

Justitiedepartementet  
103 33 STOCKHOLM

## **Betänkandet Det blågula glashuset SOU 2005:56**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

NOU har av Justitiedepartementet uppmanats att yttra sig över rubricerat betänkande. NOU begränsar sitt yttrande till de aspekter i betänkandet som berör LOU, d.v.s. huvudsakligen det som anförs under 13.6.1 Antidiskrimineringsklausuler i statens offentliga upphandlingar.

NOU har tidigare på uppdrag av regeringen utformat en antidiskrimineringsklausul. NOU:s remissvar återspeglar därför den senaste versionen av NOU:s klausul.

### ***Sammanfattning***

**(1) NOU avstyrker från upphandlingsjuridisk synpunkt att alla statliga myndigheter i förordning åläggs införa en antidiskrimineringsklausul i alla upphandlingskontrakt. Om det ändå beslutas att en antidiskrimineringsklausul skall införas, anser NOU att klausulens lydelse skall utformas i enlighet med vad som anförs i detta remissvar. Klausulen som antagits i Stockholms stad kan inte användas som förebild. I betänkandet dras långtgående paralleller med det amerikanska systemet (jämför 12.2 med 13.6.1). NOU anser att Stockholm stads klausul är oförenlig med hur en motsvarande klausul används i USA. De amerikanska klausulerna avser en annan upphandlingsordning och gäller, vilket framgår även av utredningens betänkande endast vissa bolag, större kontrakt och endast sådana leveranser som inte är allmänt tillgängliga på marknaden. Kontrollen av efterlevnad ligger dessutom inte på de upphandlande myndigheterna utan på en för detta ändamål bildad och dimensionerad expertmyndighet (OFCCP).**

Johanna Persson

**(2) NOU delar inte utredningens uppfattning att en antidiskrimineringsklausul kan användas vid samtliga upphandlingskontrakt avseende varor och tjänster. En sådan skyldighet bör inte heller åläggas de upphandlande myndigheterna genom en förordning.**

**(3) NOU avstyrker förslaget om att en klausul skall utformas så att leverantören *i sin verksamhet* i Sverige skall följa vid varje tillfälle i Sverige gällande antidiskrimineringslagstiftning. En sådan klausulskrivning innebär, enligt NOU, att det ställs ett krav som inte kan anses ha samband med kontraktet i sig. Detta strider mot proportionalitetsprincipen och är därmed inte förenligt med LOU. Därutöver är det olämpligt att en upphandlande enhet får en uppföljningsskyldighet som sträcker sig långt utöver det som regleras av avtalet.**

**(4) NOU delar utredningens uppfattning att leverantören under uppdragstiden kan åläggas skyldighet att på begäran av den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna i klausulen och att tiden för redovisning skall i så fall vara minst en vecka om inte längre tid överenskommits.**

**(5) NOU avstyrker utredningens förslag om att leverantör som använder underleverantör, i sitt kontrakt skall ålägga underleverantören den skyldighet som anges i klausulen, d.v.s. att leverantören skall svara gentemot den upphandlande enheten för underleverantörens brott mot antidiskrimineringslagarna i klausulen. NOU avstyrker också utredningens förslag om att leverantören genom en sådan skrivning i kontraktet skall tillse att den upphandlande enheten på begäran kan ta del av underleverantörs åtgärder i enlighet med klausulen.**

**(6) NOU avstyrker utredningens förslag om att brott mot förpliktelserna i klausulen regelmässigt skall anses utgöra ett väsentligt kontraktsbrott, som ger den upphandlande enheten rätt att häva avtalet om leverantören, eller dennes underleverantörer, bryter mot klausulen. Om hävning skall ske måste bli föremål för en bedömning i varje enskilt fall.**

**(7) NOU instämmer i bedömningen att villkor rörande antidiskriminering, som inte är diskriminerande, kan tas in bland kontraktsvillkoren.**

