

Stadens upphandling som medel för att motverka diskriminering – förslag om tillämpning av en antidiskrimineringsklausul i stadens upphandlingar

Kommunstyrelsen föreslår kommunfullmäktige besluta följande

1. Stadsledningskontorets förslag till utformning av en antidiskrimineringsklausul i stadens upphandlingar godkänns i huvudsak, med de förändringar som anges i *bilaga 2*.
2. Stadsledningskontorets förslag beträffande tillämpning av antidiskrimineringsklausulen godkänns med de tillägg som anges i detta utlåtande.
3. Samtliga nämnder ges i uppdrag att tillämpa föreliggande klausul i alla upphandlingar av varor och tjänster, i enlighet med detta utlåtande.
4. Styrelsen för Stockholms Stadshus AB uppmanas att tillämpa föreliggande klausul i alla upphandlingar av varor och tjänster samt att anmoda samtliga bolagsstyrelser att tillämpa klausulen, i enlighet med detta utlåtande.

Kommunstyrelsen beslutar för egen del – under förutsättning av kommunfullmäktiges beslut enligt ovan – följande

Stadsledningskontoret ges i uppdrag att förbereda informations- och uppföljningsinsatser avseende tillämpningen av en antidiskrimineringsklausul i stadens upphandlingar.

Föredragande borgarråden Annika Billström och Teres Lindberg anför följande.

Bakgrund

I stadens budget för 2004 anges att samtliga verksamheter skall tillämpa en antidiskrimineringsklausul vid upphandlingar av varor och tjänster. En sådan klausul ger staden rätt att häva avtal med entreprenörer som bryter mot gällande diskrimineringslagstiftning. Syftet är att markera att diskriminering inte accepteras och att säkerställa att skattemedel inte kommer företag och andra organisationer till del om de bryter mot gällande diskrimineringslagstiftning. Avsikten är inte i första hand att häva avtal med företag och organisationer som diskriminerar utan att förmå leverantörer att vidta åtgärder för att förebygga och motverka diskriminering.

Genom beslut i kommunstyrelsen den 19 juni 2002 har staden fastställt en antidiskrimineringsklausul som innebär att i de fall staden har tecknat ett avtal med en leverantör som bryter mot diskrimineringslagstiftningen finns möjlighet för staden att häva avtalet om detta står i proportion till brottet. Rätten till hävning av avtalet enligt klausulens nuvarande utformning förutsätter att leverantören blivit dömd för brott mot diskrimineringslagstiftningen och att denna dom har vunnit laga kraft.

Förslaget

Stadsledningskontoret har nu tagit fram ett förslag till förändrad antidiskrimineringsklausul. I det förslaget har kravet på lagakraftvunnen dom som förutsättning för hävningsrätt tagits bort. Detta har skett i syfte att utöka stadens handlingsutrymme och göra det möjligt att begära en förklaring när fall av diskriminering uppdagas. Även om stadens beställarfunktioner i praktiken skulle bestämma sig för att alltid avvakta en fällande dom bör ett sådant rekvisit inte skrivas in i avtalen. Det sänder fel signaler och riskerar därigenom att motverka klausulens preventiva syfte.

Förslaget till en utvecklad klausul innehåller en skyldighet för stadens avtalsparter att på stadens begäran skriftligen redovisa de åtgärder, upprättade planer m.m. som vidtagits med anledning av förpliktelserna i gällande antidiskrimineringslagar. Syftet med denna skyldighet är inte att staden skall ta på sig det uppdrag som enligt lag tilldelats statliga myndigheter utan att skapa möjligheter till diskussion samt ge förutsättningar till uppföljning av leverantörernas antidiskrimineringsarbete.

Stadsledningskontoret anser att klausulen bör begränsas till att gälla vid upphandlingar av tjänster, bygg- och anläggningsentreprenader samt upphandlingar av "blandade" kontrakt, dvs. kontrakt som har inslag av både tjänste- och varuupphandling eller bygg- och anläggningsarbete i kombination med varuupphandling.

I förslaget påpekas också att klausulen, enligt förarbetena till bestämmelsen i Lagen om offentlig upphandling (LOU), sannolikt endast kan avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av det som upphandlas. Det innebär att kontrollåtgärder och eventuella påföljder endast föreslås omfatta den del av leverantörens verksamhet som är inblandad i genomförandet av upphandlingskontraktet.

Stadsledningskontoret föreslår att klausulen skall tillämpas av alla upphandlande enheter inom Stockholms stad. Vidare föreslås att bolagsstyrelser rekommenderas att tillämpa klausulen i sina upphandlingar. Uppföljningen av tillämpningen föreslås hanteras inom ramen för ordinarie avtalsuppföljningar och samverkansmöten.

Förslaget har utarbetats inom stadsledningskontorets finansavdelning och har internt remitterats till stadsledningskontorets juridiska avdelning för synpunkter.

Remisser

Ärendet har remitterats till stadsdelsnämnderna Kista, Maria-Gamla stan och Skärholmen samt till gatu- och fastighetsnämnden, utbildningsnämnden och styrelsen för Stockholms Näringslivskontor AB. Det har även behandlats i kommunstyrelsens arbetsmarknads- och integrationsberedning samt i kommunstyrelsens handikappråd.

Kista stadsdelsnämnd är positiv till förslaget och anser att det är viktigt att staden arbetar aktivt för att motverka diskriminering. Nämnden efterlyser en manual för att underlätta enhetlig avtalsuppföljning samt föreslår att erfarenheter och resultat utvärderas efter ett par år. Nämnden betonar också den kraft som ligger i det goda exemplet och framhåller att staden, för att öka sin attraktionskraft som arbetsgivare och utveckla sin trovärdighet som upphandlare, själv måste skapa en ickediskriminerande arbetsorganisation.

Maria-Gamla stans stadsdelsnämnd är positiv till förslaget.

Skärholmens stadsdelsnämnd ställer sig bakom förslaget och understryker att staden bör utnyttja upphandlingar som en betydelsefull metod för integration och ickediskriminering.

Gatu- och fastighetsnämnden föreslår att en utvecklad antidiskrimineringsklausul införs enligt stadsledningskontorets förslag och att uppföljning sker efter två år. Nämnden anser att det krävs en rutin för kontroll och uppföljning och föreslår att stadsledningskontoret tar fram en sådan.

Utbildningsnämnden anser att förslaget är efterlängtat och att det sänder ett tydligt budskap avseende grundläggande demokratiska värderingar till de företag som vill ingå avtal med staden. Nämnden understryker behovet av information samt utbildning för stadens upphandlare.

Styrelsen för Stockholms Näringslivskontor AB menar att det är av stor vikt att staden, bland annat genom offentlig upphandling, motverkar alla former av diskriminering i arbetslivet. Stadsledningskontorets förslag till utvecklad antidiskrimineringsklausul är ett väl utarbetat förslag som kan utgöra ett bra verktyg i det arbetet.

Kommunstyrelsens arbetsmarknads- och integrationsberedning är överens med stadsledningskontoret om huvudinriktningen när det gäller klausulens tillämpning men anser att det är fullt förenligt med både svensk rätt och EGRätt att kommunen tillämpar en klausul som omfattar både varu- och tjänsteupphandlingar och som omfattar ett företags hela verksamhet.

Kommunstyrelsens handikappråd anser att funktionshindrade saknas i förslaget till klausul och framför att rådet borde ha givits möjlighet att delta vid beredningen av ärendet.

Våra synpunkter

Att tillämpa en antidiskrimineringsklausul i stadens upphandlingar markerar på ett bra och tydligt sätt stadens självklara inställning att diskriminering är oacceptabelt. Det huvudsakliga syftet är förebyggande. Vi är angelägna om att öka medvetenheten om de mekanismer som leder till diskriminering och om den lagstiftning som slår fast att varje människa har rätt att slippa bedömas utifrån helt ovidkommande faktorer som exempelvis hudfärg eller sexuell inriktning. Det blir snabbt ett stort och allvarligt problem för samhällsgemenskapen när individen förlorar tron på likabehandling. Vi betraktar klausulen som ett praktiskt verktyg som kan bidra till att vi når målet om alla människors lika rättigheter, möjligheter och skyldigheter.

