

Dnr  
2003/0301-28

Utvärdering av  
användningen av  
antidiskrimineringsklausuler  
i upphandlingskontrakt

Linda Dahlström

Datum  
2004-06-17  
Ert datum  
2003-02-201 (27)  
Vår beteckning  
2003/0301-28  
Er beteckning  
Fi2002/422Regeringen  
Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## Rapport rörande uppdrag till Nämnden för offentlig upphandling att göra en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på uppdrag av regeringen (2003-02-20) gjort en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Uppdraget redovisas i den bifogade rapporten.

Beslut om utformning av delrapporten har fattats vid nämndsammanträde den 17 juni 2004 vid vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Linda Dahlström. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Linda Dahlström

## Innehållsförteckning

1. Sammanfattning _____	3
2. Inledning _____	5
3. NOU:s kartläggning _____	6
4. Användning av antidiskrimineringsklausuler _____	6
5. Vilken slags klausul har använts? _____	7
6. Problem som uppgetts förekomma vid användning av klausuler _____	9
7. Åtgärder som upphandlande enheter vidtagit för att kontrollera efterlevnad av klausulerna _____	10
8. Skäl som anförts till att antidiskrimineringsklausuler inte använts _____	14
9. De upphandlande enheternas avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler. _____	20
10. Övriga kommentarer från de upphandlande enheterna _____	25
Bilagor _____	27

## 1. Sammanfattning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på regeringens uppdrag gjort en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Kartläggningen omfattar totalt 391 upphandlande enheter varav 264 statliga myndigheter.

Än så länge är det ett fåtal upphandlande enheter som använder antidiskrimineringsklausuler. De upphandlande enheterna visar dock en vilja till att använda antidiskrimineringsklausuler. Användningen har ökat något sedan år 2003 och majoriteten av de upphandlande enheter som idag inte använder sig av antidiskrimineringsklausuler har för avsikt att börja använda dem. Resultatet av kartläggningen bör ses mot bakgrund av att det endast är två år sedan NOU:s klausul formulerades och möjligheten att använda särskilda villkor infördes i LOU. Att införa och följa upp antidiskrimineringsklausuler på ett meningsfullt och rättssäkert sätt kräver ett omfattande arbete. Av de upphandlande enheter som använder sig av antidiskrimineringsklausuler har ett antal helt nyligen börjat använda dessa.

Det framstår för NOU som om de upphandlande enheterna visserligen ser positivt på att använda antidiskrimineringsklausuler men att de upplever svårigheter med användandet av klausulerna. Återkommande i enkätsvaren är framför allt svårigheter med uppföljningen av efterlevnaden av antidiskrimineringsklausulerna p.g.a. av brist på kompetens och resurser. Behovet av kompetens och resurser har förts fram som en förutsättning för att kunna använda klausulerna.

Av det fåtal upphandlande enheter som använder antidiskrimineringsklausuler är det inte många som har vidtagit åtgärder för uppföljning. Det är samtidigt inte många som har upplevt något problem med användandet. Detta synes ha en koppling. Det fåtal som upplevt problem hänför nämligen dessa just till uppföljning av klausulerna. Detta bekräftar också de farhågor NOU uttryckte i samband med utformningen av antidiskrimineringsklausulerna.

NOU vill här påtala att EG-domstolen i ett förhandsavgörande<sup>1</sup> har konstaterat att ett utvärderingskriterium, som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbudet är korrekt, strider mot principen om likabehandling i gemenskapsrätten. Domstolen har vidare fastslagit att principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven, innebär att kriterierna skall tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare vid prövning av anbudet samt att principen utgör en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras om principen iakttas. En objektiv och enhetlig bedömning förutsätter, att den upphandlande enheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna, kontrollera om anbudet uppfyller kriterierna.

<sup>1</sup> Mål C-448-01 mellan EVN AG, Wienstrom GmbH och Republic Österreich, punkt 72.

Den främsta anledningen till att antidiskrimineringsklausuler inte används är att den upphandlande enhetens anskaffningar huvudsakligen sker genom avrop från ramavtal som upphandlats av någon annan upphandlande enhet. Andra viktiga skäl som angetts är att den upphandlande enheten gjort så små upphandlingar att användning av antidiskrimineringsklausuler inte bedömts vara meningsfullt, att ekonomiska och administrativa resurser saknas samt att organisationen saknar kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen.

NOU bedömer bl.a. mot denna bakgrund att klausulerna bör användas där de förväntas ge bäst effekt, t.ex. i ramavtal eller avseende vissa branscher och inte utgöra ett generellt krav för samtliga statliga myndigheters upphandling. Genomslagskraften skulle sannolikt vara stor om de myndigheter som tecknar ramavtal för hela statsförvaltningen tillämpade sådana klausuler. Så sker inte i dagsläget. NOU har tidigare framhållit betydelsen av att koncentrera insatserna på upphandlingsområdet till de ramavtalsansvariga myndigheterna. Ett motsvarande resonemang framförs av Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO).

Av svaren framkommer att det behövs mer information om hur antidiskrimineringsklausuler kan användas både avseende lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och antidiskrimineringslagstiftningen. Flera upphandlande enheter eftersöker stöd av personal och praktisk vägledning på området samt verktyg/uppfoljningsmetoder för att kunna göra uppföljningar. I sitt yttrande över kartläggningen påpekar även Handikappombudsmannen (HO) att användning av antidiskrimineringsklausuler kräver nya metoder och verktyg för uppföljning av klausulerna.

Jämställdhetsombudsmannen (JämO) har i sitt yttrande över NOU:s rapport framfört att han överväger att utarbeta vissa rekommendationer beträffande tillämpning av klausulerna. NOU anser det angeläget att rekommendationer utarbetas av samtliga ombudsmän.

Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning (HomO) anser att ”det finns god potential för användning av antidiskrimineringsklausuler vid upphandling, givet att klausulen kan utformas tillräckligt vid för att på samma gång vara praktisk tillämpbar och rättssäker, samt att kompetensen för uppföljning utvecklas”.

NOU vill även nämna att Handikappombudsmannen (HO) framfört en allmän tveksamhet beträffande tillämpningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt såtillvida att det ”bör beaktas att de som står för upphandlingarna har som sitt främsta intresse att värna föremålen för sina upphandlingar. Att föra in för många nya krav i en process som redan är komplicerad riskerar att motverka sitt eget syfte.”

NOU vill här påminna om att i den mån antidiskrimineringsklausuler används i upphandlingskontraktet bör enligt regeringen den upphandlande enheten självfallet kontrollera efterlevnaden av villkoret och överväga vilka sanktioner

som skall knytas till villkoret för den händelse leverantören inte följer villkoret, såsom ett i kontraktet förutbestämt vite eller hävning.<sup>2</sup>

NOU vill avslutningsvis återigen<sup>3</sup> påtala att utrymmet för att beakta antidiskrimineringshänsyn i samband med offentlig upphandling inte är uttömt genom användandet av antidiskrimineringsklausuler. 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>4</sup> NOU förordar att regeringen låter utreda möjligheterna att införliva antidiskrimineringshänsyn i nationell lagstiftning på ett sådant sätt att överträdelser av antidiskrimineringslagstiftningen betraktas som en grund för uteslutning av anbudsgivare, dvs. utgör ett uteslutningsgrundande "allvarligt fel i yrkesutövningen"<sup>5</sup>. Vilka överträdelser som avses måste enligt NOU:s tolkning av kommissionens meddelande framgå av svensk lag – antingen LOU eller antidiskrimineringslagarna.

