

Datum	Vår beteckning
2002-05-31	2002/0019-28
Era datum	Era beteckningar
2002-01-17	Fi2002/422
2002-03-27	Fi2002/422

Regeringen  
Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på uppdrag av regeringen (2002-01-17) tagit fram exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i kontrakt som tilldelas i offentlig upphandling. Vidare har NOU enligt tilläggsuppdrag (2002-03-27) utrett konsekvenserna för små företag vid tillämpningen av klausulexemplet. Uppdragen redovisas i den bifogade rapporten.

Beslut om utformning av rapporten har fattats vid nämndsammanträde den 23 maj 2002. Vid nämndsammanträdet deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, föredraganden Charlotte Hedberg och avdelningsdirektören Lisbeth Johnson. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Åsa Edman. Beslutet expedieras i enlighet med föredraget förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Åsa Edman

## INNEHÅLLSFÖRTECKNING

<b><u>1 Sammanfattning</u></b>	<b>3</b>
<b><u>2 NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul</u></b>	<b>4</b>
<b><u>3 Uppdraget</u></b>	<b>6</b>
<u>3.1 Huvuduppdraget</u>	6
<u>3.2 Tilläggsuppdraget</u>	7
<b><u>4 Frågans tidigare behandling</u></b>	<b>7</b>
<b><u>5 Om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt</u></b>	<b>9</b>
<u>5.1 Vad är en antidiskrimineringsklausul?</u>	9
<u>5.2 Förutsättningar för användning av antidiskrimineringsklausuler</u>	9
<u>5.3 Vad ska man tänka på vid utformning av antidiskrimineringsklausuler?</u>	10
<u>5.4 I vilka upphandlingar kan antidiskrimineringsklausuler användas?</u>	11
<u>5.5 Var skall antidiskrimineringsklausuler anges?</u>	12
<u>5.6 Vad händer om anbudsgivaren inte accepterar antidiskrimineringsklausulen?</u>	13
<u>5.7 Vad händer om leverantören bryter mot en antidiskrimineringsklausul under avtalstiden?</u>	13
<u>5.8 Vad gäller för underleverantörerna?</u>	16
<u>5.9 Kontroll av efterlevnad av antidiskrimineringsklausuler</u>	17
<b><u>6 Konsekvenser för småföretagen</u></b>	<b>18</b>
<u>6.1 Allmänt om tilläggsuppdraget</u>	18
<u>6.2 Problembeskrivning</u>	18
<u>6.3 Metod</u>	18
<u>6.4 Redovisning av enkätsvar</u>	19
<u>6.5 Konsekvensbeskrivning</u>	21
<u>6.6 Slutsatser</u>	25
<b><u>7 Samrådsorganisationernas och NOU:s synpunkter på antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling m.m.</u></b>	<b>27</b>
<u>7.1 Samråd</u>	27
<u>7.2 Sammanfattning av samrådsorganisationernas generella ståndpunkter</u>	27
<u>7.3 NOU:s synpunkter på antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling m.m.</u>	29

## BILAGOR

1. Regeringsuppdraget
2. Tilläggsuppdraget
3. Rättsläget
4. Kort om antidiskrimineringslagarna och diskrimineringsombudsmännen
5. Enkät till små företag
6. Enkät till kommuner, landsting och statliga myndigheter

## 1 Sammanfattning

NOU har på uppdrag av regeringen utarbetat ett exempel på antidiskrimineringsklausul som kan användas i upphandlingskontrakt. NOU:s klausulexempel innebär att leverantören vid utförande av uppdrag i Sverige skall följa jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning. Mot bakgrund av EG-kommissionens tolkning av gemenskapsrätten anser NOU att klausulen inte kan omfatta varuupphandlingar.

Klausulexemplet innehåller en skyldighet för leverantören att vid vite skriftligen redovisa till den upphandlande enheten vilka åtgärder som leverantören vidtar i syfte att följa den angivna antidiskrimineringslagstiftningen.

Bryter leverantören mot förpliktelserna i antidiskrimineringsklausulen under utförandet av uppdraget riskerar han att få betala avtalsvite till den upphandlande enheten. Om avtalsbrottet är av väsentlig betydelse kan grund för hävning föreligga enligt sedvanliga avtalsrättsliga principer.

NOU har tagit fram en klausul som skall kunna ha en så generell tillämpning som möjligt i samband med upphandling av tjänster samt bygg- och anläggningsentreprenader som utförs i Sverige. Det ankommer dock alltid på den upphandlande enheten att besluta om antidiskrimineringsklausulens exakta utformning och lämplighet i den enskilda upphandlingen. För att arbeta med antidiskrimineringsklausuler krävs goda kunskaper om upphandlings- och antidiskrimineringslagstiftningen samt resurser för uppföljning av ställda krav. För tolkning av och information omkring antidiskrimineringslagstiftningens tillämpning kan de upphandlande enheterna och leverantörerna söka råd och stöd hos diskrimineringsombudsmännen.

NOU:s klausul förutsätter att avtalsförhållandet är av viss varaktighet. Vidare reglerar den föreslagna klausulen enbart förhållandet mellan den upphandlande enheten och den leverantör som skriver under kontraktet. NOU:s klausul är utformad på sådant vis att den skall omnämnas i annonsen samt anges i sin helhet i förfrågningsunderlaget och kontraktet.

## 2 NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul

### ***Viktigt att beakta***

- NOU:s klausulexempel bygger på att den upphandlande enheten dels omnämner antidiskrimineringsklausulen i annonsen, dels anger klausulen i fulltext i förfrågningsunderlaget.
- Klausulens fullständiga utformning skall ordagrant överföras till kontraktet.
- Om den upphandlande enheten avser att enbart skriva in klausulen i annonsen skall den fullständiga texten anges där.
- Vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU behöver klausulen anges endast i förfrågningsunderlaget.
- Klausulens lämplighet skall bedömas i varje enskild upphandling samt utformas mot bakgrund av myndighetens behov och det som upphandlas. Klausulen skall i § 3-4 kompletteras med procentsatser.

### ***Text i annonsen***

Den upphandlande enheten tillämpar en antidiskrimineringsklausul i kontraktet med leverantören. Klausulens lydelse anges i förfrågningsunderlaget.

### Text i förfrågningsunderlaget som skall överföras till upphandlingskontraktet

- § 1 Leverantören skall vid utförande av den avtalade tjänsten/entreprenaden i Sverige följa vid varje tid gällande antidiskrimineringslagstiftning. De lagar som avses är jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.
- § 2 Leverantören är under uppdragstiden skyldig att på begäran av den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelse enligt § 1. Tiden för redovisning skall vara minst en vecka om inte längre tid överenskommit.
- § 3 Leverantören skall erlägga vite till den upphandlande enheten med (x) procent av det prisbasbelopp, enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring, som gäller vid avtalets tecknande om leverantören inte inom föreskriven tid lämnat sådan skriftlig redogörelse som anges i § 2 eller om redogörelsen är uppenbart bristfällig. Den upphandlande enheten får inte utkräva vite om det på annat sätt framstår som uppenbart att leverantören följer § 1.
- § 4 Leverantören skall erlägga vite till den upphandlande enheten med (y) procent av kontraktets värde per påbörjad kalendervecka om den upphandlande enheten kan visa att de åtgärder som redovisats enligt § 2 inte är tillräckliga för att avhjälpa överträdelser av § 1. Vitet utgår från dagen då redovisning skall ske enligt § 3 till dess att tillräckliga åtgärder vidtagits, dock med maximalt (z) procent av kontraktets värde.
- § 5 Vitet i §§ 2-3 förfaller till betalning vid anfordran. Upplupet vite får avräknas den avtalade ersättningen för uppdraget. Vite som begärts in på felaktig grund skall återbetalas till leverantören.

§§ 3-4 gäller endast om procentsatserna angivits.

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

Gemensam webbplats: [www.antidiskriminering.nu](http://www.antidiskriminering.nu)

## 3 Uppdraget

### 3.1 Huvuduppdraget

#### 3.1.1 Ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler

Regeringen har den 21 januari 2002 beslutat att ge NOU i uppdrag (bilaga 1) att ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler att användas i kontrakt som tilldelas vid offentlig upphandling. Klausulerna skall enligt uppdraget utgöra exempel på villkor för att främja likabehandling i arbetslivet oavsett kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Klausulerna skall också utgöra exempel på åtaganden av en leverantör att följa diskrimineringsförbud i lag och därtill kopplade rättsföljder om leverantören överträder ett diskrimineringsförbud. Klausulerna skall vara förenliga med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och EG-fördragets bestämmelser.

#### 3.1.2 Avgränsning av uppdraget

Regeringen anger i prop. 2001/2002:142 att antidiskrimineringsklausuler utgör särskilda kontraktsvillkor för hur uppdrag skall genomföras.<sup>1</sup> Dessa villkor särskiljer sig från "vanliga" kontraktsvillkor såtillvida att de saknar direkt koppling till det som upphandlas eller till leverantörens förmåga eller lämplighet att leverera föremålet för upphandlingen. Mot bakgrund av nämnda proposition anser NOU att uppdraget inte kan omfatta möjligheten att ta antidiskrimineringshänsyn vid kvalificering av leverantörer eller såsom antidiskrimineringskrav i den tekniska kravspecifikationen. Uppdraget kan inte heller anses omfatta utformning av utvärderingskriterium som innefattar antidiskrimineringshänsyn. Därmed omfattar NOU:s klausulexempel t.ex. inte *lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan* (likabehandlingslagen) eller förbudet mot olaga diskriminering i *brottsbalkens 16 kap. 9 §*. De krav på likabehandling som regleras i likabehandlingslagen kan sannolikt ställas på anbudsgivaren i förfrågningsunderlagets kravspecifikation/uppdragsbeskrivning i samband med upphandlingar som högskolorna gör för att lägga ut verksamhet på entreprenad. Dessa krav kan i de flesta fall direkt kopplas till tjänstens eller entreprenadens utförande. Detsamma gäller beträffande den straffrättsliga bestämmelsen om olaga diskriminering som dock har ett vidare tillämpningsområde.

NOU anser att det är viktigt och angeläget att bekämpa diskriminering och att människor behandlas lika oavsett kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Att vid offentlig upphandling ställa sådana krav som inte har direkt koppling till det som upphandlas är dock något nytt för de upphandlande enheterna, deras

---

<sup>1</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 44.

inköpare samt leverantörerna. Sannolikt behöver de allra flesta upphandlande enheter skaffa kompetens för att ställa och följa upp sådana krav.

Vidare anges i regeringsuppdraget att klausulexemplet skall vara förenligt med LOU och EG-fördragets bestämmelser. Allt detta sammantaget med regeringsuppdragets korta utredningstid har föranlett NOU att begränsa sitt klausulexempel till att omfatta krav på leverantören att följa gällande arbetsrättsliga antidiskrimineringslagar, vilka förmodas vara förenliga med gemenskapsrätten. NOU vill dock understryka att det är EG-domstolen som slutgiltigt avgör vad som är förenligt med EG-rätten.

Användningen av de föreslagna särskilda kontraktsvillkoren och NOU:s klausulexempel skall utvärderas senast två år efter det att regeln trätt i kraft.<sup>2</sup> I samband med denna utvärdering får NOU:s klausulexempel ses över och vid behov ändras.

### 3.2 Tilläggsuppdraget

Den 27 mars 2002 beslutade regeringen att uppdra åt NOU att göra en konsekvensanalys av användningen av antidiskrimineringsklausuler. Uppdraget avser en analys av de ekonomiska, administrativa och praktiska konsekvenserna för små företag som användningen av de av NOU framtagna klausulexemplen kan leda till. Konsekvensanalysen skall baseras på den checklista som redovisas i förordningen (1998:1820) om särskild konsekvensanalys av reglers effekter för små företags villkor. Inom uppdragstiden skall även samråd ske. Konsekvensanalysen redovisas i avsnitt 6.

NOU har beviljats förlängning av utredningstiden för båda uppdragen till den 31 maj 2002.

## 4 Frågans tidigare behandling

Möjligheten att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt har utretts i Sverige sedan mitten av 1990-talet. Frågan initierades av Diskrimineringsutredningen i betänkandet *Räkna med mångfald!*<sup>3</sup> som fick stöd av Utredningen om invandrares svårigheter gällande företagande i betänkandet *Invandrare som företagare*<sup>4</sup>.

Regeringen överlämnade den 7 februari 2001 till riksdagen skrivelsen *En nationell handlingsplan mot rasism, främlingsfientlighet, homofobi och diskriminering*. I den anges att regeringen kommer att arbeta med inriktning

---

<sup>2</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 89.

<sup>3</sup> SOU 1997:174.

<sup>4</sup> SOU 1999:49.

mot att de möjligheter som kan finnas att använda antidiskrimineringsklausuler verkligen utnyttjas.

Upphandlingskommittén utredde i sitt slutbetänkande *Mera värde för pengarna*<sup>5</sup> de rättsliga möjligheterna att beakta antidiskrimineringshänsyn under upphandlingsprocessen och i upphandlande kontrakt. Något senare under samma år presenterade EG-kommissionen sin tolkning av gemenskapsrätten beträffande möjligheterna att beakta sociala hänsyn – däribland också antidiskrimineringshänsyn – i samband med offentlig upphandling.<sup>6</sup>

Möjligheterna att beakta mångfaldshänsyn i samband med offentlig upphandling har behandlats i rapporten *Mångfald och offentlig upphandling*.<sup>7</sup> Integrationsverket har också utrett frågan i rapporten *Ingen diskriminering med skattemedel!*<sup>8</sup>

Vidare har några statliga myndigheter, kommuner och landsting i Sverige tagit beslut om att använda antidiskrimineringsklausuler i sina upphandlingskontrakt. Även fackförbund har utarbetat förslag till klausuler som innehåller antidiskrimineringshänsyn. Antidiskrimineringsklausuler har dock enligt inhämtade uppgifter hittills används i mycket begränsad omfattning vid upphandling i stat, kommun och landsting.