Stadsledningskontorets förslag innebär en välkommen skärpning av den antidiskrimineringsklausul som fastställdes av den tidigare borgerliga majoriteten. Det är spännande att vara föregångare i utvecklingen av ett viktigt redskap för jämlikhet och mot diskriminering. Utformningen av den nya klausu-

len är bra med den huvudinriktning vad gäller tillämpningen som stadsledningskontoret anger.

Vi anser inte att klausulen ska beläggas med onödiga restriktioner. Utöver det som anges i stadsledningskontorets tjänsteutlåtande föreslår vi att den föreslagna klausulen tillämpas vid både varu- och tjänsteupphandlingar samt att leverantörens hela verksamhet ska omfattas av klausulen. Rättsläget är inte helt entydigt på denna punkt, men den naturliga avgränsningen ligger i att klausulen kommer att gälla för leverantörer som lyder under svensk lag. Klausulen bör därmed få den utformning som anges i *bilaga 2* i detta utlåtande.

Stadsledningskontoret bedömer att klausulen inte kan tillämpas vid rena varuupphandlingar eftersom det skulle kunna medföra ett oberättigat handels hinder gentemot anbudsgivare från andra länder, dvs. om villkoret bedöms strida mot huvudregeln om affärsmässighet i Lagen om offentlig upphandling. För att undanröja en sådan risk markeras i förslaget till klausul att det är de svenska antidiskrimineringslagarna som ska gälla. När en vara – eller en tjänst – produceras utanför Sveriges gränser gäller inte svensk lagstiftning. Därmed föreligger ingen risk att företag i andra länder skulle utsättas för oberättigade handelshinder. Det kan dessutom vara värt att notera att det påstådda problemet i så fall även skulle kunna uppstå vid en tjänsteupphandling där tjänsten utförs i det andra landet.

Vårt förslag att antidiskrimineringsklausulen ska omfatta leverantörens hela verksamhet är främst en principfråga. Det grundläggande syftet med klausulen är att förhindra att skattemedel går till företag som diskriminerar arbetssökande eller arbetstagare p.g.a. ovidkommande faktorer. Därför ska den gälla för leverantörens hela verksamhet (där denna omfattas av svensk lagstiftning), även den del som inte har något direkt samband med utförandet av uppdraget. Eftersom klausulen inte kräver mer av leverantören än att denne ska rätta sig efter Sveriges antidiskrimineringslagstiftning – dvs. lagar som det redan idag åligger leverantören att följa – kan det inte sägas vara en ytterligare pålaga.

Självfallet är det viktigt att staden informerar både internt och externt om beslutet att tillämpa en antidiskrimineringsklausul i alla upphandlingar. Dessutom ska effekterna av klausulens tillämpning följas upp och utvärderas kontinuerligt. Stadsledningskontoret föreslås därför få i uppdrag att förbereda både informations- och uppföljningsinsatser. Det bör också finnas beredskap att ge stöd i denna fråga till mindre företag, exempelvis genom stadens och Stockholms näringslivskontors engagemang i småföretagarfrågor och via de lokala företagslotsar som finns i stadsdelarna.

Avslutningsvis vill vi understryka och instämma i stadsledningskontorets påpekande att avsikten med antidiskrimineringsklausulen inte i första hand är

att häva avtal med företag och organisationer som diskriminerar utan att förmå leverantörer att vidta åtgärder för att förebygga och motverka diskriminering. Klausulen innebär en möjlighet att föra upp frågan på agendan, exempelvis vid avtalsuppföljningar och i liknande sammanhang.

Borgarrådsberedningen tillstyrker föredragande borgarrådens förslag.

Reservation anfördes av borgarråden *Kristina Axén Olin*, *Sten Nordin* och *Mikael Söderlund* (alla m) enligt följande.

Vi föreslår borgarrådsberedningen föreslå kommunstyrelsen besluta att

1. återremittera förslaget
2. därutöver anför följande.

Ambitionen – att motverka diskriminering – är bra. Dock riskerar förslaget med tillämpning av en antidiskrimineringsklausul som det nu är formulerat både att leda fel och skapa för Stockholms stad kostsamma juridiska processer. Självklart skall Stockholms stad ha möjligheten att häva avtal med parter som bryter mot diskrimineringslagstiftningen, det har Stockholm redan i dag i och med beslut i kommunstyrelsen i juni 2002.

Det är tillåtet att ställa krav genom s.k. tillkommande kontraktsvillkor - under förutsättning att dessa är förenliga med grundläggande EG-rättsliga regler på upphandlingsområdet. Det innebär bl.a. att de ska vara angivna på förhand, förutsebara, begripliga, proportionella i förhållande till föremålet för upphandlingen och icke-diskriminerande.

I det nuvarande förslagets §3 stadgas att leverantören skall ålägga underleverantörer samma skyldigheter, trots att det i underlaget för beslutet framgår att dylika inte kan s.a.s. exporteras till annat EG-land. Det kan alltså bli fråga om ett brott mot regeln om icke-diskriminering. Dessutom stadgas att leverantören skall svara för underleverantörers ev. brott mot reglerna. Det kan vara ett brott mot regeln om proportionalitet. § 3 leder också till att stadens tillsyns rätt skulle kunna sträcka sig i princip hur långt bort från leverantören som helst. Det är också möjligen ett brott mot proportionalitetsprincipen.

Om staden häver avtalet med åberopande av diskriminering som skäl utan att avtalspartnern blivit fälld i domstol för diskriminering får en förfördelad leverantör vända sig till tingsrätt för prövning med begäran om skadestånd. I denna skadeståndsprocess måste staden bevisa att den haft rätt. Samma gäller för påstådda brott hos underleverantör. Detta kan leda till att kostnaderna vid eventuella juridiska konflikter bli betydande då det är staden som åläggs bevisbördan vid de fall avtal bryts av staden med hänvisning till den föreslagna klausulen.

Ett utvidgande av den diskrimineringsklausul som i dag är gällande i syfte att få den att omfatta även misstänkt diskriminering är därutöver principiellt tveksam. Att

staden skulle bryta avtal med parter på grund av misstanke utan att partnern i domstol blivit fälld för diskriminering är en uppluckring av rättsstatens principer.

Reservation anfördes av borgarrådet *Jan Björklund* (fp) enligt följande.

Jag föreslår borgarrådsberedningen föreslå kommunstyrelsen besluta att

1. återremittera ärendet
2. därutöver anföra följande.

Alla människors lika värde är en grundläggande princip i ett öppet, fritt och demokratiskt samhälle. Det är därför viktigt att staden arbetar aktivt för att motverka att människor särbehandlas p.g.a. kön, etnicitet, sexuell läggning, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, ålder m.m.

Stadsledningskontorets tjänsteutlåtande konstaterar att avsikten med den nya antidiskrimineringsklausulen inte i första hand är att häva avtal, utan att förmå leverantörer att vidta åtgärder för att förebygga och motverka diskriminering. Enligt lagen om offentlig upphandling krävs en lagakraftvunnen dom för att utesluta en leverantör ur en upphandling på grund av brott i yrkesutövningen. För att utesluta en anbudsgivare ur en upphandling på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen krävs dock ingen lagakraftvunnen dom. Rättsläget är dock mycket oklart. Felet måste vara objektivt fastställbart och får inte ligga för långt bakåt i tiden.

Med tanke på det oklara rättsläget bör ärendet återremitteras så att konsekvenserna av införandet av den nya antidiskrimineringsklausulen blir tydligt belysta. Staden bör också uppvakta regeringen med krav på att lagen om etnisk diskriminering i arbetslivet ska skärpas.

