

Datum
2002-10-23
Ert datum
2002-07-08

Vår beteckning
2002/0134-22
Er beteckning
N2002/4088/JÄM

Näringsdepartementet
103 33 STOCKHOLM

SOU 2002:30 Märk – värdig jämställdhet

Inledning och avgränsning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) inkommer härmed med remissvar på utredningen SOU 2002:30 Märk – värdig jämställdhet.

NOU begränsar sitt remissvar till att avse de frågor som har beröring med offentlig upphandling. NOU tar därmed inte ställning till systemet för jämställdhetsmärkning respektive certifiering av verksamheter i jämställdhetshänseende som sådant.

Sammanfattande synpunkter

Betänkandet redogör för ett brett spektrum av frågor. Det belyser på ett förtjänstfullt sätt bl.a. olika certifierings-, märknings- och ledningssystem.

NOU bedömer att det kan finnas utrymme att använda den föreslagna jämställdhetsmärkningen och certifieringen av verksamheter i jämställdhetshänseende. NOU avser närmare bestämt möjligheten att i samband med offentlig upphandling använda märkningen respektive certifieringen som bevis för att tjänsteleverantörer och byggtreprenörer följer jämställdhetslagstiftningen när de utför arbeten hos upphandlande enheter.

NOU bedömer att det även kan finnas utrymme för att använda den föreslagna jämställdhetsmärkningen som bevis för att de varor och tjänster som upphandlas har de egenskaper som en upphandlande enhet efterfrågar. Förutsättningen är naturligtvis att de jämställdhetskrav/ kriterier som ställs på varan eller tjänsten är förenliga med upphandlingslagstiftningen, inkl. relevant gemenskapsrätt.

NOU anser att ytterligare utredning behövs beträffande möjligheten att använda de kriterier som är aktuella vid jämställdhetsmärkning och certifiering i jämställdhetshänseende i tekniska specifikationer, som tilldelnings-/utvärderingskriterier samt som kontraktsvillkor vid offentlig upphandling.

NOU anser att det behövs ytterligare utvecklingsarbete motsvarande det som sker på miljöområdet för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som är

föremål för upphandling i syfte att kunna beakta jämställdhetsaspekter vid offentlig upphandling.

Om systemet för jämställdhetsmärkning och certifiering av verksamheter i jämställdhetshänseende skall förverkligas anser NOU att det bör internationaliseras i syfte att underlätta den gränsöverskridande offentliga upphandlingen.

Utveckling av NOU:s synpunkter

Jämställdhetsmärkning och certifiering av verksamheter i jämställdhetshänseende som bevis vid offentlig upphandling

Det är sannolikt möjligt att godta märkningen eller certifieringen som bevis på att en leverantör uppfyller sådana jämställdhetskriterier som är förenliga med gemenskapsrättens principer och upphandlingsdirektiv samt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Som exempel kan nämnas att certifiering av verksamheter i jämställdhetshänseende skulle kunna användas som bevis på att en leverantör lever upp till den del av NOU:s antidiskrimineringsklausul som avser efterlevnad av jämställdhetslagen.¹ Det är dock viktigt att andra bevis också godtas. I annons eller förfrågningsunderlag skall anges vilka krav, kriterier eller villkor som gäller för upphandlingen.

Offentlig upphandling kan på detta sätt underlättas av jämställdhetsmärkning och certifiering av verksamheter i jämställdhetshänseende.

Vidare är bevisvärdet beroende av att den verksamhet som certifierats samt att de varor och tjänster som märkts, regelbundet kontrolleras/revideras av tredje part (det certifierande organet) utifrån kriterierna för märkningen respektive certifieringen.

I likhet med utredningen drar NOU paralleller med miljömärkning. I förslaget till nya upphandlingsdirektiv² regleras användningen av miljömärken som bevis vid offentlig upphandling. De reglerar däremot inte användning av jämställdhetsmärkning i samband med offentlig upphandling. Enligt NOU:s bedömning torde motsvarande krav vara tillämpliga som vid användning av miljömärken. Det är dock viktigt att komma ihåg att det ska föreligga ett samband mellan kraven/kriterierna och föremålet för upphandlingen.

I betänkandesats 17 till det föreslagna konsoliderade klassiska direktivet anges att

¹ NOU har på uppdrag av regeringen tagit fram en antidiskrimineringsklausul att användas vid offentlig upphandling. NOU:s dnr 2002/0019-28, daterad 2002-05-31.

² Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader KOM(2000) 275 och förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfaranden vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter KOM(2000)276. Under sommaren och hösten 2002 har kommissionen och rådet fattat en principöverenskommelse om de föreslagna direktiven. Inom kort skall direktiven skickas till Europaparlamentet för en andra läsning.

Datum
2002-10-23

Vår beteckning
2002/0134-22

”En upphandlande myndighet som vill fastställa miljökrav i de tekniska specifikationerna för ett bestämt kontrakt får föreskriva särskilda miljöegenskaper och/eller miljöeffekter för grupper av varor eller tjänster. Den får, men är inte skyldig att, använda lämpliga specifikationer [kriterier] som fastställts för miljömärken, t.ex. det europeiska miljömärket, (multi)nationella miljömärken eller andra miljömärken, om kraven för märket har utarbetats och antagits på grundval av vetenskapliga rön eller genom ett förfarande i vilket de berörda parterna, t.ex. statliga organ, konsumenter, tillverkare, distributörer och miljöorganisationer, kan delta och om miljömärket är tillgängligt för samtliga berörda parter.”