I Storbritannien och Danmark har man utrett respektive arbetat med möjligheterna att beakta antidiskriminerings- samt andra sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling som omfattas av gemenskapsrätten.<sup>9</sup> Någon utvärdering av detta arbete finns dock inte.

---

<sup>5</sup> SOU 2001:31.

<sup>6</sup> Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, Bryssel den 10.10.2001, KOM(2001)566 slutlig.

<sup>7</sup> *Mångfald och offentlig upphandling*, dnr 1997/0197-29, 2001-03-20. NOU har genom Michael Slavicek erhållit ett bidrag från VINNOVA för en fördjupad analys av möjligheterna att inom ramen för LOU ställa icke-ekonomiska krav på leverantörerna.

<sup>8</sup> *Ingen diskriminering med skattemedel! Avtalsklausuler mot diskriminering vid offentlig upphandling*, Integrationsverkets rapportserie 2000:7.

<sup>9</sup> Rapport fra Udvalget om sociale klausuler, januari 2000 och Sociala klausuler i praksis, Ervervsministeiet, september 2000 och Commission for Racial Equality, Racial Equality and council contractors, juli 1998.

## 5 Om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt

### 5.1 Vad är en antidiskrimineringsklausul?

En ny bestämmelse föreslås i LOU vilken anger att den upphandlande enheten får ställa särskilda villkor för hur uppdraget skall genomföras.<sup>10</sup> Denna bestämmelse bygger på EG-kommissionens tolkning av EG-domstolens praxis<sup>11</sup> samt de förslag till ändringar av upphandlingsdirektiven<sup>12</sup> som för närvarande är under utarbetande. Antidiskrimineringsklausuler utgör enligt regeringens förslag en form av särskilda villkor.<sup>13</sup>

Enligt propositionen och regeringsuppdraget är antidiskrimineringsklausuler t.ex. krav på leverantören att vid genomförandet av upphandlingskontraktet, främja likabehandling i arbetslivet oavsett kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Antidiskrimineringsklausuler kan också vara ett krav på leverantören att vid genomförandet av kontraktet respektera lagstadgade diskrimineringsförbud<sup>14</sup> på ovan nämnda grunder.<sup>15</sup> NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul i avsnitt 2 har utarbetats efter samråd med diskrimineringsombudsmännen, fackliga organisationer, kommun- och landstingsförbund samt näringslivsorganisationer.

Klausulexemplet bygger på att leverantörer till upphandlande enheter skall följa svensk antidiskrimineringslagstiftning när uppdrag av viss varaktighet avseende tjänste-, bygg- eller anläggningskontrakt utförs i Sverige.

### 5.2 Förutsättningar för användning av antidiskrimineringsklausuler

Beslutsfattarna inom kommunen, landstinget eller den statliga myndigheten behöver avsätta resurser för att använda, följa upp och utvärdera antidiskrimineringsklausulen samt driva en eventuell tvist med anledning av överträdelser av klausulen. Vidare kan det vara lämpligt att beslutsfattarna tar del i bedömningen av vitespåföljdens omfattning (se avsnitt 2). Antidiskrimineringsklausulens särskilda innehåll får anses vara något nytt för den offentliga upphandlingen och därmed inget som hittills ingått i inköparnas arbetsuppgifter. För att antidiskrimineringsklausulen skall få önskad effekt krävs dock uppföljning vilken i sin tur förutsätter kompetens att bedöma klausulens krav (i NOU:s exempel motsvarar det

<sup>10</sup> Se 1 kap. 18 b § och 6 kap. 10 a § LOU i prop. 2001/2002:142, sid. 9 och 12.

<sup>11</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2001)566 slutlig, sid. 19 f.

<sup>12</sup> Kommissionens ändringsförslag presenterades i maj 2000 (KOM[2000]275slutlig).

<sup>13</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 44.

<sup>14</sup> Innehållet i de olika antidiskrimineringslagarna beskrivs närmare i bilaga 3.

<sup>15</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 44 f. och regeringsuppdrag till NOU, Regeringskansliets dnr Fi2002/422.

antidiskrimineringslagarnas krav). Diskrimineringsombudsmännen m.fl. kan visserligen bistå med råd och stöd i viss omfattning men huvudansvaret för uppföljningen måste enligt ombudsmännens bedömning ligga på den upphandlande enheten.

## **5.3 Vad ska man tänka på vid utformning av antidiskrimineringsklausuler?**

### **5.3.1 De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna**

Vid all offentlig upphandling och således även vid användning av antidiskrimineringsklausuler skall den upphandlande enheten beakta de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Dessa principer är icke-diskrimineringsprincipen, likabehandlingsprincipen, principen om öppenhet och förutsebarhet, proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande. Principerna beskrivs utförligare nedan samt i bilaga 3.

### **5.3.2 Likabehandling av leverantörerna**

Antidiskrimineringsklausulen skall utformas på ett objektivt sätt och gälla lika för alla leverantörer som avser att lämna anbud (se även bilaga 3). Klausulen får inte utformas så att den direkt eller indirekt diskriminerar anbudsgivare från andra medlemsstater. Det innebär att det inte får vara svårare för utländska leverantörer än svenska leverantörer att uppfylla antidiskrimineringsklausulens krav. Kommissionen framhåller att det förefaller svårare att tillämpa dylika kontraktsvillkor i varukontrakt. 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 ooberättigat handelshinder.<sup>16</sup> NOU:s klausulexempel är därför utformat på sådant sätt att det endast omfattar upphandlingar som avser anskaffning av tjänster, bygg- eller anläggningsentreprenader som skall utföras i Sverige.

NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul innehåller ett krav på leverantören att följa gällande arbetsrättslig antidiskrimineringslagstiftning när det upphandlade uppdraget utförs i Sverige. Att följa svensk lagstiftning i Sverige kan inte innebära att leverantörer från andra medlemsländer diskrimineras om den ifrågavarande lagstiftningen är förenlig med gemenskapsrätten. NOU förutsätter att de svenska antidiskrimineringslagarna är förenliga med gemenskapsrätten vilket medför att NOU:s klausulexempel inte är vare sig direkt eller indirekt diskriminerande mot leverantörer från andra medlemsländer.

---

<sup>16</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2001)566 slutlig, sid. 19.

### 5.3.3 Proportionerliga krav

En antidiskrimineringsklausul skall stå i proportion till det enskilda upphandlingskontraktet (se även bilaga 3). Denna princip innebär bland annat att antidiskrimineringsklausulen endast kan avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av upphandlingskontraktet. Regeringen anser att ett mera 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 kontraktet.<sup>17</sup> Principen innebär också att kontrollåtgärderna och eventuella påföljder endast får omfatta den del av leverantörens verksamhet som är inblandad i genomförandet av upphandlingskontraktet.

Vid användning av såväl NOU:s exempel som myndighetens egna antidiskrimineringsklausuler får proportionalitetsprincipen anses kräva att avtalsrelationen har en viss varaktighet. När det gäller korta kontraktsförhållanden är det givetvis också angeläget att diskriminering motverkas men mot bakgrund av de i många fall nästan obefintliga kontrollmöjligheterna är det mycket tveksamt med långtgående krav i dessa fall. Eftersom det är en självklarhet behöver det knappast upprepas att antidiskrimineringslagarna gäller oavsett antidiskrimineringsklausulens omfattning.

För det fall att den upphandlande enheten avser att ta fram egna antidiskrimineringsklausuler är det viktigt att göra en bedömning om klausulens proportionalitet vid varje enskild upphandling. En klausul kan nämligen vara proportionerlig i en upphandling men inte i en annan.

## 5.4 I vilka upphandlingar kan antidiskrimineringsklausuler användas?

Tillämpningsområdet för antidiskrimineringsklausuler är enligt resonemanget ovan begränsat till upphandling av tjänster samt bygg- och anläggningsarbeten med hänsyn till att det är fråga om villkor för uppdragets genomförande. I lagförslaget anges dock att bestämmelsen om särskilda villkor, som t.ex. antidiskrimineringsklausuler, är tillämplig även vid upphandlingar enligt 2 och 6 kap. LOU, dvs. också vid varuupphandlingar.<sup>18</sup> Anskaffningar av varor och tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten där varudelen utgör det största värdet skall upphandlas enligt bestämmelserna i 2 kap. alternativt 6 kap. LOU beroende på upphandlingens värde. I dessa upphandlingar kan särskilda kontraktsvillkor, som antidiskrimineringsklausuler, komma ifråga i den del varukontrakten består av tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 95.

<sup>18</sup> Prop. 2001/2002:142 sid. 9 och 12.

<sup>19</sup> Prop. 2001/2002:142 sid. 95.

Som nämnts i avsnitt 5.3.3 bör det tjänste-, bygg- eller anläggningskontrakt där klausulen skall ingå, ha en viss varaktighet. NOU:s klausulexempel omfattar därutöver enbart sådana uppdrag som utförs i Sverige eftersom kravet i klausulen avser tillämpning av svensk lagstiftning.

## 5.5 Var skall antidiskrimineringsklausuler anges?

### 5.5.1 Antidiskrimineringsklausulen i annonsen

Antidiskrimineringsklausuler, som utgör en form av särskilda villkor, skall enligt lagförslaget anges i annonsen i de fall upphandlingen överstiger tröskelvärdena och omfattas av 2-5 kap. LOU.<sup>20</sup> Regeringens förslag om särskilda villkor bygger på kommissionens förslag till ändring av upphandlingsdirektiven som förväntas bli antagna inom det närmaste året.<sup>21</sup> Mot bakgrund av dessa förslag tolkar NOU de särskilda villkoren i prop. 2001/2002:142 på sådant sätt att det får anses tillräckligt att ange i annonsen att den upphandlande enheten avser att tillämpa antidiskrimineringsklausuler i kontraktet med leverantören. Annonsen blir alltför omfattande om den skall innehålla klausulexemplet i sin helhet (se avsnitt 2).<sup>22</sup>

Vid förenklade upphandlingar och urvalsupphandlingar, dvs. upphandlingar under tröskelvärdena och av B-tjänster oavsett värde m.m., föreslår regeringen att antidiskrimineringsklausulen skall anges i förfrågningsunderlaget om den inte anges i annonsen respektive ansökningsinbjudan.<sup>23</sup>

Bestämmelserna om särskilda kontraktsvillkor föreslås träda ikraft den 1 juli 2002.

### 5.5.2 Antidiskrimineringsklausulen i förfrågningsunderlaget

NOU:s antidiskrimineringsklausul skall anges i sin helhet i förfrågningsunderlaget. Om den upphandlande enheten utformar egna klausuler anser NOU att dessa bör framgå i sin helhet av förfrågningsunderlaget även om så inte uttryckligen krävs vid upphandlingar enligt 2-5 kap. LOU.

I de fall som annonsering inte krävs vid upphandling enligt 2-5 kap. får det anses tillräckligt att den upphandlande enheten anger klausulen i förfrågningsunderlaget.

---

<sup>20</sup> 1 kap. 18 b § LOU, prop. 2001/02:142, sid. 9.

<sup>21</sup> Den 21 maj 2002 nåddes en politisk överenskommelse i Ministerrådet avseende utformningen av upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn. Direktivförslagen skall därefter till Europaparlamentet för en andra läsning.

<sup>22</sup> Enligt 1 kap. 10 § LOU får annonsen vid upphandling enligt 2, 3 och 5 kap. inte vara längre än en sida i Europeiska gemenskapernas officiella tidning.

<sup>23</sup> 6 kap. 10 a § LOU, prop. 2001/2002:142, sid. 12.

### **5.5.3 Antidiskrimineringsklausulen i kontraktet**

NOU:s klausulexempel skall föras över ordagrant från förfrågningsunderlaget till det kontrakt som skall undertecknas av den upphandlande enheten och den eller de leverantörer som tilldelats uppdraget.

## **5.6 Vad händer om anbudsgivaren inte accepterar antidiskrimineringsklausulen?**

Antidiskrimineringsklausulen är en förpliktelse som skall uppfyllas vid genomförandet av kontraktet. Klausulen måste accepteras av den anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet. EG-kommissionen anser dock att det är tillräckligt att anbudsgivaren, när han lämnar sitt anbud, åtar sig att uppfylla villkoret vid händelse av att han tilldelas kontraktet. Ett anbud från en anbudsgivare som inte accepterar ett sådant villkor överensstämmer inte med kravspecifikationen och kan därför inte godtas.<sup>24</sup>

Antidiskrimineringsklausulens krav behöver däremot inte vara uppfyllda redan vid den tidpunkt då leverantören lämnar sitt anbud.<sup>25</sup> Det räcker enligt kommissionens tolkning att leverantören uppfyller kraven vid genomförandet av kontraktet.

Det är viktigt att den upphandlande enheten i rapporten/protokollet över upphandlingen dokumenterar om en anbudsgivare utesluts ur upphandlingen på grund av att denne uttryckligen inte accepterar en antidiskrimineringsklausul.<sup>26</sup>

## **5.7 Vad händer om leverantören bryter mot en antidiskrimineringsklausul under avtalstiden?**

### **5.7.1 Skriftlig redovisning**

Används antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt bör den upphandlande enheten i förväg överväga vilka sanktioner som skall knytas till antidiskrimineringsvillkoren för den händelse att leverantören inte lever upp till dessa vid genomförandet av kontraktet. I propositionen anges sanktioner såsom ett i kontraktet förutbestämt vite eller hävning.<sup>27</sup> Eftersom målet är att öka efterlevnaden av kraven i antidiskrimineringsklausulerna har NOU i

---

<sup>24</sup> NOU anser att denna tolkning tyder på att kommissionen anser att särskilda villkor är en del av upphandlingsprocessen. I detta hänseende synes det som om kommissionen har beaktat EG-domstolens dom i mål C-225/98 (franska skolmålet).

