

Bilaga 9 till kommunfullmäktiges protokoll 2007-03-26 § 26

Tillhör ärende 36

Utl 2007:32. Policys för upphandling och konkurrensutsättning.
Minoritetsåterremiss från kommunfullmäktige den 12 februari 2007.

KF 2007-03-26

Yvonne Ruwaida (mp)

Tilläggsyrkande till punkt 1 i kommunstyrelsens förslag till kommunfullmäktige

Kommunfullmäktige beslutar att
införa antidiskrimineringsklausul och övriga formuleringar för att motverka diskriminering i upphandlad verksamhet i Stockholms stads upphandlingspolicy enligt kommunstyrelsens beslut den 19 juni 2002.

Kommunstyrelsens beslut 19 juni 2002

Allmänt

Det har länge varit oklart i vilken mån offentlig upphandling kan tjäna som medel för att främja sociala målsättningar, miljövänliga produkter och andra syften som inte är direkt kopplade till den vara/tjänst som upphandlas. Möjligheter och begränsningar framgår inte klart av varken den svenska lagstiftningen (lag 1992:1528 om offentlig upphandling, nedan LOU) eller EG-direktiven om offentlig upphandling.

Av det tolkningsmeddelande som EG-kommissionen utfärdat beträffande möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling framgår det att det i viss utsträckning är möjligt att ställa s.k. sociala krav i upphandlingar. Med sociala hänsynstaganden avses även möjligheten att ställa krav på leverantörers/entreprenörers arbete med antidiskrimineringsfrågor.

Uteslutningskriterier

För att förhindra att staden anlitar leverantörer/entreprenörer som blivit dömda för olaga diskriminering eller blivit ådömda skadestånd i enlighet med diskrimineringslagstiftningen¹

¹ Jämställdhetslagen (1991:433), Lag (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

före upphandlingstillfället kan nämnden utnyttja de krav som får ställas i upphandlingens kvalificeringsfas. Enligt LOU har den upphandlande enheten möjlighet att utesluta en leverantör från deltagande i en upphandling om denne dömts för brott i yrkesutövningen, eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

För att utesluta en leverantör på grund av brott i yrkesutövningen krävs en lagakraftvunnen dom.

För att utesluta en anbudsgivare ur en upphandling på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen krävs ingen lagakraftvunnen dom. Rättsläget är dock oklart. Felet måste vara objektivt fastställbart och får inte ligga för långt bakåt i tiden. Det är också troligt att fel som har rättats till inte kan utgöra grund för uteslutning. Enligt lagkommentaren till LOU kan en leverantör som saknar en jämställdhetsplan, trots att skyldighet till sådan föreligger i lag, sannolikt bara uteslutas ur en upphandling om vitesföreläggande utfärdats eller rent av utdömts.²

Krav i kravspecifikationen

I tjänsteupphandlingar som har en *social karaktär* kan ett krav på att leverantören arbetar aktivt med antidiskrimineringsfrågor vara en del av tjänstens kvalitet och därmed höra hemma i kravspecifikationen. Så kan t.ex. vara fallet vid upphandling av parklekar, omsorg av funktionshindrade m.m. där bemötande av människor med olika kulturell bakgrund, kön, sexuell läggning och funktionshinder förekommer i verksamheten och där en medvetenhet om dessa frågor är särskilt viktig för verksamhetens kvalitet. I dessa fall kan följande skrivning finnas med i kravspecifikationen:

Den upphandlade verksamheten skall präglas av alla människors lika värde och ett aktivt antidiskrimineringsarbete skall bedrivas i verksamheten.

Med aktivt antidiskrimineringsarbete menas ...

Vad som är ett aktivt antidiskrimineringsarbete varierar naturligtvis från verksamhet till verksamhet. Om det rör sig om verksamhet med besökande barn kan det vara en del av pedagogiken att barnen skall lära sig att behandla människor lika. Om upphandlingen rör omhändertagande av funktionshindrade eller äldre kan det aktiva arbetet bestå av fortbildning av personalen om funktionshindrades/äldres förutsättningar för ett självständigt liv och personalens attityder i omsorgen.

Det finns också tillfällen då det i kravspecifikationen är naturligt att kräva att lokaler är anpassade för personer med fysiska funktionshinder. Detta är aktuellt i första hand då staden köper tjänster som skall erbjudas invånarna och som utförs i leverantörens egna lokaler. Ett exempel på detta är vid upphandling av utbildningstjänster.

²Lagbokskommentaren, Offentlig upphandling, Hentze och Sylvén, 1998, s. 127

Kommersiella villkor

För att vara så säkra som möjligt på att hålla sig inom LOU:s och EG-direktivens gränser **rekommenderar** stadsledningskontoret att nämnderna använder sig av nedanstående klausul som antidiskrimineringsklausul. Kravet ställs som ett villkor i avtalsförslaget som bifogas förfrågningsunderlaget.

Klausulen kan användas i såväl entreprenads-, tjänste- och varuupphandlingar.

Beställaren har rätt att häva detta avtal om företrädare för eller anställd hos leverantören/entreprenören under avtalstiden, och i sin roll som företrädare för eller anställd hos leverantören/entreprenören, blir dömd för olaga diskriminering eller om leverantören/entreprenören tvingas betala ut skadestånd enligt följande lagstiftning:

- *Jämställdhetslagen (1991:433)*
 - *Lag (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet*
 - *Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder*
 - *Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.*
-

Särskilt utförarvillkor

I EU-kommissionens tolkningsmeddelande framförs särskilda utförarvillkor som en metod för att ställa sociala krav i upphandlingar. Stadsledningskontoret avråder emellertid från sådana krav som, i de exempel som ges från EU-kommissionen, ofta är långtgående och kan driva upp anbudspriserna.

Proportionalitet

När en nämnd ställer krav i syfte att motverka diskriminering inom upphandlade verksamheter måste kraven vara proportionerliga och så lite ingripande som möjligt. Det innebär att kraven i förfrågningsunderlaget måste vara proportionerliga i förhållande till det som upphandlas.

Konsekvensanalys

Stadsledningskontoret anser att nämnderna, när de tar in anti-diskrimineringskrav i upphandlingar, bör genomföra en konsekvensanalys för att utreda om kraven kan ha en kostnadsdrivande effekt. Analysen sker lämpligast i samband med att referenskalkyl utarbetas. Nämnden måste försäkra sig om att de väntade anbudspriserna faller inom verksamhetens budgetramar.

Tillämpning av antidiskrimineringsklausuler

Både i de fall en antidiskrimineringsklausul används i avtalet och då krav ställs i kvalificeringsfasen innebär det att nämnden har en rättighet men inte en skyldighet att häva avtalet eller utesluta en anbudsgivare. De åtgärder som nämnden avser att vidta måste alltid

stå i proportion till det brott/det fel som anbudsgivaren gjort sig skyldig till. Det är inte otänkbart att ett företag som tidigare gjort sig skyldig till brott/fel efter påpekanden om detta sköter sig bättre än det genomsnittliga företaget. Det är också tänkbart att ett fel kan rättas och därmed inte föranleder någon vidare åtgärd.