

Landstingsstyrelsens förslag till beslut

Motion 1999:10 av Paul Lappalainen m fl (mp) om införandet av en klausul mot diskriminering i offentliga upphandlingar - ett konkret verktyg för både jämställdhet och integration

Föredragande landstingsråd: Ingela Nylund Watz

Ärendet

Motionärerna föreslår att en klausul mot diskriminering införs i landstingets alla offentliga upphandlingar. Klausulen innebär att landstinget ska ställa krav på entreprenörer att åta sig att inte bryta mot gällande antidiskrimineringslagar samt att villkora avtal med att om så ändå skulle ske, ge landstinget rätt att häva avtal med entreprenören.

Förslag till beslut

Landstingsstyrelsen föreslår landstingsfullmäktige besluta

att uppdra åt landstingsstyrelsens förvaltning att utarbeta ett förslag på antidiskrimineringsklausul för upphandlingar inom Stockholms läns landsting samt återkomma till landstingsstyrelsen/landstingsfullmäktige för beslut

att förvaltningen därvid beaktar den antidiskrimineringsklausul som antagits av kommunfullmäktige i Stockholms stad den 24 januari 2005

att förvaltningen i samband med förslaget utarbetande särskilt belyser de rättsliga aspekterna rörande tillämpligheten av en antidiskrimineringsklausul vid upphandling av varor, frågan huruvida kontraktsvillkor kan avse hela en leverantörs verksamhet eller endast den del som ingår i den aktuella upphandlingen, frågan om kontraktsvillkor bör kopplas till hävningsrätt eller föreläggande om vite samt frågan om leverantörs ansvar för underleverantör

att förvaltningen samtidigt lämnar förslag på hur upphandlande enheter i landstingskoncernen kan säkerställa sin kompetens på antidiskriminerings-

Bilagor

- 1 Motion
- 2 Landstingsdirektörens tjänsteutlåtande

området för att på ett fullgott sätt skall kunna följa upp kontraktsvillkor avseende antidiskriminering

att i övrigt anse motionen besvarad.

Motionärernas intention om att finna verkningsfulla metoder att stävja diskriminering på grund av kön eller etnicitet är lovvärd och det finns all anledning att instämma i denna. Det är synnerligen angeläget att skattemedel inte går till företag som diskriminerar. Då alla människors lika värde är en grundläggande princip i ett öppet, fritt och demokratiskt samhälle är det av väsentlig betydelse att landstinget arbetar aktivt för att motverka att människor särbehandlas på grund av kön, funktionshinder, etnicitet, sexuell läggning, religion eller annan trosuppfattning, ålder med mera.

Förslaget om en antidiskrimineringsklausul i landstingets upphandlingar markerar därför på ett bra och tydligt sätt landstingets inställning att diskriminering är helt oacceptabelt. Förslag på en sådan klausul, i motionärernas anda, bör utarbetas och återkomma till fullmäktige för beslut. Landstinget kan därmed utveckla ett konkret redskap för att bekämpa diskriminering och bli en föregångare bland landstingen i landet.

Landstinget har idag i tjänstekontrakt en generell skrivning om att leverantör skall följa gällande lagar och förordningar. Det slås fast att leverantören har att se till att hålla sig uppdaterad om dessa samt har det fulla ansvaret för att de följs. Kontrakten innehåller även en generell klausul som medger hävning i det fall leverantören missköter sig. Med nuvarande generella skrivningar uppnås dock ej det explicita kravställande rörande antidiskriminering som blir fallet med en särskild klausul.

Det huvudsakliga syftet med en klausul är förebyggande. Avsikten är inte att i första hand häva avtal med leverantörer som diskriminerar, utan att förmå leverantörer att vidta åtgärder att motverka diskriminering. En särskild klausul med kontraktsvillkor är ett sätt att lyfta fram att antidiskriminering är ett mycket viktigt kriterium för landstinget som köpare av varan/tjänsten. Därmed sätts ett tryck på leverantören som annars svårligen skulle kunna uppnås.