<sup>25</sup> Kommissionen tolkningsmeddelande, KOM(2001)566 slutlig, sid. 19.

<sup>26</sup> Se 1 kap. 11 § och 6 kap. 13 § LOU.

<sup>27</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 44.

samråd med diskrimineringsombudsmännen utformat antidiskrimineringsklausulen på sådant sätt att sanktionen skall föregås av en skriftlig dialog mellan parterna.

I klausulexemplet stadgas att leverantören skall, inom angiven tid, skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits i syfte att leva upp till antidiskrimineringskraven. NOU vill understryka att en begäran om redovisning bör preciseras så att det klart och tydligt framgår vilka uppgifter som den upphandlande enheten vill att leverantören skall besvara. Det är särskilt viktigt eftersom en otillfredsställande redovisning kan leda till viteskrav. Den upphandlande enheten kan vända sig till diskrimineringsombudsmännen för råd och stöd omkring vilka uppgifter som kan begäras in.

För att redovisningstiden inte skall bli orimligt kort har NOU angett i klausulexemplet att leverantören skall ha minst en vecka på sig att besvara den upphandlande enhetens begäran. I praktiken krävs att den upphandlande enheten tar hänsyn till om det behövs längre tid, vilket skall anpassas till omfattningen av det som ska redovisas. Det är viktigt att det klart och tydligt framgår för leverantören när den skriftliga redovisningen senast skall vara inlämnad. Först om den skriftliga redovisningen uteblir eller är uppenbart bristfällig kommer vitessanktionen ifråga.

## 5.7.2 Avtalsvite

### *Fast vite för utebliven och uppenbart bristfällig redovisning*

För att lägga tyngd bakom den upphandlande enhetens begäran om redovisning kopplas denna skyldighet för leverantören till ett fast vite motsvarande maximalt en viss, av den upphandlande enheten angiven, procent av det prisbasbelopp som anges i lagen (1962:381) om allmän försäkring. Vid kontrakt som sträcker sig över flera år skall det prisbasbelopp tillämpas som gällde vid avtalets ingående. Den upphandlande enheten skall i varje enskild upphandling göra en bedömning av det fasta vitets storlek utifrån upphandlingens karaktär och beloppsmässiga omfattning. Vitets storlek skall framgå av klausulen som anges i förfrågningsunderlag och kontrakt.

Mot bakgrund av att denna typ av krav är nya i samband med offentlig upphandling och att utebliven eller uppenbart bristande redovisning inte behöver betyda att antidiskrimineringskraven inte beaktas på leverantörens arbetsplats anser NOU att lämplig nivå på vitet kan vara ca 5 procent av prisbasbeloppet. Enligt 2002 års prisbasbelopp motsvarar detta 1895 kr.

Framstår det på annat sätt än genom redovisning som uppenbart för den upphandlande enheten att leverantören följer antidiskrimineringskraven i klausulen får enheten inte utkräva något vite.

### *Löpande vite vid pågående överträdelser*

NOU:s klausulexempel har utformats på sådant sätt att om den upphandlande enheten kan visa att de åtgärder som redovisats (avsnitt 5.7.1) inte är tillräckliga för att avhjälpa överträdelser av antidiskrimineringskraven, dvs. antidiskrimineringslagarna i klausulens § 1, skall vite utgå om en viss angiven procent av kontraktets värde per påbörjad kalendervecka. Den upphandlande enheten skall ange vitets omfattning i klausulen som i sin tur, enligt NOU:s klausulexempel, skall framgå av förfrågningsunderlag och kontrakt.

Det kan dock vara svårt att fastställa ett lämpligt belopp eftersom det saknas praxis avseende vitessanktionerade antidiskrimineringsklausuler. Den upphandlande enheten kan möjligen finna ledning i hur olika branscher reglerar nivåerna för dröjsmålsviten i sina standardavtal. Vid en sådan jämförelse visar det sig att vitesnivåerna ligger på ca 0,5 procent per vecka av det avtalade priset på det försenade godset eller kontraktssumman. Vidare begränsas oftast vitet i dessa sammanhang till maximalt 7,5 procent av det försenade godsets avtalade pris eller kontraktssumman. För att NOU:s klausulexempel skall vara tillämpligt skall den upphandlande enheten ange procentsatser i klausulexemplet (se § 3-4 avsnitt 2). NOU rekommenderar att vitet sätts till ca 0,2 procent per vecka och begränsas till maximalt 3 procent av kontraktssumman.

Vitet skall utgå fr.o.m. dagen då den skriftliga redovisningen skall ske till dess att tillräckliga åtgärder vidtagits. Av denna anledning är det viktigt att det klart framgår vilken dag redovisning skall ske samt att den upphandlande enheten för en dialog med leverantören om vad som skall anses vara tillräckliga åtgärder.

Vid bedömning av huruvida det är visat att överträdelser av antidiskrimineringskraven föreligger samt vilka åtgärder som det kan krävas att leverantören vidtar för att avvärja överträdelser, rekommenderar NOU att den upphandlande enheten kontaktar diskrimineringsombudsmännen. Dessa gör dock inga bedömningar i enskilda upphandlingar men kan ge råd och stöd omkring antidiskrimineringslagarnas krav (se bilaga 4). Det är den upphandlande enheten som bedömer om vite skall utkrävas.

### **5.7.3 Ingen hävningspåföljd i NOU:s klausul**

NOU har övervägt möjligheten att införa hävning som en påföljd i sin antidiskrimineringsklausul. Förvisso är hävning ett kraftfullt instrument som tydliggör den upphandlande enhetens ståndpunkt för leverantören beträffande antidiskrimineringsfrågor. NOU gör dock bedömningen att en hävningspåföljd sannolikt kommer att avskräcka leverantörer – framförallt småföretag – från att delta i offentlig upphandling. Ett sådant försvagande av konkurrensen leder troligen till en ökning av kostnaderna inom den offentliga sektorn. Huvudsyftet med den offentliga upphandlingen, dvs. anskaffa varor

och tjänster, får heller inte glömmas bort. Hävning är ingripande åtgärd för den upphandlande enheten eftersom den normalt medför att enheten måste byta leverantör. Det innebär i sin tur att en ny upphandling måste göras samt att enheten står utan leverantör åtminstone under upphandlingsperioden.

Att NOU:s klausulexempel saknar en explicit hävningspåföljd innebär dock inte att hävning är uteslutet vid överträdelser av de intressen som antidiskrimineringslagarna är satta att skydda. Innehåller avtalet en allmän hävningsklausul kan den kanske bli tillämplig. Om inget särskilt avtalats kan köplagens (1990:931) bestämmelser om hävning få en analog tillämpning på de upphandlade tjänste- och entreprenadkontrakt som omfattas av NOU:s klausul. Det blir domstol som slutligen får avgöra om hävningsgrund föreligger enligt avtal eller köplag.

Som tidigare nämnts skall användningen av de föreslagna särskilda kontraktsvillkoren och NOU:s klausulexempel utvärderas senast två år efter det att regeln trätt i kraft. I samband med denna utvärdering får NOU:s klausul ses över och vid behov ändras.

#### **5.7.4 Tvistlösning**

Är parterna oense huruvida grund för avtalsvite föreligger får tvisten lösas i enlighet med den tvistlösning som valts för kontraktet i övrigt. Saknar kontraktet en tvistlösningsklausul blir det allmän domstol som får lösa tvisten.

Överträdelser av antidiskrimineringslagarna kan bli föremål för prövning i arbetsdomstolen enligt lagen (1976:580) om rättegång vid arbetstvister. En sådan rättegång drivs dock inte av avtalsparterna utan är en tvist mellan arbetstagare/arbetssökande och arbetsgivare.

#### **5.8 Vad gäller för underleverantörerna?**

NOU har i andra sammanhang uttalat att anbudsgivaren till alla delar ansvarar för kontraktets fullgörande, dvs. även i de delar som anbudsgivaren lägger ut på underleverantörer.<sup>28</sup> Detta uttalande avsåg en underleverantörs kapacitet att fullgöra delar av en entreprenad (föremålet för upphandlingen) som upphandlas enligt lagen om offentlig upphandling. Om motsvarande gäller beträffande antidiskrimineringsklausuler innebär detta att den antagne leverantören i praktiken måste ta på sig ett kontrollansvar eller åtminstone förbehålla sig regressrätt gentemot underleverantören.

Ett inte ovanligt förhållande är att huvudentreprenören i en byggupphandling anlitar flera underentreprenörer, i form av små företag<sup>29</sup>, först när det står

---

<sup>28</sup> NOU:s dnr 1997/0070-26. Beslut vid nämndsammanträde 27 augusti 1997.

<sup>29</sup> Enligt uppgift från Sveriges Byggingustrier har mer än tre fjärdedelar av företagen i branschen färre än fem anställda.

klart att kontraktet erhållits. Möjligheten att på förhand kontrollera underleverantörernas regelefterlevnad beträffande antidiskrimineringslagarna saknas sannolikt. Under genomförandet av byggentreprenaden kan en underleverantör komma att dömas för brott mot någon av antidiskrimineringslagarna. Det skulle kunna medföra att den upphandlande enheten med stöd av antidiskrimineringsklausulen utkräver vite av huvudentreprenören motsvarande ett värde av miljontals kronor. Regressrätten gentemot underleverantören saknar sannolikt betydelse eftersom denne i många fall inte kan ersätta en så omfattande ekonomisk skada. I förlängningen skulle detta kunna leda till att små företag utesluts från offentliga byggentreprenader vilket skulle vara olyckligt mot bakgrund av bl.a. den dåliga konkurrens som redan idag föreligger på byggmarknaden. Naturligtvis behöver inte situationen alltid vara sådan att flera små underentreprenörer anlitas i samband med tjänste-, bygg- och anläggningskontrakt. Den upphandlande enheten kan dock inte på förhand förutse vilken typ av leverantörskonstellation som kontrakt kommer att tecknas med.

NOU anser förvisso att klausulexemplet tappar i räckvidd om det inte omfattar underleverantörer men att det trots allt vore alltför långtgående att ställa krav på att leverantören skall ansvara för underleverantörernas regelefterlevnad. NOU:s klausulexempel omfattar därför enbart förhållandet mellan den upphandlande enheten och leverantören som tecknar kontraktet.

## **5.9 Kontroll av efterlevnad av antidiskrimineringsklausuler**

Om den upphandlande enheten använder antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt är det enligt regeringen en självklarhet att uppföljning sker.<sup>30</sup> NOU:s klausulexempel innehåller en rättighet för den upphandlande enheten att av leverantören begära en skriftlig redovisning av de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna i klausulen, dvs. att följa gällande antidiskrimineringslagstiftning. Som exempel kan nämnas inkrävande av en jämställdhetsplan från de leverantörer som sysselsätter minst tio anställda. För råd och stöd vid den upphandlande enhetens uppföljning och bedömning av om leverantörens åtgärder är tillräckliga kan enheten kontakta diskrimineringsombudsmännen (se bilaga 3) för bedömning om en behandling är acceptabel enligt likabehandlingsprincipen i antidiskrimineringslagarna. Ansvar för uppföljningen och bedömningen om sanktionerna skall tillämpas i det enskilda fallet ankommer dock på den upphandlande enheten.

---

<sup>30</sup> Prop. 2001/02:142, sid. 44.

## **6 Konsekvenser för småföretagen**

### **6.1 Allmänt om tilläggsuppdraget**

NOU har som tillägg till regeringsuppdraget fått i uppdrag att analysera vilka ekonomiska, administrativa och praktiska konsekvenser för småföretag som användningen av det av NOU framtagna klausulexemplet kan leda till. Konsekvensanalysen skall baseras på den checklista som redovisas i förordningen (1998:1820) om särskild konsekvensanalys av reglers effekter för små företags villkor. Analysen skall ligga till grund för det slutgiltiga förslaget.

Konsekvensanalysen avser således enbart NOU:s klausulexempel och inte antidiskrimineringsklausuler i allmänhet. Regeringens ställningstagande, att denna typ av klausuler får användas, förefaller vara oberoende av om NOU utformar ett klausulexempel eller inte. Förhoppningsvis leder dock det av NOU framtagna klausulexemplet till att företagen möter mera enhetliga krav från de upphandlande enheterna vilket ger ökad tyngd åt kraven och bättre förutsebarhet för leverantörerna.

Vidare vill NOU påtala att den korta utredningstiden har försvårat möjligheterna att göra en tillfredsställande konsekvensanalys.

### **6.2 Problembeskrivning**

Syftet med regeringsuppdraget är att ta fram en klausul som skall motverka diskriminering och främja likabehandling i arbetslivet oavsett kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. NOU har efter samråd med diskrimineringsombudsmännen kommit fram till att detta på bästa sätt sker genom att öka efterlevnaden av befintliga antidiskrimineringslagar.

De företag som kan komma beröras av NOU:s klausulexempel är de som deltar i offentliga upphandlingar av tjänster och byggentreprenader som leder till kontrakt av viss varaktighet, vilka utförs i Sverige.

### **6.3 Metod**

De praktiska och ekonomiska konsekvenserna är beräknade utifrån flera osäkra variabler. Dels är det frivilligt att tillämpa den föreslagna bestämmelsen om särskilda villkor, dels är det frivilligt att tillämpa NOU:s klausulexempel. Därutöver är uppföljningen av klausulen frivillig. Vidare saknas statistik över antalet offentliga bygg-, anläggnings- och tjänsteupphandlingar som är av mera varaktig karaktär och som utförs i Sverige.

