättre att först och främst se till att klausulerna verkligen följs upp i Sverige.

Oavsett hur antidiskrimineringsklausulerna utformas, anser jag att det viktigaste sättet att göra dessa mer verkningsfulla, är att hitta ett fungerande system för kontinuerlig uppföljning. Myndigheterna skulle på detta sätt kunna fylla en viktig granskande funktion i förhållande till diskrimineringslagen. Idag är det Diskrimineringsombudsmannen som kontrollerar att arbetsgivare och utbildningssamordnare följer lagens krav på aktiva åtgärder. Denna granskning är dock mycket begränsad och görs i första hand då brister indikeras.²⁰⁸ Om myndigheter, genom sina upphandlingsavtal, aktivt begär att leverantörer redovisar upprättade planer och hur de angivna åtgärderna har genomförts, skulle incitamenten till att vidta dessa åtgärder öka i den privata sektorn. Förekomsten skulle öka och på sikt är det därmed också sannolikt att kraven på innehållet i de upprättade planerna skulle kunna höjas. Det skulle vara ett sätt att göra lagen mer verkningsfull utifrån det preventiva syftet och således driva antidiskrimineringsarbetet framåt. Hur en sådan uppföljning rent konkret skulle kunna organiseras hos myndigheter, behöver dock utredas och det är inte något som denna uppsats ger svar på. Det framstår emellertid som rimligt att DO är behjälplig i arbetet att ta fram sådana rutiner.

²⁰⁸ <http://www.do.se/sv/Om-DO/granskningar/>, hämtad 2013-04-22.

Bilaga A

Antidiskrimineringsklausul Malmö stad – aktuell lydelse (2013-03-11).

Antidiskrimineringsklausul

Det är ett viktigt intresse för Malmö kommun att någon diskriminering inte förekommer inom ramen för de avtal som kommunen träffar med enskilda utförare.

Bestämmelser om förbud mot diskriminering finns bland annat i diskrimineringslagen (2008:567). Utföraren åtar sig att fullfölja entreprenaden eller utföra uppdraget på sådant sätt att utföraren inte bryter mot gällande lagstiftning på området. Utföraren svarar för att eventuella underentreprenörer gör motsvarande åtagande.

Sanktion

Det utgör ett kontraktsbrott mot ett viktigt intresse för x om utföraren eller en av utföraren anlitad underentreprenör i det föreliggande entreprenörförhållandet bryter mot lagstiftning med förbud mot diskriminering. Om det utföraren gör sig skyldig till är av allvarligt slag har x rätt att häva avtalet p.g.a. väsentligt kontraktsbrott. Innan x häver avtalet skall utföraren ges möjlighet till rättelse genom att skriftligen för x redovisa vilka åtgärder som utföraren vidtagit eller avser vidta för att säkerställa att ytterligare kontraktsbrott inte sker.

Antidiskrimineringsklausul Stockholms stad – aktuell lydelse (2013-03-11).

ANTIDISKRIMINERINGSKLAUSUL

I stadens upphandlingar av tjänster och byggentreprenader ska följande antidiskrimineringsklausul användas som avtalsvillkor (KF 2008-09-29):

§1 Leverantören skall vid utförandet av den avtalade tjänsten/entreprenaden i Sverige följa vid varje tidpunkt gällande antidiskrimineringslagstiftning. De lagar som avses för närvarande är 16 kap 8 och 9 §§ brottsbalken samt diskrimineringslag (2008:567).

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

§3 Om leverantören inte inom föreskriven tid lämnar sådan information som denne är skyldig att förete enligt §2 eller om leverantören vid utförandet av kontraktet inte uppfyllt sina skyldigheter avseende aktiva åtgärder enligt de lagar mot

diskriminering som angetts i §1, äger den upphandlande enheten rätt att säga upp avtalet till förtida avveckling med en i villkoren föreskriven uppsägningstid.

§4 Leverantören skall ålägga underleverantör den skyldighet som anges i §§1-3, i enlighet med de av NOU uppställda kraven i enlighet med följande:

- *För det första* ska villkoren endast omfatta en underleverantör som utför den verksamhet som uppdraget avser i Sverige och som omfattas av svensk materiell rätt.
- *För det andra* bör underleverantören utföra en väsentlig del av det uppdrag som upphandlingskontraktet avser. Det bör normalt vara fallet om uppdraget utgör en procentuellt stor andel av kontraktets värde.
- *För det tredje* krävs att huvudleverantören har faktisk möjlighet att införa motsvarande antidiskrimineringsvillkor i avtalet med den aktuella underleverantören.

