
UPPHANDLINGSKRÖNIKA – SOCIALT ANSVARSFULL OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

Jag har i en tidigare krönika behandlat det som på senare år kommit att kallas för ”grön upphandling”, dvs. miljöhänsyn i samband med offentlig upphandling.¹ I samband med det nämndes att utvecklingen nått längre när det gäller möjligheterna att ta miljöhänsyn än när det gäller sociala hänsyn och att detta, enligt min mening, bl.a. beror på att miljöhänsyn i grunden oftast kan motiveras utifrån naturvetenskapliga utgångspunkter. Det kan t.ex. vara fråga om överväganden baserade på mängden växthusgaser som en viss verksamhet eller produkt genererar, eller konstaterad miljöpåverkan från vissa kemikalier. Sociala hänsyn däremot är däremot ytterst, åtminstone om man bortser från de allra mest grundläggande mänskliga fri- och rättigheterna som det torde råda bred enighet om, en fråga om politisk, etisk eller religiös uppfattning. Även om sociala hänsyn i och för sig kan vara lovvärda kan de, som påpekats i den ovan nämnda krönikan, därför oftast inte motiveras utifrån vetenskapliga utgångspunkter.

Samtidigt kan konstateras att flertalet upphandlande myndigheter, i större eller mindre utsträckning, är politiskt styrda organisationer som i många fall har till uppgift att driva eller på annat sätt ansvara för utpräglat sociala frågor. Det skulle därför kunna uppfattas som ologiskt om upphandlande myndigheter inom ramen för sina upphandlingar inte skulle kunna agera på ett sätt som överensstämmer med de legitima sociala strävanden som präglar verksamheten i övrigt, inte minst i de fall då dessa strävanden utgör en del av EU:s s.k. sociala dimension, såsom den bl.a. kommit till uttryck i den förnyade sociala agendan.²

* Advokat och delägare, Advokatfirman Delphi, Stockholm.

¹ Se ERT 2009 s. 385.

² Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och

Mot denna bakgrund, och mot bakgrund av ett ökat intresse för sociala frågor även inom det privata näringslivet t.ex. i form av s.k. Corporate Social Responsibility – CSR, är det inte förvånande att intresset och acceptansen för sociala hänsyn vid offentlig upphandling har ökat på senare tid.

På nationell nivå har detta i Sverige bl.a. tagit sig uttryck i den s.k. bör-regel som infördes i 1 kap. 9 a § LOU och 1 kap. 24 a § LUF den 15 juli förra året, och som innebär att upphandlande myndigheter respektive enheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid sina upphandlingar om upphandlingarnas art motiverar detta.

På den gemensamma europeiska nivån har utvecklingen vad gäller sociala hänsyn bl.a. resulterat i att kommissionen nyligen publicerat en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, på engelska benämnd ”Buying social”.³ Denna handbok är visserligen inte kommissionens första initiativ på området. Redan år 2001 publicerade kommissionen ett tolkningsmeddelande om möjligheterna att ta sociala hänsyn.⁴ Den nu publicerade handledningen skiljer sig dock från tolkningsmeddelandet dels genom sin aktualitet och att den beaktar den rättsutveckling som ägt rum, inte minst till följd av 2004 års upphandlingsdirektiv,⁵ dels genom att den är mer konkret än tolkningsmeddelandet.

Jag kommer i denna krönika att redogöra för kommissionens handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling.

2. SOCIALT ANSVARSFULL OFFENTLIG UPPHANDLING – SRPP

Kommissionens handledning inleds med konstaterandet att upphandlande myndigheter är viktiga konsumenter som genom sina inköp spenderar cirka 17 % av EU:s BNP (en summa som motsvarar halva Tysklands BNP) och som

sociala kommittén och Regionala kommittén om en ”En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa”, KOM(2008) 412 slutlig, av den 2 juli 2008.

³ Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling SEK(2010) 1258 slutlig.

⁴ Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating social considerations into public procurement, COM(2001) 566 final.

⁵ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster respektive Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

genom att använda sin köpkraft till att välja varor och tjänster som också ger goda sociala resultat, i allra högsta grad kan bidra till hållbar utveckling.