Kommunstyrelsen delar borgarrådsberedningens uppfattning och föreslår kommunfullmäktige besluta följande

1. Stadsledningskontorets förslag till utformning av en antidiskrimineringsklausul i stadens upphandlingar godkänns i huvudsak, med de förändringar som anges i *bilaga 2*.
2. Stadsledningskontorets förslag beträffande tillämpning av antidiskrimineringsklausulen godkänns med de tillägg som anges i detta utlåtande.
3. Samtliga nämnder ges i uppdrag att tillämpa föreliggande klausul i alla upphandlingar av varor och tjänster, i enlighet med detta utlåtande.
4. Styrelsen för Stockholms Stadshus AB uppmanas att tillämpa föreliggande klausul i alla upphandlingar av varor och tjänster samt att anmoda samtliga bolagsstyrelser att tillämpa klausulen, i enlighet med detta utlåtande.

Kommunstyrelsen beslutar för egen del – under förutsättning av kommunfullmäktiges beslut enligt ovan – följande

Stadsledningskontoret ges i uppdrag att förbereda informations- och uppföljningsinsatser avseende tillämpningen av en antidiskrimineringsklausul i stadens upphandlingar.

Stockholm den 10 november 2004

På kommunstyrelsens vägnar:
ANNIKA BILLSTRÖM

Teres Lindberg

Anette Otteborn

Reservation anfördes av *Kristina Axén Olin, Sten Nordin och Rolf Könberg* (alla m) med hänvisning till reservationen av (m) i borgarrådsberedningen.

Reservation anfördes av *Ann-Katrin Åslund och Ulf Fridebäck* (båda fp) med hänvisning till reservationen av (fp) i borgarrådsberedningen.

Reservation anfördes av *Ewa Samuelsson* (kd) enligt följande.

Jag föreslår kommunstyrelsen besluta att

1. återremittera förslaget
2. därutöver anföra.

Den antidiskrimineringsklausul som finns i staden sedan 2002 lägger en bra grund för stadens arbete som upphandlare mot diskriminering. Den bör dock kunna skärpas. Staden bör inte avstå från att se över möjligheterna att på ett ännu tydligare sätt nyttja upphandlingsmakten för att motverka diskriminering. Därtill kan ett resolut agerande från stadens sida, som en relativt stor upphandlare, påverka det allmänna medvetandet om att diskriminering inte är acceptabelt.

Som grund för mångfaldspolitiken är icke-diskriminering fullständigt grundläggande. Människor som inte blir diskriminerade vill integreras och bli en del av det samhälle och den kultur de lever och bor i. Att inte bli diskriminerad handlar om att kunna leva i enlighet med sina egna levnadsvanor och normer i de avseenden man själv vill och få respekt för det.

Majoritetens förslag har dock flera brister varför följande kompletteringar och omarbetningar bör ske.

1. Leverantören bör förpliktas att i sin verksamhet i andra länder följa det landets antidiskrimineringslagstiftning.

Kommentar: Majoritetens förslag om att leverantörer ska ålägga sina underleverantörer samma skyldigheter, är problematiskt. En rimligare väg vore att leverantören förpliktas att i sin verksamhet i andra länder följa det landets antidiskrimineringslagstiftning.

Man kan i regel utgå från att olika leverantörer följer de lagar som är tvingande för leverantören ifråga. Emellertid finns exempel där lagar inte efterföljs men lagbrottet fortsätter därför att det aktuella landets rättssystem inte ingriper på grund av korruption, slöhet eller annat. För att möjliggöra ingripande mot leverantörer som bryter mot lagar och regler i andra länder men följer lagen i Sverige, bör klausulen ändras enligt ovanstående.

2. Leverantören bör förpliktas att vid fall av misstänkt diskriminering redovisa sin syn på det aktuella fallet samt förpliktas att tillhandahålla samtliga handlingar i målet.

Kommentar: I fall där diskriminering misstänks, måste beställaren få tillgång till samtligt relevant material för att kunna göra en kvalificerad bedömning av situationen och därmed av frågan om hävning skall ske. Som villkoret är utformat i majoritetens förslag, är det inte säkert att man av en leverantör kan avkräva dokumentation avseende ett konkret fall. Villkoret som det nu är utformat förpliktar leverantören möjligen endast att presentera planer och åtgärds paket, inte dokumentation av det enskilda fallet.

3. Hävningsmöjligheten bör explicit kombineras med skadeståndsmöjligheten

Kommentar: I regel följer en skadeståndsskyldighet på en hävning. Men eftersom dels diskriminering kanske inte drabbar en avtalspart, dels av pedagogiska skäl, finns anledning att i villkorstexten explicit omnämna skadeståndsskyldigheten.

4. I villkorstexten bör man ge en möjlighet att avstå från hävning, men det skall inte vara någon förpliktelse att avstå från hävningen vid rättelse.

Kommentar: En förpliktelse att avstå från hävningen om motparten vidtar rättelse är en onödig uppbinding. Det kan tänkas att en kränkning är så flagrant att man inte vill ha med avtalsparten ifråga att göra även om denne skulle vidta rättelse.

ÄRENDET

I budget 2004 anges att samtliga verksamheter skall tillämpa en antidiskrimineringsklausul vid upphandlingar av varor och tjänster. Syftet är att markera gentemot de leverantörer och entreprenörer som vill göra affärer med staden att diskriminering inte accepteras.

Stadsledningskontoret har tagit fram ett förslag till utformning av en sådan klausul samt förslag på när den ska tillämpas

Stadsledningskontorets tjänsteutlåtande den 19 december 2003 är i huvudsak av följande lydelse.

Bakgrund

Kommunfullmäktige beslöt 2001-09-03 att anta reviderad policy för upphandling, konkurrens och valfrihet i Stockholms stad (Utl 2001:78). I samband med att kommunfullmäktige antog policyn anförde finans-borgarrådet att en antidiskrimineringsklausul bör ingå när staden upphandlar, eller på annat sätt finansierar verksamhet från enskilda anordnare.

När kommunfullmäktige beslutade att anta ett nytt integrationsprogram (Utl 2001:123) uppdrogs åt kommunstyrelsen att utarbeta en anti-diskrimineringsklausul för offentlig upphandling. Den 19 juni 2002 godkände kommunstyrelsen ett förslag till antidiskrimineringsklausul som utarbetats av stadsledningskontoret. Denna klausul utgår från att en leverantör kan uteslutas från en upphandling om denne har begått brott eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. I de fall staden redan har tecknat ett avtal med en leverantör som bryter mot diskrimineringslagstiftningen finns möjlighet för staden att häva avtalet om detta står i proportion till brottet. Rätten till hävning av avtalet förutsätter dock att leverantören först blivit dömd för brott mot diskrimineringslagstiftningen och att denna dom vunnit laga kraft. Detta är en brist som medför att klausulen sällan kan komma till användning då stadens avtal i de flesta fall lär hinna löpa ut innan brottet behandlats i alla instanser och domen vunnit laga kraft.

I stadens budget för 2004 anges att alla verksamheter skall tillämpa en antidiskrimineringsklausul i upphandling av varor, tjänster och entreprenader.

Då alla människors lika värde är en grundläggande princip i ett öppet, fritt och demokratiskt samhälle är det av väsentlig betydelse att Stockholms stad arbetar aktivt för att motverka att människor särbehandlas p.g.a. kön, etnicitet, sexuell läggning, religion eller annan trosuppfattning, funktions-hinder, ålder m.m. Genom att tillämpa en antidiskrimineringsklausul vid stadens upphandlingar skickas en tydlig signal till alla potentiella leverantörer/entreprenörer att de som vill göra affärer med Stockholms stad måste dela dessa grundläggande demokratiska värderingar. Skatte-medel skall

inte komma företag och andra organisationer till del som bryter mot gällande diskrimineringslagstiftning.