§5 Eftersom det är av mycket stor betydelse för den upphandlande enheten att dess leverantörer lever upp till grundläggande demokratiska värderingar skall en lagakraftvunnen dom mot en straffbestämmelse eller ett förbud mot diskriminering enligt de lagar mot diskriminering som angetts i §1 anses utgöra ett väsentligt kontraktsbrott. Den upphandlande enheten äger i dessa fall rätt att häva avtalet.

NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul i Upphandlingskontrakt (2002-05-31, Fi2002/422)

§ 1 Leverantören skall vid utförande av uppdraget i Sverige följa 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 Den upphandlande enheten får under uppdragstiden begära att leverantören inom viss tid, dock minst en vecka från enhetens begäran, skriftligen redovisar de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelsena enligt § 1.

§ 3 Vite skall utgå med (x)1 procent av ett prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring om leverantören inte inom föreskriven tid lämnat sådan skriftlig redogörelse som anges i § 2 eller om redogörelsen är uppenbart bristfällig. Är det uppenbart att leverantören följer § 1 skall dock inget vite utgå.

Vite skall utgå om (x)2 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 överträdelsen av § 1. Vitet utgår till den dag då tillräckliga åtgärder vidtagits, dock med maximalt (y)3 procent av kontraktets värde.

Vitet 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.

§ 4 Den upphandlande enheten har rätt att häva kontraktet om förpliktelsena i § 1 har överträtts på ett väsentligt sätt. Innan den upphandlande enheten häver kontraktet skall

leverantören ges möjlighet till rättelse genom att skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits för att försäkra framtida efterlevnad av § 1.

5 § Tvist mellan leverantören och den upphandlande enheten om tillämpningen av §§ 1-4 skall avgöras med tillämpning av svensk rätt av allmän domstol där den upphandlande enheten har sitt säte.

§ 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 diskriminering på grund av sexuell läggning, tfn +46-8-556 095 25. Gemensam webbplats: www.antidiskriminering.nu.

Bilaga B

Svar från följande stadsdelsförvaltningar i Stockholms stad:

Enskede-Årsta-Vantörs stadsdelsförvaltning
Hässelby-Vällingby stadsdelsförvaltning
Kungsholmens stadsdelsförvaltning
Norrmalm stadsdelsförvaltning
Rinkeby-Kista stadsdelsförvaltning
Skarpnäcks stadsdelsförvaltning
Skärholmens stadsdelsförvaltning
Spånga-Tensta stadsdelsförvaltning
Södermalms stadsdelsförvaltning
Älvsjö stadsdelsförvaltning
Östermalms stadsdelsförvaltning

Svar från följande fackförvaltningar i Stockholms stad:

Arbetsmarknadsförvaltningen
Exploateringskontoret
Fastighetskontoret
Idrottsförvaltningen
Miljöförvaltningen (anlitar serviceförvaltningen)
Revisionskontoret
Serviceförvaltningen
Socialförvaltningen
Stadsledningskontoret
Trafikkontoret
Trafikkontoret Avfall
Utbildningsförvaltningen
Äldreförvaltningen

Övriga kontakter:

Chef för upphandlingsenheten – Malmö stad
Upphandlingsjurist – Malmö stad
Chef för upphandling och konkurrens – Stockholms stad

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Ahlberg, Kerstin, *Offentlig upphandling och sociala hänsyn – OK kräva varor från rättvis handel om bara villkoren utformas rätt*, EU & arbetsrätt 2, 2012 (2013-04-11, <http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/12-2/01.asp>).

Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas, *Upphandling och arbete i EU*, Sieps, Stockholm, 2010.

Arrowsmith, Sue & Kunzlik, Peter (red.), *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Bercusson, B. and Bruun, N., Labour Law Aspects of Public Procurement in the EU, i Nielsen, Ruth & Treumer, Steen (red.), *The New EU Public Procurement Directives*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 2005.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 4., [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2. uppl., Jure, Stockholm, 2011.

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 5., [uppdaterade och omarbetade] uppl., Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA), Uppsala, 2006.

McCrudden, Christopher, *Buying social justice: equality, government procurement, and legal change*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Nielsen, Ruth & Treumer, Steen (red.), *The New EU Public Procurement Directives*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 2005.

