

CSR i offentlig upphandling

CSR i offentlig upphandling

Advokatfirman Kahn Pedersens skriftserie 2016:1



Creative Commons-licens. Detta verk är licensierat under en Creative Commons Erkännande-Inga Bearbetningar 4.0 Internationell Licens.

ISBN 978-91-983215-0-0

INLEDNING	4
CSR-frågor engagerar och berör.....	4
Vårt syfte med rapporten.....	5
Disposition.....	5
BEGREPPEN SOCIALA HÄNSYN OCH CSR	7
Sociala hänsyn.....	7
CSR (Corporate Social Responsibility).....	8
TILLVERKNING AV IT-PRODUKTER	10
Inledande kommentarer.....	10
Branschspecifika problem.....	10
CSR-VERKTYG	12
Inledande kommentarer.....	12
FN:s vägledande principer för företag och mänskliga rättigheter.....	12
ILO-konventioner.....	13
OECD:s riktlinjer för multinationella företag.....	14
Global Compact.....	15
Global Reporting Initiative.....	15
ISO 26 000.....	16
SA8000.....	16
TCO Certified.....	17
Electronics Industry Citizenship Coalition (EICC).....	17
Sammanfattande kommentarer.....	18
SOCIALA HÄNSYN I ANSKAFFNINGSPROCESSENS OLIKA FASER	19
Inledande kommentarer.....	19
Anskaffningsprocessen.....	19
Sociala hänsyn i anskaffningsprocessens olika faser.....	22
Förberedelsearbetet.....	22
Tekniska specifikationer.....	23
Uteslutning av leverantörer.....	25
Self-cleaning.....	26
Leverantörskvalificering.....	27
Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt.....	28
Onormalt låga anbud.....	32
Särskilda kontraktsvillkor.....	32
Sociala hänsyn hos underleverantörer.....	34
Kontroll och uppföljning.....	36
Avslutande kommentarer.....	37
Kahn Pedersen.....	40

Inledning

CSR-frågor engagerar och berör

Det var svårt att värja sig mot medias bilder när den nio våningar höga textilfabriksbyggnaden Rana Plaza i Bangladesh rasade. Majoriteten av de drygt 1 100 människor som dog, och av de 2500 som skadades i samband med att byggnaden kollapsade, arbetade i fabriken.¹

Nyligen uppmärksammades undermåliga arbetsförhållanden hos en leverantör till företaget Dell.² Kort därefter blev Stockholms läns landsting kritiserat för att det, trots dessa rapporter, upphandlat Dells datorer. Bristande skydd för arbetstagare har även uppdagats i tillverkningen av Apples produkter.³

Under början av år 2016 publicerade Amnesty en rapport som visade att utvinning av kobolt, ett mineral som används i bl.a. batterier till telefoner och bärbara datorer, sker med användning av barnarbete och under mycket hårda villkor.⁴

Dessa exempel visar att i takt med en ökad integration av den globala marknaden har frågor om företagsansvar och Corporate Social Responsibility (CSR) fått allt större uppmärksamhet. Sociala missförhållanden i varuproduktion har blivit en angelägenhet för samtliga aktörer på marknaden, oavsett hemvist. Inte minst har det från konsumenter och andra intressenter uppstått ett ökat tryck på företagen att ta ansvar för de negativa effekter som deras verksamheter riskerar att bidra till.

Frågan har även aktualiserats på den gemensamma europeiska nivån, och EU har uttryckt att upphandlande myndigheter och enheter förväntas beakta s.k. sociala hänsyn.⁵ Offentlig upphandling har framhållits som ett verktyg för att nå unionens mål om en hållbar framtid.⁶ Att ta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling är dock praktiskt komplicerat och det upphandlingsrättsliga regelverket ger endast begränsad vägledning om hur det ska gå till.

1 Se von Hall, Gunilla, "Ett år sedan katastrofen – överlevande får 4000 kronor", Svenska Dagbladet, från den 24 april 2014, hämtad den 10 februari 2016, <http://www.svd.se/ett-ar-sedan-katastrofen--overlevande-far-4-000-kronor>

2 Se DanWatch, GoodElectronics, "Servants of servers", 2015.

3 Se Bilton, Richard, "Apple 'failing to protect Chinese factory workers'", BBC, från den 18 december 2014, hämtad den 5 februari 2016, <http://www.bbc.com/news/business-30532463>

4 Amnesty, AfreWatch, "This is what we die for" – Human rights abuses in the Democratic Republic of the Congo power the global trade in cobalt, 2016.

5 Se Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions: A renewed EU strategy 2011–2014 for Corporate Social Responsibility, COM(2011) 681 final, s. 11 f.

6 Se beaktandesats 2 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG och beaktansskäl 2 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Vårt syfte med rapporten

Syftet med denna rapport är att ta vid där det upphandlingsrättsliga regelverket slutar och att ge en mer praktiskt orienterad vägledning om hur upphandlande myndigheter och enheter kan integrera sociala hänsyn i sina upphandlingar. Vi kommer i det följande att fokusera på sociala aspekter i samband med upphandling av varor inom såväl den klassiska sektorn som försörjningssektorerna. Vi använder i rapporten främst exempel från produktion och tillverkning av varor inom IT-sektorn. Emellertid bedömer vi att många av våra slutsatser är relevanta även för andra inköp av varor som produceras i utvecklingsländer. IT-sektorn är emellertid särskilt intressant, då tillverkning och produktion av datorer, mobiltelefoner och andra relaterade produkter innebär särskilda utmaningar.⁷ I dag kräver förhållandevis många myndigheter att de leverantörer som vinner upphandlingar ska respektera mänskliga rättigheter. Däremot ställs sällan krav och villkor på hur leverantörerna ska följa upp hur mänskliga rättigheter beaktas i verksamheten, eller på att leverantörerna i sina anbud närmare ska beskriva hur detta arbete kommer att ske. Vi vill med denna rapport visa att det finns ett utrymme i upphandlingslagstiftningen att kräva mer av de leverantörer som tillhandahåller varor och tjänster till offentlig sektor. Enligt vår mening är det också en rimlig och angelägen målsättning för upphandlande myndigheter och enheter att säkerställa, så långt det är möjligt, att kontrakterade leverantörer bidrar till en hållbar social utveckling inom ramen för sitt verksamhetsområde och sin inflytandesfär. Genom att myndigheter använder sin köpkraft på rätt sätt, och i större utsträckning inkorporerar sociala hänsyn i sina upphandlingar, tvingas också leverantörer att snabbare anpassa sina verksamheter i positiv riktning avseende det sociala hänsynstagandet.