Motionärerna argumenterar mot uppfattningen att hävning av avtal med hänvisning till brott mot antidiskrimineringslagstiftning bör föregås av en lagakraftvunnen dom mot leverantören. Det finns anledning att understyrka det principiellt riktiga i det motionärerna anför härvidlag.

Att ställa krav i kontrakt och värdera i vilken mån dessa krav har efterlevts är en upphandlande enhets rätt utan att lagakraftvunna domar skall behöva inväntas. Kravet på antidiskriminering bör rimligen jämföras med andra kontraktsvillkor, exempelvis rörande en vara eller tjänsts kvalitet i övrigt. Om andra brister skulle finnas i leveransen av en tjänst/vara skulle det knappast föresväva någon att ett domstolsutslag först skulle krävas för att hävningsrätten skulle kunna återopas. En annan sak är förstås att åtgärder mot en leverantör alltid måste stå i proportion till det brott/fel som begåtts. Det är också tänkbart att ett fel kan rättas och därmed inte föranleder någon åtgärd. Vidare bör en hävningsrätt självfallet alltid avgränsas till brott/fel som inte kan anses ringa. Dessutom blir det förstås till syvende og sist alltid fråga om domstolsprövning i de fall tvist uppstår och någon av parterna för saken till domstol. Men att domstolsutslag först skulle krävas för att en hävningsrätt skall kunna återopas är – precis som motionärerna anför – inte rimligt.

Motionärerna föreslår att klausulen skall kunna tillämpas i samtliga landstingets upphandlingar. De rättsliga möjligheterna till detta är oklara. I Stockholms stad har en sådan generell klausul införts, men rättsläget är inte entydigt på denna punkt. En annan tolkning är att antidiskrimineringsklausuler enligt gällande EU-rättsliga krav inte kan omfatta varuupphandlingar. Så är enligt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) fallet med de exempel på klausuler som nämnden tagit fram på regeringens uppdrag. Landstingsstyrelsens förvaltning bör genomföra en fördjupad belysning av det omtvistade rättsläget i fråga om huruvida klausulen även kan omfatta varuupphandlingar.

En annan omtvistad fråga i samband med antidiskrimineringsklausuler är den om huruvida kontraktsvillkoret kan avse hela en leverantörs verksamhet eller endast avse den del av leverantörens verksamhet som ingår i den aktuella upphandlingen. Även detta bör ges ytterligare belysning under arbetet med att utarbeta en klausul för landstingets upphandlingar. Därtill kan övervägas om kontraktsvillkor också bör ställas så att leverantör görs ansvarig även för underleverantörers efterlevnad av antidiskrimineringslagstiftningen.

Motionärerna föreslår att brott mot klausulen skall vara grund för hävning. Detta är också den utformning som getts den klausul som införts i Stockholms stad. Även Jämo, DO, HO och Integrationsverket har utvecklat förslag på klausuler som huvudsakligen bygger på hävningsrätt. NOU har dock, på uppdrag av regeringen, tagit fram förslag till klausuler som istället för hävning bygger på att ett avtalsvite skall kunna tas ut i det fall leverantören missköter sig. Vilken väg – eller möjligen båda – som är mest

ändamålsenlig för landstingets del får övervägas i den fortsatta beredningen av klausulens utformning.

NOU har gjort en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Utvärderingen visar att ett stort problem bland de myndigheter som tillämpar antidiskrimineringsklausuler är brister i uppföljningen av tillämpade klausuler. I samband med att landstingsstyrelsens förvaltning återkommer med förslag till klausul, bör samtidigt förslag lämnas om hur landstinget kan säkerställa sin kompetens på antidiskrimineringsområdet och stärka möjligheterna till en fullgod uppföljning av ställda kontraktsvillkor.

Behandling i landstingsstyrelsen

Landstingsrådsberedningen behandlade ärendet den 27 april 2005.

Landstingsstyrelsen behandlade ärendet den 17 maj 2005.

Vid behandlingen i landstingsstyrelsen yrkades bifall dels till landstingsrådsberedningens förslag, dels till m- och kd-ledamöternas förslag, dels till fp-ledamöternas förslag.

Landstingsstyrelsens beslut fattades utan omröstning.