Johanna Persson

### *NOU:s motivering*

I avsnittet 13.6.1 i betänkandet föreslår utredningen att en förordning antas som kräver att alla statliga upphandlingar skall innehålla en antidiskrimineringsklausul med syfte att motverka strukturell diskriminering på grund av faktorer som kön, etnicitet, religion, funktionshinder och sexuell läggning. Utredningen hävdar bl. a. att lagar mot diskriminering i kombination med kraven om främjande av jämlikhet i upphandlingar i flera andra länder, såsom USA, Kanada och Storbritannien har haft tydliga och positiva effekter på arbetsmarknaden. Vidare menar utredningen att det, med tanke på de stora ekonomiska värden som står på spel i offentliga upphandlingar i alla länder, är sannolikt att företagen är lyhörda för det offentligas krav i avtal. I synnerhet om det är tydligt att det offentliga inte har formulerat dessa endast för det symbolvärde som kan finnas.

**(1) NOU avstyrker från upphandlingsjuridisk synpunkt att alla statliga myndigheter i förordning åläggs införa en antidiskrimineringsklausul i alla upphandlingskontrakt. Om det ändå beslutas att en antidiskrimineringsklausul skall införas, anser NOU att klausulens lydelse skall utformas i enlighet med vad som anförs i detta remissvar. Klausulen som antagits i Stockholms stad kan inte användas som förebild. I betänkandet dras långtgående paralleller med det amerikanska systemet (jämför 12.2 med 13.6.1). NOU anser att Stockholm stads klausul är oförenlig med hur en motsvarande klausul används i USA. De amerikanska klausulerna avser en annan upphandlingsordning och gäller, vilket framgår även av utredningens betänkande endast vissa bolag, större kontrakt och endast sådana leveranser som inte är allmänt tillgängliga på marknaden. Kontrollen av efterlevnad ligger dessutom inte på de upphandlande myndigheterna utan på en för detta ändamål bildad och dimensionerad expertmyndighet (OFCCP).**

**(2) NOU delar inte utredningens uppfattning att en antidiskrimineringsklausul kan användas vid samtliga upphandlingskontrakt avseende varor och tjänster. En sådan skyldighet bör inte heller åläggas de upphandlande myndigheterna genom en förordning.**

NOU avstyrker att en förordning antas som kräver att alla statliga upphandlingskontrakt skall innehålla en antidiskrimineringsklausul och att

Johanna Persson

liknande klausul rekommenderas även kommuner och landsting. NOU anser att en upphandlande myndighet i varje enskilt fall måste kunna bestämma om en sådan klausul är påkallad eller lämplig i det aktuella kontraktet. Vid överväganden om en författningsreglering bör beaktas att regleringen kan omfatta alla kontrakt som sluts skriftligt av en myndighet, inklusive de med lågt värde och de som tilldelas med stöd av ett ramavtal. Vidare bör övervägas om eventuella överträdelser skall förenas med några sanktioner. Om så blir fallet bör det anges under vilka förutsättningar det utgör ett brott mot förordningen eller LOU att myndigheten inte inför eller inte följer upp en antidiskrimineringsklausul. Det bör anges även vem som får begära överprövning och om det ankommer på en länsrätt att pröva detta.

NOU anser vidare att en begränsning av användandet av antidiskrimineringsklausuler vid upphandling av tjänster samt bygg- och anläggningsarbeten är nödvändig med hänsyn till att det är fråga om villkor för uppdragets genomförande. NOU tolkar gemenskapsrätten så att antidiskrimineringsklausulen generellt sett inte kan omfatta varuupphandlingar, eftersom den berörda lagstiftningen, som leverantören enligt klausulen förpliktas att följa, endast gäller i Sverige och skulle kunna diskriminera varor lagligen tillverkade i andra länder. NOU anser att man inte kan ålägga en leverantör som inte är verksam i Sverige att följa svensk lag. Varorna är dessutom i de flesta fall tillverkade innan ett kontraktsförhållande uppstår och kan därför inte omfattas av en klausul om utförande under kontraktstiden. Om varor ska produceras på beställning i Sverige kan en klausul möjligen användas.