Att verkligen arbeta med sociala hänsyn i hela inköps- och upphandlingsprocessen kräver mer än bara vagt formulerade politiska ambitioner. Denna rapport riktar sig således inte i första hand till politiker, även om politisk vilja och politisk förankring är en förutsättning för socialt hållbara inköp. Istället riktar sig denna rapport till dig som tjänsteman som kanske har att förverkliga politikens ambitioner och som vill göra det på ett handfast och praktiskt verkningfullt sätt.

Disposition

Vår rapport har följande disposition. Först förklaras begreppen sociala hänsyn och CSR. Därefter beskrivs ett antal exempel på aktuella verktyg för CSR med fokus på mänskliga rättigheter och arbetsvillkor. I denna del redogörs för både sådana riktlinjer och principer som är

⁷ Se t.ex. Amnesty, AfreWatch, "This is what we die for" – Human rights abuses in the Democratic Republic of the Congo power the global trade in cobalt, 2016; DanWatch, Good-Electronics, *Servants of Servers – Rights violations and forced labour in the supply chain of ICT equipment in the European universities*, 2015; SwedWatch, *Update on the electronics industry's use of metal – increasing number of companies are taking steps to better control their supply chain*, 2009.

av allmän karaktär och sådana som särskilt avser IT och elektronik samt råvaror av relevans för IT och elektronik. Avsikten är inte att redogörelsen ska vara uttömmande, utan den syftar främst till att ge en övergripande bild av den mångfald av CSR-verktyg som finns. Slutligen följer en upphandlingsrättslig analys av de möjligheter som finns för upphandlande myndigheter och enheter att beakta sociala hänsyn i den faktiska upphandlingsprocessen, genom att bl.a. uppställa krav och utvärderingskriterier för att leverantörer ska respektera mänskliga rättigheter och säkerställa goda arbetsförhållanden.

Begreppen sociala hänsyn och CSR

Sociala hänsyn

Upphandlande myndigheter och enheter kan i upphandlingsprocessen inkorporera krav och villkor som är av social karaktär i den mening att de syftar till att ta hänsyn till människors levnadsvillkor i olika avseenden. Att använda utvärderingskriterier som premierar de anbudsgivare som uppfyller vissa sociala mål, eller att uppställa villkor för hur kontrakt ska fullgöras på ett socialt ansvarsfullt sätt benämns i upphandlingssammanhang sociala hänsyn.

En form av sociala hänsyn i upphandlingssammanhang är främjande av "möjligheter till anställning", vilket t.ex. kan vara att verka för sysselsättning bland ungdomar, att verka för en jämn könsfördelning, att verka för möjligheter till anställning för långtidsarbetslösa och äldre arbetstagare, möjligheter till arbetstillfällen för personer från missgynnade grupper eller att verka för möjlighet till anställning för personer med funktionshinder.

Ett annat exempel är främjande av "anständigt arbete", vilket är ett begrepp som bygger på övertygelsen om att människor har rätt till sysselsättning som kännetecknas av frihet, jämlikhet, säkerhet och värdighet. Anständigt arbete utgörs i huvudsak av fyra aspekter, nämligen rätten till ett produktivt och självvalt arbete, grundläggande principer och rättigheter på arbetsplatsen, en sysselsättning som ger dräglig inkomst och socialt skydd samt social dialog.

Dessutom kan, enligt EU-kommissionens handledning, främjande av iakttagande av "sociala rättigheter och arbetstagares rättigheter" utgöra ett socialt hänsynstagande. Med sådana rättigheter avses exempelvis iakttagande av nationella lagar och kollektivavtal, likabehandling av kvinnor och män och andra former av icke-diskriminering samt iakttagande av lagar om hälsa och säkerhet på arbetsplatsen.

Med sociala hänsyn avses också frågor som har med "etisk handel" att göra, såsom att ta ansvar för hur varor produceras och att se till att brott mot mänskliga rättigheter inte begås.

Slutligen kan strävande efter att uppnå en högre grad av frivilligt åtagande när det gäller "företags sociala ansvar" (CSR), och att i sin verksamhet göra mer än vad lagen kräver, utgöra ett socialt hänsynstagande.⁸ Företag har ett ansvar för att respektera mänskliga rättigheter, oavsett om staten är oförmögen eller ovillig att uppfylla

⁸ Se kommissionens handledning *Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, SEK(2010) 1258 slutlig, s. 7.

sin skyldighet att skydda de mänskliga rättigheterna. Att vara socialt ansvarstagande kan därför mycket väl innebära, och innebär ofta, att ett företag går långt utöver vad lagstiftningen kräver i det geografiska område där företaget verkar och istället agerar utifrån allmänt delade etiska och andra värderingar. Som ett minimum kan man säga att företag som agerar i situationer där lagstiftningen inte föreskriver sociala skyddsåtgärder självmant ska iaktta internationella uppförandenormer såsom dessa följer av internationell sedvanerätt eller av allmänt vedertagna principer i internationell rätt eller mellanstatliga överenskommelser. Om nationell lagstiftning i det område där ett företag verkar skulle stå i direkt strid med sådana uppförandenormer ska företaget sträva efter att så långt som möjligt ändå respektera uppförandenormen och ytterst se över sina relationer och aktiviteter i den aktuella regionen. Att vara socialt hänsynstagande innebär att man på ett aktivt sätt förhåller sig till de sociala villkor som råder där man som företag är verksamt (eller har underleverantörer som är verksamma) och agerar på ett sätt som leder till och upprätthåller socialt hållbara produktionsvillkor. När vi i denna rapport pratar om social hållbarhet menar vi långsiktigt hållbara produktionsvillkor som bland annat innebär att hälsorisker i produktionen så långt som möjligt minimeras, men även att arbetare erbjuds sådana villkor vad avser exempelvis lön, arbetstid och semester att individen kan leva på sitt arbete under värdiga villkor. I begreppet social hållbarhet ligger även att individens mänskliga rättigheter respekteras.