## 2. Inledning

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på regeringens uppdrag gjort en utvärdering av användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Uppdraget har redovisats dels i en delrapport avseende samtliga statliga myndigheters användning av sådana klausuler, dels nu i en slutrapport avseende användningen i samtliga statliga myndigheter samt ett representativt urval av andra typer av upphandlande enheter. I uppdraget ingick att tillstålla de upphandlande enheterna information om diskrimineringslagstiftningen och upphandlingsreglerna. Slutrapporten omfattar en redovisning av i vilken utsträckning de upphandlande enheterna använt sig av den av NOU föreslagna klausulen, i vilken utsträckning någon annan liknande klausul med samma målsättning använts samt, om antidiskrimineringsklausul inte använts, skälen till det. Vidare redovisas vilka åtgärder de upphandlande enheterna vidtagit för att kontrollera efterlevnaden av klausulerna. Rapporten innehåller även en redogörelse för de eventuella problem som framkommit vid användningen av antidiskrimineringsklausuler. Delrapporten, som lämnades till Regeringskansliet i september 2003, finns tillgänglig även på NOU:s webbplats, [www.nou.se](http://www.nou.se).

NOU har givit Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen tillfälle att yttra sig över resultatet av redovisningarna.

---

<sup>2</sup> Prop. 2001/02:142 sid.44.

<sup>3</sup>Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt NOU:s dnr 2002/0019-28, sid. 30.

<sup>4</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2001)566 slutlig, sid. 12.

<sup>5</sup> Jämför med 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU.

### 3. NOU:s kartläggning

Kartläggningen omfattar totalt 391 upphandlande enheter varav 264 statliga myndigheter, 27 kommuner med över 70 000 invånare, 21 landsting, 27 upphandlande enheter inom försörjningssektorerna, som inte är statliga myndigheter, samt 52 andra upphandlande enheter (bilaga 7).

Samtliga statliga myndigheter som svarade på delrapporten ingår i kartläggningen.

De andra upphandlande enheterna är upphandlande enheter enligt definitionen i 1 kap. 6 § LOU d.v.s. bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, är en juridisk person och uppfyller åtminstone ett av de uppställda kraven på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation.

NOU har tillställt samtliga upphandlande enheter som omfattades av kartläggningen en enkät (bilaga 2 och 3), NOU:s antidiskrimineringsklausul (text i förfrågningsunderlaget som skall överföras till upphandlingskontraktet) (bilaga 4) samt information om NOU:s antidiskrimineringsklausul (bilaga 5).

I bilaga 6 redovisas NOU:s metodik för utvärderingsarbetet.

### 4. Användning av antidiskrimineringsklausuler

Tabell 1.

Använder er organisation antidiskrimineringsklausuler ?				
	Antal upphandlande enheter	Andel %	Varav antal statliga myndigheter	Varav antal övriga upphandlande enheter
<b>Ja, regelmässigt</b>	26	6,6	13	13
<b>Ja, men inte regelmässigt</b>	19	4,9	14	5
<b>Nej</b>	346	88,5	237	109
<b>Total</b>	391	100	264	127

Av dem som svarat att de använder antidiskrimineringsklausuler men inte regelmässigt, har flertalet på frågan ”ungefärligt antal gånger” uppgett att de använt en sådan klausul ett fåtal gånger (bilaga 7).

NOU konstaterar att 6 av de 20 största statliga myndigheterna (med avseende på lämnade uppgifter om omfattning av upphandling) använder antidiskrimineringsklausuler.

De som använder antidiskrimineringsklausuler regelmässigt är:

- *Regeringskansliet*
- *Arbetsmarknadsverket*
- *Göteborgs universitet*

De som använder antidiskrimineringsklausuler, men ej regelmässigt är:

- *Rikspolisstyrelsen,*
- *Sveriges lantbruksuniversitet*
- *Banverket*

### **NOU:s kommentar**

Än så länge är det ett fåtal upphandlande enheter som använder antidiskrimineringsklausuler. Användningen av antidiskrimineringsklausuler har dock ökat något sedan år 2003 då 12 statliga myndigheter uppgav att de använde antidiskrimineringsklausuler. Vid denna enkät har 27 statliga myndigheter svarat att de använder antidiskrimineringsklausuler och ett stort antal upphandlande enheter har för avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakten (se vidare avsnitt 9). En ökning av användningen av antidiskrimineringsklausuler bland de största myndigheterna har skett i jämförelse med enkäten som genomfördes år 2003.

Resultatet bör ses mot bakgrund av att det endast är två år sedan NOU:s klausul formulerades och sedan lagändringen om särskilda villkor infördes (1 juli, 2002). Ett antal upphandlande enheter har precis börjat använda sig av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakten.

## **5. Vilken slags klausul har använts?**

**Tabell 2.**

<b>Vilken slags antidiskrimineringsklausul har använts?</b>				
	<b>Antal upphandlande enheter</b>	<b>Andel %</b>	<b>Varav antal statliga myndigheter</b>	<b>Varav antal övriga upphandlande enheter</b>
<b>NOU:s antidiskrimineringsklausul</b>	20	44,4	13	7
<b>Organisationens egen eller annan antidiskrimineringsklausul</b>	25	55,6	14	11
<b>Total</b>	45	100	27	18

17 upphandlande enheter har valt att bifoga klausuler till sina svar till NOU:s enkätundersökning. Klausulerna redovisas i bilaga 8.

De klausuler som bifogats är relativt likartade. Tre klausuler bygger på NOU:s klausul men två av dem skiljer sig i det avseendet att erläggandet av vite vid utebliven redovisning av åtgärder är borttaget.

Flertalet av de övriga bifogade klausulerna är utformade på så sätt att de ger den upphandlande enheten rätt att häva kontraktet om leverantören blir dömd för olaga diskriminering eller tvingas betala ut skadestånd enligt den lagstiftning som räknas upp i klausulerna.

### **NOU:s kommentar**

NOU:s klausul innehåller en skyldighet för leverantören att på begäran av den upphandlande enheten vid äventyr av vite skriftligen redovisa till den upphandlande enheten vilka åtgärder som leverantören vidtar i syfte att följa den angivna antidiskrimineringslagstiftningen. Som exempel kan nämnas inkrävande av en jämställdhetsplan från de leverantörer som sysselsätter minst tio anställda. Bryter leverantören mot förpliktelse i antidiskrimineringsklausulen under utförandet av uppdraget, riskerar han att få betala ett löpande avtalsvite till den upphandlande enheten. Om avtalsbrottet är av väsentlig betydelse, kan grund för hävning föreligga enligt sedvanliga avtalsrättsliga principer. NOU:s klausul förutsätter att avtalsförhållandet är av viss varaktighet.

NOU anser att antidiskrimineringsklausulen behöver vara anpassad till varje enskild upphandling.

Flertalet av de klausuler som bifogats enkätsvaren innehåller inte någon aktiv åtgärd för uppföljning, som t.ex. krav på leverantören att redovisa vilka åtgärder som leverantören vidtar i syfte att följa antidiskrimineringslagstiftningen, utan de innebär endast en möjlighet till att häva kontraktet, om leverantören blir dömd för olaga diskriminering eller tvingas betala ut skadestånd enligt den lagstiftning som räknas upp i klausulerna.