Sedan stadsledningskontorets nuvarande klausul utarbetades har också nya förslag till anti-diskrimineringsklausuler utarbetats av bl.a. nämnden för offentlig upphandling (NOU). NOU:s klausul, som utarbetades på uppdrag av regeringen, har en helt annan konstruktion än stadens nuvarande klausul och innehåller vitesbestämmelser istället för hävningsrätt. Även JämO, DO, HO, och Integrationsverket har utvecklat ett förslag till en klausul som dessa myndigheter avser att tillämpa i sina framtida upp-handlingar. Denna klausul har legat till grund för den klausul som nu föreslås av SLK.

Stadsledningskontorets förslag

Vid offentlig upphandling finns möjligheter att ta s k sociala hänsyn i flera skeden av upphandlingsprocessen. I kvalificeringsfasen kan en leverantör uteslutas om denne dömts för brott mot t ex diskrimineringslagstiftningen. Vidare kan den upphandlande enheten ställa s k särskilda kontraktsvillkor, t ex antidiskrimineringsklausuler, som skall gälla för utförandet av det uppdrag som upphandlingskontraktet omfattar.

Uteslutningskriterier

För att förhindra att staden anlitat leverantörer/entreprenörer som blivit dömda för olaga diskriminering eller blivit ådömda skadestånd i enlighet med diskrimineringslagstiftningen före upphandlingstillfället kan nämnden utnyttja de krav som får ställas i upphandlingens kvalificerings-fas. Enligt lagen om offentlig upphandling, LOU, har den upphandlande enheten möjlighet att utesluta en leverantör från deltagande i en upphandling om denne dömts för brott i yrkesutövningen, eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. För att utesluta en leverantör på grund av brott i yrkesutövningen krävs en lagakraftvunnen dom.

För att utesluta en anbudsgivare ur en upphandling på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen krävs ingen lagakraftvunnen dom. Rättsläget är dock oklart. Felet måste vara objektivt fastställbart och får inte ligga för långt bakåt i tiden. Det är också troligt att fel som har rättats till inte kan utgöra grund för uteslutning. Enligt lagkommentaren till LOU kan en leverantör som saknar en jämställdhetsplan, trots att skyldighet till sådan föreligger i lag, sannolikt bara uteslutas ur en upphandling om vitesföreläggande utfärdats eller rent av utdömts.¹

Särskilda kontraktsvillkor

Enligt LOU får en upphandlande enhet ställa särskilda villkor, t e x antidiskrimineringsklausuler, som skall gälla för utförandet av det uppdrag som upphandlingskontraktet omfattar. Villkoren benämns särskilda kontraktsvillkor p g a att det är fråga om villkor som inte är krav på leverantören eller utvärderingskriterier utan särskilda där-utöver till-kommande kontraktsvillkor. Sådana särskilda kontraktsvillkor skall vid upphandlingar över tröskelvärdena anges i annonsen om upphandling. Vid upphand-

¹Lagbokskommentaren, Offentlig upphandling, Hentze och Sylvén, 1998, s. 127

ling enligt 6 kap samma lag skall villkoren anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget.

Ett särskilt kontraktsvillkor får inte vara direkt eller indirekt diskriminerande i förhållande till anbudsgivare i andra medlemsländer. Villkoret skall vidare vara proportionellt i förhållande till kontraktet i övrigt. Enligt förarbetena till bestämmelsen i LOU kan villkoret därför sannolikt endast avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av det som upphandlas. Detta innebär också att kontrollåtgärderna och eventuella påföljder endast får omfatta den del av leverantörens verksamhet som är inblandad i genomförandet av upphandlingskontraktet. Regeringen anser att ett mera svepande krav, som skulle avse även andra delar av verksamheten, skulle kunna stå i strid med proportionalitetsprincipen eftersom det inte har tillräcklig anknytning till kontraktet.

Tillämpningsområdet för särskilda kontraktsvillkor inom det sociala området är enligt förarbetena till aktuell bestämmelse i LOU naturligen begränsade till köp av tjänster och bygg- och anläggningsentreprenader med hänsyn till att det är fråga om villkor för uppdragets utförande. Vidare anges i förarbetena: "Vid varuupphandlingar kan klausuler som innebär sociala krav som påverkar organisation eller policy för en anbudsgivare från en annan medlemsstat vara diskriminerande eller medföra oerättigat handelshinder." Bestämmelsen är dock tillämplig även vid varuupphandlingar när det är fråga om blandade kontrakt som innefattar inslag av både tjänste- och varuupphandling eller bygg- och anläggningsarbete i kombination med varuupphandling.

Förslaget till antidiskrimineringsklausul bör i enlighet med uttalandet i förarbetena tillämpas vid upphandlingar av tjänster, bygg- och anläggningsentreprenader och vid upphandlingar av "blandade" kontrakt, d v s kontrakt som innefattar inslag av både tjänste- och varuupphandling eller bygg- och anläggningsarbete i kombination med varuupphandling.

Vidare bör avtalsrelationen ha viss varaktighet för att klausulen skall användas vid upphandling. När det gäller korta kontraktsförhållanden (mindre än 6 månader) är det givetvis också angeläget att motverka diskriminering, men mot bakgrund av de i många fall begränsade kontroll-möjligheterna är det tveksamt med långtgående krav i dessa fall.

För att vara så säkra som möjligt på att hålla sig inom LOU:s och EG-direktivens gränser föreslår stadsledningskontoret att nämnderna skall använda sig av nedanstående klausul som antidiskrimineringsklausul.

§1. Leverantören skall följa vid varje tillfälle gällande antidiskrimineringslag. De lagar som f.n. avses är artikel 141 EU-fördraget, 16 kap. 9 § brottsbalken, 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 av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning,

lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan samt lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering.

§ 2. Leverantören är under avtalstiden skyldig att på begäran av den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder, upprättade planer m.m. som vidtagits med anledning av förpliktelserna i § 1. Uppgifterna skall redovisas till staden en vecka efter begäran därom om inte annat överenskommits i det enskilda fallet.

§ 3. Leverantören skall, om denne använder underleverantör för tjänstens eller del av tjänstens utförande, i sina kontrakt med denne ålägga underleverantören den skyldighet som anges i § 1 ovan. Leverantören svarar gentemot den upphandlande enheten för underleverantörers brott mot antidiskrimineringslagarna i § 1. Leverantören skall också tillse att den upphandlande enheten på begäran kan ta del av underleverantörs åtgärder, planer m.m. i enlighet med § 2.

§ 4. Eftersom det är av mycket stor betydelse för den upphandlande enheten att dess leverantörer lever upp till grundläggande demokratiska värderingar skall ett brott mot förpliktelserna i §§ 1-3 anses utgöra ett väsentligt kontraktsbrott. Den upphandlande enheten äger därför rätt att häva avtalet om leverantören, eller dennes underleverantör, bryter mot villkoren i §§ 1-3. Avtal skall emellertid inte hävas om leverantören omedelbart vidtar rättelse eller andra åtgärder i syfte att uppnå efterlevnad av de i § 1 nämnda lagarna eller om överträdelsen anses som ringa.

Den andra paragrafen föreskriver en skyldighet för leverantören att under avtalstiden på begäran av den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder, upprättade planer m.m. som vidtagits med anledning av förpliktelserna i § 1. Uppgifterna skall redovisas till staden en vecka efter begäran därom om inte annat överenskommits i det enskilda fallet. Tiden för redovisning bör aldrig underskrida en vecka, men en längre tidsfrist kan medges vid behov. En sådan begäran om redovisning måste dock preciseras så att det för leverantören klart och tydligt framgår vilka uppgifter som den upphandlande enheten vill att leverantören skall redovisa.

Det kan ifrågasättas om leverantören verkligen kan och bör ta ansvar för att underleverantörerna lever upp till antidiskrimineringslagstiftningen (se § 3) . Mot bakgrund av att klausulen väsentligt skulle tappa i räckvidd om underleverantörerna inte skulle omfattas förordar stadsledningskontoret ändå en sådan lösning. Stadens upphandlande enheter bör dock vara mycket restriktiva med att häva avtalet med en leverantör p.g.a. att en av dess underleverantörer inte lever upp till lagarnas krav. Med en klausul kan emellertid nämnderna sätta press på leverantören så att denne omedelbart upptar diskussioner med underleverantören. Om underleverantören inte vidtar erforderliga åtgärder, bör leverantören överväga att häva avtalet. Vidare är en förhoppning med klausulen att denna bidrar till att antidiskrimineringsfrågorna även kommer upp

som en fråga på agendan i relationen mellan privata företag och inte endast mellan den upphandlande enheten och dess leverantörer.