Att ta sociala hänsyn är normalt sekundärt i förhållande till det primära syftet med en upphandling, dvs. att anskaffa en vara, tjänst eller byggtreprenad. Sociala hänsyn är inte en egenskap hos den vara, tjänst eller byggtreprenad som upphandlas, utan ett krav på de förhållanden under vilka varan, tjänsten eller byggtreprenaden produceras. Syftet med att ta sådana hänsyn är således inte nödvändigtvis att få fram bästa möjliga vara till lägsta möjliga pris, utan snarare att uppnå andra värden. Arrowsmith och Kunzlik använder termen *horisontella villkor* för sådana hänsyn, eftersom målsättningen sträcker sig horisontellt över flera upphandlingskontrakt.⁹

Med sociala hänsyn avses i den svenska debatten inte sällan krav på kollektivavtalsliknande villkor eller andra krav med syfte att uppnå arbetsmarknadspolitiska mål på den svenska marknaden. Denna typ av hänsyn har debatterats flitigt i andra sammanhang och kommer inte att behandlas i denna rapport. När vi fortsättningsvis talar om sociala hänsyn avser vi istället uteslutande hänsyn avseende produktionsförhållanden i utvecklings- och lågkostnadsländer.

CSR (Corporate Social Responsibility)

Det finns ingen enhetlig definition av begreppet CSR och åsikterna om vad begreppet innefattar går isär. I generella termer kan CSR beskrivas

⁹ Se Arrowsmith, Sue & Kunzlik, Peter, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009 Cambridge, s. 9 ff.

som att organisationer beaktar och tar ansvar för sin sociala och miljömässiga påverkan på marknaden. EU-kommissionen har år 2011 gett uttryck för att CSR innebär "the responsibility of enterprises for their impacts on society".¹⁰ Med andra ord kan CSR innefatta såväl sociala som miljörelaterade effekter. Som framgått ovan ligger tyngdpunkten för denna rapport på sociala rättigheter. Frågor om ansvar för miljö-påverkan behandlas därför inte i denna rapport.

CSR avser främst ansvar för företagets egen verksamhet. CSR är därmed något annat än ett företags eventuella välgörenhetsarbete och andra samhällsengagemang av mer allmän karaktär (ofta benämnt *pro bono*). Att arbeta med CSR kan vara ett frivilligt åtagande från företagets sida att ta ansvar utöver vad som krävs enligt gällande lagstiftning men kan även handla om att säkerställa efterlevnad av gällande regelverk.¹¹

10 Se Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions: *A renewed EU strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility*, COM(2011) 681 final, s. 6.

11 Winston, Emanuel Morton, "Social dialogue and the legitimization of corporate human rights policies", *Nordic Journal for Human Rights*, 25, 4 (2007), s. 399-419.

Tillverkning av IT-produkter

Inledande kommentarer

Upphandlande myndigheter och enheter köper många olika typer av varor, som produceras både i Sverige och utomlands under minst sagt varierande produktionsförhållanden. I denna rapport används tillverkning av varor inom IT-sektorn särskilt för att exemplifiera vilka frågor som potentiellt kan uppstå avseende brott mot mänskliga rättigheter och arbetstagares rättigheter. Branschen är ett tacksamt exempel med anledning av att såväl utvinning av material (råvaror) som själva produkttillverkningen kan vara problematisk. Syftet med detta avsnitt är att visa på den komplexitet som den aktuella typen av frågor innebär men även att ge förutsättningar för upphandlande myndigheter och enheter att bedöma leverantörers ansvarstagande och arbete i frågor som rör CSR.

Branschspecifika problem

Arbetet med att producera olika former av IT-produkter, alltifrån stationära och bärbara dator till bildskärmar och smartphones, sysselsätter ett stort antal arbetare. Kedjan av leverantörer vid tillverkning av de nämnda produkterna passerar flera olika led, i olika delar av världen, innan den slutliga produkten finns tillgänglig för försäljning till kunderna. Såväl utvinningen av de material som krävs för produkterna som själva tillverkningen av produkterna aktualiserar problem.

Som exempel kan nämnas två mineraler som ofta används i elektronik, kassiterit (för framställning av tenn) och kobolt. Kassiterit anses ofta tillsammans med coltan (för framställning av tantal), volframit (för framställning av volfram) och guldmalm utgöra ett s.k. konfliktmineral, dvs. ett mineral vars utvinning bidrar till finansiering av, och ger upphov till, väpnade konflikter.¹² Även kobolt som främst används i litium-jon-batterier till exempelvis bärbara datorer och mobiler är problematisk ur ett mänskliga rättigheter-perspektiv. Hälften av all världens kobolt utvinns i Demokratiska Republiken Kongo. Av en rapport som Amnesty har tagit fram tillsammans med AfreWatch framgår att det förekommer barnarbete i de gruvor där kobolt utvinns. Barn och vuxna arbetar under förhållanden som leder till att de insjuknar eller får långvariga skador på hälsan och vanligen sker arbetet utan skyddsutrustning. Under perioden september 2014 till september 2015 är det

