



DEBATT

JOHAN KAHN

Advokat/Delägare advokatifirman Delphi

KRISTIAN PEDERSEN

Jur.kand./Biträdande jurist advokatifirman Delphi

Etiska krav i offentlig upphandling innebär ökad riskexponering för företagen

De tre storstadsregionerna har nyligen gemensamt tagit fram en uppförandekod som ställer sociala krav på leverantörerna vid upphandling av sjukvårdsartiklar och en enkät som föreningen Rättvisemärkt genomfört bland landets kommuner visar att en tredjedel av kommunerna ställer etiska krav i sina upphandlingar. Men de etiska kraven, som i och för sig är lovvärda, innebär en ökad riskexponering för företagen, en riskexponering som många företag är omedvetna om.

Ambitionen att genom offentlig upphandling försöka främja olika etiska och sociala hänsyn, till exempel, att motverka tvångsarbete, barnarbete, och andra brott mot grundläggande mänskliga rättigheter, är inte okontroversiellt sett ur ett internationellt perspektiv. Vilka hänsyn som får tas vid offentlig upphandling är beroende av bestämmelser i EG-rätten. Faktum är dock, även om man i detaljerna säkert kan tvista om utformningen av vissa krav, att etiska krav i offentlig upphandling är något som har ett utbrett stöd och som kan förväntas öka.

Till exempel är 90 procent av de tillfrågade politikerna i Rättvisemärkts undersökning positiva till att ställa etiska krav, oavsett eventuella ökade kostnader, och 60 procent av de tillfrågade politikerna och upphandlarna uppger att det finns ett tryck att utveckla arbetet med etisk offentlig upphandling, såväl från medborgare som från politiskt håll.

Men de etiska kraven, som i och för sig är lovvärda, innebär en ökad riskexponering för företagen, bland annat i form av risk för höga viten och skadestånd samt hävning av viktiga avtal. De medför även långtgående ansvar för underleverantörer. Vår erfarenhet är att många företag är omedvetna om denna riskexponering och inte inser innebörden av de etiska klausulerna i de upphandlingskontrakt som de skriver på.

Under senare tid har kontrollmöjligheterna av efterlevnad avseende etiska åtaganden förbättrats betydligt genom möjligheten att genomföra etiska revisioner. Rätten att genomföra etiska revisioner finns ofta reglerad i avtalet och syftar till att säkerställa att en leverantör som åtagit sig att efterleva etiska krav också gör det. Många företag riskerar därigenom att bli varse allvaret i de etiska åtagandena i och med att allt fler myndigheter anlitar sakkunnig expertis för att följa upp att deras leverantörer följer de etiska kraven.

I en större verksamhet kan efterlevnad av etiska klausuler säkerställas endast genom ett processinriktat och proaktivt arbete med dessa frågor. Det engelska uttrycket *compliance*, eller "processinriktad proaktiv regelefterlevnad", har sedan länge förekommit inom bland annat finansbranschen. Mot bakgrund inte minst av de krav som ställs i offentliga upphandlingar men även genom lagstiftning som innebär ökade krav på företagets verksamhet går utvecklingen mot att många företag utvecklar ett proaktivt

förhållningssätt till juridiska frågor. En central aspekt som i dessa sammanhang ofta förbises är frågan om hur ett företag som gentemot en upphandlande myndighet åtar sig att ansvara även för vad underleverantörer gör kan återföra detta ansvar på underleverantörerna genom så kallade back-to-back-klausuler.

Hur går det då till rent praktiskt att införa en complianceinriktad drift av en verksamhet? Det görs lämpligen genom en juridiskt inriktad genomgång av de aktuella förutsättningarna och affärsprocesserna, en så kallad verksamhets-due diligence. Juridiska tveksamheter och problem avhjälpas. Därefter utvecklas rationella och juridiskt korrekta affärsprocesser. Resultatet är compliance-program som implementeras i organisationen genom utbildning och information. Många företag, särskilt i konsumentnära branscher, har redan påbörjat ett sådant arbete men vi menar att många företag som levererar till offentlig sektor fortfarande har en lång väg att gå.

Vi rekommenderar alla företag som deltar i offentlig upphandling att ta fram compliance-program i syfte att minska sin riskexponering. Dessutom innebär ett complianceprogram att leverantören den dag då myndigheten med stöd av de etiska klausulerna begär in handlingar har dessa lätt åtkomliga och kan visa vilka åtgärder som vidtagits. ■