När det gäller utförande av tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten i Sverige uppstår normalt inte detta problem. Tjänster och bygg- och anläggningsarbeten skiljer sig från varor såtillvida att de som regel produceras av leverantören i samband med utförandet, alltså i samma land där den upphandlande enheten finns. Om en tjänst utförs utanför Sveriges gränser skulle det kunna uppstå problem med att uppfylla de gemenskapsrättsliga principerna om klausulen används.

Anskaffning av varor tillsammans med tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten där varudelen utgör den värdemässigt största andelen, skall upphandlas enligt bestämmelserna om varuupphandlingar i LOU. I dessa upphandlingar kan särskilda kontraktsvillkor, som antidiskrimineringsklausuler, komma ifråga i den del kontrakten består av tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten. EG-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande från år 2001 framhållit att det ”förefaller vara svårare att tillämpa antidiskrimineringsklausuler i varukontrakt. Sådana klausuler som innebär krav på ändring av organisationen, strukturen eller policyn

Johanna Persson

inom ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat skulle kunna vara diskriminerande eller medföra ett ooberättigat handelshinder”.

Även om det skulle vara möjligt att ställa krav i varukontrakt med leverantörer som tillverkar varor i Sverige utan att det diskriminerar utländska leverantörer, skulle dock resultatet kunna bli att svenska leverantörer diskrimineras i förhållande till utländska. NOU anser sig inte kunna rekommendera en klausul med denna innebörd.<sup>1</sup>

Vid användning av en antidiskrimineringsklausul får proportionalitetsprincipen anses kräva att avtalsrelationen har en viss varaktighet och omfattning. Ju kortare kontraktsförhållanden och ju mindre värden det är fråga om desto större är risken att proportionalitetsprincipen träds för när. När det gäller korta kontraktsförhållanden och små värden är det mot bakgrund av de i många fall nästan obefintliga kontrollmöjligheterna på grund av praktiska svårigheter mycket tveksamt med antidiskrimineringsklausuler med långtgående krav.

NOU anser att en antidiskrimineringsklausul bör innefatta enbart uppdrag som utförs i Sverige, eftersom kravet i antidiskrimineringsklausulen avser tillämpningen av svensk lagstiftning. Denna utformning stämmer väl överens med det s.k. utstationeringsdirektivet.<sup>2</sup> Att ställa krav på att svensk lagstiftning skall följas i Sverige kan inte innebära att leverantörer från andra medlemsländer diskrimineras så länge ifrågavarande lagstiftning är förenlig med gemenskapsrätten. Så länge de svenska antidiskrimineringslagarna är förenliga med gemenskapsrätten är en klausul som innefattar enbart uppdrag som utförs i Sverige således varken direkt eller indirekt diskriminerande mot leverantörer från andra medlemsländer.

**(3) NOU avstyrker förslaget om att en klausul skall utformas så att leverantören i sin verksamhet i Sverige skall följa vid varje tillfälle i Sverige gällande antidiskrimineringslagstiftning. En sådan klausulskrivning innebär, enligt NOU, att det ställs ett krav som inte kan anses ha samband med kontraktet i sig. Detta strider mot proportionalitetsprincipen och är därmed inte förenligt med LOU. Därutöver är det olämpligt att en upphandlande enhet får en uppföljningsskyldighet som sträcker sig långt utöver det som regleras av avtalet.**

---

<sup>1</sup> Bland de upphandlande myndigheter som använder klausuler som inte omfattar leverans av varor finns AMV och Regeringskansliet.

<sup>2</sup> Direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster innebär en skyldighet för medlemsländerna att säkerställa att tjänsteleverantörer som utstationerar sina arbetstagare i en annan medlemsstat följer vissa lagreglerade arbetsrättsliga miniminivåer som gäller i den medlemsstat där tjänsten utförs.

Johanna Persson

NOU anser istället att leverantören *vid utförande av den avtalade tjänsten/entreprenaden* i Sverige skall följa vid varje tid gällande antidiskrimineringslagstiftning.