¹² Se Europaparlamentet Nyheter, "Konfliktmineraler: Import utan att finansiera väpnade grupper", från den 19 maj 2015, hämtad den 9 februari 2016, <http://www.europarl.europa.eu/news/sv/news-room/20150519STO56417/Konfliktmineraler-Import-utan-att-finansiera-v%C3%A4pnade-grupper>

dokumenterat att 80 gruvarbetare dog i olika rasolyckor men mörkertalet är stort då många döda kroppar ligger kvar i rasmassorna.¹³

Även vid tillverkningen av produkterna finns stora problem vad avser mänskliga rättigheter. Enligt en rapport som DanWatch tog fram avseende tillverkningsprocessen av datorer i Kina framkommer att studenter tvingas till arbete hos leverantörer som bland andra Dell anlitar. Det råder undermåliga förhållanden som inte enbart är i strid med kinesisk rätt, utan även *de facto* innebär tvångsarbete som är i strid med grundläggande mänskliga rättigheter.¹⁴

EXEMPEL PÅ PRODUKTIONSKEDJA I IT-SEKTORN



13 Se Amnesty, AfreWatch, "This is what we die for" – Human rights abuses in the Democratic Republic of the Congo power the global trade in cobalt, 2016.

14 Se DanWatch, GoodElectronics, "Servants of Servers", 2015.

CSR-verktyg

Inledande kommentarer

I takt med ett ökat intresse för, och en ökad medvetenhet om, hur varor tillverkas och de arbetsförhållanden som råder i produktionen har riktlinjer, standarder, system och andra verktyg om CSR uppkommit. Vilka som har tagit fram dessa verktyg och hur de är utformade varierar. Det finns s.k. "top down"-initiativ, dvs. sådana som består av internationellt erkända människorättsliga principer och som framgår av folkrättsliga dokument, eller "bottom up"-initiativ som istället är utvecklade efter ett flerpartsinitiativ och har sin grund i en dialog mellan olika intressenter.¹⁵

Nedan följer en redogörelse för några av de mest erkända, och för denna rapport mest relevanta, verktyg som finns att tillgå avseende mänskliga rättigheter och arbetsrättsliga villkor. Beskrivningen avser inte att vara uttömmande, utan det huvudsakliga syftet är att ge upphandlande myndigheter och enheter en bild av det pågående arbete som sker inom området CSR och mänskliga rättigheter. Avsikten är att visa att det finns olika sätt att arbeta med dessa frågor och att de i många fall har ett mer praktiskt och resultatorienterat angreppssätt än sedvanliga policystadganden där det enbart, utan närmare förklaring, anges att mänskliga rättigheter ska respekteras.

FN:s vägledande principer för företag och mänskliga rättigheter

FN:s vägledande principer för företag och mänskliga rättigheter antogs år 2011 och är en del i implementeringen av FN:s "Protect, Respect and Remedy" Framework, vilket har tagits fram av FN:s särskilde representant för frågor om mänskliga rättigheter och företagande, John Ruggie, professor i mänskliga rättigheter och internationella affärer vid Harvard Kennedy School. De vägledande principerna består av tre grundpelare. Den första pelaren är statens skyldighet att skydda de mänskliga rättigheterna. Den andra pelaren utgörs av företags ansvar att respektera de mänskliga rättigheterna, vilket innebär att deras verksamhet inte ska bidra till kränkningar av mänskliga rättigheter och att företagen ska agera för att förhindra sådana kränkningar. Den tredje och sista pelaren är möjligheten att få sin sak prövad om rättigheterna inte respekteras.

Företagens ansvar att respektera mänskliga rättigheter innefattar ett ansvar att undvika att göra intrång i de mänskliga rättigheterna

¹⁵ Winston, Morton, *Social dialogue and the legitimation of corporate human rights policies*, Nordic Journal for Human Rights, 25, 4 (2007), s. 399–419.

för enskilda individer och åtgärda de intrång som företagen har varit inblandade i. De mänskliga rättigheter som ska respekteras är de som är internationellt erkända och som ett minimum innebär detta de rättigheter som följer av *International Bill of Human Rights* och *ILO:s deklaration om fundamentala principer och rättigheter på arbete*.

Företagens ansvar för att respektera de mänskliga rättigheterna innebär även ett ansvar att försöka undvika eller mildra ingrepp i mänskliga rättigheter, vilka är direkt kopplade till företagets verksamhet, produkter eller genom affärsrelationer, även om företagen inte själva har medverkat till dessa ingrepp.

Av principerna följer även tre praktiska åtaganden som företagen ska vidta. För det första ska företagen upprätta policydokument för att tydliggöra sitt ansvar att respektera de mänskliga rättigheterna. För det andra ska de genomföra en konsekvensanalys för att identifiera, undvika och mildra de konsekvenser som kan uppstå avseende mänskliga rättigheter i deras verksamhet. Det tredje och sista åtagandet innebär att företagen ska möjliggöra gottgörelse för eventuell negativ inverkan på mänskliga rättigheter.

ILO-konventioner

International Labour Organization (ILO) är FN:s särskilda organ för arbets- och sysselsättningsfrågor. Organisationen bygger på ett trepartssystem där företrädare från medlemsstaterna, arbetsgivarorganisationer och arbetstagarorganisationer deltar i syfte att gemensamt utveckla arbetsrättsliga konventioner. I dagsläget finns över 180 konventioner. Konventionerna är riktade till, och kan enbart ratificeras av, de stater som är medlemmar i ILO, vilka utgörs av FN:s medlemsstater. Det finns även ett stort antal rekommendationer, vilka har till syfte att ge vägledning om konventionerna. Det finns åtta konventioner som ofta benämns "kärnkonventionerna", då de berör områden som anses vara särskilt grundläggande. Kärnkonventionerna kan delas in enligt följande:

Föreningsfrihet och organisationsrätt

- Konvention nummer 87 om föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten
- Konvention nummer 98 om tillämpning av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten

Tvångsarbete

- Konvention nummer 29 om tvångs- eller obligatoriskt arbete
- Konvention nummer 105 om avskaffande av tvångsarbete

Barnarbete

- Konvention nummer 138 om minimiålder för tillträde till arbete
- Konvention nummer 182 om avskaffande av de värsta formerna av barnarbete

Diskriminering

- Konvention nummer 100 om lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde
- Konvention nummer 111 om diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning

ILO har även tagit fram riktlinjer för socialt ansvar inom multinationella företag, *ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*. Syftet med dessa riktlinjer är att främja en positiv, social och arbetsmässig utveckling och de riktar sig till såväl företag och regeringar som arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer. Riktlinjerna hänvisar i huvudsak till ILO:s konventioner och rekommendationer, med fokus på anställning, arbetsträning, arbets- och livsvillkor samt industriella relationer.