M- och kd-ledamöterna reserverade sig:

”Landstingsstyrelsen föreslår landstingsfullmäktige besluta *att* besluta i enlighet med landstingsdirektörens tjänsteutlåtande.

För många generella regler försvårar och fördyrar upphandlingar. Redan finns möjligheten för landstinget att ställa krav mot diskriminering vid upphandlingar. Dessutom skall landstinget beakta grundläggande gemenskapsrättsliga principer, vilket framgår av tjänsteutlåtandet. En generell klausul i upphandlingar är inte nödvändig och kan dessutom strida mot de rekommendationer som NOU ställt upp.”

Fp-ledamöterna reserverade sig:

”Landstingsstyrelsen föreslår landstingsfullmäktige besluta *att* besluta i enlighet med landstingsstyrelsens förvaltnings förslag

Vid all offentlig upphandling måste den upphandlande enheten ta hänsyn till grundläggande gemenskapsrättsliga principer som icke-diskriminering, lika-behandling, öppenhet och förutsägbarhet, proportionalitet m m. Om den upphandlande enheten använder diskrimineringsklasuler måste en bedömning av klasulens proportionalitet göras. En generell klasul är svår att använda i samtliga upphandlingskontrakt. Detta eftersom förutsättningarna oftast varierar vid olika upphandlingar. Dessutom får en diskrimineringsklasul inte utformas så att den direkt eller indirekt diskriminerar anbudsgivare från andra länder.

För många generella regler försvårar och fördyrar upphandlingar. Redan idag finns möjligheter för landstinget att ställa krav mot diskriminering vid upphandlingar. Jämställdhetsansvarig inom landstinget bör ta fram förslag på områden där det är av särskild vikt att ställa särskilda kontraktsvillkor. Uppföljningar av sådana klasuler är dock svåra att göra i praktiken. Om kontraktsvillkor med antdiskrimineringsklasuler ska ställas måste berörd personal få information och utbildning för att en bra uppföljning ska kunna göras. Om ett företag som landstinget har avtal med döms för diskriminering i domstol ska företaget kunna berövas kontraktet med landstinget.”

Ärendet och dess beredning

Paul Lappalainen m fl (mp) har i en motion (bilaga), väckt den 13 april 1999, föreslagit landstingsstyrelsen föreslå landstingsfullmäktige besluta *att* skyndsamt införa en antidiskrimineringsklausul i alla landstingets offentliga handlingar.

Ärendet har remitterats till landstingsdirektören.

Landstingsdirektören har i tjänsteutlåtande den 23 november 2004 (bilaga) föreslagit landstingsstyrelsen besluta *att* som svar på motionen överlämna landstingsstyrelsens förvaltning's tjänsteutlåtande, *att* uppdra åt Jämställdhetsansvarig att i samråd med SLL Upphandling ta fram prioriterade tjänsteområden inom vilka det är av särskild vikt att ställa kontraktsvillkor vad avser antidiskriminering, *att* uppdra åt Jämställdhetsansvarig att i samråd

med SLL Upphandling informera/utbilda personal som har att följa upp kontraktsvillkor avseende antidiskrimineringsklausuler.

Ärendet har tidigare behandlats av landstingsrådsberedningen den 11 oktober 2000 och landstingsstyrelsen den 24 oktober 2000 och av landstingsfullmäktige den 12 december år 2000.

Landstingsfullmäktige återremitterade ärendet.

Bilagor

Motionen

Trots ett omfattande jämställdhetsarbete är fortfarande många kvinnor diskriminerade på arbetsmarknaden i Sverige. Integrationsarbetet har inte heller lyckats eftersom många välkvalificerade invandrare alltjämt sorteras bort inom arbetslivet. Denna diskriminering är inte bara ett brott mot den mänskliga rättigheten att slippa diskriminering p g a kön eller etnisk bakgrund; den är också ett enormt ekonomiskt slöseri!