Ombudsmännen har utformat en egen antidiskrimineringsklausul som de anser är mer omfattande än NOU:s klausul. NOU anser dock att den klausul som NOU föreslagit innehåller ett större inslag av aktivt arbete i det avseendet att klausulen innehåller en skyldighet för leverantören att redovisa vilka åtgärder som vidtas i syfte att följa antidiskrimineringslagstiftningen.

Vad beträffar utvidgningen i ombudsmännens klausul avseende underleverantörer och varor vill NOU hänvisa till sin kommentar i Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt (NOU:s dnr 2002/0019-28) sid. 10 och 16.

NOU anser att den upphandlande enheten måste ha ett instrument för uppföljning av ställda krav. Saknas möjligheter till uppföljning kan det medföra ett brott mot likabehandlingsprincipen.

För att arbeta med antidiskrimineringsklausuler krävs därmed goda kunskaper om upphandlings- och antidiskrimineringslagstiftningen samt resurser för uppföljning av ställda krav. En tänkbar orsak till att klausuler som kräver aktiva åtgärder för uppföljning av ställda krav inte används kan vara just detta.

## 6. Problem som uppgetts förekomma vid användning av klausuler

Tabell 3.

Har problem förekommit vid användningen av antidiskrimineringsklausuler?				
	Antal upphandlande enheter	Andel %	Varav antal statliga myndigheter	Varav antal övriga upphandlande enheter
<b>Ja</b>	6	13,3	4	2
<b>Nej</b>	39	86,7	23	16
<b>Total</b>	45	100	27	18

Samtliga 6 upphandlade enheter som upplevde problem (*Handikappsombudsmannen, Riksdagsförvaltningen, Statens bostadsnämnd, Pliktverket, Stockholm stad och Sundsvalls kommun*) har angivit problem som kan härröras till uppföljningen av antidiskrimineringsklausuler. Exempel på sådana problem är svårighet att tolka om en klausul har brutits och svårigheten att hinna med uppföljning vid upphandlingskontrakt av relativt kortvarig karaktär.

*Handikappsombudsmannen* har svarat: ”Det är inte lätt att tolka om en klausul har brutits. Vem/vilka ska ge stöd för denna tolkning? Frågan växer ju mer skydd för diskriminering som följer av lag. Det är en fråga om resurser och kunskap. En sak är att ha kunskaper om diskriminering, en annan att ha kunskaper om upphandling och avtalsrätt/köprätt. Diskrimineringsklausuler och användningen av dem kräver kunskap om denna helhet.”

Enligt *Pliktverket* innebär upphandlingar av relativt kortvarig karaktär ”att det kan vara svårt innan avtalstiden gått till ända att hinna genomföra den uppföljning som ska ske för att kunna utröna vilka åtgärder en leverantör vidtagit i anledning av förpliktelsen att följa antidiskrimineringslagarna”.

*Statens bostadsnämnd* och *Sundsvalls kommun* har angett som problem att de använder sig av NOU:s klausul men att de har utelämnat vitesbestämmelserna.

### **NOU:s kommentar**

Endast 6 av de 45 upphandlande enheterna som använder antidiskrimineringsklausuler har upplevt något problem med användandet av antidiskrimineringsklausuler. De problem som angivits förefaller hänföra sig till uppföljningen av antidiskrimineringsklausuler. Detta bekräftar de farhågor NOU uttryckte i samband med utformningen av antidiskrimineringsklausulerna. Se under avsnitt 7 för vidare kommentarer.

## **7. Åtgärder som upphandlande enheter vidtagit för att kontrollera efterlevnad av klausulerna**

Denna fråga är ny för slutrapporten och ställdes inte vid enkäten för delrapporten.

**Tabell 4.**

<b>Har organisationen vidtagit några åtgärder för att kontrollera efterlevnad av klausulerna?</b>				
	<b>Antal upphandlande enheter</b>	<b>Andel %</b>	<b>Varav antal statliga myndigheter</b>	<b>Varav antal övriga upphandlande enheter</b>
<b>Ja</b>	5	11,1	4	1
<b>Nej</b>	40	88,9	23	17
<b>Total</b>	45	100	27	18

De fem som svarat att de vidtagit åtgärder för att följa upp klausulerna är:  
*Totalförsvarets pliktverk, Arbetsmarknadsverket, Länsstyrelsen i Gotlands län, Statens skolverk och Stockholms Hamn AB*

*Arbetsmarknadsverket (AMV)* ”har valt att ta fram en egen klausul som nu i början av mars 2004 har lagts in i vårt gemensamma upphandlingssystem. Den klausul som vi har valt är liksom NOU:s, sanktionerad med ett avtalsvite. Vitet är begränsat till maximalt ett halvt basbelopp. Vi har också kopplat en bilaga till klausulen som beskriver vilken lagstiftning som leverantören är skyldig att följa och vilken information som leverantören är skyldig att redovisa enligt antidiskrimineringsklausulen. Både antidiskrimineringsklausulen och bilagan ingår i förfrågningsunderlaget i upphandlingen. Enligt klausulen är dock leverantören endast skyldig att ge en skriftlig redogörelse i avtal där den ordinarie avtalstiden är minst ett år. En försiktig uppskattning är att denna redovisningsskyldighet kommer att finnas i ca 200 avtal som upphandlas under 2004. Enligt vår mening riskerar klausulen att bli meningslös om den endast omfattar situationer där leverantören blivit skyldig att betala skadestånd eller fått ett vitesföreläggande riktat mot sig.

AMV:s klausul omfattar därför också det planmässiga jämställdhets- och mångfaldsarbete som arbetsgivaren är skyldig att bedriva. Vi är väl medvetna om att granskningen av leverantörens redogörelse i detta avseende ställer särskilda krav på vår organisation. Det är också viktigt att vi har en enhetlig tillämpning av klausulen. Det kan bli aktuellt att genomföra ytterligare utbildningsinsatser under hösten och att utarbeta rutiner för granskningen av leverantörens redogörelse och kontrollen i övrigt av efterlevnaden. AMS kommer att bistå länsarbetsnämnderna i detta arbete. Vi avser också att ha ett samråd med berörd ombudsman innan det blir aktuellt att utkräva vite av någon leverantör." Arbetsmarknadsverkets samlade svar för hur de hanterar antidiskrimineringsklausuler finns i bilaga 9.

*Statens skolverk* har svarat "I mallen till förfrågningsunderlaget skall ett antal handlingar bifogas anbudet. En av dessa är "Beskrivning av företagets åtgärder för att följa den angivna antidiskrimineringslagstiftningen. Vid anbudsutvärderingen går beställaren igenom de beskrivningar som leverantören lämnat."

Av de 45 upphandlande enheter som uppgett att de använder antidiskrimineringsklausuler har 40 inte vidtagit några åtgärder för att kontrollera efterlevnad av klausulerna. Flera av dessa har lämnat kommentarer av intresse:

Några har uppgett att de nyss börjat använda antidiskrimineringsklausuler, (*Statens folkhälsoinstitut, Landstinget i Uppsala län, Örebrostäder, AB Karlskronahem*).