För att kunna göra någon form av bedömning av den tidsåtgång och de kostnader som klausulexemplet kan komma att medföra har NOU gjort två enkätundersökningar (se bilaga 5 och 6). Den ena enkäten skickades ut till ca 60 småföretag och den andra till 32 statliga myndigheter, kommuner och landsting. Med anledning av den korta utredningstiden skickades enkäten direkt till inköpsansvariga på respektive myndighet som ombetts att rådfråga sina beslutfattare beträffande svaret på frågan om klausulexemplets användning.<sup>31</sup>

Femtio av företagen har tagits fram genom slumpmässigt urval. Vidare ingår ca tio företag i undersökningen vilka deltar i nätverket PIST (Privata företag i samhällets tjänst). Företagen som ingår i undersökningen har samtliga färre än 20 anställda samt verkar inom bygg- och anläggningbranschen eller levererar tjänster av olika slag.

De upphandlande myndigheterna har valts ut av Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet och Kammarkollegiets avdelning för inköpssamordning. Tio kommuner ingår i undersökningen varav tre stora, tre mellanstora och fyra mindre. Motsvarande gäller för de tio landsting som valts ut. De flesta av de statliga myndigheterna upphandlar årligen för stora volymer. Ett par mindre myndigheter finns dock representerade.

Samråd med Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet och Näringslivets nämnd för regelgranskning om enkätens utformning har genomförts enligt förordning (1982:668) om statliga myndigheters inhämtande av uppgifter från näringsidkare och kommuner.

## **6.4 Redovisning av enkätsvar**

### **6.4.1 Företagen**

Endast 16 av de ca 60 småföretag som fått enkäten har besvarat den. Av dessa har åtta angivit att de inte deltar i offentliga upphandlingar. Två av de övriga företagen deltar i en till två upphandlingar per år och fyra företag deltar i två till tio upphandlingar per år. Ett företag deltar i tio till femton upphandlingar per år och ett annat företag i ca trettio.

Av de åtta företag som deltar i offentlig upphandling har tre angett att de skulle avstå från att lämna anbud i offentliga upphandlingar där NOU:s klausulexempel tillämpas. Tre företag skulle inte avstå från att delta och ytterligare två företag vet ej. De företag som skulle avstå från att delta i sådana upphandlingar har som skäl angivit att den administrativa/ekonomiska

---

<sup>31</sup> Höstens val kan komma att ändra majoriteten i flera av de tillfrågade kommunerna och landstingen vilket i sin tur kan föranleda andra ställningstaganden beträffande användningen av NOU:s klausul.

bördan samt att rättsosäkerheten ökar. Vidare har ett företag angett som ett principiellt skäl att arbetsmarknadspolitik skall bedrivas i andra forum än i kontrakt mellan entreprenörer och offentlig sektor.

Fem företag har lämnat svar på frågan om hur många timmars arbete klausulexempels krav på skriftlig redovisning bedöms medföra. Företagen har svarat allt från 0 till 100 timmar vilket ger ett genomsnitt om 24,4 timmar per begäran. Samma företag har bedömt sina kostnader per timme för att ta fram den begärda dokumentationen. Företagen har även här svarat olika, allt från 100 kr till 1 000 kr per timme, vilket ger en genomsnittlig kostnad på 650 kronor per timme.

Fem av sju företag svarar att de har kompetens att utforma dokumentation som syftar till att upplysa den upphandlande enheten om hur företaget följer de ifrågavarande antidiskrimineringslagarna. Två av företagen som besvarat frågan anser att de saknar sådan kompetens.

Fyra av sex företag har svarat att NOU:s klausulexempel kommer att missgynna konkurrens på lika villkor inom deras bransch. Två av företagen anser att så inte blir fallet.

#### **6.4.2 De upphandlande myndigheterna**

Av sammanlagt 32 statliga myndigheter, kommuner och landsting<sup>32</sup> som fått enkäten har 25 inkommit med svar. Sju av dessa upphandlande myndigheter har svarat att det är sannolikt att de kommer att använda NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul i sina tjänste-, bygg- eller anläggningsupphandlingar. Nio av de tillfrågade myndigheterna tänker inte använda sig av NOU:s klausulexempel medan fem avser att använda egna antidiskrimineringsklausuler. Fem upphandlande myndigheter har svarat att de inte vet om NOU:s klausulexempel kommer att tillämpas hos dem. Femton av de 25 myndigheter som besvarat enkäten har stämt av svaren med sina beslutsfattare.

Två av myndigheterna har angett att de tänker tillämpa NOU:s klausul i högst 10 upphandlingar per år medan fyra myndigheter tänker tillämpa klausulen i 10-30 upphandlingar per år. En myndighet anger att klausulen kommer att tillämpas i ca 150 upphandlingar per år.

Fyra av de tillfrågade upphandlande myndigheterna bedömer att de kommer att teckna avtal, innehållande NOU:s antidiskrimineringsklausul, med en till tio småföretag per år. Två myndigheter bedömer att de kommer att teckna motsvarande kontrakt med 10-30 småföretag per år. Resterande myndigheter som tänker använda NOU:s klausul vet inte hur många avtal som de kommer att teckna med småföretag.

---

<sup>32</sup> Hädanefter benämns dessa upphandlande myndigheter eller myndigheter.

NOU:s antidiskrimineringsklausul innehåller en möjlighet för den upphandlande myndigheten att begära att leverantören skriftligen redovisar vilka åtgärder han vidtagit med anledningen av förpliktelsen att följa antidiskrimineringslagarna. Fem av de tillfrågade myndigheterna bedömer att de endast kommer att utnyttja denna möjlighet till uppföljning och kontroll vid misstanke om att leverantören överträder sina förpliktelser enligt antidiskrimineringsklausulen. En myndighet bedömer att uppföljning kommer att ske en gång under varje kontrakts löptid. En annan myndighet anger att den tänker ta fram en policy för uppföljning där den sannolikt kommer att skilja på företag beroende på deras storlek.

## 6.5 Konsekvensbeskrivning

### 6.5.1 Klausulens praktiska konsekvenser

Utgångspunkten är att de materiella krav som ställs på leverantören inte innebär några nya materiella förpliktelser beträffande antidiskrimineringsarbete utöver vad som redan föreligger enligt gällande antidiskrimineringslagar. Företag med färre än tio sysselsatta omfattas inte av t.ex. jämställdhetslagens krav på jämställdhetsplan. På så sätt kan det sägas att antidiskrimineringslagarna i sig tar småföretagarhänsyn. Att utöver detta särbehandla en leverantör eller en grupp leverantörer i samband med offentlig upphandling kan inte anses förenlig med likabehandlingsprincipen. Detta innebär enligt NOU:s bedömning att småföretag<sup>33</sup> inte kan ges lättnader i förhållande till större företag i form av undantag från olika former av antidiskrimineringsklausuler.

Klausulexemplet innebär ett krav på leverantören, att på den upphandlande enhetens begäran, skriftligen redovisa sitt arbete med anledning av förpliktelsen att följa antidiskrimineringslagarna. En sådan skyldighet kan utlösas av den upphandlande enheten i samband med misstanke om överträdelse av lagstiftningen eller vid uppföljning på enhetens eget initiativ.

### 6.5.2 Räkneexempel avseende tidsåtgång och ökning av lönekostnader för företagen

#### *Många osäkra variabler*

Beräkningarna vilar som tidigare nämnts på bräcklig grund dels har endast ett fåtal svar inkommit från de utvalda företagen, dels saknas siffror som är nödvändiga för den totala sammanräkningen. Vidare avser resultaten beträffande ökad tidsåtgång och ökade kostnader samtliga företag som deltar i offentlig upphandling, dvs. resultaten omfattar inte enbart företag med 1-19 anställda. Enligt centrala företags- och arbetsställeregistret utgör dessa företag knappt en fjärdedel av det totala antalet företag i Sverige (år 2000). Det finns

<sup>33</sup> Med småföretag avses i rapporten företag som har 1-19 anställda.

dock ingen statistik över att motsvarande siffra gäller för företag som har kontrakt med upphandlande myndigheter. Vidare är det ett okänt antal av dessa företag som levererar sådana tjänster samt bygg- och anläggningsentreprenader som omfattas av NOU:s klausulexempel.

För att illustrera tänkbara konsekvenser av redovisningskravet i NOU:s antidiskrimineringsklausul har ett par beräkningsexempel gjorts. Stor försiktighet bör dock iaktas och några långtgående slutsatser med anledning av dessa exempel kan inte dras. Vidare bör det beaktas att den klausul (bilaga 7) som skickades ut i samband med enkäten hade en annan utformning än den klausul som anges i avsnitt 2.

### ***Beräkningsexempel***

Endast fem av de tillfrågade småföretagen har besvarat frågan om beräknad tid för att besvara en förfrågan om skriftlig redogörelse enligt § 2 i klausulexemplet. Den genomsnittliga tiden är enligt enkätsvaren 24,4 timmar per företag. Svaren visar dock på en spridning från 0 till 100 timmar där medianen ligger på 10 timmar. Räknas ytterlighetsfallet (100 timmar) bort blir genomsnittet 5,5 timmar per begäran och företag. Detta snitt har använts som grund för beräkningarna i nedanstående exempel. Den genomsnittliga kostnaden är, enligt de fem företag som besvarat frågan, i genomsnitt 650 kronor per timme. Företagen har även här gett olika svar, alltifrån 100 till 1 000 kronor per timme.

Av de 25 upphandlande myndigheterna som besvarat NOU:s enkät har sju angett att de tänker använda NOU:s klausul. **Beräkningsexempel 1** nedan baseras på att dessa svar är representativa, dvs. att 28 procent av Sveriges upphandlande myndigheter avser att använda NOU:s klausulexempel. Fem av myndigheterna anger att de inte vet om NOU:s klausul kommer att tillämpas hos dem eller inte. De utgör, tillsammans med gruppen som svarat att de tänker använda klausulen, 48 procent av de totalt 25 myndigheter som besvarat enkäten. Mot bakgrund av detta antas i **beräkningsexempel 2** nedan att 48 procent av alla kommuner, landsting och statliga myndigheter kommer att använda sig av NOU:s klausulexempel.

De sju myndigheter som angett att de tänker använda NOU:s klausul har svarat att de sammanlagt tänker använda klausulen i 211-300 upphandlingar per år. Om man antar att siffrorna är representativa för samtliga upphandlande enheter innebär detta att klausulen kommer att finnas i genomsnitt i 30-43 upphandlingar per år. Den lägre siffran används i beräkningsexempel 1 och den högre i exempel 2. Vidare antas i beräkningsexemplen att myndigheterna tecknar ett avtal per upphandling. Det är dock sannolikt att vissa av upphandlingarna leder till att den upphandlande myndigheten tecknar avtal med mer än en leverantör, s.k. parallella avtal.

Fem av de sju upphandlande myndigheterna som avser att använda NOU:s klausul har svarat att de tänker följa upp antidiskrimineringsklausulen endast om de misstänker överträdelser av klausulens förpliktelser. Att spekulera i

antalet ”misstänkta” överträdelser är dock vanskligt. Räkneexemplen nedan visar dock på tänkbara konsekvenser för företagen beträffande tidsåtgång och lönekostnader. Observera att beräkningsexemplen avser *alla typer av företag*, dvs. inte enbart småföretag.

**Exempel 1:** Antag att 28 procent av det totala antalet myndigheter<sup>34</sup>, dvs. 168 myndigheter tecknar trettio kontrakt per år i vilka NOU:s antidiskrimineringsklausul ingår. Vidare antas att uppföljning sker en gång per kontrakt. Baserat på enkätsvaren, exklusive ytterlighetsfallet, får företagen totalt sett ägna ca 27 700 timmar per år till att besvara sådan förfrågan som anges i § 2 i NOU:s klausulexempel. Det leder till en ökning av lönekostnaderna för de berörda företagen motsvarande drygt 18 miljoner kronor per år. Beräkningen görs utifrån den genomsnittliga timkostnaden enligt enkätsvaren, dvs. 650 kronor per timme.

168 upphandlande myndigheter x 30 kontrakt per år x 5,5 tim.= **27 720 tim./år**

Om uppföljning av antidiskrimineringsklausulen i stället sker i 20 procent av alla kontrakt per år blir tidsåtgången drygt 5 500 timmar per år och ökningen av lönekostnaderna drygt 3,5 miljoner kronor per år.

**Exempel 2:** Antag att 48 procent av det totala antalet myndigheter<sup>35</sup>, dvs. 288 myndigheter tecknar 43 kontrakt per år i vilka NOU:s antidiskrimineringsklausul ingår. Vidare antas att uppföljning av antidiskrimineringsklausulen sker en gång per år i alla dessa kontraktsförhållanden. Baserat på enkätsvaren exklusive ytterlighetsfallet motsvarar detta en tidsåtgång om knappt 50 000 timmar per år. Det leder till en total ökning av lönekostnaderna om drygt 32 miljoner kronor per år för det totala antalet berörda företag om beräkningen görs utifrån den genomsnittliga timkostnaden enligt enkätsvaren.

210 upphandlande myndigheter x 43 kontrakt per år x 5,5 tim. = **49 665 tim./år**

Om uppföljning av antidiskrimineringsklausulen i stället sker enbart i 20 procent av alla kontrakt per år blir tidsåtgången knappt 10 000 timmar per år och ökningen i lönekostnader knappt 6,5 miljoner kronor per år.