Det är hög tid för politiker, inklusive lokalpolitiker, att sätta det offentliga ekonomiska tyngd bakom sina ord om mänskliga rättigheter. För detta krävs en öppenhet inför att använda nya politiska styrmedel. Att koppla an till diskrimineringslagstiftningen vid landstingets offentliga upphandlingar är en konkret och effektiv åtgärd mot diskriminering p g a bl a kön och etnisk bakgrund. Detta kan göras genom att sätta in en antidiskrimineringsklausul i upphandlingsavtalen. Klausulen innebär att entreprenören åtar sig att inte bryta mot gällande antidiskrimineringslagar, och om så sker har landstinget rätt att häva avtalet. Sådana klausuler har framgångsrikt använts i flera andra länder, däribland England, Kanada och USA.

Antidiskrimineringsklausuler har främst ett preventivt och stävande syfte. Det är ett sätt att använda marknadens egna verktyg för att gå mot ett mål alla medborgare är förtjänta av. Om landstinget som kund uttrycker ett önskemål och förklarar att företagaren annars kan förlora kontraktet får företagaren ett starkt incitament att motverka diskriminering.

Antidiskrimineringsklausuler är ett sätt för politiker att visa ansvar

Idag då fler och fler offentliga uppgifter utförs av privata aktörer är det av allt större vikt att politiker använder den här typen av politiska styrmedel. Att lägga ut verksamhet på entreprenad kan annars leda till att politiker avsvär sig ansvaret för hur en verksamhet bedrivs. Miljöpartiet anser att på samma sätt som man skall kräva att en upphandlad verksamhet uppfyller vissa kvalitetskriterier skall man kräva att diskriminering inte förekommer i verksamheten. Politiker ska i princip ta samma ansvar för verksamheter som bedrivs i offentlig regi som när verksamhet är utlagd på entreprenad.

Genom att ta ett sådant konkret ansvar kan politiker också visa att de förtjänar ett förtroende från dem som utsätts för diskriminering. Man kanske kan bryta en del av den uppgivenhet som idag finns vad gäller jämställdhetsarbete. I integrationsarbetet måste de som riskerar att utsättas för etnisk

diskriminering våga lita på att de kommer att behandlas på lika villkor. För t ex föräldrar med invandrarbakgrund skulle det kunna vara en avgörande skillnad i hur de satsar på sina barns språkinläring och skolgång om de har en stark tro på att deras barn verkligen kommer att behandlas på lika villkor. Om politiker kan inge hopp om att samhället ger likvärdiga möjligheter för människor oberoende av etniskt bakgrund så kan dagens trend med ökad segregation brytas.

Skattemedel ska inte gå till företag som diskriminerar

Politiker skall kunna understryka hur viktigt det är att skattemedel inte går till företag som diskriminerar. Att konstatera att det finns lagar som förbjuder diskriminering av olika slag räcker inte. Om det tydliggörs i avtal att det offentliga inte accepterar diskriminering kommer entreprenören att lägga en helt annan vikt vid detta i sin verksamhet. I SOU 1997:174 förordar utredningen offentliga myndigheters användning av sådana klausuler som ett effektivt komplement till gällande diskrimineringslagstiftning.

Företagen drivs till bättre kvalitet

Moderna företag kommer att inse vikten av att hantera eventuella diskrimineringsproblem för att tillgodose kundens önskemål. En vara och, i ännu högre grad, en tjänst rymmer inte enbart ekonomiska utan också sociala dimensioner. Kan en entreprenör leverera den höga kvalitén på gods och tjänster som krävs om det visar sig att han är villig att avstå från den bästa arbetskraften genom köns- eller etnisk diskriminering? Genom att vara raka på denna punkt i vårt upphandlingsarbete värnar vi ekonomin.

EU:s direktiv och svensk lag för offentlig upphandling möjliggör användandet av antidiskrimineringsklausuler

I en s k vitbok från EU-kommissionen (DG XV, 11 mars 1998) understryks vikten av att eftersträva bästa möjliga kvalitet i offentlig service och att ge skattebetalarna största möjliga valuta för pengarna. Kommissionen lyfter fram den offentliga upphandlingens sociala aspekter och pekar på Amsterdamfördragets prioritering av insatser mot bl a diskriminering pga kön eller etnisk bakgrund.