Kommissionen definierar socialt ansvarsfull offentlig upphandling (i det följande benämnd SRPP) som ”[...] upphandlingsaktiviteter som tar hänsyn till en eller flera av följande sociala aspekter: sysselsättningsmöjligheter, anständigt arbete, överensstämmelse med sociala rättigheter och arbetstagares rättigheter, social integration (inbegripet personer med funktionshinder), lika möjligheter, utformning som ger tillgänglighet åt alla, beaktande av hållbarhetskriterier, frågor om etisk handel och ett bredare frivilligt iakttagande av företagens sociala ansvar (CSR), samtidigt som principerna i EUF-fördraget och upphandlingsdirektiven efterlevs.” Det rör sig således om ett brett spektrum av sociala hänsyn som, enligt kommissionen, kan rymmas i begreppet SRPP.

Syftet med handledningen är dels att öka de upphandlande myndigheternas medvetenhet om de potentiella fördelarna med SRPP, dels att rent praktiskt förklara de möjligheter som finns i gällande lagstiftning och som gör att upphandlande myndigheter kan beakta sociala hänsyn i sina offentliga upphandlingar och inte bara fokusera på pris utan också på att åstadkomma mesta möjliga värde för pengarna. Enligt kommissionen är en av de största fördelarna med SRPP-strategin att den kan användas av offentliga myndigheter för att främja EU:s sociala modell.

3. SRPP I UPPHANDLINGENS OLIKA FASER

3.1 Inledning

Enligt kommissionen finns det minst fyra grundläggande sätt att arbeta med sociala hänsyn under en upphandling.

Det första av dessa är att inkludera sociala kriterier i föremålet för kontraktet och/eller i de tekniska specifikationerna. Som exempel på detta nämns att datorutrustning måste uppfylla vissa tillgänglighetskriterier.

Det andra arbetssättet är att under vissa förutsättningar förbjuda anbudsgivare att tilldelas offentliga kontrakt, dvs. att utesluta anbudsgivare ur en upphandling, om de tidigare gjort sig skyldiga till vissa typer av förseelser. Som kommissionen påpekar kan detta arbetssätt användas för att undvika att offentliga organ sluter avtal med anbudsgivare som inte har uppnått vissa standarder för socialt uppträdande.

Det tredje arbetssättet är det som kommissionen, något kryptiskt, beskriver som ”[...] ett försök att övertala anbudsgivare att förbinda sig till vissa sociala standarder, och [att] hänsyn tas [...] till om de har lyckats göra det när kontraktet tilldelas”, men som enkelt uttryckt innebär att sociala hänsyn inkluderas i utvärderingskriterierna (tilldelningskriterierna) i upphandlingen.

Det fjärde arbetssättet, slutligen, innebär att fokus läggs på fasen efter att kontraktet tilldelats, dvs. avtalstiden, genom att den valda leverantören ska uppfylla vissa krav när kontraktet fullgörs, s.k. särskilda kontraktsvillkor (eller fullgörandevillkor).

3.2 Fastställande av föremålet för kontraktet

När kontraktsföremålet fastställs har den upphandlande myndigheten, som kommissionen påpekar, stor frihet att välja vad som ska anskaffas, även varor eller tjänster som uppfyller sociala standarder, under förutsättning att standarderna är kopplade till de varor, tjänster eller byggtreprenader som ska upphandlas (och som utgör kontraktsföremålet). Denna frihet är dock inte obegränsad, utan hänsyn måste alltid tas till EU-rättens grundläggande principer.

Detta innebär bl.a. att det inte är möjligt för upphandlande myndigheter att kräva att produkter ska vara försedda med vissa sociala märken eller certifikat, eftersom det skulle innebära att producenter av varor som uppfyller liknande standarder för hållbar handel, men som inte innehar det aktuella märket eller certifikatet, skulle förhindras från att medverka i upphandlingen. I viss utsträckning är det dock möjligt att använda enskilda hållbarhetskriterier från sociala märken i de tekniska specifikationerna i en upphandling, förutsatt att de aktuella kriterierna har ett samband med varornas egenskaper eller prestanda.

Kommissionen påpekar också att krav som har samband med arbetsförhållandena för den personal som arbetar med att producera de varor som ska köpas in inte kan beaktas i de tekniska specifikationerna eftersom de inte kan anses vara tekniska specifikationer i den mening som avses i upphandlingsdirektiven.