<sup>34</sup> Antalet upphandlande myndigheter antas uppgå till 600. Siffran baseras på att det finns 247 statliga myndigheter, 21 länsstyrelser, 21 försäkringskassor, 289 kommuner samt 22 landsting och regioner.

<sup>35</sup> Se föregående fotnot.

### 6.5.3 Räkneexemplen inklusive ytterlighetsfall

Till räkneexemplen bör tilläggas att ett av totalt fem företag, som besvarat frågan om tidsåtgång, har angivit att en begäran om skriftlig redovisning skulle ta ca 100 timmar att ta fram (ytterlighetsfallet). Om ytterlighetsfallet tas med i den genomsnittliga tidsåtgången blir resultatet 24,4 timmar i stället för 5,5 timmar som beräkningsexemplen ovan bygger på. Räknas ytterlighetsfallet in i snitttiden i **exempel 1** blir tidsåtgången knappt 123 000 timmar per år vilket motsvarar en ökning i lönekostnaderna om knappt 80 miljoner kronor per år. Om **exempel 2** tillförs tid och kostnader för ytterlighetsfallet blir tidsåtgången drygt 220 000 timmar per år och den totala ökningen av lönekostnaderna blir ca 143 miljoner kronor per år.

### 6.5.4 Räkneexempel avseende kostnader för att anlita extern kompetens

Kravet på redovisning av vidtagna åtgärder bör enligt fem av sju företag kunna utföras utan att de behöver anlita externa experter. Två företag (knappt 30 %) anser att extern kompetens behöver anlitas. Mot bakgrund av de upphandlande enheternas enkätsvar gäller detta framförallt i de fall då den upphandlande enheten misstänker överträdelser av antidiskrimineringsklausulens förpliktelser.

Uppskattningsvis kan ca 2 000 kronor per timme, exklusive moms, antas utgöra en genomsnittlig kostnad för att anlita juridisk hjälp.<sup>36</sup> Vidare kan mot bakgrund av leverantörernas egna beräkningar av tidsåtgång antas att den externa rådgivaren i genomsnitt debiterar ca 3 timmar. Det utgör en kostnad motsvarande 6 000 kronor per förfrågan. Om 30 procent av företagen berörs skall den totala tidsåtgången i beräkningsexemplen minska med 30 procent. Det resulterar i att tidsåtgången i **exempel 1** blir 19 400 timmar per år. Kostnaderna för den skriftliga redovisningen ökas till knappt 22 miljoner kronor per år om samma antagande görs som i exempel 1.<sup>37</sup> Motsvarande tillägg till **exempel 2** leder till en minskad tidsåtgång för företagen till ca 35 000 timmar per år. Kostnaderna för den skriftliga redovisningen minskas till ca 39 miljoner kronor per år om samma antaganden görs som i exempel 2.<sup>38</sup>

Diskrimineringsombudsmännen står dock kostnadsfritt till tjänst med råd och stöd beträffande tolkningen av antidiskrimineringslagstiftningen (se bilaga 4). Detta torde minska behovet av att anlita externa juridiska rådgivare.

<sup>36</sup> Statistik över kostnader för juridisk rådgivning saknas. Advokatsamfundet gör dock bedömningen att timkostnaden för juridisk rådgivning ligger mellan 930 och 3000 kronor exklusive moms. En större revisionsbyrå har svarat att kostnaden för juridisk rådgivning ligger mellan 1000 och 3000 kronor exklusive moms.

<sup>37</sup>  $168 \times 21 \times 5,5 \times 650 + 168 \times 9 \times 3 \times 2000$

<sup>38</sup>  $210 \times 30 \times 5,5 \times 650 + 210 \times 13 \times 3 \times 2000$

### 6.5.5 Övriga effekter av antidiskrimineringsklausulen

Av de åtta företag som deltar i offentlig upphandling har tre svarat att de kommer att avstå från att lämna anbud i offentliga upphandlingar där NOU:s klausulexempel tillämpas. Tre företag kommer inte att avstå och ytterligare två företag vet ej. De företag som skulle avstå från att delta i sådana upphandlingar har som skäl angivit en ökad administrativ och ekonomisk börda samt rättsosäkerhet.

Fyra av sex företag har svarat att de tror NOU:s klausulexempel kommer att missgynna konkurrens på lika villkor inom deras bransch. Två av företagen anser att så inte blir fallet.

Föreningen Svenskt Näringsliv och Sveriges Bygginstrumenter har angett att antidiskrimineringsklausuler innebär ökade resurskrav på små företag. Dessa företag kan därför befaras i framtiden bli ännu mer obenägna att delta i anbudsgivning vid offentlig upphandling. Företagarnas Riksorganisation påtalar att den lagstiftning som klausulexemplet hänvisar till innehåller flera allmänt formulerade bestämmelser som riktar krav mot leverantörerna och som kan ges olika innebörd. Vidare antar Företagarnas Riksorganisation att de upphandlande enheternas kunskaper och intresse att hantera dessa frågor sannolikt kommer att skifta vilket öppnar för ett mått av rättsosäkerhet för leverantörerna.

## 6.6 Slutsatser

De materiella kraven som ställs i klausulen gäller för leverantörerna oavsett om NOU:s klausulexempel tillämpas eller inte. Dessa krav medför därför som tidigare sagts inga ytterligare konsekvenser för småföretagen.

Antidiskrimineringslagarnas krav kompletteras genom klausulen med en avtalsrättslig förpliktelse att vid anmodan rapportera om hur lagstiftningen efterlevs. Vidare riskerar leverantören att få betala vite vid överträdelser av lagstiftningen inom avtalsförhållandet.

Rätten, enligt klausulexemplet, för de upphandlande enheterna att begära in skriftlig redovisning kan komma att föranleda visst merarbete hos leverantörerna, vilket tydligast kommer att märkas hos småföretagen. Underlaget för beräkningar och analyser är för litet och därmed osäkert, framförallt beträffande företagen. Även de upphandlande myndigheternas svar är omgärdade med frågetecken.

De flesta upphandlande myndigheter har svarat att de tänker följa upp klausulen endast om överträdelser misstänks. NOU tar det inte för sannolikt att uppföljning kommer att ske av samtliga kontrakt utan att sanningen ligger närmare ca 20 % av kontrakten. Det är vidare knappast troligt att mer än hälften av dessa kontrakt är tecknade med företag som har 1-19 anställda.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> För detta antagande finns dock ingen annan grund än att dessa företag utgör knappt en fjärdedel av det totala antalet företag i Sverige.

Detta antagande skulle medföra en ökning av lönekostnaderna hos leverantören om knappt 2 till drygt 14 miljoner kronor per år där den senare siffran inkluderar ytterlighetsfallet (avsnitt 6.5.3). Tidsåtgången för småföretagen blir med motsvarande antagande ca 3 000 till 7 000 timmar per år.

Det är enligt NOU:s uppfattning viktigt att den upphandlande enheten har ett instrument för uppföljning av ställda krav. Saknas möjligheter till uppföljning kan konkurrensförhållandena på marknaden komma att rubbas. NOU utgår från att samtliga klausuler i ett avtal har ett pris. Det ligger därför i den upphandlande enhetens intresse att kontrollera att leverantören lever upp till de förpliktelser han åtagit sig och som enheten sannolikt betalar för i form av högre anbudspris.

Det är naturligtvis oroande att förhållandevis många företag svarat att de tror att konkurrensen kommer att snedvridas och att vissa företag svarat att de till och med kommer att avstå från att delta i upphandlingar där NOU:s klausulexempel tillämpas. Om färre företag deltar i offentlig upphandling kommer detta sannolikt att leda till högre kostnader för den offentliga sektorn. Sådana kostnadsökningar är dock mycket svåra att beräkna.

NOU bedömer att kraven i det föreslagna klausulexemplet är rimliga. Att ytterligare tillmötesgå ovan anförda synpunkter skulle sannolikt innebära att regeringsuppdraget inte kan fullföljas såtillvida att det inte blir någon klausul överhuvudtaget eller att den blir helt verkningslös. NOU anser att det är viktigt att ta fram en förhållandevis ”balanserad” antidiskrimineringsklausul. Om ingen klausul tas fram kommer det resultera i att flera upphandlande enheter utformar egna klausuler som sannolikt får till följd att leverantörerna kommer möta en bred flora av diverse antidiskrimineringsklausuler.

Frågan om klausulen leder till ökad likabehandling och minskad diskriminering är svårt att överblicka. En sådan analys kommer förhoppningsvis att ingå i den utvärdering av klausulen som regeringen tänker göra senast två år efter det att bestämmelsen om särskilda villkor trätt i kraft. NOU:s slutsatser av den genomförda konsekvensanalysen är att det klausulexempel som NOU valt är en balansakt mellan vad som ligger inom ramen för LOU och gemenskapsrätten samt vad som är någorlunda praktiskt tillämpbart utan att för den delen vara effektlöst.

Om en upphandlande enhet avser att ta fram egna klausulförslag är det viktigt att konsekvenserna för småföretag beaktas. NOU vill dock rekommendera att klausulexemplet i avsnitt 2 tillämpas eftersom det sannolikt är till gagn för leverantörerna att mötas av samma antidiskrimineringsklausul oberoende av upphandling eller upphandlande enhet.

## **7 Samrådsorganisationernas och NOU:s synpunkter på antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling m.m.**

### **7.1 Samråd**

NOU har under uppdragstiden muntligen och skriftligen samrått med Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen.

NOU har också skriftligen samrått med Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet, LO, TCO, SACO, Svenskt Näringsliv, Företagarnas Riksorganisation och Svensk Handel. Vidare har också Sveriges Byggindustrier lämnat in synpunkter på den föreslagna antidiskrimineringsklausulen.

I samband med konsekvensanalysen har skriftligt och muntligt samråd även hållits med Näringslivets nämnd för regelgranskning.

### **7.2 Sammanfattning av samrådsorganisationernas generella ståndpunkter**

Nedan redovisas samrådsorganisationernas generella synpunkter på antidiskrimineringsklausuler och den föreslagna klausulens omfattning. Därutöver har även lämnats synpunkter på klausulens lagtekniska utformning. Dessa synpunkter redogörs inte för men de har så långt som möjligt beaktats i det slutgiltiga klausulförslaget.

Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet anser att kommuner respektive landsting skall ges möjlighet att använda antidiskrimineringsklausuler i samband med upphandling av tjänster. Föreningen Svenskt Näringsliv anser att klausuler som saknar ett direkt samband med eller relevans för föremålet för upphandlingen är olagliga.

LO och TCO anser att idén om antidiskrimineringsklausuler är bra men att frågan behöver utredas ytterligare samt att utredningstiden varit alltför kort. I övrigt anser LO och TCO att det är viktigt att den upphandlande enheten även försäkras om att leverantören följer gällande lagar och kollektivavtal på arbetsrättens område. SACO tar däremot principiellt avstånd från idén att använda den offentliga upphandlingen som ett verktyg för att uppnå olika politiska mål. SACO anser det orimligt att förvänta sig att landets inköpare skall stå för samhällets granskning av lagarna mot diskriminering.

JämO, DO, HO och HomO anser att antidiskrimineringsklausulerna även bör omfatta varuupphandling och att anbudsgivarna i alla delar bör svara för kontraktets fullgörande vilket även innefattar de delar som läggs ut på underleverantörer. Den senare åsikten delar även TCO. Den innebär att huvudleverantören ansvarar för underleverantörers eventuella brott mot antidiskrimineringslagstiftningen.

Samtliga diskrimineringsombudsmän anser att antidiskrimineringsklausulen skall omfatta hela leverantörens verksamhet. JämO, DO och HomO anser att klausulen inte behöver ha ett direkt samband med utförandet av uppdraget. Vidare anser de att användningen av klausulen inte skall avgränsas till kontrakt av viss varaktighet. HomO, DO och JämO påtalar att antidiskrimineringsklausulen även borde innehålla ett uttryckligt krav på leverantören att främja likabehandling oavsett sexuell läggning och funktionshinder. DO anser att klausulen också borde omfatta EG-rättens bestämmelser och EG-domstolens praxis om antidiskriminering. Samtliga diskrimineringsombudsmän anser att klausulen även bör omfatta lagen (2001:86) om likabehandling av studenter i högskolan.

HomO, DO och JämO anser att ett brott mot antidiskrimineringslagarna (§ 1 i klausulexemplet) ska anses utgöra ett sådant väsentligt avtalsbrott som ger den upphandlande enheten rätt att häva kontraktet. Ombudsmännen påtalar att antidiskrimineringsklausulen bör kompletteras med nationell lagstiftning om uteslutande av anbudsgivare som gjort sig skyldiga till överträdelser av antidiskrimineringslagstiftningen.

Under förutsättning att antidiskrimineringsklausuler ändå skall anses vara tillåtna enligt gemenskapsrätten anser Föreningen Svenskt Näringsliv att hänvisning till andra kriterier eller bedömningsgrunder, än de som förekommer i svensk lag, måste anses strida mot kravet på rättssäkerhet. Vidare påtalar föreningen att användningen av klausulerna kommer att leda till praktiska, administrativa och ekonomiska konsekvenser för de upphandlande enheterna, domstolsväsendet och företagen (framförallt småföretagen). Små företag kan befaras bli ännu mindre benägna att delta i anbudsgivning vid offentlig upphandling. Sveriges Byggindustrier instämmer i de synpunkter som Svenskt Näringsliv lämnat samt påtalar de särskilda omständigheter som råder inom byggbranschen. Företagarnas Riksorganisation anser att det vore önskvärt om klausulerna utformades på ett sådant sätt att enhetlighet och sakkunskap i tillämpningen garanterades. En möjlighet som föreningen pekar på är att diskrimineringsombudsmännen skulle avge ett yttrande innan den upphandlande enheten får utnyttja ett avtalsvite eller hävningspåföljd.