En antidiskrimineringsklausul skall enligt proportionalitetsprincipen stå i proportion till det enskilda upphandlingskontraktet. Av proportionalitetsprincipen följer att kvalifikationskraven och kraven i kravspecifikationen/uppdragsbeskrivningen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De krav som ställs skall vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Om det finns flera alternativ bör det alternativ väljas som är minst ingripande eller belastande.

Principen innebär bland annat att antidiskrimineringsklausulen endast kan avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av upphandlingskontraktet. Andra delar av leverantörens verksamhet kan inte inkluderas, eftersom de saknar direkt samband med beställningen och således inte har tillräcklig anknytning till kontraktet. Generellt gäller att ju svagare sambandet är mellan ett krav i en antidiskrimineringsklausul och det som upphandlas, desto större är risken för att kravet inte är lagligt.

Proportionalitetsprincipen innebär enligt NOU:s uppfattning vidare att kontrollåtgärderna och eventuella påföljder i en klausul endast får omfatta den del av leverantörens verksamhet som är inblandad i genomförandet av upphandlingskontraktet.

En mer långtgående klausul i avseendet att följa svensk lagstiftning och som omfattar inte endast det avtalade arbetet som leverantören utför i Sverige utan all dennes verksamhet, innebär enligt NOU att det är svårt att i det enskilda fallet påvisa att anknytning föreligger till det som skall upphandlas. En sådan anknytning krävs för att klausulen skall vara laglig. Därtill kommer att det kan vara svårt att följa upp och kontrollera efterlevnaden av de krav som uppställts. En klausul enligt vilken leverantören - med konsekvenser för kontraktet om så inte sker - skall följa antidiskrimineringslagarna inte endast vid utförandet av den aktuella tjänsten/entreprenaden utan *vid varje tillfälle* innebär, enligt NOU, att det ställs ett krav som inte kan anses ha samband med kontraktet i sig. Detta är inte förenligt med LOU. En klausulskrivning med avsikten att leverantören - med konsekvenser för kontraktet om så inte sker - skall följa antidiskrimineringslagarna inte endast vid utförandet av den aktuella tjänsten/entreprenaden utan *vid varje tillfälle* innebär att det ställs ett krav som inte kan anses ha samband med kontraktet i sig. Detta är inte förenligt med LOU.

Johanna Persson

**(4) NOU delar utredningens uppfattning att leverantören under uppdragstiden kan åläggas skyldighet att på begäran av den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits med anledning av förpliktelserna i klausulen och att tiden för redovisning skall i så fall vara minst en vecka om inte längre tid överenskommits.**

NOU anser att det är nödvändigt att införandet av antidiskrimineringsklausuler kombineras med information och utbildning om deras tillämpning och uppföljning. För att arbeta med antidiskrimineringsklausuler krävs såväl goda kunskaper om antidiskrimineringslagstiftningen som instrument, metoder och resurser att följa upp ställda krav.

Om det saknas möjligheter till uppföljning kan detta medföra att den upphandlande enheten bryter mot likabehandlingsprincipen och att konkurrensförhållandena på marknaden kan komma att rubbas. Den upphandlande enheten bör således kontrollera att leverantören lever upp till de förpliktelser han åtagit sig. Att anta ett anbud med lägre pris från en leverantör som inte genomför ett seriöst antidiskrimineringsarbete och som aldrig haft för avsikt att följa antidiskrimineringsklausulens bestämmelser, leder till en orättvis behandling av andra leverantörer.

NOU:s anser att eventuella sanktioner skall föregås av en skriftlig dialog mellan parterna. En sådan dialog kan inledas av den upphandlande enheten i samband med en misstanke om överträdelse av den berörda lagstiftningen eller vid uppföljning på enhetens eget initiativ. I den skriftliga dialogen kan den upphandlande enheten begära att leverantören redovisar vilka åtgärder den vidtagit för att uppfylla sina skyldigheter enligt lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, dvs. vilka åtgärder leverantören vidtagit för att motverka diskriminering, framför allt beträffande arbetsförhållanden, förebyggande av trakasserier och rekrytering.