Något som däremot är möjligt är att fastställa de tekniska specifikationerna med beaktande av "[...] kriterier avseende tillgänglighet för funktionshindrade eller formgivning med tanke på samtliga användares behov." Detta eftersom denna möjlighet uttryckligen framgår av upphandlingsdirektiven.⁶

3.3 Prövning av anbudsgivare – uteslutning och kvalificering

Vad gäller uteslutning framhåller kommissionen att vissa av de uteslutningsgrunder som kan medföra att en anbudsgivare utesluts från en upphandling kan avse brister av social natur. Som exempel på detta nämns att det är tillåtet att utesluta en anbudsgivare som enligt lagkraftvunnen dom är dömd för brott mot bestämmelser som förbjuder svart arbetskraft, bestämmelser om hälsa och säkerhet på arbetsplatsen eller mot bestämmelser som förbjuder diskriminering

⁶ Artikel 23(1) i direktiv 2004/18/EG och artikel 34(1) i direktiv 2004/17/EG.

av olika skäl (ras, kön, funktionsnedsättning, ålder, sexuell läggning, religion etc.).

Beträffande kvalificeringskrav (urvalskriterier) avseende teknisk kapacitet påpekar kommissionen att endast de krav som finns listade i upphandlingsdirektiven får användas⁷ och att sociala hänsyn får föras in i de tekniska kvalificeringskraven endast om det krävs särskild sakkunskap inom det sociala området för att fullgöra kontraktet.

3.4 Anbudsvärdering – tilldelning av kontrakt

Som kommissionen framhåller framgår det uttryckligen av upphandlingsdirektiven att utvärderingskriterierna (tilldelningskriterierna) får inkludera sociala hänsyn. En grundförutsättning för att tillämpa sociala utvärderingskriterier är dock, som beträffande alla typer av utvärderingskriterier, att de är kopplade till kontraktets föremål, inte ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet, uttryckligen nämns i meddelandet om upphandling (dvs. annonsen) och/eller i förfrågningsunderlaget, och är förenliga med de grundläggande principerna i EU-rätten.

Som exempel nämns att en upphandlande myndighet kan ge tilläggspoäng till anbud vilka erbjuder en prestanda som går utöver de minimikrav på t.ex. tillgänglighet som fastställts i de tekniska specifikationerna.

3.5 Särskilda kontraktsvillkor – fullgörandevillkor

Särskilda kontraktsvillkor (ibland benämnda fullgörandevillkor) är villkor för hur leverantören ska agera vid fullgörande av kontraktet. Dessa villkor är inte tekniska specifikationer, kvalificeringskrav eller utvärderingskriterier. Istället är det fråga om förpliktelser som den leverantör som tilldelas kontraktet måste acceptera och fullgöra under avtalstiden.

För alla typer av särskilda kontraktsvillkor, dvs. även sociala kontraktsvillkor, gäller att de måste vara kopplade till fullgörande av kontraktet, anges i meddelandet om upphandlingen (dvs. annonsen) och vara förenliga med EU-rätten (inklusive de allmänna principerna i EUF-fördraget).

Med hänvisning till vad som framgår av upphandlingsdirektiven nämner kommissionen som exempel på tillåtna särskilda kontraktsvillkor sådana som syftar till att främja yrkesutbildning på arbetsplatsen och anställning av personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden, bekämpa arbetslöshet, anställa långtidsarbetslösa eller att genomföra utbildning för

⁷ Detta beror på att uppräkningskravet av tillåtna bevis är uttömmande när det gäller bevis som rör teknisk och yrkesmässig kapacitet, se 11 kap. 10–11 och 13–15 §§ LOU.

arbetslösa eller ungdomar, att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner eller att anställa ett större antal personer med funktionshinder.⁸

4. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Kommissionens handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling ger i vissa delar konkret vägledning för upphandlande myndigheter som vill ta sociala hänsyn i sina upphandlingar. Handledningen är därför ett välkommet verktyg som med all sannolikt kommer att komma till god användning i många upphandlingar.

Samtidigt bör framhållas att handledningen i stora delar endast återger kommissionens uppfattning i frågor där det i huvudsak saknas uttrycklig lagstiftning och vägledande rättspraxis från EU-domstolen och de åberopade rättskällorna istället är andra typer av dokument, inte sällan av mer övergripande policykaraktär, och rättspraxis rörande andra aspekter av offentlig upphandling, främst avseende miljöhänsyn.

Det kan därför inte uteslutas att tillkommande praxis från EU-domstolen kan komma att modifiera den bild av möjligheterna att ta sociala hänsyn som framgår av kommissionens handledning.

⁸ Beaktandesats 33 i direktiv 2004/18/EG respektive 44 i direktiv 2004/17/EG.