OECD:s riktlinjer för multinationella företag

Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD) har tagit fram riktlinjer för multinationella företag om bl.a. mänskliga rättigheter, arbets- och anställningsförhållanden. Riktlinjerna går i många fall utöver vad som följer av lag och andra internationella standarder.

OECD:s riktlinjer för multinationella företag anknyter till FN:s vägledande principer för företag och mänskliga rättigheter på så sätt att det anges att staterna har en skyldighet att ge skydd åt de mänskliga rättigheterna och att företagen ska sträva efter att respektera mänskliga rättigheter samt identifiera metoder för att förhindra och begränsa de direkta och indirekta negativa effekter som har uppstått eller kan uppstå. Riktlinjerna är således riktade till såväl stater som multinationella företag. Med multinationella företag avses verksamheter som är etablerade i mer än ett land och som är sammankopplade på ett sådant sätt att det krävs samordning av verksamheterna. Även om riktlinjerna är riktade till multinationella företag är de inte avsedda att göra skillnad i behandlingen av multinationella företag och inhemska företag, utan ska åskådliggöra en god praxis för samtliga företag.

Enligt riktlinjerna ska företagen bl.a. genomföra konsekvensanalyser med utgångspunkt i mänskliga rättigheter, utifrån verksamhetens förutsättningar och med beaktande av risken för kränkningar. Företagen ska även vidta rättelse och samarbeta genom legitima processer vid kränkning av mänskliga rättigheter. Gällande arbetsvillkor åligger det företagen att bl.a. respektera arbetstagarnas rätt till föreningsfrihet, avskaffande av barnarbete och tvångsarbete samt säkerställa likabehandling och icke-diskriminering.

Unikt för riktlinjerna är att de förutsätter att staterna upprättar nationella kontaktpunkter, vilka ska arbeta för att ge riktlinjerna genomslag men även lösa enskilda tillämpnings- och tolkningsproblem som kan ha uppstått, och för vilka det finns särskilda procedurregler i riktlinjerna.

OECD har dessutom tagit fram ett dokument med särskilda riktlinjer för hur en konsekvensanalys avseende leverantörskedjor inom mineralområdet ska göras, *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-affected and High-Risk Areas*. Riktlinjerna är tillämpliga på samtliga företag som agerar i något led i leverantörskedjan och som utvinner eller använder mineralerna kassiterit (tenn), coltan (tantal), volframit (volfram) eller guldmalm.

Global Compact

Global Compact är en samling med tio grundläggande principer om mänskliga och arbetsrättsliga rättigheter men även principer om miljö och anti-korruption. Principerna har tagits fram under ledning av FN och riktar sig till alla privata företag oavsett storlek och bransch. De företag som är anslutna till *Global Compact* förväntas agera ansvarsfullt i överensstämmelse med principerna, stödja samhället i närmiljö, på högsta nivå inkorporera hållbarhetsperspektiv i företagets verksamhet, rapportera årsvis avseende åtagandena samt engagera sig lokalt. Principerna innebär ett ansvarstagande utöver vad som fordras enligt lagstiftning och andra rättsliga skyldigheter.

Avgiften för att ansluta sig till *Global Compact* är baserad på företagets årliga försäljning. Det finns emellertid ett föreslaget minimum på en årsavgift om 250 USD. För närvarande är drygt 8 000 företag anslutna till *Global Compact* varav merparten är europeiska företag.

Global Reporting Initiative

Global Reporting Initiative (GRI) G4 är ett system med riktlinjer för hållbarhetsrapportering som kan tillämpas av privata, statliga och ideella organisationer. Rapporteringen avser hållbarhet i bred bemärkelse och innefattar utöver sociala och arbetsrättsliga aspekter även ekonomiska och miljömässiga aspekter. En hållbarhetsrapportering kan användas för att jämföra och bedöma resultat i förhållande till lagar, normer, regler, standarder och frivilliga initiativ men även för att visa hur organisationen i fråga både påverkar och påverkas av förväntningar i frågor om hållbar utveckling. Dessutom kan redovisningen användas för att jämföra resultat inom en organisation och mellan olika organisationer över tiden. En hållbarhetsredovisning kan antingen vara fristående eller utgöra en del i den finansiella redovisningen. De aspekter som rör redovisning av sociala rättigheter och i synnerhet anställningsförhållanden och arbetsvillkor bygger på internationellt erkända dokument från FN och ILO men även *OECD:s riktlinjer för multinationella företag*.

ISO 26 000

ISO är en internationell standardiseringsorganisation som har utvecklat en särskild standard för socialt ansvarstagande, *ISO 26 000*, som

har utarbetats av experter från olika intressenter. Standarden avser mänskliga rättigheter, arbets- och anställningsvillkor, miljö, etiska faktorer, konsumentfrågor och samhällsengagemang samt utveckling. Standarden är tillämplig på alla typer av organisationer, oavsett aktiviteter, storlek och geografisk hemvist. Till skillnad från övriga ISO-standarder innebär *ISO 26 000* ingen certifiering, utan är snarare tänkt att utgöra riktlinjer.¹⁶ Detta medför att *ISO 26 000*, till skillnad från andra ISO-standarder, inte kan användas som bevismedel för att styrka att en anbudsgivare arbetar på ett visst sätt. Däremot kan *ISO 26 000* utgöra en värdefull inspiration för leverantörers arbete med socialt ansvarstagande. Den kan också, utan att innehålla absoluta krav, vara nyttig läsning för myndigheter som har att bedöma leverantörers arbete i detta avseende.