## 7.3 NOU:s synpunkter på antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling m.m.

### 7.3.1 Arbetet med regeringsuppdraget

De exempel på antidiskrimineringsklausuler som regeringen anmodat NOU att ta fram skall enligt regeringsuppdraget vara förenliga med LOU och EG-fördragets bestämmelser. Problemet med detta krav är att det enligt NOU:s bedömning fortfarande råder tveksamheter omkring tolkningen av gemenskapsrätten beträffande den rättsliga grunden för s.k. särskilda villkor.

Regeringens förslag om särskilda villkor baseras på kommissionens tolkningsmeddelande om möjligheterna att beakta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling<sup>40</sup>. NOU ställer sig tveksam till kommissionens tolkning av framförallt EG-domstolens domar i Beentjes<sup>41</sup> och det franska skolmålet<sup>42</sup>. Professor Niklas Bruun har också uttryckt samma syn avseende tolkningen av EG-domstolens rättspraxis i en rättslig expertutredning utarbetad på uppdrag av Upphandlingskommittén.<sup>43</sup> NOU anser i likhet med Bruun att kommissionens hypotes om särskilda villkor saknar stöd i EG-domstolens rättspraxis i och med det franska skolmålet. EG-domstolen uttalar klart och tydligt i denna dom att villkoret i Beentjes utgjorde ett tilldelningskriterium och förkastade kommissionens tolkningslinje. Mot bakgrund av detta samt att det sannolikt under 2002 kommer ytterligare vägledning från EG-domstolen<sup>44</sup> riskerar kommissionens och regeringens tolkning av rättsläget att inte bestå. Det innebär i sin tur att NOU:s klausulexempel för närvarande bygger på en osäker grund.

Kommissionen har dock lagt förslag om att de kommande upphandlingsdirektiven skall kompletteras med en bestämmelse om möjlighet att beakta särskilda villkor i samband med offentlig upphandling. Detta omnämns också i den allmänna motiveringen till regeringens förslag om särskilda villkor.<sup>45</sup> I ljuset av direktivförslaget får klausulexemplet legitimitet – åtminstone när det väl antagits. NOU betraktar därför inte lagförslaget om särskilda villkor som en kodifiering av rättspraxis (*de lege lata*) utan snarare som ett nytt lagförslag (*de lege ferenda*).

<sup>40</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2001)566 slutlig.

<sup>41</sup> EG-domstolens dom i mål 31/87, Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna.

<sup>42</sup> EG-domstolens dom i mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike.

<sup>43</sup> SOU 2001:31, bilaga 3, sid. 450.

<sup>44</sup> EG-domstolens mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab mot Helsinki kaupunki och HKL-Bussiliikenne. Generaladvokatens förslag till avgörande i målet lämnades den 13 december 2001.

<sup>45</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 45.

### 7.3.2 Ange som uteslutningsgrund i nationell lagstiftning

Användningsområdet för särskilda villkor framstår för NOU som ganska begränsat och användningen av klausulerna komplicerad. NOU vill därför påtala att utrymmet för att beakta antidiskrimineringshänsyn i samband med offentlig upphandling inte är uttömt genom användandet av särskilda villkor. Kommissionen anser nämligen att det är "... upp till medlemsstaterna att definiera begreppet [allvarligt fel i yrkesutövningen] i sin nationella lagstiftning och avgöra om det är ett allvarligt fel i yrkesutövningen att underlåta att fullgöra vissa skyldigheter på det sociala området".<sup>46</sup> NOU förordar att regeringen låter utreda möjligheterna att införliva antidiskrimineringshänsyn in i nationell lagstiftning på sådant sätt att överträdelser av antidiskrimineringslagstiftningen betraktas som en grund för uteslutning av anbudsgivare, dvs. utgör ett uteslutningsgrundande "allvarligt fel i yrkesutövningen"<sup>47</sup>. Vilka överträdelser som avses måste enligt NOU:s tolkning av kommissionens meddelande framgå av svensk lag – antingen LOU eller antidiskrimineringslagarna.

### 7.3.4 Information och utbildning om användning av antidiskrimineringsklausuler

Antidiskrimineringsklausuler är till sin karaktär något nytt för de allra flesta kommuner, landsting och statliga myndigheter. NOU:s bedömning är att dessa klausuler riskerar att bli ett slag i luften om de inte kombineras med information och utbildning om klausulernas tillämpning och uppföljning. NOU vill därför understryka vikten av att resurser satsas på utbildning och information omkring användningen av antidiskrimineringsklausuler. Den som skall ansvara för sådan utbildning och information måste behärska såväl upphandlings- som antidiskrimineringslagstiftningen. Behovet av råd och stöd får betraktas som stort, vilket innebär att den eller de myndigheter som skall ansvara för sådan verksamhet behöver resursförstärkningar.

---

<sup>46</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2001)566 slutlig, sid. 12.

<sup>47</sup> Jämför med 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU.



REGERINGEN

Regeringsbeslut

2002-01-17

Fi2002/422

Finansdepartementet

Nämnden för offentlig upphandling  
Box 2012  
103 11 STOCKHOLM

Nämnden för offentlig upphandling	
Int. 2002-01-23	
Dat.....	

### Uppdrag till Nämnden för offentlig upphandling att ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler att användas i upphandlingskontrakt

#### Regerings beslut

Regeringen uppdrar åt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler att användas i kontrakt som tilldelas i offentlig upphandling.

Klausulerna skall utgöra exempel på villkor för att främja likabehandling i arbetslivet oavsett kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Klausulerna skall också utgöra exempel på åtaganden av en leverantör att följa diskrimineringsförbud i lag och därtill kopplade rättsföljder om leverantören överträder ett diskrimineringsförbud. Klausulerna skall vara förenliga med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och EG-fördragets bestämmelser.

NOU skall utföra uppdraget i samråd med Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen. NOU skall också samråda med Svenska kommunförbundet, Landstingsförbundet, LO, TCO, SACO, Svenskt Näringsliv och Svensk Handel.

NOU skall redovisa uppdraget senast den 29 april 2002.

#### Ärendet

Regeringen överlämnade den 7 februari 2001 till riksdagen skrivelsen *En nationell handlingsplan mot rasism, främlingsfientlighet, homofobi och diskriminering (skr. 2000/2001:59)*. Regeringen angav att den kommer att arbeta med inriktning mot att de möjligheter att använda

Postadress  
103 33 STOCKHOLM  
h-8116 0-05

Telefonväxel  
08-403 10 00

E-post: [registret@finans.gov.se](mailto:registret@finans.gov.se)  
X400: S=Registret@O-Flnncas.F=Ministry

Postkodadress  
Drottninggatan 21

Telefax  
08-21 72 66

Telek  
117 43 FINANS S

antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling som kan finnas verkligen utnyttjas. Upphandlingskommittén har i sitt slutbetänkande Mera värde för pengarna (SOU 2001:31) behandlat möjligheterna att ställa krav på antidiskriminering inom offentlig upphandling. Regeringen har vidare angett i budgetpropositionen för 2002 att den har ambitionen att i den kommande upphandlingspropositionen föreslå att antidiskrimineringsklausuler införs fr.o.m. den 1 juli 2002 (prop. 2001/2002:1, utg.omr. 8, avsnitt 3.5.1).

Vid statlig upphandling bör målet vara att personer med funktionshinder skall ha möjlighet att använda samma varor och tjänster som andra. Tillgänglighet och användbarhet bör därför beaktas. Detta fastställer regering och riksdag i den nationella handlingsplanen för handikappolitiken *Från patient till medborgare* (prop. 1999/2000:79, bet. 1999/2000:SoU14, rskr. 1999/2000:240).

I syfte att underlätta för upphandlande enheter att införa antidiskrimineringsvillkor i upphandlingsverksamheten bör NOU ta fram exempel på villkor att införa i kontrakten som är förenliga med reglerna om offentlig upphandling. Det torde också vara till gagn för leverantörerna i anbudsgivningen att villkoren har likartad utformning i olika upphandlingar.

Antidiskrimineringsklausuler kan utgöra skilda slag av åtaganden från leverantören. Det kan exempelvis gälla generella åtaganden att följa gällande lagar mot diskriminering, var till olika rättsföljder anges i avtalen för det fall överträdelser ändå skulle ske, t. ex. en rätt för den upphandlande enheten till hävning av avtalet. Det kan också gälla att leverantören har upprättat en jämställdhetsplan på arbetsplatsen eller en plan för etnisk mångfald på arbetsplatsen i enlighet med de krav jämställdhetslagen (1991:433) respektive lagen (1991:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet ställer. Det kan även avse krav att leverantören utser en ansvarig för uppföljning av frågor rörande jämställdhet mellan kvinnor och män och etnisk mångfald enligt lagarna.

På regeringens vägnar

Bosse Ringholm

*Richard Falkendal*  
Rickard Falkendal

Kopia till:

Justitiedepartementet,  
Utrikesdepartementet,  
Socialdepartementet,  
Näringsdepartementet,

Jönställdhetsombudsmannen,  
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering,  
Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning,  
Handikappombudsmannen,  
Svenska kommunförbundet,  
Landsstingsförbundet,  
LO,  
TCO,  
SACO,  
Svenskt Näringsliv,  
Svensk Handel.



REGERINGEN

Regeringsbeslut

2002-03-27

Fi2002/422

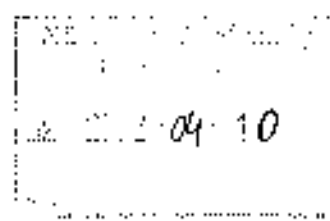
(delvis)

Finansdepartementet

Nämnden för offentlig upphandling

Box 2012

103 11 STOCKHOLM



### Tilläggsuppdrag till Nämnden för offentlig upphandling att göra vissa konsekvensbedömningar

#### Ärendet

Regeringen gav den 17 januari 2002 Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i uppdrag att ta fram exempel på antidiskrimineringsklausuler att användas i kontrakt som tilldelas i offentlig upphandling. Uppdraget skall redovisas den 29 april 2002. Uppdraget bör kompletteras med ett tilläggsuppdrag avseende en konsekvensanalys.

#### Regeringens beslut

Regeringen uppdrar åt NOU att göra en konsekvensanalys av användningen av de antidiskrimineringsklausuler som avses med det tidigare uppdraget.

Tilläggsuppdraget avser en analys av de ekonomiska, administrativa och praktiska konsekvenser för små företag som användningen av de av NOU framtagna exemplen på antidiskrimineringsklausuler kan leda till. Konsekvensanalysen skall baseras på den checklista som redovisas i förordningen (1998:1820) om särskild konsekvensanalys av reglers effekter för små företags villkor. Analysen skall beaktas vid framtagandet av exemplen på klausuler.

Uppdraget skall utföras i samråd med Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen. NOU skall också samråda med Svenska kommunförbundet, Landstingsförbundet, LO, TCO, SACO, Svenskt Näringsliv, Svensk Handel och Näringslivets nämnd för regelgranskning (NNR).

NOU skall redovisa tilläggsuppdraget senast den 29 april 2002.

Postadress  
103 33 STOCKHOLM  
ANSÖK: C-GR

Telefonväxel  
08-425 10 00

E-post: [registrator@finance.ministry.se](mailto:registrator@finance.ministry.se)  
#00: S=Registrator; O=Rikssen; P=Ministry;

Besöksadress  
Draktningsgatan 23

Telefax  
08-21 73 06

Telex  
137 43 ZINWAB S

På regeringens vägnar

  
Bosse Ringholm

  
Rickard Falkenberg

**Kopia till:**

Justitiedepartementet,  
Utrikesdepartementet,  
Socialdepartementet,  
Näringsdepartementet,  
Jämställdhetsombudsmannen,  
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering,  
Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning,  
Handikappombudsmannen,  
Svenska kommunförbundet,  
Landsstingsförbundet,  
LO,  
TCO,  
SACO,  
Svenskt Näringsliv,  
Svensk Handel,  
Näringslivets nämnd för regelgranskning (NNR).

## **Rättsläget beträffande antidiskrimineringsklausuler**

### **EG-domstolens dom i Beentjesmålet**

#### ***Villkor i upphandlingskontrakt att anställa långtidsarbetslösa***

Den rättsliga grunden för antidiskrimineringsklausuler anses vara EG-domstolens omdebatterade dom i det s.k. Beentjesmålet<sup>1</sup>. Frågan av intresse i detta rättsfall är om det äldre byggdirektivet<sup>2</sup> tillåter att ett anbud förkastas av den anledning att anbudsgivaren är oförmögen att anställa långtidsarbetslösa personer.

EG-domstolen konstaterar att direktiven inte är uttömmande utan att medlemsländerna – inom ramen för gemenskapsrätten – är fria att upprätthålla eller anta materiella eller formella bestämmelser att användas i samband med offentliga byggkontrakt under förutsättning att de överensstämmer med alla relevanta bestämmelser i gemenskapsrätten framförallt bestämmelserna som har sin grund i fördragsprinciperna om fri etableringsrätt och rätten att tillhandahålla tjänster.<sup>3</sup>

Vidare hade en sådan uteslutningsgrund, dvs. krav att anställa långtidsarbetslösa, inte att göra med de tilldelningskriterier som refereras till i artikel 29<sup>4</sup> i direktivet.<sup>5</sup> EG-domstolen uttalar att ett villkor att anställa långtidsarbetslösa personer är ett ”tillkommande särskilt villkor” (”additional specific condition”) som måste omnämnas i annonsen så att leverantörer görs medvetna om villkorets existens.<sup>6</sup>

#### ***Krav på leverantören (kvalificeringskrav)***

EG-domstolen påtalar att det aktuella villkoret inte hade att göra med kontrollen av en leverantörs lämplighet beträffande ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk förmåga och kapacitet.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> EG-domstolens dom i mål 31/87, Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna.