*AB Karlskronahem* har uppgett att bolaget just har gått ut med en upphandling där man lagt in NOU:s antidiskrimineringsklausul, som man för övrigt anser vara alldeles utmärkt att använda och avser använda framöver.

*Riksdagsförvaltningen* kommer år 2004 regelmässigt att använda antidiskrimineringsklausuler i tjänste- och entreprenadavtalen och har för avsikt att under hösten 2004 göra uppföljningar beträffande efterlevnaden.

*Stockholms Stad* håller på att revidera klausulen och kommer i samband med detta utarbeta en plan för hur klausulen skall följas upp.

Några upphandlande enheter som använder sig av antidiskrimineringsklausuler har kommenterat möjligheterna till uppföljning.

*Göteborgs Universitet* har svarat att resurser saknas för att rutinmässigt följa upp ställda krav.

*Sveriges Lantbruksuniversitet* anser inte att det är deras sak att kontrollera att leverantörerna inte bryter mot lagen, men kan tänka sig en skrivning där avtalet hävs vid av domstol konstaterat lagbrott.

*Sundsvalls kommun* anser att krav beträffande antidiskriminering skall finnas i "Allmänna bestämmelserna" med möjlighet för den upphandlande enheten att kunna häva ett avtal med företag som inte följer dessa lagstiftningar.

Banverket uppger att man " i sin mall för förfrågningsunderlag, vilken skall användas av samtliga förvaltande enheter, tagit med klausuler rörande antidiskriminering. Dessa klausuler är inte tvingande för den enhet som använder mallen, utan det är upp till den enskilda enheten att välja om de skall ha med klausulerna eller inte. Det har visat sig vid en enkät inom Banverket, att klausulerna används i ytterst liten omfattning. Vi planerar dock att vid en upphandling på huvudkontoret avseende personalrekrytering använda oss av klausulerna. Skälen till att de flesta enheter inte använder sig av klausulerna synes vara flera. Många av Banverkets enheter upplever inga problem vilka klausulerna är tänkta att motverka, flera anser sig ha bristande kunskap på området, ett antal enheter har heller inga möjligheter till uppföljning. Det senare är något som Banverket kommer att försöka följa upp."

#### **NOU:s kommentar**

Av de 45 upphandlande enheter som använder antidiskrimineringsklausuler är det endast 5 som har vidtagit åtgärder för uppföljning.

En förklaring till att så få upphandlande enheter vidtagit sådana åtgärder kan vara att ett antal upphandlande enheter enbart använt antidiskrimineringsklausuler ett fåtal gånger och flera nyligen börjat använda dem.

Som exempel på en upphandlande enhet som nyligen börjat använda antidiskrimineringsklausuler kan Arbetsmarknadsverket (AMV) lyftas fram. AMV har under år 2004 för avsikt att använda antidiskrimineringsklausuler i sina upphandlingskontrakt. Arbetsmarknadsverket har ägnat år 2003 till omfattande förberedelser i form av genomförande av utbildning, framtagande av handläggarstöd som behandlar diskrimineringslagstiftningen och antidiskrimineringsklausulen samt information till leverantörer om att antidiskrimineringsklausuler kommer att användas under 2004.

Ett antal upphandlande enheter har påtalat att de saknar resurser och kompetens för att systematiskt följa upp antidiskrimineringsklausuler.

Att flertalet upphandlande enheter inte vidtagit några åtgärder för att kontrollera efterlevnaden av klausulerna är sannolikt den främsta förklaringen till att endast ett fåtal upphandlande enheter upplevt problem vid användandet av dem. Det fåtal som upplevt problem hänför nämligen dessa till uppföljningen.

NOU vill här påminna om att i den mån antidiskrimineringsklausuler används i upphandlingskontraktet bör enligt regeringen den upphandlande enheten självfallet kontrollera efterlevnaden av villkoret och överväga vilka sanktioner

som skall knytas till villkoret för den händelse leverantören inte följer villkoret, såsom ett i kontraktet förutbestämt vite eller hävning.<sup>6</sup>

NOU vill även påtala att EG-domstolen i ett förhandsavgörande<sup>7</sup> har konstaterat att ett utvärderingskriterium, som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbudet är korrekt, strider mot principen om likabehandling i gemenskapsrätten. Domstolen har vidare fastslagit att principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven, innebär att kriterierna skall tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare vid prövning av anbudet samt att principen utgör en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras om principen iakttas. En objektiv och enhetlig bedömning förutsätter, att den upphandlande enheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna, kontrollera om anbudet uppfyller kriterierna.

I sitt yttrande över kartläggningen anser Handikappombudsmannen att användning av antidiskrimineringsklausuler kräver nya metoder och verktyg för uppföljning av klausulerna.

Handikappombudsmannen framför även att det ”bör beaktas att de som står för upphandlingarna har som sitt främsta intresse att värna föremålen för sina upphandlingar. Att föra in för många nya krav i en process som redan är komplicerad riskerar att motverka sitt eget syfte.”

Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning anser ”att det finns god potential för användning av antidiskrimineringsklausuler vid upphandling, givet att klausulen kan utformas tillräckligt vid för att på samma gång vara praktisk tillämpbar och rättssäker, samt att kompetensen för uppföljning utvecklas”.

Jämställdhetsombudsmannen har i sitt yttrande över NOU:s rapport framfört att han överväger att utarbeta vissa rekommendationer beträffande tillämpning av klausulerna. NOU anser det angeläget att rekommendationer utarbetas av samtliga ombudsmän.

<sup>6</sup> Prop. 2001/02:142 sid.44.

<sup>7</sup> Mål C-448-01 mellan EVN AG, Wienstrom GmbH och Republic Österreich, punkt 72.

## 8. Skäl som anförts till att antidiskrimineringsklausuler inte använts

NOU har frågat de 346 upphandlande enheter, varav 237 statliga myndigheter, som svarat att de inte använder antidiskrimineringsklausuler om skälen till det. De upphandlande enheterna har kunnat besvara frågan med ett eller flera alternativ. NOU har exemplifierat skäl och även lämnat möjlighet för de upphandlande enheterna att lämna egna skäl.

**Tabell 5.**

	Antal upphandlande enheter	Varav antal Statliga myndigheter	Varav antal övriga upphandlande enheter
Organisationens anskaffningar sker huvudsakligen genom avrop från ramavtal som upphandlats av annan.	<b>170</b>	156	14
De upphandlingar som gjorts inom organisationen har varit av så ringa värde eller kontrakten så kortvariga att de inte bedömts att vara meningsfullt att använda antidiskrimineringsklausuler.	<b>86</b>	74	12
Organisationen saknar tillräcklig kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen för att använda antidiskrimineringsklausuler.	<b>85</b>	48	37
Organisationen saknar ekonomiska och administrativa resurser för att använda antidiskrimineringsklausuler.	<b>84</b>	59	25
Organisationen har inte gjort någon tjänste- eller byggentreprenadupphandling efter den 1:e juli 2002, dvs. sådan upphandling där NOU:s antidiskrimineringsklausul kunde ha tillämpats.	<b>56</b>	51	5

Organisationen har hittills inte känt till de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.	54	31	23
Organisationen saknar kunskap om de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt	40	25	15

Många upphandlande enheter (90) har uppgett att de har andra skäl till att antidiskrimineringsklausuler inte använts än de exempel som NOU lämnat i enkäten. De skäl som angivits är i huvudsak följande:

23 upphandlande enheter har angivit problem med uppföljning, framför allt vad gäller resurser och kunskap. Bland kommentarerna kan nämnas:

*Riksskatteverket* anser att det är viktigt att uppföljningen av antidiskrimineringsklausuler sker antingen med stöd av personal med kunskap på området eller med stöd av en framtagen uppföljningsmetod och är osäkra på behovet av resurser.