ISO 26 000 är strukturerad kring följande sju principer för socialt ansvarstagande.

1. *Ansvarighet*. En organisation bör vara ansvarig för sin påverkan på samhället, ekonomin och miljön.
2. *Transparens*. En organisation bör vara transparent vad gäller beslut och aktiviteter som påverkar samhället och miljön.
3. *Etiskt uppförande*. En organisation bör uppföra sig etiskt.
4. *Respekt för intressenternas intressen*. En organisation bör respektera, beakta och bemöta sina intressenters intressen.
5. *Respekt för rättsstatens principer*. En organisation bör acceptera att respekten för rättsstatens principer är obligatorisk.
6. *Respekt för internationella uppförandenormer*. En organisation bör respektera internationella uppförandenormer samtidigt som den efterlever rättsstatens principer.
7. *Respekt för de mänskliga rättigheterna*. En organisation bör respektera de mänskliga rättigheterna och erkänna både deras betydelse och deras allmängiltighet.

Vid framtagandet av den svenska versionen av *ISO 26 000* deltog flera svenska företag däribland ABB, Atlas Copco, Fair Trade Center, IKEA och Ericsson m.fl.¹⁷

SA8000

SA8000 är en certifiering för fabriker och produktionsverksamheter med fokus på arbetsförhållanden. Certifieringen är framtagen av det icke-statliga flerpartsinitiativet Social Accountability International (SAI). Det är möjligt för samtliga former av privata företag, oavsett storlek, sektor eller geografisk hemvist, att erhålla *SA8000*-certifieringen. Certifieringen förutsätter att specifika krav ska vara uppfyllda inom nio områden, nämligen barnarbete, tvångsarbete, säkerhet och hälsa, löner, diskriminering, arbetsdisciplin, föreningsfrihet, rätt till kollektiva förhandlingar samt hantering av CSR-process. De flesta

¹⁶ Se SS-ISO 26000:2010 (Sv), s. 1.

¹⁷ Se SS-ISO 26000:2010 (Sv), s. V.

av de bakomliggande kriterierna för certifieringen är baserade på konventioner från FN och ILO. Certifieringen är förenad med en kostnad som beror på företagets storlek, bransch och geografiska plats samt antalet personer som krävs för att genomföra certifieringen. För de fall kriterierna för certifieringen inte efterlevs kan certifieringen återkallas.¹⁸

TCO Certified

TCO Certified är en hållbarhetscertifiering särskilt utvecklad för IT-produkter. Certifieringen avser både sociala och miljömässiga kriterier och har till syfte att hjälpa organisationer världen över att se till att tillverkningen av sådana produkter sker på hållbart sätt. Certifieringen avser en produkt, vilket innebär att ett företag inte kan bli certifierat i sin helhet. Kraven är framtagna efter samråd med användare, inköpare, IT-industrin och forskare samt övriga intressenter. Granskningen som sker inför en certifiering genomförs av tredje part. Därtill tillkommer stickprovskontroller för att säkra att produkterna håller den bestämda kvaliteten.¹⁹

Det finns krav för såväl tillverkningen, användningen och slutprocessen. Emellertid är det framförallt kraven under tillverkningsprocessen som avser hänsynstagande till och iakttagande av mänskliga och andra sociala rättigheter för involverade arbetstagare. Kraven innebär att ILO:s kärnkonventioner och att FN:s konvention om barnets rättigheter, särskilt artikel 32, ska följas. Därtill ska tillverkningslandets lagstiftning om arbetsrätt, hälsa, säkerhet, minimilön och socialförsäkring följas. Slutligen fordras även en engelsktalande representant i företagets ledning som är ansvarig för att tillgängliggöra arbetet med socialt ansvar i tillverkningen.²⁰

Electronics Industry Citizenship Coalition (EICC)

Electronics Industry Citizenship Coalition (EICC) har tagit fram en uppförandekod med standarder som avser att säkerställa goda arbetsförhållanden, att arbetare behandlas med respekt och värdighet samt att leverantörerna i elektronikindustrin i övrigt agerar etiskt. Koderna som denna koalition har tagit fram riktar sig till samtliga organisationer oavsett design, marknad och produkter m.m. Koden är frivillig på så sätt att det åligger företagen i sektorn att fritt tillämpa innehållet på sin verksamhet och bland sina underleverantörer. De standarder som koden innehåller avser samtliga led i leverantörs-

¹⁸ Se Social Accountability Accreditation Services webbplats för aktuella certifierade organisationer, http://www.saasaccreditation.org/SA8000_Certified_Organisations_Pie_Chart_by_Industry

¹⁹ Se TCO Developments webbplats för *TCO Certified*, <http://www.tcodevelopment.se/tco-certified/>

²⁰ Se TCO Developments webbplats för *TCO Certified*, <http://tcodevelopment.se/tco-certified/kraven-i-tco-certified/#production>

kedjan och de företag som ansluter sig till *EICC* förväntas därför som minimum kräva att de leverantörer som befinner sig i nästa led ska iaktta dessa standarder.²¹

Sammanfattande kommentarer

Allt fler företag för fram sitt sociala ansvarstagande i form av uppförandekoder eller policydokument för verksamheten. Det finns emellertid ingen standard för hur ett företags uppförandekod ska se ut. Det åligger företagen att på valfritt sätt formulera sina åtaganden, vilket exempelvis kan vara att hänvisa till något av de initiativ de har anslutit sig till och format sin verksamhet efter. Naturligtvis kan de även formulera de åtaganden som följer av dessa med egna ord.²²

Det finns ett stort antal CSR-verktyg att tillgå och några av dessa framgår av redogörelsen ovan. Det förekommer både sådana som har ett brett tillämpningsområde och sådana som är utformade specifikt för en viss sektor. Inte sällan anknyter verktygen som har tagits fram av privata aktörer till de riktlinjer, principer och konventioner som internationellt officiella organisationer som FN, ILO och OECD står bakom.²³ Sannolikt är det i många fall svårt att peka ut ett av verktygen som bättre än ett annat. Det finns därför behov av att göra en bedömning i varje enskilt fall, beroende på vilken produkt det är fråga om, i vilket land den tillverkas och övriga riskfaktorer.