Vidare kan den antagna leverantören avkrävas en redovisning av om han under kontraktstiden varit skyldig att betala skadestånd eller viten enligt någon av de i klausulen nämnda lagarna. Om så varit fallet kan den upphandlande enheten begära att leverantören uppger vilken bestämmelse han brutit mot och vilka åtgärder han vidtagit för att förseelsen skall upphöra/inte inträffa igen.

Johanna Persson

NOU anser att leverantören ikläder sig visst informationsansvar och en uppföljning som står i rimlig proportion till omfattningen och inriktningen av vad som upphandlats och underleverantörens koppling till detta.

**(5) NOU avstyrker utredningens förslag om att leverantör som använder underleverantör, i sitt kontrakt skall ålägga underleverantören den skyldighet som anges i klausulen, d.v.s. att leverantören skall svara gentemot den upphandlande enheten för underleverantörens brott mot antidiskrimineringslagarna i klausulen. NOU avstyrker också utredningens förslag om att leverantören genom en sådan skrivning i kontraktet skall tillse att den upphandlande enheten på begäran kan ta del av underleverantörs åtgärder i enlighet med klausulen.**

NOU anser att ett avtal innehållande en antidiskrimineringsklausul enbart kan omfatta förhållandet mellan den upphandlande enheten och den leverantör som tecknar avtalet, i fortsättningen benämnd huvudleverantören. NOU anser att huvudleverantören genom klausulen förbinder sig att göra vad han kan för att tjänsten eller byggtreprenaden genomförs med iakttagande av gällande antidiskrimineringslagstiftning. Leverantören kan alltså inte i avsikt att kringgå den skyldighet som klausulen medför, lägga ut kontraktet på en underentreprenör. En leverantör kan vidta åtgärder för att säkerställa att underleverantörerna är medvetna om de förutsättningar som gäller för kontraktets utförande, t.ex. genom att informera om klausulens krav. Leverantörens skyldighet att under uppdragstiden för den upphandlande enheten skriftligen redovisa de åtgärder som vidtagits kan dock inte skapa någon rättighet eller skyldighet för huvudleverantören att från samtliga underleverantörer utkräva rapporter eller jämställdhetsplaner.

Om ett kontrakt läggs ut på en underleverantör som är exempelvis dotterbolag eller i annan beroendeställning till huvudleverantören, bör högre krav kunna ställas på att huvudleverantören tillser att underleverantören efterlever antidiskrimineringsreglerna.

Det har aldrig prövats rättsligt om en upphandlande enhet kan kräva att en huvudleverantör i sitt kontrakt med underleverantören inför villkor som motsvarar den klausul som finns i avtalet med den upphandlande enheten. Risk kan föreligga att proportionalitetsprincipen träds för när genom sådana villkor. Denna risk ökar ju svagare anknytning det som huvudleverantören köper från en underleverantör har till kontraktet.

Den upphandlande enheten skall utnyttja den befintliga konkurrensen på marknaden så som principen om icke-diskriminering förutsätter. Ett krav på omfattande kontroll av underleverantörer genom en

Johanna Persson

antidiskrimineringsklausul skulle kunna leda till att flera leverantörer inte klarar att leverera till upphandlande enheter. Kontrollens omfattning kommer givetvis att återspegla sig i anbudspriset och de egna uppföljningskostnaderna.

**(6) NOU avstyrker utredningens förslag om att brott mot förpliktelserna i klausulen regelmässigt skall anses utgöra ett väsentligt kontraktsbrott, som ger den upphandlande enheten rätt att häva avtalet om leverantören, eller dennes underleverantörer, bryter mot klausulen. Om hävning skall ske måste bli föremål för en bedömning i varje enskilt fall.**

NOU anser att det är först om den skriftliga redovisningen uteblir eller är uppenbart bristfällig som sanktioner kan komma ifråga.