Enligt *Chalmers tekniska högskola* står inte den kompetens och resurs som krävs för att förstå, tillämpa och värdera antidiskrimineringsklausuler och dess inverkan på upphandlingar att finna hos många upphandlande enheter.

*Arbetsmiljöverket* har som skäl till att antidiskrimineringsklausuler inte använts bl.a. angett svårigheter med uppföljning och att inse skälen till att upphandlande enhet skall övervaka efterlevnaden av antidiskrimineringslagstiftningen. De anser också att det finns svårigheter att koppla kraven till föremålet för upphandlingen samt att efterlevnad av lag normalt inte ska behöva krävas i avtal.

*Vägverket* har gjort bedömningen att organisationen har svårt att genomföra konsekventa och systematiska uppföljningar på ställda krav avseende antidiskriminering.

*Luftfartsverket* anser att krav skall vara proportionella mot upphandlingens föremål och storlek samt att krav måste anpassas till styrkeförhållandet mellan köpare och leverantör och i detta fall i så motto att kravet verkligen skall höras. Därutöver har Luftfartsverket framfört att uppföljning av efterlevnad är betungande och utan incitament.

*Lulebo AB* är tveksamma till om antidiskrimineringsklausuler ger en praktisk effekt, möjlighet att konstatera avsteg och till verksamma åtgärder vid eventuella avsteg.

*Patent- och registreringsverket (PRV)* anser att det inte är rimligt att en upphandlande enhet skall kontrollera att leverantören efterlever gällande, i många fall straffrättslig lagstiftning och att det för detta finns särskilt inrättade myndigheter. Myndigheten anser vidare att det tvärtom kan leda till att LOU:s portalparagraf om likabehandling åsidosätts. PRV uppger även att de saknar erforderliga ”verktyg” för en korrekt och meningsfull kontroll av erforderliga sakförhållanden.

*Lantmäteriet* ifrågasätter om en upphandlande enhet förutom kompetens inom själva kärnverksamheten upphandling dessutom skall besitta kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen. Krav kan i och för sig ställas med stöd av underlag från NOU men vid själva uppföljningen behöver ombudsmännen och resurser därifrån medverka.

*Uppsala Universitet* har en stor anskaffningsvolym och en liten upphandlingsorganisation och bara resurser att utnyttja och följa upp antidiskrimineringsklausuler i särskilda fall, d.v.s. om det finns anledning att anta att företagen inte sköter sig.

*Statens fastighetsverk* har hittills inte ansett sig ha bra möjlighet eller kunskap att på ett ”bra” sätt följa upp antidiskrimineringsklausuler.

*Statens räddningsverk* bedömer det resurskrävande att använda antidiskrimineringsklausuler och har därför valt att avvakta med användandet även i de få fall där det kan ha varit relevant.

*Vinnova* har svarat att de prioriterar innehållet i tjänsterna och att de inte skulle ha resurser/rutiner att följa upp efterlevnad av antidiskrimineringsklausuler.

*Göteborg stad och Haninge kommun* har uppgett svårigheter att följa upp efterlevnaden av klausulerna.

*Riksåklagaren* önskar att uppföljning kan utföras i samråd med ansvariga myndigheter inom området ex. JämO, HomO, BO, och DO.

14 myndigheter har uppgett att de utgår från att leverantörerna följer gällande rätt. Följande kommentarer kan vara av särskilt intresse.

*Malmö Högskola* anser det inte som sin uppgift att tillse att leverantörerna följer gällande lagstiftning, utan deras uppgift är att se till att EG:s direktiv och Lagen om offentlig upphandling och annan handelsrättslig lagstiftning följs vid upphandling och vid upprättande av affärsavtal. Vidare anser

högskolan att om leverantörer inte följer gällande rätt vid utövande av sin verksamhet, finns det andra instanser som utövar tillsyn och sanktionsåtgärder.

*Riksförsäkringsverket* har hittills inte haft något behov av att använda sig av dessa klausuler utan utgår ifrån att deras leverantörer följer gällande lagstiftning på området.

*SMHI* är av uppfattningen ”att man inte skall behöva föreskriva att leverantören skall följa lagen. Det borde vara självklart. Det finns enligt vår uppfattning också möjligheter att utesluta leverantörer som begått brott i yrkesutövningen (1 kap 17 § punkt 3 LOU). Om man skall använda sig av antidiskrimineringsklausuler bör dessa ta sikte på att men som ett skall-krav kräver att leverantören visar att man har en jämställdhetsplan, att man har en könsfördelning som ligger mellan 40 och 60 % (jämställt företag), att man har en mångfaldsplan samt en plan för hur man skall motverka diskriminering p.g.a. etnisk tillhörighet, religiös uppfattning eller sexuell läggning. Självklart måste detta anpassas till det upphandlade objektet så att kravet på affärsmässighet kan tas om hand.”

*Landstinget Östergötland* anser att denna form av uppstyrning av leverantörer skall ske via lagstiftning såsom arbetsgivaransvar etc. och inte styras via upphandling.

*Luftfartsverket* har uppgett att det generellt förutsättes i avtal att gällande lagstiftning inom alla områden efterföljs av leverantören och att beställaren inte i detta avseende är någon tillsynsmyndighet.

*Vattenfall AB* har uppgett att det i samtliga koncernavtal anges att svensk lag skall gälla och därmed anser de att även antidiskrimineringsklausuler omfattas.

Enligt *Statskontoret* finns det särskild lagstiftning som skall förhindra diskriminering och särskilda myndigheter som utövar tillsyn över denna lagstiftning. Diskrimineringsfrågor bör hanteras i denna ordning och bör således inte blandas in i upphandlingssituationer.

Några upphandlande enheter (4) har som skäl till att antidiskrimineringsklausuler inte används hänvisat till att leverantörerna ofta är små företag.

*Konkurrensverket* har svarat att leverantörerna i de flesta fall varit små företag (en- eller fåmansföretag) vilket medfört att användandet av antidiskrimineringsklausuler inte har varit meningsfullt.

*Jönköpings kommun* anser att offentlig upphandling redan är så nertyngd av regelverk och ambitioner att den skrämmer bort många aktörer och minskar konkurrensen särskilt från småföretagen men att även större företag avstår från att lämna anbud. Både inom entreprenad- och tjänstesektorn konkurrerar ofta

stora internationella företag med lokala om offentliga uppdrag och de mindre företagens möjligheter att hävda sig blir mindre och mindre, då de inte har resurser för att bemöta och hantera alla krav som ställs i offentlig upphandling.

*Stångåstaden AB* ser gärna att även mindre företag är med och räknar på förfrågningsunderlagen men att de förslag till antidiskrimineringsklausuler som finns med säkerhet kommer att skrämja bort de flesta små aktörer, p.g.a. vitesklausuler mm.