Kommissionen pekar vidare på att EU:s direktiv för offentlig upphandling föreskriver att man kan utesluta kandidater som bryter mot rådande sociallagstiftning, inklusive diskrimineringslagstiftning, förutsatt att man inte diskriminerar andra EU-företag. I vitboken redovisas även delar av EG-domstolens rättspraxis där man godkänt villkor om att entreprenören gör åtaganden av social karaktär som t ex har till syfte att främja anställning av

kvinnor eller underlätta situationen för missgynnade grupper. Den svenska lagen om offentlig upphandling bygger helt på EU:s direktiv.

Kommissionen åtog till och med att för egen del utnyttja upphandlingsprocessen på ovannämnda sätt och uppmanade medlemsstaterna att göra detsamma.

Ett avtalsvillkor och en hävningsklausul kan göras enkel

Avtalsvillkoret kan formuleras på ett enkelt och konkret sätt:

"Entreprenören, eller underentreprenör som denne anlitar, åtar sig att inte bryta mot gällande diskrimineringslagstiftning."

En precisering av vilka diskrimineringslagar som är i kraft vid avtalets ingående kan bifogas avtalet. Idag har vi lagstiftning mot diskriminering pga kön, etnisk bakgrund, funktionshinder och sexuell läggning. Dessa olika typer av diskrimineringproblem bör behandlas likvärdigt.

Likaså med hävningsklausulen:

"Eftersom beställaren anser att diskriminering utgör ett kontraktsbrott av väsentlig betydelse skall beställaren ha rätt att häva avtalet om entreprenören, eller underentreprenör som denne anlitar, under avtalstiden bryter mot gällande diskrimineringslagstiftning."

Enligt allmänna avtalsrättsliga principer krävs ett kontraktsbrott av väsentlig betydelse för att ett avtal ska kunna hävas. För att undvika alla tveksamheter bör en avtalsklausul kompletteras med en hävningsklausul så att det klart framgår att landstinget uppfattar diskriminering som ett kontraktsbrott av väsentlig betydelse.

En hävningsklausul kräver inte en lagakraftvunnen dom

Vissa anser att en hävning av ett avtal med hänvisning till brott mot diskrimineringslagstiftning borde föregås av en lagakraftvunnen dom mot entreprenören. Detta är feltänkt. Ett krav på en fällande dom skulle alltid kunna omintetgöras genom att en diskriminerande entreprenör betalar det skadestånd som krävs och får målet avskrivet.

Därutöver krävs i 'normala' affärsförbindelser t ex inte domstolens konkursbeslut för rätt att häva avtalet pga motpartens insolvens. Om det visar sig att motparten inte var konkursmässig kan han kräva skadestånd för avtalsbrott. Att häva avtalet behöver dessutom inte vara det enda alternativet. I det fall

LS 9904-0239

en entreprenör diskriminerar kan landstinget istället acceptera att en entreprenör reformerar sin personalpolitik.

Entreprenörer skall motiveras till att undvika diskriminering i sina företag, inte till att undvika att bli fällda i domstol.

Miljöpartiet anser att det är viktigt att prioritera diskrimineringsfrågorna

Miljöpartiet anser att landstinget skyndsamt bör införa antidiskrimineringsklausuler i sina upphandlingar för att kraftfullt motverka diskriminering i samhället. Det skulle ge politikerna i Sveriges näst största parlament en chans att visa att de verkligen aktivt kämpar för regionens intressen vad gäller jämställdhet och integration. Att de är villiga att handla och inte bara prata. Miljöpartiet tycker det är hög tid att prioritera motverkandet av diskriminering som redan är förbjudet enligt lag, dvs pga kön, etnisk bakgrund, funktionshinder och sexuell läggning.

Mot bakgrund av ovanstående föreslås landstingsfullmäktige

att skyndsamt införa en antidiskrimineringsklausul i enlighet med motionen i alla landstingets offentliga upphandlingar.