NOU övervägde möjligheten att införa hävning som en påföljd i den av myndigheten utformade antidiskrimineringsklausulen. Hävning är ett kraftfullt instrument som klart tydliggör den upphandlande enhetens ståndpunkt för leverantören beträffande antidiskrimineringsfrågor. Hävning skall dock stå i proportion till överträdelsens karaktär. Dessutom är det en ingripande åtgärd för den upphandlande enheten, eftersom den normalt medför att enheten måste hitta en ny leverantör. Detta innebär i sin tur att en ny upphandling måste göras samt att enheten står utan leveranser tills ett nytt avtal kan börja gälla.

Att en klausul, såsom NOU:s, saknar en explicit hävningspåföljd innebär dock inte att hävning är utesluten vid överträdelser av de intressen som antidiskrimineringslagarna är ämnade att skydda. Innehåller avtalet en allmän hävningsklausul kan denna bli tillämplig vid tillräckligt allvarliga brott även mot avtalets antidiskrimineringsklausul, trots att avtalets klausul saknar sådan påföljd. Om inget särskilt avtalats får nämligen köplagens (1990:931) bestämmelser om hävning en analog tillämpning på de upphandlade tjänste- och entreprenadkontrakt som omfattas av NOU:s klausul.

Vid upphandling av parallella ramavtal skulle hävning som sanktion få långtgående konsekvenser. Vid tillämpningen av de nya reglerna om offentlig upphandling sker tilldelning av kontrakt vid varje tillfälle då ett ramavtal utnyttjas.<sup>3</sup> Hävning skulle innebära att om ett kontrakt inom ett

---

<sup>3</sup> I vart fall vid tilldelning av kontrakt för förnyad inbjudan. Se artikel 32 i direktiv 2004/18/EG samt kapitel 6 i förslag på kommande regler om offentlig upphandling, SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler.

Johanna Persson

ramavtal hävs så hävs även övriga kontrakt inom ramavtalet. Ramavtal är nämligen kontrakt som skall leda till att andra kontrakt tecknas på grundval av ramavtalen.

Hävning av ett avtal p.g.a. felaktig bedömning av en antidiskrimineringsituation kan leda till skadeståndsanspråk från den drabbade leverantören. NOU anser därför att hävningsklausuler i samband med antidiskrimineringsklausuler bör användas med försiktighet. En upphandlande enhet kan inte rimligen låta en leverantör, vars avtal har hävts p.g.a. överträdelse av en antidiskrimineringsklausul, sköta leveranserna tills den upphandlande enheten ett antal månader senare upphandlat ett nytt kontrakt. Särskilt under ett avtals sista år blir det tillkommande ekonomiska trycket som en eventuell hävningspåföljd skapar mest illusoriskt och inte särskilt verkningsfullt. Viten och uteslutningsmöjligheter får anses vara mer verksamma instrument. Eventuell uteslutning måste dock ske enligt gällande regler, d.v.s. bedömning av huruvida allvarligt fel i yrkesutövning då föreligger.

Vite kan användas i antidiskrimineringsklausuler, dels som ett påtryckningsmedel för att få leverantören att lämna begärd information (x i NOU:s klausul), dels som ett medel att få denne att rätta till överträdelser mot antidiskrimineringslagstiftningen (y och z i NOU:s klausul). Om den upphandlande enheten kan visa att de åtgärder som redovisats av leverantören inte är tillräckliga för att avhjälpa överträdelser av antidiskrimineringslagarna, skall vite utgå.

Vitets storlek skall framgå av antidiskrimineringsklausulen. Den upphandlande enheten kan

- antingen i varje enskild upphandling göra en bedömning av vitets storlek som ett visst belopp/en viss procent utifrån upphandlingens karaktär och beloppsmässiga omfattning
- eller fastställa ett visst belopp/en viss procent att generellt gälla för alla dess upphandlingar där antidiskrimineringsklausuler används.