Enligt *Statens räddningsverk* är en stor andel av deras entreprenad- och tjänsteupphandlingar var för sig relativt små i omfattning och leverantörerna ofta småföretag, vilket försvårar användandet av antidiskrimineringsklausuler.

Några upphandlande enheter har angett avsaknad av politiska riktlinjer som skäl.

*Nacka kommun* har svarat att ingen nämnd eller politiker framfört önskemål om att antidiskrimineringsklausuler skall användas vid upphandling.

*Norrbottnens läns landsting* har uppgett avsaknad av politiska riktlinjer för tillämpning men att arbete pågår med att ta fram sådana.

*Landstinget Sörmland* har uppgett att det ej framförts några önskemål från landstingets ledning eller från berörda verksamheter att använda antidiskrimineringsklausuler.

Andra kommentarer av intresse som lämnats är följande:

*Försvarsmakten* har svarat att den här typen av paragrafer inte kan få tyngdpunkt i avtal.

*Halmstads kommun* har angivit att den inte har velat belasta entreprenaderna med denna typ av kostnadsdrivande faktorer. Se rättelseblad

*Styrelsen för internationellt utvecklingssamarbete (Sida)* har uppgett att det övervägande antalet tjänsteupphandlingar levereras utomlands.

*Chalmers tekniska högskola* anser att LOU syftar till att tillförsäkra leverantörer likabehandling etc. samt en möjlighet för upphandlande enheter att erhålla varor och tjänster till låga priser. Högskolan anser vidare att LOU skall vara ett regelverk som får kund och leverantörsrelation att i än högre grad vara affärsmässig och att andra samhällsliga, medmänskliga eller politiska syften inte hör samman med affärsmässighet utan på den exempelvis samhällsliga och politiska arenan.

Enligt *Länsstyrelsen i Stockholms län* har det inte bedömts som meningsfullt med antidiskrimineringsklausuler p.g.a. arten av det man upphandlat.

*Arbetsmiljöverket* har uppgett att antidiskrimineringsklausuler inte förefallit relevanta vid köp av intellektuella tjänster (konsultstöd).

*Skogstyrelsen, Skogsvårdsstyrelsen Mälardalen och Skogsvårdsstyrelsen Norrbotten* har i sina upphandlingar inte ansett sig behöva använda sig av antidiskrimineringsklausuler.

*Linköpings universitet* har hittills inte känt till någon bra möjlighet enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i de upphandlingskontrakt som är aktuella för universitetet.

*Naturvårdsverket* har svarat att användandet av antidiskrimineringsklausuler ej bedömts vara relevant vid de fåtaliga av verket genomförda upphandlingarna.

*Enligt Krisberedskapsmyndigheten* kan skälen vara dels brist på kunskap om att antidiskrimineringsklausuler finns, dels att man har bedömt att man på annat sätt har en bra kontroll över de upphandlade företagens seriositet.

### **NOU:s kommentar**

Den främsta anledningen till att antidiskrimineringsklausuler inte använts är enligt 170 upphandlande enheter att den upphandlande enhetens anskaffningar huvudsakligen sker genom avrop från ramavtal som upphandlats av någon annan upphandlande enhet.

Därnäst anges av 86 upphandlande enheter att de upphandlingar som gjorts inom organisationen har varit av så ringa värde eller kontrakten så kortvariga att det inte bedömts vara meningsfullt att använda antidiskrimineringsklausuler. 56 upphandlande enheter har inte gjort någon tjänste- eller byggtreprenadupphandling efter den 1 juli 2002, dvs. sådan upphandling där NOU:s antidiskrimineringsklausul kunde ha tillämpats. Flertalet av de upphandlande enheter som uppgivit dessa skäl är mindre, statliga myndigheter. NOU anser det inte särskilt verkningsfullt att upphandlingar av ringa värde skall omfattas av klausulen.

Däremot skulle genomslagskraften sannolikt vara stor om de myndigheter som tecknar ramavtal för hela statsförvaltningen tillämpade sådana klausuler. Så sker inte i dagsläget. NOU har tidigare framhållit betydelsen av att koncentrera insatserna på upphandlingsområdet till de ramavtalsansvariga myndigheterna. Ett motsvarande resonemang framförs av DO.

I övrigt har angetts att organisationen saknar tillräcklig kunskap om antidiskrimineringslagstiftningen (85) och/eller saknar ekonomiska och administrativa resurser (84) för att använda antidiskrimineringsklausuler.

Flera upphandlande enheter (56) har även angivit som skäl att de hittills inte känt till de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler

och/eller att de saknar kunskap om de möjligheter som finns enligt LOU att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt (40).

Av svaren framkommer att det behövs mer information om hur antidiskrimineringsklausuler kan användas både avseende LOU och antidiskrimineringslagstiftningen. NOU skulle givetvis kunna bistå med information om de aspekter som hänför sig till LOU. NOU vill dock understryka att information inte får vara en prioriterad verksamhet enligt regleringsbrevet.

Ett antal upphandlande enheter av varierande storlek och typ har angett svårigheter med uppföljning av efterlevnad av klausulerna i form av brist på kompetens, erforderliga rutiner, resurser samt frånvaro av systematiska och konsekventa krav.

NOU vill därför återigen peka på det stora förberedelsearbete som Arbetsmarknadsverket har behövt inför användandet av antidiskrimineringsklausulerna.

## 9. De upphandlande enheternas avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler.

Frågan har besvarats endast av de upphandlande enheter som svarat att de *inte* använder antidiskrimineringsklausuler.

Vid ifyllandet av enkäten fanns endast möjlighet att besvara frågan med ja eller nej. Några upphandlande enheter har dock lagt till som kommentar till svaret att det ännu inte beslutats om enheten har för avsikt eller inte att använda antidiskrimineringsåtgärder i framtiden.

**Tabell 6.**

<b>Har organisationen för avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler i framtiden?</b>				
	<b>Antal upphandlande enheter</b>	<b>Andel %</b>	<b>Varav antal statliga myndigheter</b>	<b>Varav antal övriga upphandlande enheter</b>
<b>Ja</b>	198	57,2	138	60
<b>Nej</b>	148	42,8	99	49
<b>Total</b>	346	100	237	109

Av de 20 största statliga myndigheterna använder 6 antidiskrimineringsklausuler. Av de övriga 14 har 8 svarat att de har för avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler i framtiden, nämligen:

- *Försvarsmakten*
- *Skatteverket*
- *Styrelsen för internationellt utvecklingssamarbete (Sida)*
- *Lunds Universitet*
- *Uppsala Universitet*
- *Linköpings Universitet*
- *Lantmäteriet*
- *Umeå Universitet*

NOU har i enkäten lämnat utrymme för de upphandlande enheterna att inkomma med egna kommentarer. Flertalet av dessa hänför sig till om organisationen har för avsikt att använda antidiskrimineringsklausuler i framtiden.

Ett antal upphandlande enheter (23) har svarat att de kommer att överväga att införa antidiskrimineringsklausuler under följande angiva förutsättningar, dvs.

- om det kan bedömas relevant
- i relevanta upphandlingar
- självfallet där så är tillämpligt
- om det befins lämpligt
- om tillämpligt i tjänsteupphandlingar
- om så krävs för vissa upphandlingar
- om det behövs
- om det finns behov
- om det är motiverat
- när det är befogat
- där vi tror problem kan uppstå
- vid större belopp och längre varaktighet

*Försvarsmakten* kommer att inarbeta NOU:s klausuler i sina avtalsmallar.