<sup>2</sup> Direktiv 71/305/EEG.

<sup>3</sup> Punkt 20.

<sup>4</sup> Artikel 29 (1) anger ”Criteria for the award of contracts

1. The criteria on which the authorities awarding contracts shall base the award of contract shall be: - either the lowest price only; - or, when the award is made to the most economically advantageous tender, various criteria according to the contract: e.g. price, period for completion, running costs, profitability, technical merit.”

<sup>5</sup> Punkt 28.

<sup>6</sup> Punkt 36.

<sup>7</sup> Punkt 28.

## EG-domstolens dom i det franska skolmålet

### **Tilldelningskriterium**

Kommissionen tolkning av Beentjesdomen uteslöt möjligheten att använda kravet att anställa långtidsarbetslösa som ett kriterium för tilldelning av upphandlingskontrakt.<sup>8</sup> Enligt NOU:s tolkning avvisas detta synsätt av EG-domstolen i domen i det s.k. franska skolmålet.<sup>9</sup>

I det franska skolmålet konstaterar domstolen att bestämmelsen om utvärdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet *inte utesluter all möjlighet* för de upphandlande enheterna att som kriterium använda ett villkor som har samband med att bekämpa arbetslöshet. Detta gäller under förutsättning att villkoret är förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten och under förutsättning att villkoret uttryckligen anges i upphandlingsannonsen.<sup>10</sup>

Därefter konstaterar EG-domstolen att det i Beentjesmålet tvistiga villkoret att sysselsätta långtidsarbetslösa utgjorde en grund för att utesluta anbudsgivare och därför endast kunde utgöra ett tilldelningskriterium.<sup>11</sup> NOU tolkar detta uttalande på så sätt att domstolen med begreppet ”tillkommande särskilt kriterium”<sup>12</sup>, som myntades i Beentjes, avser ett s.k. tilldelningskriterium<sup>13</sup>. Detta kriterium är ”tillkommande” på grund av att det inte finns uppräknat bland de tilldelningskriterier som nämns i artikel 29<sup>14</sup> i det äldre byggdirektivet.

Andra avgöranden från EG-domstolen synes dock begränsa det utrymme som medlemsstaterna kan ha för ”icke-ekonomiska hänsyn” i samband med offentlig upphandling.<sup>15</sup>

EG-domstolen kan inom kort komma att närmare uttala sig om möjligheterna att som utvärderingskriterium – vid bedömning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet – beakta ”icke-ekonomiska hänsyn”.<sup>16</sup>

---

<sup>8</sup> Grönbok om Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen: överväganden inför framtiden (27 november 1996), sid. 38.

<sup>9</sup> EG-domstolens dom i mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike.

<sup>10</sup> Punkterna 50 och 51.

<sup>11</sup> Punkt 52.

<sup>12</sup> Översättning av engelskans ”additional specific condition”.

<sup>13</sup> Termen utvärderingskriterium kan också användas.

<sup>14</sup> Följande kriterier nämns i artikeln: pris, leveranstid, driftkostnader, lönsamhet (”profitability”) och tekniska egenskaper.

<sup>15</sup> Se t.ex. EG-domstolens dom i mål C-380/98, punkt 17 ”... syftet med direktiven är att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska...” Se för ett likande resonemang EG-domstolens domar i mål C-44/99, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., punkt 33 samt i mål C-360/96 BFI Holding, punkt 41.

## De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna och antidiskrimineringsklausuler

**Icke-diskrimineringsprincipen** – Inom EG-fördragets tillämpningsområde skall all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.<sup>17</sup> I upphandlingssammanhang innebär det framförallt förbud mot inskränkningar i den fria etableringsrätten<sup>18</sup>, begränsningar i leverantörernas frihet att tillhandahålla varor och tjänster<sup>19</sup> samt inskränkningar i arbetskraftens fria rörlighet<sup>20</sup>. Icke-diskrimineringsprincipen gäller vid all offentlig upphandling.<sup>21</sup> Krav och kriterier får inte ha någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsländer. Sådan effekt har villkor som är svårare att efterleva för företag från övriga medlemsländer än för svenska företag. Om ett krav är diskriminerande eller inte kan variera mellan olika typer av upphandlingar. Det är därför viktigt att beakta icke-diskrimineringsprincipen i samband med varje enskild upphandling.

**Likabehandlingsprincipen** är en grundläggande gemenskapsrättslig princip som vid offentlig upphandling, enligt EG-domstolens praxis, betyder likabehandling av såväl faktiska som potentiella anbudsgivare.<sup>22</sup> Likabehandlingsprincipen innebär att samtliga anbudsgivare skall, såvitt det ankommer på den upphandlande enheten, ges lika förutsättningar att uppfylla krav i samband med offentlig upphandling. Krav och kriterier i samband med offentlig upphandling får inte utformas med utgångspunkt i att endast en viss leverantör skall kunna antas. Valet av leverantör skall ske på objektiva grunder.

**Transparensprincipen eller principen om öppenhet och förutsebarhet** tjänar framförallt till att säkerställa likabehandling av anbudsgivarna. Transparensprincipen innebär att upphandlingsprocessen skall präglas av öppenhet och förutsebarhet i sådan omfattning att anbudsgivare har en reell möjlighet att ta tillvara sina rättigheter. För att uppfylla målet för direktiven, nämligen att säkra utvecklingen av en effektiv konkurrens på området för upphandling, skall de kriterier och villkor som gäller för varje anbud offentliggöras på ett ändamålsenligt sätt av de upphandlande enheterna.<sup>23</sup>

---

<sup>16</sup> EG-domstolens mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab mot Helsinki kaupunki och HKL-Bussiliikenne. Generaladvokatens förslag till avgörande i målet lämnades den 13 december 2001.

<sup>17</sup> Artikel 12 i EG-fördraget.

<sup>18</sup> Artikel 43 i EG-fördraget.

<sup>19</sup> Artiklarna 28 och 29 i EG-fördraget.

<sup>20</sup> Artikel 39 i EG-fördraget.

<sup>21</sup> Jämför t.ex. med EG-domstolens dom i mål C-59/00 Bent Moustén Vestergaard mot Spottrup Boligselskab.

<sup>22</sup> EG-domstolens domar i målen C-243/89 Kommissionen mot Danmark, C-87/94 Kommissionen mot Belgien, T-203/96 Ebassy Limousines & Services, T-19/95 Adia Interim m.fl.

<sup>23</sup> Beentjes, punkt 21.

**Proportionalitetsprincipen** hör enligt EG-domstolens fasta rättspraxis<sup>24</sup> till gemenskapens allmänna principer, och nationella myndigheter måste<sup>25</sup>, när de tillämpar gemenskapsrätten följa denna princip även om de har en vidsträckt bedömningsfrihet<sup>26</sup>. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas.<sup>27</sup>

**Principen om ömsesidigt erkännande** innebär att svenska upphandlande myndigheter skall godta varor och tjänster från ekonomiska aktörer i andra EU-länder, om produkterna är jämförbara med dem som Sverige godkänner från inhemska producenter. Tillämpningen av denna princip innebär att en upphandlande enhet skall godta tekniska specifikationer, kontroller, bevis, intyg, betyg och kvalifikationer från en annan medlemsstat som erkänns som likvärdiga med svenska motsvarigheter. För närvarande är det oklart hur denna princip inverkar på användningen av antidiskrimineringsklausuler.<sup>28</sup>

## Lagen om offentlig upphandling

### Ny bestämmelse

Regeringen föreslår att det i LOU införs en bestämmelse som påtalar möjligheten att använda särskilda villkor för hur uppdrag skall genomföras. Dessa villkor skall anges i annonsen vid upphandling över tröskelvärdena samt i annonsen *eller* förfrågningsunderlaget vid upphandling under tröskelvärdena.<sup>29</sup>

Lagförslaget bygger på kommissionens tolkning av den ovan refererade gemenskapsrättsliga praxisen och kommissionens förslag till ändring av upphandlingsdirektiven. De särskilda villkoren för kontraktets utförande skall således vara förenliga med ickediskrimineringsprincipen och övriga för offentlig upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principer, dvs. likabehandling, öppenhet, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet, samt EG-fördragets bestämmelser om den inre marknaden.

### Affärsmässighetsbegreppet

Enligt propositionen innehåller huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU att upphandling skall ske affärsmässigt, i konkurrens och utan ovidkommande hänsyn ” ... inte några strängare krav på hur en upphandling skall genomföras än vad som följer av EG-rätten. Det är således möjligt att ta sociala och

<sup>24</sup> EG-domstolens dom i mål C-265/87, Schröder, punkt 21.

<sup>25</sup> EG-domstolens dom i mål C-127/92, punkt 27.

<sup>26</sup> EG-domstolens dom i de förenade målen 41/79, 121/79 och 796/79, Testa et al., punkt 21.

<sup>27</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (Bryssel den 12.4.2000), sid.19.

<sup>28</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, sid.19 f.

<sup>29</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 9 och 12.

## BILAGA 3

arbetsmarknadspolitiska respektive miljöhänsyn i den utsträckning det är möjligt enligt det EG-rättsliga regelverket.”<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Prop. 2001/2002:142, sid. 35 ff.

## **Kort om antidiskrimineringslagarna och diskrimineringsombudsmännen**

### **Vilka antidiskrimineringslagar omfattar NOU:s antidiskrimineringsklausul?**

NOU:s antidiskrimineringsklausul omfattar följande lagar:

- Jämställdhetslagen (1991:433) (JämL);
- Lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder (FUDA);
- Lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet (EDA) och
- Lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning (HomOL).

Därutöver finns ytterligare antidiskrimineringslagstiftning, t.ex. lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan och 16 kap. 9 § brottsbalken om förbud mot olaga diskriminering i näringsverksamhet. Denna lagstiftning ingår dock inte i NOU:s antidiskrimineringsklausul (se rapporten, avsnitt 3.1).

### **Gemensamt innehåll i de arbetsrättsliga antidiskrimineringslagarna**

Gemensamt för innehållet i de antidiskrimineringslagar som ingår i NOU:s klausul är att de innehåller förbud för arbetsgivare att direkt eller indirekt diskriminera eller trakassera arbetssökanden eller arbetstagare utifrån de olika skyddsaspekterna i respektive antidiskrimineringslag. Förbuden mot diskriminering gäller under hela anställningsprocessen, vid befordran, arbetsledning och uppsägning, för lön och andra anställningsvillkor. Brott mot diskrimineringsförbuden kan leda till skadestånd för arbetsgivaren. Enligt antidiskrimineringslagarna föreligger också en skadeståndssanktionerad utrednings- och åtgärdsskyldighet för arbetsgivaren vid trakasserier.

Vidare innehåller EDA-lagen, FUDA-lagen samt HomOL ett skadeståndssanktionerat förbud mot repressalier.

I ärenden som gäller anmälningar om diskriminering strävar diskrimineringsombudsmännen i första hand efter frivilliga överenskommelser mellan anmälare och arbetsgivare. Möjligheten finns att föra tvisten till arbetsdomstolen.

### **Jämställdhetslagen**

## BILAGA 4

Jämställdhetslagen är en arbetsrättslig lag som främjar kvinnors och mäns lika rätt i arbetslivet.

Jämställdhetslagen har två huvuddelar: förbud mot diskriminering på grund av kön och krav att alla arbetsgivare bedriver aktivt jämställdhetsarbete.

Kravet på aktivt jämställdhetsarbete innebär att alla arbetsgivare i samverkan med arbetstagarna ska bedriva ett målinriktat arbete för att främja jämställdheten på arbetsplatsen. Det gäller arbetsförhållanden, möjlighet att förena föräldraskap och arbete, kompetensutveckling, rekrytering och lönesättning samt insatser för att förhindra sexuella trakasserier.

Arbetsgivare med minst tio anställda ska varje år upprätta en jämställdhetsplan med en kartläggning av arbetsplatsen, mätbara mål för ökad jämställdhet, konkreta åtgärder som leder dit samt en utvärdering av hur åtgärder har genomförts under det gångna året. Arbetsgivaren ska även upprätta en handlingsplan för jämställda löner. En arbetsgivare som inte följer föreskrifterna för aktivt jämställdhetsarbete kan vitesföreläggas. En framställan om vitesföreläggande görs till jämställdhetsnämnden.<sup>1</sup>

### **Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet p.g.a. funktionshinder (EDA)**

EDA-lagen består i likhet med jämställdhetslagen av två avsnitt. Det ena avsnittet består av krav på arbetsgivaren att vidta aktiva åtgärder för etnisk mångfald. Det andra avsnittet består av regler om förbud mot etnisk diskriminering i enskilda fall. Med etnisk tillhörighet avses i denna lag att någon tillhör en grupp av personer som har samma ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse.

Arbetsgivare skall bedriva ett målinriktat arbete för att främja etnisk mångfald i arbetslivet genom att själv ta initiativ till åtgärder, arbeta planmässigt, t.ex. genom att utarbeta och genomföra en mångfaldsplan samt genom att sätta klara och mätbara mål. Arbetsgivaren skall genomföra en eller flera konkreta åtgärder beträffande arbetsförhållanden, etniska trakasserier och rekrytering.<sup>2</sup>

### **Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet p.g.a. funktionshinder (FUDA)**

FUDA-lagen ska motverka att arbetsgivare diskriminerar funktionshindrade i arbetslivet. Den innehåller ovan nämnda diskrimineringsförbud.