Nackdelen med att bestämma ett fast belopp att gälla för alla upphandlingar är naturligtvis att storleken på vitet kan bli försumbar för leverantörer i mycket stora upphandlingar. Stora upphandlingar kräver ofta stora leverantörer. Dessa kan då se vitet som ett pris värt att betala för att vinna upphandlingen. Det finns även en uppenbar risk att ett generellt fastställt belopp vid små upphandlingar resulterar i att vitets storlek kan bli lika stort eller större än värdet av själva upphandlingen. Detta är knappast rimligt. NOU anser därför att de upphandlande enheterna i första hand skall göra en bedömning i varje enskild upphandling av vitets storlek utifrån upphandlingens karaktär och beloppsmässiga omfattning.

Johanna Persson

I vissa upphandlingar kan det vara svårt för en upphandlande enhet att på förhand veta vad det totala kontraktsvärdet kommer att uppgå till. Detta gäller t.ex. vid upphandling av vissa ramavtal. NOU föreslår att en enhet som upphandlat ramavtal med alla villkor fastställda bestämmer vitet till ett fast belopp som anpassas i förhållande till ramavtalets uppskattade totala värde för leverantören. Vid upphandling av ramavtal där det skall ske förnyad konkurrensutsättning<sup>4</sup> kan det bli fallet, att en leverantör som finns med i ramavtalet inte vinner ett enda avrop eller endast ett mindre sådant. Här förefaller det rimligast att fastställa vitet till en viss procent av faktiskt avropat belopp.

Vikten av att ta ut avtalat vite av den som bryter mot en antidiskrimineringsklausul kan inte nog understrykas. De anbudsgivare vars kontrakt hade förkastats kan annars anses ha blivit förfördelade. Om sanktioner inte utnyttjas kan respekten för avtalade klausuler gå förlorad och resultera i oseriösa anbud vid efterföljande upphandlingar. NOU har i ett ärende<sup>5</sup> som bl.a. behandlade frågan om att inte begära ut ett förfallet vite, uttalat att det inte föreligger någon generell avtalsfrihet för upphandlande enheter att på ett väsentligt sätt förändra villkoren i ett offentligt upphandlingskontrakt. NOU anser att om en upphandlande enhet inte kräver ut avtalat vite när leverantören inte lever upp till klausulen vid genomförandet av kontraktet, förändrar enheten på ett väsentligt sätt villkoren i avtalet och gör sig därmed skyldig till brott mot likabehandlingsprincipen.

**(7) NOU instämmer i bedömningen att villkor rörande antidiskriminering, som inte är diskriminerande, kan tas in bland kontraktsvillkoren.**

Ett villkor får varken vara diskriminerande eller i övrigt strida mot gemenskapsrätten. En förutsättning för att kunna ta in en antidiskrimineringsklausul bland kontraktsvillkoren, åtminstone under tröskelvärdena, är att klausulen anges i förfrågningsunderlaget, såvida inte klausulen angetts i annons om upphandlingen. NOU delar utredningens uppfattning om att det för närvarande inte är lämpligt att en antidiskrimineringsklausul tas med på annat sätt än som kontraktsvillkor. Vidare delar NOU utredningens uppfattning om att det är positivt om upphandlande enheter utnyttjar möjligheten att välja att upphandla en vara

---

<sup>4</sup> Se förslag på kommande regler om offentlig upphandling, SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler

<sup>5</sup> NOU:s dnr 2000/0320-26 Granskning av AB Storstockholms lokaltrafik och Citypendeln AB:s avtal om pendeltågtrafik.

Johanna Persson

eller tjänst som motsvarar dess samhällsmål. I samband med att den upphandlande enheten identifierar sitt behov är det möjligt att besluta om hur behovet skall tillgodoses. LOU sätter inga gränser för vilken typ av varor, tjänster eller entreprenader den upphandlande enheten väljer att anskaffa så länge valet inte riskerar att leda till att vissa leverantörer otillbörligen gynnas eller missgynnas.

---

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 oktober 2005, i vilket deltog, Kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Johanna Persson. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Johanna Persson