Av § 4 framgår att ett brott mot förpliktelserna i §§ 1-3 skall anses utgöra ett sådant väsentligt kontraktsbrott som ger den upphandlande enheten rätt att häva avtalet. Avtal skall emellertid inte hävas om leverantören omedelbart vidtar rättelse eller andra åtgärder i syfte att uppnå efterlevnad av de i § 1 nämnda lagarna eller om överträdelserna anses som ringa. Avsikten med antidiskrimineringsklausulen är inte i första hand att häva avtal utan att förmå leverantörer att vidta åtgärder för att förebygga och motverka diskriminering. Klausulen ger en tydlig signal om frågans vikt samt understryker möjligheten att föra upp frågan på agendan vid avtalsuppföljning m.m.

Oavsett om det gäller att utesluta en leverantör i kvalificeringsfasen eller att vidta åtgärder mot en avtalspart så måste de åtgärder som nämnden avser att vidta alltid stå i proportion till det brott/det fel som anbudsgivaren gjort sig skyldig till. Det är inte otänkbart att ett företag som tidigare gjort sig skyldig till brott/fel efter påpekanden om detta sköter sig bättre än det genomsnittliga företaget. Det är också tänkbart att ett fel kan rättas och därmed inte föranleder någon vidare åtgärd. Hävningsrätten begränsas till sådana överträdelser som inte anses som ringa. Detta är dock inte liktydigt med att staden accepterar att leverantörerna gör sig skyldig till mindre avsteg från antidiskrimineringslagstiftningen. I sådana fall bör uppföljningen av leverantörens antidiskrimineringsarbete fördjupas.

Det bör även framhållas att om staden häver avtalet p.g.a. att diskrimineringsbrott anses ha begåtts men detta bestrids av leverantören, så har staden bevisbördan i processen. Det innebär att staden måste bevisa att brott har begåtts. Detta medför att stadens nämnder i de flesta fall sannolikt måste invänta en fällande dom.

Stadsledningskontoret avser utarbeta en särskild informationsfolder där antidiskrimineringsklausulens syfte och funktion m.m. utvecklas, och som nämnderna kan bifoga till förfrågningsunderlaget vid upphandling.

Om kommunstyrelsen beslutar i enlighet med detta utlåtande avser stadsledningskontoret att bjuda in stadens beställare/upphandlare till en särskilt "work-shop" avseende klausulens tillämpning m.m.

REMISSER

Ärendet har remitterats till stadsdelsnämnderna Kista, Maria-Gamla stan och Skärholmen samt till gatu- och fastighetsnämnden, utbildningsnämnden och styrelsen för Stockholms Näringslivskontor AB. Det har även behandlats i kommunstyrelsens arbetsmarknads- och integrationsberedning samt i kommunstyrelsens handikappråd.

Kista stadsdelsnämnd beslöt vid sitt sammanträde den 15 juni 2004 att godkänna och överlämna remissvaret till kommunstyrelsen.

Kista stadsdelsförvaltnings tjänsteutlåtande den 14 maj 2004 har i huvudsak följande lydelse.

Stadsdelsförvaltningen delar stadsledningskontorets uppfattning att det är av väsentlig betydelse att Stockholms stad arbetar aktivt för att motverka att människor särbehandlas p.g.a. kön, etnicitet, sexuell läggning, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, ålder m.m. Genom att tillämpa en antidiskrimineringsklausul vid stadens upphandlingar skickas en tydlig signal till alla potentiella leverantörer och utförare att de som vill göra affärer med Stockholms stad måste dela dessa grundläggande demokratiska värderingar.

Mot bakgrund av detta föreslår stadsdelsförvaltningen att en utvecklad antidiskrimineringsklausul införs enligt stadsledningskontorets förslag.

Stadsledningskontoret beskriver de juridiska överväganden som kan uppstå om upphandlande enhet avser häva avtal på grund av diskriminering innan dom vunnit laga kraft. Stadsledningskontoret konstaterar att avsikten med antidiskrimineringsklausulen inte i första hand är att häva avtal utan att förmå leverantörer att vidta åtgärder för att förebygga och motverka diskriminering. Klausulen ger en tydlig signal om frågans vikt samt understryker möjligheten att föra upp frågan på agendan vid avtalsuppföljning m.m.

Upphandlingar innebär i regel alltid att ett stort antal avtalade villkor ska följas upp under avtalstiden. För att kontrollera att stadens externa utförare och leverantörer har en personalpolitik som värdesätter kompetensen hos anställda med olika bakgrund, livsstil, erfarenhet m.m. är det angeläget att stadsledningskontoret tar fram en manual för hur avtalsuppföljning i detta avsnitt ska göras på ett enhetligt sätt. Det är också viktigt att utförare och leverantörer redan i förfrågningsunderlaget är informerade om hur uppföljningen på denna punkt kommer att utföras.

För att staden ska utveckla sin attraktionskraft som arbetsgivare och trovärdighet som upphandlande enhet är det också viktigt att staden med det goda exemplets kraft är ett föredöme när det gäller att själv skapa en ickediskriminerande arbetsorganisation.

Stadsdelsförvaltningen föreslår att stadsledningskontoret efter ett par år utvärderar erfarenheter och uppnådda resultat efter att den utvecklade antidiskrimineringsklausulen införts.

Maria-Gamla stans stadsdelsnämnd beslöt vid sitt sammanträde den 17 juni 2004 att överlämna och åberopa förvaltningens tjänsteutlåtande som svar på remissen.

Maria-Gamla stans stadsdelsförvaltnings tjänsteutlåtande den 9 juni 2004 har i huvudsak följande lydelse.

Förvaltningen är positiv till förslaget.

Skärholmens stadsdelsnämnd beslöt vid sitt sammanträde den 25 maj 2004 att godkänna stadsledningskontorets förslag till utvecklad antidiskrimineringsklausul att gälla för alla upphandlade enheter inom Stockholms stad samt att styrelser för bolag ingående i koncernen Stockholms Stadshus AB rekommenderas att tillämpa antidiskrimineringsklausulen vid upphandling.

Skärholmens stadsdelsförvaltnings tjänsteutlåtande den 4 maj 2004 har i huvudsak följande lydelse.

Skärholmens stadsdelsnämnd ställer sig bakom förslaget och understryker betydelsen av att Staden bör utnyttja upphandlingar som en betydelsefull metod för integration och ickediskriminering, till exempel diskriminering av kvinnor och invandrare på arbetsmarknaden, diskriminering av människor med funktionshinder eller sexuell läggning vilket inte enbart är ett brott mot de mänskliga rättigheterna utan också är ett slöseri med resurser..

I detta sammanhang vill stadsdelen dessutom passa på att framhålla behovet av att kommunstyrelsen antar en gemensam upphandlingspolicy för hela staden vilken utöver föreslagen diskrimineringsklausul även innefattar konkreta krav på miljöanpassning av varor och tjänster för att de uppsatta målen i Stockholms miljöprogram ska förverkligas.

Stadsdelsnämnden vill även påtala att de av EU nyligen antagna upphandlingsdirektiven, som inom något år ska införlivas i den svenska lagstiftningen, kommer att tydliggöra förutsättningarna att formulera en antidiskrimineringsklausul

Gatu- och fastighetsnämnden beslöt vid sitt sammanträde den 28 maj 2004 att som yttrande till kommunstyrelse överlämna och återopa kontorets utlåtande.

Reservation anfördes av *Sten Nordin m fl (m)*, bilaga 1.

Reservation anfördes av *Ulf Fridebäck m fl (fp)* och *Björn Nyström (kd)* med hänvisning till det egna förslaget att nämnden lämnar ärendet utan eget ställningstagande.