I artikel 24.5 (a) föreslås därutöver att

”Den upphandlande myndigheten får ange att de varor eller tjänster som är försedda med miljömärke skall antas uppfylla de tekniska specifikationer som fastställs i specifikationerna. Myndigheten skall dock godkänna all annan lämplig dokumentation, t.ex. teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.”

Den föreslagna bestämmelsen om miljömärkning innebär inte någon ändring av gällande rätt utan är ett förtydligande vad gäller möjligheten att i den tekniska beskrivningen av föremålet hänvisa till kriterier för miljömärken. I LOU har bestämmelsen i allt väsentligt redan införlivats.³

Ytterligare utredning om kriterier och krav på jämställdhetshänsyn

NOU har på uppdrag av regeringen tagit fram en antidiskrimineringsklausul som kan användas i offentliga kontrakt. Klausulen innefattar bl.a. krav på att jämställdhetslagen följs i entreprenad- och tjänstekontrakt av viss varaktighet som utförs i Sverige. Utredningen innehåller en beskrivning av vilka omständigheter som måste beaktas och en analys av konsekvenserna för småföretag. Antidiskrimineringsklausulen är utformad som ett **särskilt villkor** ”... för hur uppdraget skall genomföras”.⁴

Mot bakgrund av EG-direktiven och EG-domstolens uttalande i bl.a. den så kallade Beentjes- domen⁵ instämmer NOU i FRIJA:s bedömning avseende kvalificeringskraven. NOU anser att det är oförenligt med upphandlingsdirektiven att sträcka ut **kvalificeringskraven** till att omfatta annat än leverantörens

³ 1 kap. 12 § LOU som trädde i kraft den 1 juli 2002.

⁴ Denna typ av villkor regleras i 1 kap. 18 b § och 6 kap 10 a § LOU efter förebild av de föreslagna upphandlingsdirektiven.

⁵ EG-domstolens dom i mål 31/87, Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna. Se även EG-domstolens dom i mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike.

ekonomiska förmåga och finansiella ställning samt tekniska förmåga och kapacitet.

NOU har i sin rapport om antidiskrimineringsklausuler förordat att regeringen låter utreda möjligheterna att införliva antidiskrimineringshänsyn i nationell lagstiftning på så sätt att överträdelser av antidiskrimineringslagstiftningen betraktas som en **grund för uteslutning av anbudsgivare**, dvs. utgör ett uteslutningsgrundande ”allvarligt fel i yrkesutövningen”⁶. Vilka överträdelser som avses måste enligt NOU:s tolkning av kommissionens meddelande⁷ framgå av svensk lag – förslagsvis LOU eller antidiskrimineringslagarna.

Många men sannolikt inte samtliga av de föreslagna kriterierna för jämställdhetsmärkning samt certifiering av verksamheter i jämställdhetshänseende är förenliga med upphandlingslagstiftningens bestämmelser om krav på varor och tjänster som skall framgå av den **tekniska specifikationen**. Det är komplicerat för upphandlare att göra bedömningen av vilka krav som får beaktas och vilka som ligger utanför ramen för LOU m.m. Bedömningen av laglighet och lämplighet måste göras i varje enskilt fall mot bakgrund av föremålet för upphandlingen och omständigheterna i övrigt. Det kan nämnas att regeringen på området ekologisk hållbar upphandling inrättat en delegation (EKU-delegationen)⁸ som utarbetat ett Internetbaserat verktyg för att ställa miljökrav i samband med offentlig upphandling.⁹

Vidare behövs sannolikt göras konsekvensanalyser (konsekvenser för småföretag), särskilt i de fall märkningens eller certifieringens kriterier skall vara obligatoriska krav i offentliga upphandlingar. NOU föreslår, mot bakgrund av den offentliga upphandlingens behov och reglering, ytterligare utvecklingsarbete motsvarande det som sker på miljöområdet. Arbetet bör syfta till att säkerställa att de krav som uppställs för märkning respektive certifiering kan godtas vid offentlig upphandling.

Det är sannolikt möjligt att i viss mån ta jämställdhetshänsyn i form av ett **tilldelningskriterium/ utvärderingskriterium**. Det är dock oklart i vilken utsträckning detta får ske framförallt med beaktande av EG-domstolens dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99 (”finska bussarna”). Enligt domstolen skall kriterierna bl.a. ha ett samband med föremålet för kontraktet, inte ge myndigheten obegränsad valfrihet och vara förenliga med alla grundläggande gemenskapsrättsliga principer. Möjligheten att beakta jämställdhetshänsyn vid tilldelningen av anbud/anbudsutvärderingen bör enligt NOU analyseras ytterligare mot bakgrund av nämnda rättsfall.

⁶ Jämför med 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU.

⁷ KOM(2001)566 slutlig, Bryssel den 15 oktober 2001, sid. 11.

⁸ Utredningsdirektiv M1998:8 och tilläggsdirektiv 2000:54.

⁹ Det Internetbaserade verktyget drivs vidare efter det att delegationens arbete avslutades hösten 2001.

Datum
2002-10-23

Vår beteckning
2002/0134-22

Internationell spridning

I den mån det av utredningen föreslagna systemet för märkning respektive certifiering är tillämpligt vid offentlig upphandling är det givetvis en fördel för den gränsöverskridande handeln att systemet får en internationell spridning.

Att systemet internationaliseras underlättar för den offentliga upphandlingen i den mån märkningen och certifieringen kan användas som bevis vid offentlig upphandling.

NOU uttalar sig inte i frågan huruvida regeringsuppdraget åt SIS Miljömärkning AB behöver föregås av en offentlig upphandling enligt LOU.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 oktober 2002, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, rättssakkunniga Gunilla Hulting, chefsjuristen Erland Olausson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Åsa Edman. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandes förslag och de ändringar som beslutats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Åsa Edman