Trepte, Peter-Armin, *Public procurement in the EC*, CCH, Bicester, 1993.

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995.

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2. uppl., Jure, Stockholm, 2011.

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 3. uppl., Jure, Stockholm, 2013.

Scharpf, F.W., *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, Journal of Common Market Studies, Vol. 40, Number 4, 2002, p-646-670.

EU-rättsliga dokument

Europeiska kommissionen, *Socialt ansvarfull upphandling - En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, Europeiska unionen, 2011.

Grönbok, *Offentlig upphandling inom EU: Överväganden inför framtiden*. Antagen av kommissionen den 27 november 1996.

KOM (2001) 566 slutlig, 15.10.2001, Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.

Offentligt tryck

Prop. 1997/98:177, *Ny lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet*.

Prop. 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*.

Prop. 2007/08:95, *Ett starkare skydd mot diskriminering*.

Prop. 2009/10:180, *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*.

SOU 1997:174, *Räkna med mångfald!*

SOU 2001:31, *Mera värde för pengarna*.

SOU 2005:56, *Det blågula glashuset – strukturell diskriminering i Sverige*.

SOU 2006:28, *Nya upphandlingsregler 2*.

SOU 2010:7, *Aktiva åtgärder för att främja lika rättigheter och möjligheter – ett systematiskt målinriktat arbete på tre områden*.

SOU 2011:73, *På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen*.

SOU 2013:12, Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling.

Rapporter och beslut

NOU, 1998-02-25, dnr 292/97-22, yttrande över betänkandet *Räkna med mångfald! Förslag till lag mot etnisk diskriminering i arbetslivet* (SOU 1997:174). <http://www.kkv.se/upload/Filer/Upphandling/NOU-arkiv/remiss1.html>, hämtad 2013-05-05.

NOU, *Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt*, 2002-05-31.

Konkurrensverkets beslut 2010-04-15, Dnr 259/2009, *Angående krav på kollektivavtal i samband med offentlig upphandling*.

KKVFS 2010:2, *Konkurrensverkets allmänna råd för tillämpningen av förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt*.

Utvärdering av antidiskrimineringsförordningen, Konkurrensverkets rapportserie: 2009:2.

Webbsidor

http://www.kkv.se/t/SectionStartPage___6244.aspx, hämtad 2013-01-22.

http://www.konkurrensverket.se/t/Process___2159.aspx, hämtad 2013-02-26.

<http://www.do.se/sv/Om-DO/granskningar/>, hämtad 2013-04-22.

Övrigt

Kerstin Ahlberg och Niklas Bruun, *Expertyttrande med anledning av Konkurrensverkets beslut 2010-04-15 angående krav på kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling*, Stockholm den 19 maj 2010, bilaga 1, publicerad i *TCO och LO:s referensgrupps ledamöters yttrande angående upphandlingsutredningens arbete med möjligheten att ställa sociala krav vid offentlig upphandling*, 2011-03-04.

Malmö kommunfullmäktiges handlingar, bilang, 2001, nr 31, Dnr 970/1999.

Malmö kommunfullmäktiges handlingar, bilang, 2004, nr 38, Dnr 868/2003.

Motion till kommunfullmäktige, Anders Törnblad, My Gillberg, 1999-04-14, Dnr: 335/99.

Stockholms kommunfullmäktiges sammanträde i Stadshuset måndagen den 24 januari 2005 kl. 16.00, KF protoll nr 1.

Stockholms kommunfullmäktiges sammanträde i Stadshuset måndagen den 29 september 2008 kl. 16.00.

Utlåtande 2005:7 RI+VI (Dnr 125-4402/2003), återremiss från kommunfullmäktige den 6 dec 2004.

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från EU-domstolen

Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, C-31/87 [1988] ECR I-4635.

Kommissionen mot Frankrike, C-225/98 [2000] ECR I-7445.

Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne, C-513/99 [2002] ECR I-7213.

EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich, C-448/01 [2003] ECR I-14527.

La Cascina Soc. coop. arl och Zilch Srl mot Ministero della Difesa m.fl. (C-226/04) och Consorzio G. f. M. mot Ministero della Difesa och La Cascina Soc. coop. arl (C-228/04) [2006] ECR I-1347.

Kommissionen mot Nederländerna, C-368/10 [2012] ECR I-00000.