Särskilt uttalande gjordes av *Björn Nyström (kd)*, bilaga 1.

Gatu- och fastighetskontorets tjänsteutlåtande den 18 maj 2004 har i huvudsak följande lydelse.

Gatu- och fastighetskontoret delar stadsledningskontorets uppfattning att det är av väsentlig betydelse att Stockholms stad arbetar aktivt för att motverka att människor särbehandlas p.g.a. kön, etnicitet, sexuell läggning, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, ålder m.m. Genom att tillämpa en antidiskrimineringsklausul vid stadens upphandlingar skickas en tydlig signal till alla potentiella leverantörer/entreprenörer att de som vill göra affärer med Stockholms stad måste dela dessa grundläggande demokratiska värderingar.

Mot bakgrund av detta föreslår gatu- och fastighetskontoret att en utvecklad antidiskrimineringsklausul införs enligt stadsledningskontorets förslag.

Stadsledningskontoret beskriver de juridiska överväganden som kan uppstå om upphandlande enhet avser häva avtal på grund av diskriminering innan dom vunnit laga kraft. Stadsledningskontoret konstaterar att avsikten med antidiskrimineringsklausulen inte i första hand är att häva avtal utan att förmå leverantörer att vidta åtgärder för att förebygga och motverka diskriminering. Klausulen ger en tydlig signal om frågans vikt samt understryker möjligheten att föra upp frågan på agendan vid avtalsuppföljning m.m.

För att få avsedd effekt med den föreslagna antidiskrimineringsklausulen krävs även en operativ rutin för kontroll och uppföljning av det enskilda uppdraget. Denna bör tas fram genom stadsledningskontorets försorg och ingå i redovisningen till kommunstyrelsen. Rutinen bör därefter inarbetas i den särskilda informationsfolder där klausulens syfte och funktion m.m. kommer att utvecklas, och som nämnderna kan bifoga till förfrågningsunderlaget vid upphandling.

Uppkommer fall av misstänkt diskriminering är det gatu- och fastighetskontorets uppfattning att eventuella åtgärder som bedöms leda till hävande ska biträdas av juridiska avdelningen. Gatu- och fastighetskontoret föreslår vidare att en uppföljning av tillämpningen av antidiskrimineringsklausulen görs efter förslagsvis två år. Stadsledningskontoret samordnar denna uppföljning för staden.

Utbildningsnämnden beslöt vid sitt sammanträde den 14 juni 2004 att överlämna förvaltningens tjänsteutlåtande som svar på remissen.

Särskilt uttalande gjordes av *Erik Nilsson m fl* (s), *Inger Stark* (v) och *Emilia Hagberg* (mp), bilaga 1.

Reservation anfördes av *Jan Björklund m fl* (fp), *Mikael Söderlund m fl* (m) och *Jonas Vikman* (kd) med hänvisning till det egna förslaget att nämnden lämnar ärendet utan eget ställningstagande.

Utbildningsförvaltningens ej daterade tjänsteutlåtande har i huvudsak följande lydelse.

Förvaltningen är i stort positiv till stadsledningskontorets förslag till utvecklad antidiskrimineringsklausul. Förslaget sänder ett tydligt budskap till de företag som vill ingå avtal med staden avseende grundläggande demokratiska värderingar.

Inom §§1 och 4 har förvaltningen inga synpunkter. I §2 där leverantören under avtalstiden kan bli ålagd att inkomma med diverse planer utifrån brister i §1 finns risk att entreprenörer, särskilt enmansbolag eller företag med ett fåtal anställda, ofta förekommande vid konsultupphandlingar, räds att inkomma med anbud. Beställaren kan med kort varsel begära att entreprenören inkommer med tex jämställdhetsplan vilket kan upplevas som en onödig byråkrati för ett fåmansföretag. För att motverka detta är det av stor vikt att beställaren är väl medveten om att ställda krav står i rimlig proportion till uppdrag och omfattning. I §3 beskrivs underleverantörens roll, förvaltningen anser här att den leverantör som staden ingått avtal med är ansvarig fullt ut, dvs för de av leverantören anlitate underleverantörerna.

Stadsledningskontoret avser att utarbeta en informationsfolder för presumtiva anbudsgivare där syftet med klausulen och dess innebörd skall beskrivas på ett enkelt sätt. Förvaltningen vill framhålla att denna folder är av stor vikt likaväl som att utbildning/dialog för stadens upphandlare krävs i klausulens tillämpning.

Styrelsen för Stockholms Näringslivskontor AB beslöt vid sitt sammanträde den 25 maj 2004 att tillstyrka stadsledningskontorets förslag till utvecklad antidiskrimineringsklausul samt att därutöver anföra följande.

Det är av stor vikt att staden, bland annat genom offentlig upphandling, motverkar alla former av diskriminering i arbetslivet. Vi finner att stadsledningskontorets förslag till utvecklad antidiskrimineringsklausul är ett väl utarbetat förslag, som kan utgöra ett bra verktyg i det arbetet.

Reservation anfördes av *Mikael Söderlund m fl* (m) och *Pär Hommerberg* (fp) med hänvisning till VD:s förslag.

Näringslivskontorets tjänsteutlåtande den 26 april 2004 har i huvudsak följande lydelse.

Näringslivskontoret tycker att det är viktigt att i alla sammanhang motverka diskriminering.

Däremot är det angeläget att inte öppna för godtycke i stadens upphandlingsprocesser och avtalsförhållanden. Kravet på lagakraftvunnen dom bör därför kvarstå som förutsättning för hävningsrätt.

Kommunstyrelsens arbetsmarknads- och integrationsberedning beslöt vid sitt sammanträde den 14 juni 2004

- att i huvudsak godkänna stadsledningskontorets förslag
- att komplettera stadsledningskontorets förslag i enlighet med nedanstående
- att föreslå kommunstyrelsen föreslå kommunfullmäktige att uppdra åt alla nämnder samt uppmana alla bolagsstyrelser att tillämpa en antidiskrimineringsklausul i samtliga upphandlingar i enlighet med beredningens förslag i detta beslut
- att föreslå kommunstyrelsen att uppdra åt stadsledningskontoret att förbereda informations- och uppföljningsinsatser avseende tillämpningen av en antidiskrimineringsklausul i stadens upphandlingar.

Att tillämpa en antidiskrimineringsklausul i stadens upphandlingar är ett sätt att tydligt markera att diskriminering är oacceptabelt. Klausulen ska framför allt fungera förebyggande. En viktig effekt blir förhoppningsvis att medvetenheten ökar när det gäller dessa frågor, de mekanismer som leder till diskriminering och den lagstiftning som finns, både inom staden och hos leverantörer av varor och tjänster. Självfallet har varje människa rätt att slippa bedömas utifrån helt ovidkommande faktorer, som t ex hudfärg eller sexuell läggning. Dessutom blir det snabbt ett stort och allvarligt problem för samhällsgemenskapen när fler och fler individer förlorar tron på likabehandling. För oss är detta ett sätt att etablera ett praktiskt verktyg som kan bidra till att vi kan uppnå målet om alla människors lika rättigheter, möjligheter och skyldigheter.

Vi är överens med stadsledningskontoret om huvudinriktningen för tillämpningen av antidiskrimineringsklausulen. Det är spännande att vara föregångare i utvecklingen av ett viktigt redskap för jämlikhet och mot diskriminering pga kön, etnicitet, funktionshinder och sexuell läggning.

Detta redskap är fullt förenligt med både svensk rätt och EG-rätt – det har till och med uppmuntrats av EU. Redan 1998 fastslogs följande i *Kommissionens meddelande: Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen* (KOM (98) 143, s 29):

”Såsom i fråga om miljöhänsyn avser kommissionen att i ett tolkningsdokument förtydliga gällande principer som tillåter beaktandet av sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn.

Kommissionen påminner om att offentlig upphandling kan utgöra ett medel att påverka ekonomiska aktörers agerande, under förutsättning att de begränsningar som följer av gemenskapsrätten iakttas.