Vår uppfattning är emellertid att det i normalfallet är leverantörerna som på bästa sätt kan bedöma såväl lämpligheten som ändamålsenligheten av en viss form av CSR-arbete, eftersom de både har mest kunskap om och mest tillgång till information om aktuell branschpraxis. Den roll som upphandlande myndigheter och enheter kan ta är därför framförallt att genom krav eller utvärderingskriterier ge leverantörer incitament att bedriva en socialt hållbar produktion men samtidigt låta leverantörerna berätta hur detta på bästa sätt kan ske. Vi kommer nedan att utveckla hur detta kan göras inom ramen för en anskaffningsprocess.

²¹ Se *Electronic Industry Citizenship Coalition Code of Conduct*, version 5.1 (2016), s. 1.

²² Se Bondy, Krista, Matten, Dirk & Moon, Jeremy, *Codes of Conduct as a Tool for Sustainable Governance in MNCs*, s. 7.

²³ Se bl.a. *SA8000* som anknyter till *FN:s vägledande principer om företag och mänskliga rättigheter*.

Sociala hänsyn i anskaffningsprocessens olika faser

Inledande kommentarer

I detta kapitel behandlas möjligheten att beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Dessa lagar utgör i huvudsak en implementering av direktiv 2004/18/EU och direktiv 2004/17/EU. Under år 2014 antog Europaparlamentet och Rådet ett nytt direktiv för offentlig upphandling inom den s.k. klassiska sektorn, direktiv 2014/24/EU, och ett nytt direktiv för försörjningssektorerna, direktiv 2014/25. De nya direktivens bestämmelser skulle egentligen ha genomförts i svensk rätt den 18 april 2016 men ser nu ut att bli försenade till den 1 januari 2017.

Sociala hänsyn kan inkorporeras i olika faser av anskaffningsprocessen, alltifrån upphandlingens förberedande delar till under själva avtalstiden.

Nedan redogör vi i korthet för anskaffningsprocessens olika faser. Därefter beskrivs hur sociala hänsyn kan beaktas i enlighet med bestämmelserna i LOU och LUF och de eventuella ändringar som direktiv 2014/24/EU och direktiv 2014/25/EU medför.

Anskaffningsprocessen

Anskaffningsprocessen kan delas in i tre övergripande delar, förberedande arbete, själva upphandlingen samt tillämpning och uppföljning av upphandlingskontraktet.

Den förberedande fasen innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten identifierar sina behov och under vilken tid dessa behov kommer att finnas. Den upphandlande myndigheten eller enheten bör även analysera marknaden för att på så vis skaffa sig kunskap om vad marknaden har att erbjuda och vilka leverantörer som erbjuder detta. I detta skede kan det vara fördelaktigt för den upphandlande myndigheten eller enheten att föra en dialog med leverantörerna för att få en uppfattning om marknaden och hur just den marknaden påverkar sociala förhållanden i tredje land.²⁴

²⁴ Att en upphandlande myndighet eller enhet ska göra en behovs- och marknadsanalys regleras varken i LOU eller i LUF. I artikel 40 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG respektive i artikel 58 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EU anges emellertid att upphandlande myndigheter och enheter ska genomföra preliminära marknadsundersökningar.

Genomförandefasen av en upphandling inleds med att den aktuella upphandlingen annonseras. Annonseringen sker på olika sätt, beroende på om kontraktets värde överstiger det tillämpliga tröskelvärdet eller inte.²⁵ När anbudet är öppnadt ska den upphandlande myndigheten eller enheten bedöma vilka anbudsgivare som ska uteslutas ur upphandlingen med anledning av de obligatoriska uteslutningsgrunderna och vilka anbudsgivare som kan uteslutas enligt de frivilliga uteslutningsgrunderna.²⁶ Den upphandlande myndigheten eller enheten får enbart bedöma de uppgifter som anbudsgivare har lämnat i sitt anbud och eventuella kompletteringar, förtydliganden eller förhandlingar. Prövningen av anbudet innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten kontrollerar att leverantören uppfyller samtliga krav för upphandlingen, vilka angetts i förfrågningsunderlaget. De anbud som inte uppfyller dessa krav får inte antas. Utvärderingen av de anbud som uppfyller samtliga krav ska ske enligt någon av tilldelningsgrunderna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Upplysningar om det beslut som den upphandlande myndigheten eller enheten fattar efter att ha prövat anbudet, tilldelningsbeslutet, ska skickas till samtliga anbudsgivare och anbudssökande. Underrättelsen ska vara skriftlig, informera om valet av leverantör och anbud, ange skälen till beslutet och informera om avtalsspärrens längd.²⁷ När avtalsspärren har löpt ut kan avtal tecknas med den eller de vinnande anbudsgivarna, förutsatt att ingen annan leverantör dessförinnan ansökt om överprövning av upphandlingen.