*Premiepensionsmyndigheten* överväger att i framtiden införa antidiskrimineringsklausuler i standardvillkoren.

*Statens Energimyndighet* kommer under 2004 att upphandla nya ramavtal och då kommer antidiskrimineringsklausul att användas.

*MKB Net AB och Västfastigheter* har angett att de behöver mer kunskap om antidiskrimineringsklausuler för att kunna ta ställning till eventuell användning.

*Kammarkollegiet* har svarat att kollegiet kommer att använda antidiskrimineringsklausuler om det framgent kommer att göra någon upphandling där sådana kan användas, men att det i dagsläget inte förutser några sådana upphandlingar.

Ett antal upphandlande enheter har hänvisat till ramavtal i sina kommentarer.

Sex upphandlade enheter som svarat att de har för avsikt att använda sig av antidiskrimineringsklausuler hänvisar till att de mestadels avropar på ramavtal men att de har för avsikt att använda sig av klausulerna om de gör egna upphandlingar.

Även flera av dem som svarat att de inte har för avsikt att använda sig av antidiskrimineringsklausuler hänvisar till att de endast eller till största delen använder sig av avrop enligt/av statliga ramavtal (*Arbetsdomstolen, Fastighetsmäklarnämnden, Marknadsdomstolen, Myndigheten för kvalificerad yrkesutbildning, Skogsvårdsstyrelsen Västerbotten, Statens institut för kommunikationsanalys, Svenskt biografiskt lexikon, Statens institut för ekologisk hållbarhet*).

Flera upphandlande enheter har lyft fram behovet av kunskap och resurser för att kunna göra uppföljning av antidiskrimineringsklausulerna. Några kommentarer av intresse är:

*Kungliga tekniska högskolan* har svarat följande: ”vi kommer att använda antidiskrimineringsklausuler i de fall vi ser att det är nödvändigt och om vi får resurser för att kunna följa upp de krav som vi ställt. Idag har vi inte resurser nog för att följa upp antidiskrimineringslagarna. Som vi svarade i förra enkäten så bör övervakning, kontroll och tillsyn utövas av de för ändamålet inrättade ombudsmannamyndigheterna förr än av de upphandlande enheterna.”

*Enligt Kustbevakningen* förutsätter svaret ”ja” på frågan (om antidiskrimineringsklausuler kommer att användas framdeles), att erforderliga ekonomiska och administrativa resurser avsätts vid myndigheten.

*Domstolverket* kommer att använda antidiskrimineringsklausuler när/om de får tillräckliga resurser för att kunna följa upp antidiskrimineringsklausuler i avtal.

*Riksskatteverket* anser att då fler ansvarsområden är inblandade måste gränsdragningen vara klar och att det är svårt för upphandlare att följa upp villkor som rör antidiskrimineringslagstiftningen utan hjälp av sakkunniga på området.

*Uppsala Universitet* har bl.a. svarat ”vi har naturligtvis ett intresse av att företagen sköter sig, men inom ramen för tillgängliga resurser måste vi fokusera på att upphandla rätt sak till rätt pris. Vi har mer än nog av detta. Om upphandlingen skall vara ett kontrollinstrument för att se till att företagen också följer lagar och regler när det gäller miljö, diskriminering, etcetera, behövs särskilda resurser för detta”.

*Södertörns högskola* kan och vill använda klausulerna om de får praktisk vägledning hur de ska använda dem på bästa sätt.

*Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll (SWEDAC)* anser inte att den har möjlighet att följa upp efterlevnaden av antidiskrimineringskrav och vill därför inte heller ställa kraven.

*Talboks- och punktskriftsbiblioteket* har uppgett att man i sin egen upphandling vänder sig till huvudsakligen mycket små företag där man bedömer det svårt att använda antidiskrimineringsklausuler, eftersom det inte går att kontrollera efterlevnaden. Biblioteket kommer dock att överväga att använda klausulerna.

*Gentekniknämnden* har svarat: ”om vi hade känt till klausulen vid det senaste upphandlingstillfället, så hade det ändå varit svårt att använda klausulen, eftersom påtryckningsmöjligheterna är små när man handlar för så pass små belopp. Självklart kommer vi att använda klausulen om det finns ett förenklat förfaringsätt som gör att företagen måste bevisa att de har en jämlikhetsplan el dyl. bifogade i sina offerter”.

*Karlstads kommun* har svarat att ”Offentliga verksamheters upphandlingar tenderar att mer och mer fungera som kontrollverksamhet i stället för att genomföra bra affärer. Är detta rätt utveckling? Självklart ska leverantörerna uppfylla gällande lagstiftningar för att offentliga verksamheter ska göra affärer med dem. Men i hur stor utsträckning ska ansvaret för kontroll av detta ske i samband med upphandling?”

*Arbetsgivarverket* förutser för närvarande inte att sådana upphandlingar kommer att göras som motiverar att införa den administration som följer av antidiskrimineringsklausuler.

*Göteborgs Energi* anser att generellt kan ytterligare unika krav i upphandlingar på LOU-området öka risken för en utveckling mot sämre affärsmässighet med högre priser och svårare uppföljning.

*Statens pensionsverk (SPV)* kontrollerar regelmässigt leverantörers finansiella ställning, att de innehar F-skattebevis och att de betalar skatter och avgifter. I övrigt utgår SPV från att leverantörerna följer gällande lagstiftning om det inte finns särskilda skäl att misstänka annat.

Några upphandlande enheter hänvisar till att de redan ställer krav på att leverantörerna skall följa gällande lagstiftning.

*Landstinget i Jönköpings län* hänvisar till att de har krav på leverantörerna att i den specifika upphandlingen uppfylla samtliga gällande lagar samt att de hänvisar till LOU i anbudsinbjudan.

*Malmö Högskola* har angett: ”Vi skriver regelmässigt i våra avtal att gällande lagstiftning skall följas och detta undertecknas av respektive leverantör. Klausulen är egentligen inte nödvändig eftersom vi alla måste följa gällande lag. Om vi skulle upptäcka att en leverantör bryter mot lag kan vi således bryta avtalet men ytterligare sanktioner gentemot företaget torde ligga på någon annan att vidta”

Bland övriga kommentarer kan nämnas:

Enligt *Arbetsmiljöverket* som avser att använda antidiskrimineringsklausuler om det kan bedömas relevant, skall mer kunskap om diskrimineringslagarna spridas genom information till personal som genomför upphandlingar inom verket.

*Fastighets AB Förvaltaren* ”ser gärna att antidiskrimineringsklausuler inarbetas i AF AMA enligt NOU: s exempel för att underlätta upprättande av förfrågningsunderlag, annonser och upphandlingskontrakt. På så sätt kan bygg- och fastighetsbolag samordnat och på stor bredd tillämpa gällande regelverk. I avvaktan på denna förändring kommer Fastighets AB Förvaltaren lokalt komplettera AMA- mallarna med antidiskrimineringsklausuler.”