I detta sammanhang uppmanar kommissionen medlemsstaterna att använda sitt inflytande såsom inköpare till att fullfölja ovannämnda sociala och arbetsmarknadspolitiska mål. Kommissionen kommer å sin sida att agera på samma sätt i sina egna upphandlingsförfaranden.”

Detta uppmuntrande från EU kan även anses ha visst samband med införandet av EU:s antidiskrimineringsdirektiv år 2000.

Det är viktigt att vi ser till att detta verktyg tillämpas utan onödiga restriktioner. Utöver det som anges i tjänsteutlåtandet anser vi att det är fullt förenligt med både svensk rätt och EG-rätt att kommunen tillämpar en klausul som omfattar även varuupphandlingar och som omfattar ett företags hela verksamhet. Den naturliga avgränsningen ligger i att klausulen kommer att gälla för leverantörer som lyder under svensk lag.

Följande föreslås gälla utöver det som anges i stadsledningskontorets tjänsteutlåtande.

1. Klausulen ska tillämpas vid både varu- och tjänsteupphandlingar.

I klausulen markeras mycket tydligt att det är de *svenska* antidiskrimineringslagarna som kommer att gälla. Eftersom svensk lagstiftning bara gäller inom landets gränser finns därmed en naturlig geografisk avgränsning som utesluter risken att företag i andra EU-länder skulle utsättas för konkurrenshinder. När en vara eller tjänst produceras utanför Sveriges gränser gäller inte svensk lagstiftning.

Eftersom EU:s antidiskrimineringsdirektiv ställer krav på införandet av ett minimiskydd mot diskriminering torde kommunen i och för sig även kunna ställa krav med utgångspunkt från de lagar som gäller i andra EU-länder, men av praktiska skäl och av försiktighet avstår vi från att driva denna fråga just nu.

Vårt resonemang bygger fr a på *Tolkningsmeddelande från Kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling* (Bryssel 15.10.2001, KOM (2001) 566 slutlig), HomO:s skrivelse, erfarenheter från Storbritannien, Kanada och USA. Kommissionen klarlägger följande (sid 18):

”Den upphandlande myndigheten har en lång rad möjligheter att fastställa kontraktsvillkor av social karaktär. Nedan nämns exempel på särskilt tillkommande utförarvillkor som den upphandlande myndigheten får kräva av uppdragstagaren, förutsatt att detta sker i enlighet med det som ovan sagts, och som gör det möjligt att ta sociala hänsyn.

- Krav på att denne i samband med kontraktets utförande skall anställa arbetslösa, särskilt långtidsarbetslösa, eller anordna utbildning för arbetslösa eller ungdomar.

- Krav på att denne vid kontraktets utförande skall vidta åtgärder för att främja jämställdhet mellan könen eller mångfald i fråga om ras och etniskt ursprung.

- Krav på att denne vid kontraktets utförande följer bestämmelserna i ILO:s grundläggande konventioner i det fall dessa inte redan har genomförts i den nationella lagstiftningen.

- Krav på att denne för utförandet av kontraktet anställer ett större antal personer med funktionshinder än vad som krävs enligt den nationella lagstiftningen i den medlemsstat där kontraktet fullgörs eller i uppdragstagarens medlemsstat.

Det bör påpekas att det förefaller svårare att tillämpa kontraktsvillkor som rör utförandet av varuupphandlingskontrakt. Sådana klausuler som innebär krav på ändring av organisationen, strukturen eller policyn inom ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat skulle kunna vara diskriminerande eller medföra ett oerättigt handelshinder.”

Kommissionen anger i sista stycket ovan att ”det förefaller svårare att tillämpa kontraktsvillkor som rör utförandet av varuupphandlingskontrakt”. Även regeringen verkar ha följt detta resonemang i propositionen *Ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m.* (2001/02:142, sid 95) samtidigt som det påpekades att även ”blandade” upphandlingar kunde omfattas. Men det resonemanget bygger på hur klausulens tillämpas. Som tydliggörs ovan kommer den att gälla endast när svensk lagstiftning (inklusive EU-fördragets artikel 141) är tillämplig. Ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat påverkas inte av villkoret. Därmed kan villkoret knappast vara diskriminerande eller utgöra ett oerättigt handelshinder. Det är dessutom värt att notera att det problem kommissionen nämner i så fall skulle kunna uppkomma även vid en tjänsteupphandling där tjänsten utförs i det andra landet. Det är således inget argument för att undanta varuupphandlingar.

En liknande resonemang återfinns i HomO:s skrivelse till finansdepartementet (2002-07-04) där man kommenterar rapporten från Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU) till regeringen om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.

”NOU anser inte att antidiskrimineringsklausulen kan omfatta varuupphandlingar. Klausulexemplet är därför utformat på ett sådant sätt att det endast omfattar upphandling som avser anskaffning av tjänster, bygg- eller anläggningsentreprenader som ska utföras i Sverige.

Vad gäller företag som är etablerade i Sverige ser HomO inte något sakligt skäl att begränsa tillämpningen av antidiskrimineringsklausuler till att enbart omfatta upphandlingar som avser anskaffning av tjänster och bygg- eller anläggningsentreprenader. Den invändning som EG-kommissionen i detta sammanhang gör i sitt tolkningsmeddelande syftar till situationen när en klausul kan medföra krav på ändring i organisationen inom ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat. Ett sådant krav skulle kunna vara diskriminerande eller medföra oerättigat handelshinder. Enligt HomO:s uppfattning bör antidiskrimineringsklausuler vara tillämpliga även vid s.k. varuupphandlingar för leverantörer som lyder under svensk lag. Detta innebär enbart en skyldighet att följa gällande nationell lagstiftning och innebär inte att det föreligger ett oerättigat handelshinder i EU-rättens mening. Det finns således inte skäl att inskränka räckvidden av klausulen på det sätt som NOU föreslår.”

2. Leverantörens hela verksamhet ska omfattas av klausulen.

Vi anser att syftet med klausulen skulle begränsas alltför mycket om den enbart skulle omfatta den del av leverantörens verksamhet som omfattas av upphandlingskontraktet.

Det är främst en principfråga. Det grundläggande syftet med en antidiskrimineringsklausul är att förhindra att skattemedel går till företag som diskriminerar arbetssökande eller arbetstagare pga ovidkommande faktorer. Därför ska klausulen gälla för leverantörens hela verksamhet (där denna omfattas av svensk lagstiftning).

Angående proportionalitetsprincipen anser vi att en klausul ska ha samma bredd som t ex en skatteklausul och gälla entreprenörens hela verksamhet. Frågan behandlades i ovan nämnda proposition (sid 94 f):

”Ett särskilt kontraktsvillkor skall således vara proportionellt i förhållande till kontraktet i övrigt. Villkoret kan därför *sannolikt* /vår kursivering/ endast avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av det som upphandlas. Ett mer svepande krav som skulle avse även andra delar av verksamheten skulle kunna ifrågasättas stå i strid med proportionalitetsprincipen, eftersom det inte har tillräcklig anknytning till det som upphandlats.”

Anledningen till att ordet sannolikt används torde vara en referens till hur villkoret/klausulen ser ut. I och med att klausulen i nu föreliggande förslag inte kräver mer av leverantören än att denne ska rätta sig efter Sveriges antidiskrimineringslagstiftning – dvs lagar som det redan idag åligger leverantören att följa – kan det inte sägas vara en ytterligare pålaga.

Även här kan man hänvisa till HomO:s skrivelse till finansdepartementet.

”Enligt NOU:s förslag ska antidiskrimineringsklausulen endast avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av upphandlingskontraktet. Kontrollåtgärder och eventuella andra påföljder får enligt förslaget endast omfatta den del av leverantörens verksamhet som är inblandad i genomförandet av upphandlingskontraktet. För användningen av antidiskrimineringsklausuler krävs vidare enligt förslaget att avtalsrelationen har en viss varaktighet.