Stockholm den 13 april 1999

Paul Lappalainen

Bengt Cedrenius

Åke Askensten

Lena-Maj Anding

Sundild Dietrich Larsson

Mats Pertoft

Landstingsdirektörens tjänsteutlåtande

Förvaltningens synpunkter

Motionären anger ”Politiker ska kunna understryka hur viktigt det är att skattemedel inte går till företag som diskriminerar. Att konstatera att det finns lagar som förbjuder diskriminering av olika slag räcker inte. Om det tydliggörs i avtal att det offentliga inte accepterar diskriminering kommer entreprenörer att lägga en helt annan vikt vid detta i sin verksamhet”.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på uppdrag av regeringen (2002-01-07) tagit fram rapport (2002/0019-28) med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i kontrakt som tilldelas i offentlig upphandling.

NOU's exempel innebär att leverantörer som utför uppdrag i Sverige har att följa jämställdhetslagen (1991:433), lagen om förbud mot etisk diskriminering i arbetslivet (1999:130) lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder (1999:132) och lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning (1999:133). NOU's tolkning är att klausulen inte kan omfatta varuupphandlingar.

NOU betonar att det alltid är den upphandlande enheten som har att ta ställning till den exakta utformningen av klausulen och lämplighet i den enskilda upphandlingen. Man betonar att för att arbeta med antidiskrimineringsklausuler krävs goda kunskaper om upphandlings- och antidiskrimineringslagstiftningen samt inte minst resurser för att följa upp ställda krav.

Vid all offentlig upphandling har den upphandlande enheten att beakta de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna; icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet och förutsägbarhet, proportionalitet och principen om ömsesidigt erkännande. För att kunna göra sådana bedömningar krävs goda kunskaper om innebörden i dessa principer.

I det fall den upphandlande enheten använder diskrimineringsklausuler måste en bedömning av klausulens proportionalitet göras vid varje enskild upphandling. Att införa en generell klausul att användas i samtliga upphandlingskontrakt är inte möjligt eftersom en klausul kan vara lämplig i en upphandling men inte i en annan.

En antidiskrimineringsklausul får inte utformas så att den direkt eller indirekt diskriminerar anbudsgivare från andra medlemsländer

LS 9904-0239

En antidiskrimineringsklausul enligt NOU's förslag reglerar enbart förhållandet mellan den upphandlande enheten och den leverantör som man tecknar kontrakt med vilket i praktiken innebär att antidiskrimineringsklausulens krav inte behöver vara uppfyllda vid anbudstillfället.

Motionären lämnar förslag till hävningsklausul att tillämpas i det fall en antagen leverantör inte uppfyller gällande antidiskrimineringslagar.

NOU's förslag till klausuler bygger på ett avtalsvite som ska kunna tas ut i det fall leverantören missköter sig. I sammanhanget är det viktigt att påpeka att om vitesklausuler används måste också vitet tas ut vilket ställer krav på noggrann uppföljning av kontrakten.

SLL Upphandling har i tjänstekontrakt en generell skrivning om att leverantören ska följa gällande lagar och förordningar. Den slår också fast att det är leverantören som har att se till att hålla sig uppdaterad om dessa samt också har det fulla ansvaret för att dessa följs. Att namnge samtliga lagar som en leverantör har att följa är knappast realistiskt.

Tjänstekontrakten innehåller också en generell klausul som medger hävning i det fall leverantören missköter sig. Förvaltningen anser att man därmed uppfyller motionärens krav även vad gäller ev. hävning pga. av misskötsel inom angivna antidiskrimineringsklausuler.

Att särskilt nämna antidiskrimineringsklausulerna i upphandlingskontrakt kan naturligtvis göras som en markering mot leverantören men frågan är om det inte är brist på uppföljning och kompetens inom antidiskrimineringsområdet som är problemet. Att avsätta resurser och skaffa sig kompetens på antidiskrimineringsområdet för att på ett bra och kompetent sätt kunna följa upp kontrakten anser förvaltningen vara en förutsättning för att klausulerna ska få den tyngd motionären avser.

NOU har på regeringens uppdrag gjort en utvärdering av föreslagna antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt (NOU info oktober -04 sid 14-15 samt Dnr 2003/0301-28 "Utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt"). I uppföljningen framgår att det är svårt för den upphandlande enheten att följa upp efterlevnaden pga. brist på kompetens och resurser. Behovet av kompetens och resurser har i uppföljningen framförts som absolut nödvändigt för att kunna använda klausulerna