### **NOU:s kommentar**

De upphandlande enheterna visar en vilja till att använda antidiskrimineringsklausuler. Flertalet av de 20 största upphandlande enheterna som inte redan använder antidiskrimineringsklausuler har för avsikt att börja använda sådana. Betydligt över hälften (57 %) av de upphandlande enheter som idag inte använder antidiskrimineringsklausuler, har för avsikt att använda sådana i framtiden, om än under vissa förutsättningar. Framför allt har behovet av resurser och kompetens för att följa upp efterlevnaden av klausulerna förts fram som en förutsättning för att kunna använda dem.

Flera upphandlande enheter eftersöker stöd av personal och praktisk vägledning på området samt verktyg/uppfoljningsmetoder för att kunna göra uppföljningar.

Arbetsmarknadsverket som har börjat tillämpa antidiskrimineringsklausuler har uppgett att detta har krävt ett genomtänkt och omfattande förberedelsearbete. Året 2003 behövdes för att planera och genomföra såväl utbildningsinsatser som informationsinsatser. AMV har även tagit fram ett handläggarstöd. (Se bilaga 9 )

NOU vill återigen erinra om att den vanligaste orsaken till att de upphandlande enheterna inte använder antidiskrimineringsklausuler är att deras anskaffningar huvudsakligen sker genom avrop från ramavtal som upphandlats av någon annan upphandlande enhet. Även på frågan om avsikten att använda

antidiskrimineringsklausuler i framtiden har de som svarat att de inte har någon sådan avsikt hänvisat till att de mestadels avropar på ramavtal.

NOU bedömer bl.a. mot denna bakgrund att klausulerna bör användas där de förväntas ge bäst effekt, t.ex. i ramavtal eller avseende vissa branscher och inte utgöra ett generellt krav för samtliga statliga myndigheters upphandling. Även DO framför i sitt yttrande över NOU:s rapport liknande synpunkter, nämligen att ”insatser riktade mot vissa nyckelmyndigheter kan enligt DO vara ett effektivt sätt att uppfylla dessa krav så att merparten av de upphandlande enheterna indirekt kan använda sig av klausulerna genom ramavtalen.”

## 10. Övriga kommentarer från de upphandlande enheterna

NOU har i enkäten lämnat utrymme för de upphandlande enheterna att inkomma med egna kommentarer. Nedan redovisas några av dessa.

Enligt *Konkurrensverket* bör ramavtalsslutande parter ansvara för att antidiskrimineringsklausuler används. Frågan synes genom ramavtalskonstruktionen hamna "mellan stolarna". Myndigheternas möjligheter att följa upp leverantörernas efterlevnad av gällande regler på området under avtalsperioden bör analyseras.

*Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, DO*, har uppgett att de upphandlingar där användandet av ombudsmännens egna antidiskrimineringsklausuler förekommit visserligen är klara, men avtalens fullgörande pågår under hela 2004 varför de inte kan svara på effekterna ännu.

*Mitthögskolan* påtalar: ”om klausulerna skall användas vid alla typer av entreprenader/tjänsteupphandlingar (d.v.s. även inomsvenska) är det givet att samtliga myndigheter kommer att behöva utbildning så att rättssäkerheten kan tillgodoses. Därtill hör även problemen med att kunna åstadkomma korrekta uppföljningar eftersom myndigheternas slutsatser om ev. diskriminering i sig självt kan vara diskriminerande och leda till rättspåföljd”.

*Kronofogdemyndigheten Karlstad* har svarat ”Innebörden och värdet av ADK inser vi. Uppföljning av hur avtalen efterlevs upplevs som svår. Vi har väldigt få egna upphandlingar. En tillämpning av ADK vid framtida upphandlingar förefaller angelägen”.

*Stockholms universitet* har svarat att ”antidiskrimineringsklausuler är ett prioriterat område inom Stockholms universitet. Information om antidiskrimineringsklausuler är kortfattat infört/beskrivet i vår upphandlingshandbok. Information har också gått ut vid nätverksträffar för upphandlare vid universitetet.

*Bostads AB Poseidon* har uppgett att ”ett trettiotal medarbetare har engagerat sig för att ta fram konkreta handlingsplaner för hur bolaget kan bidra till en

ökad mångfaldsorientering. I ambitionerna ingår att under 2004 redovisa delresultat som särskilt bidrar till att öka den etniska mångfalden och motverka diskriminering, även i upphandlingar. Projektet genomförs under ledning av mångfaldsenheten vid Göteborgs Stad och kommer att involvera alla våra medarbetare.”

### **NOU:s kommentar**

Det finns ett stort intresse och engagemang hos flera upphandlande enheter för en användning av antidiskrimineringsklausuler. Användningen har ökat något sedan år 2003 och ett stort antal upphandlande enheter har för avsikt att börja använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakten. Resultatet av kartläggningen bör ses mot bakgrund av att det endast är två år sedan NOU:s klausul formulerades och möjligheten till att använda särskilda villkor infördes i LOU. Att införa och följa upp antidiskrimineringsklausuler på ett meningsfullt och rättssäkert sätt kräver ett omfattande arbete. Ett antal upphandlande enheter har helt nyligen börjat använda sig av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakten.

Det framstår för NOU som om de upphandlande enheterna visserligen ser positivt på att använda antidiskrimineringsklausuler men att de upplever svårigheter med användandet av klausulerna. Återkommande i enkätsvaren är framför allt svårigheter med uppföljningen av efterlevnaden av antidiskrimineringsklausulerna p.g.a. av brist på kompetens och resurser.

NOU vill avslutningsvis återigen<sup>8</sup> påtala att utrymmet för att beakta antidiskrimineringshänsyn i samband med offentlig upphandling inte är uttömt genom användandet av antidiskrimineringsklausuler. 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>9</sup> NOU förordar att regeringen låter utreda möjligheterna att införliva antidiskrimineringshänsyn i nationell lagstiftning på ett sådant sätt att överträdelser av antidiskrimineringslagstiftningen betraktas som en grund för uteslutning av anbudsgivare, dvs. utgör ett uteslutningsgrundande ”allvarligt fel i yrkesutövningen”.<sup>10</sup> Vilka överträdelser som avses måste enligt NOU:s tolkning av kommissionens meddelande framgå av svensk lag – antingen LOU eller antidiskrimineringslagarna.

<sup>8</sup> Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt NOU:s dnr 2002/0019-28, sid. 30.

<sup>9</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2001)566 slutlig, sid. 12.

<sup>10</sup> Jämför med 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU.

## **Bilagor**

1. Regeringens uppdrag.
2. Missiv som har skickats till de upphandlande enheterna.
3. Enkät som har skickats till de upphandlande enheterna.
4. Bilaga 2 till enkäten. NOU:s antidiskrimineringsklausul.
5. Bilaga 3 till enkäten. Information om NOU:s antidiskrimineringsklausul.
6. Metod för utvärderingen.
7. Lista över samtliga upphandlande enheter som omfattades av enkäten och deras svar på frågan om de använder antidiskrimineringsklausuler.
8. Antidiskrimineringsklausuler som bifogats enkätsvaren.
9. Det kompletta svaret från Arbetsmarknadsverket angående användningen av antidiskrimineringsklausuler.
10. Yttrande över kartläggningen från Jämställdhetsombudsmannen.
11. Yttrande över kartläggningen från Ombudsmannen för etnisk diskriminering.
12. Yttrande över kartläggningen från Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning.
13. Yttrande över kartläggningen från Handikappsombudsmannen.