Med hänsyn till syftet med införandet av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt kan HomO inte se någon anledning till att begränsa klausulens omfattning på detta sätt. Enligt HomO:s uppfattning ska antidiskrimineringsklausulen omfatta hela leverantörens verksamhet (som lyder under svensk lagstiftning), även den som inte har något direkt samband med utförandet av uppdraget och detta bör klart framgå av klausulens formulering. Även kontrollåtgärder och andra påföljder bör således enligt HomO:s uppfattning omfatta hela leverantörens verksamhet (som lyder under svensk lagstiftning).

HomO anser, av samma skäl som ovan, att det inte heller ska uppställas några krav på att avtalsrelationen har en viss varaktighet för användningen av antidiskrimineringsklausulen.”

Reservation anfördes av *Birgitta Holm m fl* (m) och *Fredrik Malm* (fp) med hänvisning till sitt förslag om bifall till stadsledningskontorets förslag.

Ersättaryttrande gjordes av *Paul Lappalainen* (mp) enligt följande.

Om jag hade haft yttranderätt hade jag yrkat bifall till förslaget från Teres Lindberg (s) och Ann-Margarethe Livh (v).

Kommunstyrelsens handikappråd beslöt vid sitt sammanträde den 27 oktober 2004 att lämna följande yttrande.

I diskrimineringsklausulen saknas funktionshindrade. Rådet framförde att de borde ha givits möjlighet till att samverka vid beredningen av ärendet.

RESERVATIONER M M

Gatu- och fastighetsnämnden

Reservationen av Sten Nordin m fl (m) har följande lydelse.

Gatu- och fastighetsnämnden beslutar

- 1 att avslå kontorets förslag till beslut
- 2 att som svar på remissen återropa och översända följande:

Frågor rörande diskriminering får av naturliga skäl ett stort utrymme i den politiska debatten. Att frågan debatteras och analyseras är viktigt för samhällsutvecklingen, även om erfarenheter visar att det inte räcker med enbart politiska beslut och projekt. Diskriminering handlar oftast lika mycket om fördomar och attityder som inte kan hanteras eller förändras genom nya regler eller ny lagstiftning. Arbetet med att komma tillrätta med diskriminering måste därför också bedrivas i det civila samhället, på skolor, på jobbet och i hemmet. Att enbart förlita sig till nya politiska lösningar är därför lika naivt som det är kontraproduktivt.

Alla människors lika värde är, vilket också understryks i gatu- och fastighetskontorets tjänsteutlåtande, en grundläggande princip i ett fritt, öppet och demokratiskt samhälle. Även om antidiskrimineringsklausulen har goda intentioner är det angeläget att de regler som fastslås, också i Stockholms kommun, är väl genomtänkta och genomarbetade. Inledningsvis måste därför konstateras att kraven på icke-diskriminering redan finns i lagstiftningen. Önskar Stockholm införa ytterligare regler bör nämnas att Nämnden för offentlig upphandling, NOU, tagit fram förslag på hur sådana skall se ut. Det saknas, redan av den anledningen, motiv till varför Stockholms stad skall ta fram ytterligare varianter.

Väljer Stockholm stad att införa en antidiskrimineringsklausul i enlighet med förslaget uppstår en rad problem. Effekten av klausulen riskerar dessvärre att stå i strid mot motiveringen av densamma, nämligen att ”staden inte skall ta på sig det uppdrag som enligt lag tilldelats statliga myndigheter”. Klausulens egentliga syfte, att skapa möjligheter till diskussion samt ge förutsättningar till uppföljning, finns redan idag genom de krav som kan ställas i samband med upphandlingen samt genom gällande antidiskrimineringsklausul.

Allvarligast är emellertid de juridiska konsekvenser som förslaget riskerar att föra med sig. Ett brott mot den föreslagna antidiskrimineringsklausulen skulle nämligen inte betraktas och hanteras som ett vanligt kontraktsbrott. Istället skall kontraktet kunna upphävas genom en skönsmässig bedömning av den ena parten och utan lagakraftvunnen dom. I enlighet med ett sådant resonemang är det lätt att hävda att inte heller andra klausuler har någon egentlig effekt genom sin preventiva inverkan.

Den antidiskrimineringsklausul som föreslås i stadsledningskontorets remiss riskerar, mot bakgrund av ovan beskrivits, att skapa en helt ny rättsfigur som saknas motstycke i den moderna rättsordningen. Ett införande av klausulen riskerar därmed att urholka och luckra upp det skydd för demokratiska värderingar som man genom förslaget avser att skydda. En sådan regel minskar inte diskrimineringen och bidrar inte heller till ett stärkt diskrimineringsskydd.

Det särskilda uttalandet av Björn Nyström (kd) har följande lydelse.

Det är av väsentlig betydelse att på alla sätt visa att staden värnar om väsentliga grundläggande demokratiska värderingar och att man förutsätter att de som utför tjänster och leveranser åt staden agerar korrekt.

De flesta diskrimineringstvisterna löses som bekant genom förlikningar. Vi vill därför framhålla att staden även bör kunna begära uppgifter av avtalsparterna om man ingått förlikning i någon diskrimineringstvist. Sådana uppgifter bör redovisas till staden på samma sätt som övriga uppgifter kan begäras in enligt 4 § i förslaget.

Utbildningsnämnden

Det särskilda uttalandet av Erik Nilsson m fl (s), Inger Stark (v) och Emilia Hagberg (mp) har följande lydelse.

Det nya förslaget till antidiskrimineringsklausul är efterlängtat. Det är ett bland andra verktyg som staden kan använda sig av i sitt arbete för att motverka diskriminerande beteende.

Vi vill betona att de krav en beställare kan ställa på en entreprenör, stort eller litet företag, att exempelvis inkomma med åtgärder, jämställdhetsplan etc, handlar om en begäran vid uppkomna brister. Därför torde kraven inte vara orimliga för någon anbudsgivare. Har ett företag brustit i sitt åtagande att inte diskriminera, är det inte obefogat att efterfråga handlingar.

Antidiskrimineringsklausul att tillämpa vid samtliga upphandlingar av varor och tjänster i Stockholms stad.

Tillägg i § 1 jämfört med stadsledningskontorets förslag markeras med fet stil.

Förändring i § 3 jämfört med stadsledningskontorets förslag markeras med överstrykning.

§1. Leverantören skall **i sin verksamhet i Sverige** följa vid varje tillfälle **i Sverige** gällande antidiskrimineringslagstiftning. De lagar som f.n. avses är artikel 141 EU-fördraget, 16 kap. 9 § brottsbalken, 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 av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan samt lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering.

§ 2. Leverantören är under avtalstiden skyldig att på begäran av den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder, upprättade planer m.m. som vidtagits med anledning av förpliktelserna i § 1. Uppgifterna skall redovisas till staden en vecka efter begäran därom om inte annat överenskommits i det enskilda fallet.

§ 3. Leverantören skall, om denne använder underleverantör ~~för tjänstens eller del av tjänstens utförande~~, i sina kontrakt med denne ålägga underleverantören den skyldighet som anges i § 1 ovan. Leverantören svarar gentemot den upphandlande enheten för underleverantörers brott mot antidiskrimineringslagarna i § 1. Leverantören skall också tillse att den upphandlande enheten på begäran kan ta del av underleverantörs åtgärder, planer m.m. i enlighet med § 2.

§ 4. Eftersom det är av mycket stor betydelse för den upphandlande enheten att dess leverantörer lever upp till grundläggande demokratiska värderingar skall ett brott mot förpliktelserna i §§ 1-3 anses utgöra ett väsentligt kontraktsbrott. Den upphandlande enheten äger därför rätt att häva avtalet om leverantören, eller dennes underleverantör, bryter mot villkoren i §§ 1-3. Avtal skall emellertid inte hävas om leverantören omedelbart vidtar rättelse eller andra åtgärder i syfte att uppnå efterlevnad av de i § 1 nämnda lagarna eller om överträdelsen anses som ringa.