Med funktionshinder menas begränsningar av en persons fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga funktionsförmåga. Funktionshindren skall vara

<sup>1</sup> Information från Jämställdhetsombudsmannen, mars 2002.

<sup>2</sup> Information från Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, mars 2002.

## BILAGA 4

varaktiga. De kan bero på en sjukdom eller skada som fanns vid födseln, har uppstått senare i livet eller förväntas uppstå.

En arbetsgivare kan vara skyldig att ge människor med funktionshinder liknande förutsättningar som andra på arbetsplatsen. Det kallas stöd- och anpassningsåtgärder.

Exempel på sådana åtgärder är:

- att ta bort trösklar på kontoret för en rullstolsburen person
- att förstärka belysningen för en synskadad person
- att erbjuda en person med reumatism flexibel arbetstid

Detta gäller när arbetsgivaren anställer, befordrar eller utbildar personal. Att genomföra personalutbildning i en lokal utan hörselslinga, om en anställd är hörselskadad, kan vara ett exempel på diskriminering.<sup>3</sup>

### **Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet p.g.a. sexuell läggning (HomOL)**

HomOL stadgar, som nämnts ovan, ett förbud mot såväl direkt som indirekt diskriminering i arbetslivet p.g.a. sexuell läggning samt mot repressalier. Med sexuell läggning avses en persons homo-, bi- eller heterosexuallitet.

## **Råd och stöd från antidiskrimineringsombudsmännen**

### **Diskrimineringsombudsmännen**

De myndigheter som ansvarar för frågor om antidiskriminering är främst:

- Jämställdhetsombudsmannen (JämO)
- Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO)
- Handikappombudsmannen (HO)
- Ombudsmannen mot diskriminering p.g.a. sexuell läggning (HomO)

JämO ansvarar för tillsynen över jämställdhetslagen, DO över EDA-lagen, HO över FUDA-lagen samt HomO över HomOL.

### **Råd och stöd från diskrimineringsombudsmännen**

Diskriminering är ett brott mot principen om likabehandling som i sin tur är en grundläggande mänsklig rättighet. Diskrimineringsombudsmännen har en allmän informations- och rådgivningsskyldighet beträffande respektive antidiskrimineringslagstiftning. Det innebär bl.a. att ombudsmännen kan uttala sig i frågan om en behandling är acceptabel enligt

---

<sup>3</sup> Handikappombudsmannens hemsida [www.ho.se](http://www.ho.se), 2002-04-30.

likabehandlingsprincipen. Ombudsmännen har dock inte någon möjlighet att besluta om antidiskrimineringsklausulen efterlevs i det enskilda fallet. Vidare saknar ombudsmännen möjligheter att ge råd och stöd beträffande upphandlingsfrågor i allmänhet utan endast i frågor som rör antidiskrimineringslagstiftningen.<sup>4</sup>

Ombudsmännen främsta roll beträffande råd och stöd till leverantörer och upphandlande enheter om antidiskrimineringslagstiftningen efterlevnad och uppföljning av antidiskrimineringsklausulerna, är att informera och utbilda ”utbildare”. Med utbildare avses de organisationer som ligger närmast till hands för att ha en rådgivande och stödjande funktion i detta sammanhang som t.ex. antidiskrimineringsansvariga inom kommun, landsting, länsstyrelser och statliga myndigheter samt olika intresse- och branschorganisationer.

## Kontaktuppgifter

### Jämställdhetsombudsmannen (JämO)

Box 3397, 103 68 STOCKHOLM

tfn 08-440 10 60

e-post: [info@jamombud.se](mailto:info@jamombud.se)

[www.jamombud.se](http://www.jamombud.se)

### Handikappombudsmannen (HO)

Box 491 32, 100 29 STOCKHOLM

tfn 08-20 17 70

e-post [info@ho.se](mailto:info@ho.se)

[www.ho.se](http://www.ho.se)

### Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO)

Katarina Bangata 79, 116 42 STOCKHOLM

tfn 08-556 09 500

e-post [mail@do.se](mailto:mail@do.se)

[www.do.se](http://www.do.se)

### Ombudsmannen mot diskriminering p.g.a. sexuell läggning (HomO)

Katarina Bangata 79, 116 42 STOCKHOLM

tfn 08 - 55 60 95 25

e-post: [homo@homo.se](mailto:homo@homo.se)

[www.homo.se](http://www.homo.se)

---

<sup>4</sup> Inom ramen för Tillgänglighetscentret, som är en del av Handikappombudsmannen, pågår ett projekt om hur de upphandlande enheterna kan ställa krav på tillgänglighet och användbarhet för människor med funktionshinder vid upphandling av varor och tjänster. Projektet syftar till att ta fram ett verktyg för upphandlande enheter som ska kunna användas för att driva på utvecklingen mot ett tillgängligare samhälle.

**FRÅGOR MED ANLEDNING AV NOU:s EXEMPEL PÅ  
ANTIDISKRIMINERINGSKLAUSUL**

1. I hur många offentliga tjänste-, bygg- eller  
anläggningsentreprenadupphandlingar deltar ert företag per år?

- Inga (om ni kryssar här behöver ni inte besvara ytterligare frågor)
- 1-2 upphandlingar per år
- 2-10 upphandlingar per år.
- Annat (ange ungefärligt antal): \_\_\_\_\_ upphandlingar per år.

2. Skulle ert företag avstå från att lämna anbud i offentliga upphandlingar där  
NOU:s klausulexempel (bilaga 1) tillämpas?

- Ja (om ni kryssar här behöver ni bara besvara fråga 3 och 7)
- Nej
- Vet ej

3. Om ni svarat ja på fråga 2 vad är ert skäl för detta?

- Ökad administrativ/ekonomisk börda.
  - Ökad rättsosäkerhet.
  - Annan orsak: \_\_\_\_\_
- \_\_\_\_\_

Enligt NOU:s klausulexempel är leverantören skyldig att, vid vite, på begäran av den upphandlande enheten *skriftligen redovisa* vilka åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelsen att under kontraktstiden följa antidiskrimineringslagarna. Det innebär att ni skall redogöra för de åtgärder – utifrån lagarnas förpliktelser – som ert företag vidtar för att undvika att direkt eller indirekt diskriminera arbetssökanden eller anställda p.g.a. kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Information om lagarnas innehåll hittar ni på diskrimineringsombudsmännens gemensamma webbplats

[www.antidiskriminering.nu](http://www.antidiskriminering.nu)

4. Hur lång tid bedömer ni att ert företag får lägga ner på att skriftligen besvara **en** sådan begäran som beskrivs i ovanstående ruta?

**Svar:** \_\_\_\_\_ timmar per begäran.

5. Hur mycket bedömer ni ert företags genomsnittliga kostnad per timme vara för att ta fram ovan begärda dokumentation?

**Svar:** \_\_\_\_\_ kronor per timme.

6. Har företaget egen kompetens att utforma dokumentation som syftar till att upplysa den upphandlande enheten om hur företaget följer de svenska antidiskrimineringslagarna?

- Ja
- Nej

7. Anser ni att NOU:s klausulexempel kommer att missgynna konkurrens på lika villkor inom er bransch?

- Nej
- Ja
- Vet ej

8. Övriga synpunkter: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**TACK FÖR ER MEDVERKAN!**

Enkäten är besvarad av: \_\_\_\_\_

på företaget: \_\_\_\_\_

Telefonnummer: \_\_\_\_\_

E-post: \_\_\_\_\_

### **NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul i upphandlingskontrakt**

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

**§ 2** Den upphandlande enheten får under uppdragstiden begära att leverantören inom viss tid, dock minst en vecka från enhetens begäran, skriftligen redovisar de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna enligt § 1.

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

Vite skall utgå om (x)<sup>2</sup> procent av kontraktets värde per påbörjad kalendervecka om den upphandlande enheten kan visa att de åtgärder som redovisats enligt § 2 inte är tillräckliga för att avhjälpa överträdelser av § 1. Vitet utgår till den dag då tillräckliga åtgärder vidtagits, dock med maximalt (y)<sup>3</sup> procent av kontraktets värde.

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

**§ 3 gäller endast om antal veckor och procentsatser angivits. Se fotnoterna!**

**§ 4** Den upphandlande enheten har rätt att häva kontraktet om förpliktelserna i § 1 har överträtts på ett väsentligt sätt. Innan den upphandlande enheten häver kontraktet skall leverantören ges möjlighet till rättelse genom att skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits för att försäkra framtida efterlevnad av § 1.

<sup>1</sup> Omfattningen av engångsvitet får ställas i relation till det beräknade kontraktsbeloppet. Det innebär att den upphandlande enheten får göra en bedömning i varje enskilt fall. NOU kommer sannolikt att rekommendera att den upphandlande enheten lägger sig på ca 5 % av ett prisbasbelopp.

<sup>2</sup> NOU rekommenderar 0,2 %.

<sup>3</sup> NOU rekommenderar 3 %.

- 5 §** Tvist mellan leverantören och den upphandlande enheten om tillämpningen av §§ 1-4 skall avgöras med tillämpning av svensk rätt av allmän domstol där den upphandlande enheten har sitt säte.
- § 6** Information om antidiskrimineringslagarna lämnas av:  
Jämställdhetsombudsmannen, tfn +46-8-440 10 60,  
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, tfn +46-8-556 095 00,  
Handikappombudsmannen, tfn +46-8-20 17 70 och  
Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning,  
tfn +46-8-556 095 25.  
Gemensam webbplats: [www.antidiskriminering.nu](http://www.antidiskriminering.nu)

## Enkät om förväntad användning av antidiskrimineringsklausul

1. Är det sannolikt att ni kommer att använda NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul (se bilaga 1) vid era tjänste-, bygg- eller anläggningsupphandlingar? Rådfråga gärna era beslutsfattare.

- Ja
- Nej (om ni kryssar här behöver ni bara besvara fråga 2).
- Nej, vi avser att använda egna antidiskrimineringsklausuler (om ni kryssar här behöver ni bara besvara fråga 2).
- Vet inte

2. Har ni stämt av svaret i fråga 1 med era beslutsfattare?

- Ja
- Nej

3. Vid hur många tjänste-, bygg- och anläggningsupphandlingar per år bedömer ni att NOU:s antidiskrimineringsklausul kommer att användas?

- Högst 10 upphandlingar per år.
- Mellan 10 och 30 upphandlingar per år.
- Mellan 30 och 50 upphandlingar per år.
- Annat antal: \_\_\_\_\_ upphandlingar per år.

4. Hur många små företag med högst 20 anställda bedömer ni att er kommun/landsting/statliga myndighet kommer att teckna kontrakt med innehållande NOU:s antidiskrimineringsklausul?

- Inga.
- 1-10 avtal per år.
- 10-30 avtal per år.
- Annat antal: \_\_\_\_\_ avtal per år.
- Vet ej.

5. NOU:s antidiskrimineringsklausul innehåller en möjlighet för den upphandlande enheten att begära att leverantören skriftligen redovisar för vilka åtgärder han vidtagit med anledningen av förpliktelsen att följa antidiskrimineringslagarna. Hur ofta bedömer ni att denna möjlighet till uppföljning och kontroll kommer utnyttjas?

- Endast vid misstanke om att leverantören överträder sina förpliktelser enligt klausulen.
- En gång under varje kontrakts löptid.
- Annat: \_\_\_\_\_

---

---

6. Övriga synpunkter eller förslag: \_\_\_\_\_

---

---

Enkäten är besvarad av: \_\_\_\_\_

Namnet på er kommun/landsting/statliga myndighet:

---

Telefon: \_\_\_\_\_

E-post: \_\_\_\_\_

## **NOU:s exempel på antidiskrimineringsklausul i upphandlingskontrakt**

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

**§ 2** Den upphandlande enheten får under uppdragstiden begära att leverantören inom viss tid, dock minst en vecka från enhetens begäran, skriftligen redovisar de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna enligt § 1.

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

Vite skall utgå om (x)<sup>2</sup> procent av kontraktets värde per påbörjad kalendervecka om den upphandlande enheten kan visa att de åtgärder som redovisats enligt § 2 inte är tillräckliga för att avhjälpa överträdelser av § 1. Vitet utgår till den dag då tillräckliga åtgärder vidtagits, dock med maximalt (y)<sup>3</sup> procent av kontraktets värde.

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

**§ 3 gäller endast om antal veckor och procentsatser angivits. Se fotnoterna!**

**§ 4** Den upphandlande enheten har rätt att häva kontraktet om förpliktelserna i § 1 har överträtts på ett väsentligt sätt. Innan den upphandlande enheten häver kontraktet skall leverantören ges möjlighet till rättelse genom att skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits för att försäkra framtida efterlevnad av § 1.

<sup>1</sup> Omfattningen av engångsvitet får ställas i relation till det beräknade kontraktsbeloppet. Det innebär att den upphandlande enheten får göra en bedömning i varje enskilt fall. NOU kommer sannolikt att rekommendera att den upphandlande enheten lägger sig på ca 5 % av ett prisbasbelopp.

<sup>2</sup> NOU rekommenderar 0,2 %.

<sup>3</sup> NOU rekommenderar 3 %.

- 5 §** Tvist mellan leverantören och den upphandlande enheten om tillämpningen av §§ 1-4 skall avgöras med tillämpning av svensk rätt av allmän domstol där den upphandlande enheten har sitt säte.
- § 6** Information om antidiskrimineringslagarna lämnas av:  
Jämställdhetsombudsmannen, tfn +46-8-440 10 60,  
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, tfn +46-8-556 095 00,  
Handikappombudsmannen, tfn +46-8-20 17 70 och  
Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning,  
tfn +46-8-556 095 25.  
Gemensam webbplats: [www.antidiskriminering.nu](http://www.antidiskriminering.nu)