Avtalet är det dokument som är målet med upphandlingen och som ska tillgodose det behov som den upphandlande myndigheten eller enheten identifierat. Förvaltning och uppföljning av avtal syftar till att säkerställa att leverantören lever upp till de ställda kraven. Denna del i anskaffningsprocessen kräver tid och resurser men är viktig för upprätthållandet av likabehandlingsprincipen.²⁸

25 Annonsering av upphandling regleras i 7 kap. och 15 kap. 4–5 a §§ LOU respektive 8 kap. och 15 kap. 5–7 §§ LUF. För vidare information om upphandlingsannonsens innehåll se Konkurrensverkets webbplats. <http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/upphandlingsprocessen/genomforande/annonsera/>

26 Se 10 kap. LOU och 10 kap. LUF.

27 Se 9 kap. 9 § LOU och 9 kap. 9 § LUF.

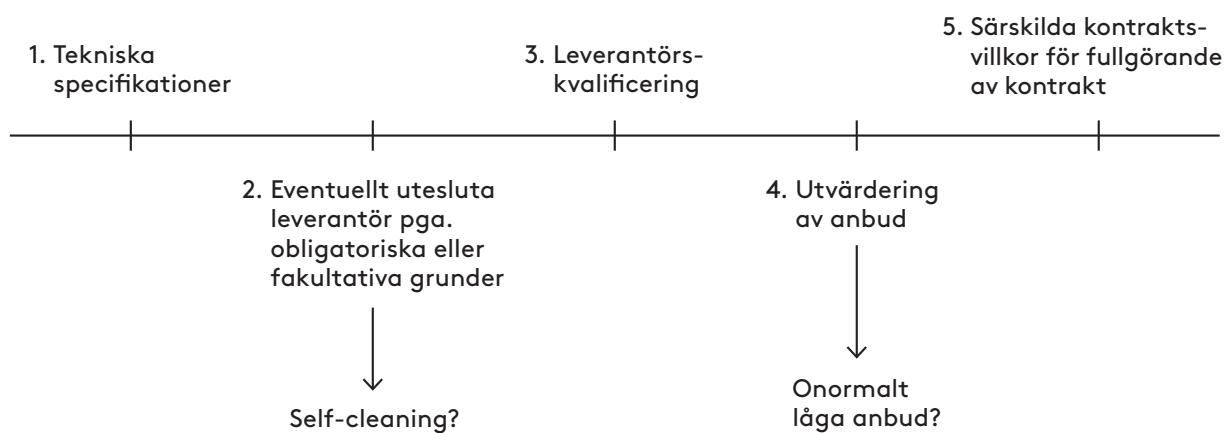
28 Se utförligare beskrivning av denna del i processen på Konkurrensverkets webbplats: <http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/upphandlingsprocessen/avtalsforvaltning/>

SKISS ÖVER ANSKAFFNINGSPROCESSEN

Anskaffnings- och avtalsförvaltning/inköpsprocessen



Upphandlingsprocessen



Sociala hänsyn i anskaffningsprocessens olika faser

FÖRBEREDELSEARBETET

Såsom med det mesta, är förberedelsearbetet vad som avgör om en upphandling blir framgångsrik och leder till ett avtal som tillgodoser den upphandlande myndighetens eller enhetens behov till ett rimligt pris och i övrigt rimliga villkor.

Detta är inte minst sant för upphandlande myndigheter och enheter som vill inkorporera sociala hänsyn i sina upphandlingar.

Det första steget av förberedelser är förankring. Den upphandlande myndighet eller enhet som vill inkorporera sociala hänsyn i en upphandlingsprocess måste ha ett stöd för detta från ledningsnivå. Om det är ett politiskt styrt organ krävs en politisk förankring.

Eftersom det inte sällan är den politiska ledningen i en organisation som tar initiativet till att föra in sociala hänsyn i offentlig upphandling kan det tyckas märkligt att lägga fokus på den politiska förankringen. Om det är politiken som beslutat att vi ska ta sociala hänsyn så måste väl detta beslut anses förankrat?

Problemet är emellertid att den politiska analysen av möjligheterna att ta sociala hänsyn i offentlig upphandling ofta inte sträcker sig längre än ett beslut om att sådana hänsyn ska tas. För att sociala hänsyn ska kunna integreras på något meningsfullt sätt krävs emellertid en väsentligt bredare och djupare förankring än så. Den politiska ledning måste ha tagit ställning till vad man önskar uppnå med krav på sociala hänsyn och vilka resurser man är villig att lägga för att sådana hänsyn ska kunna tas. I bedömningen av resurser måste myndigheten också prioritera bland myndighetens inköp och komma fram till vilka av myndighetens inköp som är mest centrala och mest lämpliga för att genomföra sociala målsättningar.

Det förekommer att beslut fattas om att en viss procent av alla upphandlingar ska innehålla krav på sociala hänsyn. Detta är, enligt vår mening, tämligen meningslöst och riskerar ta fokus från det faktiska arbete som en satsning på sociala hänsyn i samband med upphandling kräver.

Mer lämpligt är istället att börja med att genomföra en riskanalys av myndighetens eller enhetens inköp, för att på det sättet identifiera vilka kommande upphandlingar som lämpar sig för att ta sociala hänsyn, i den bemärkelsen att det går att åstadkomma verkliga resultat med de resurser som myndigheten eller enheten har möjlighet att avsätta.

En sådan riskanalys kan också hjälpa myndigheten eller enheten att identifiera vilka CSR-initiativ som finns på marknaden för en viss typ

av produkt. Genom att skaffa sig en sådan överblick blir myndigheten eller enheten bättre förberedd inför det kommande arbetet med att utvärdera och följa upp leverantörers olika CSR-arbete.

När väl myndigheten eller enheten har fått en tydlig uppfattning om vilka olika CSR-instrument och initiativ som finns på marknaden är nästa steg att bjuda in leverantörerna till dialog om sociala hänsyn. För att en sådan dialog ska bli meningsfull bör den ske utifrån de varierande förutsättningarna som gäller för varje bransch. Att ha breda och branschöverskridande leverantörsdialoger om sociala hänsyn kan vara bra för att lägga grunden i politiskt hänseende, men för praktisk genomförbarhet måste utgångspunkten vara snävare.

Syftena med en branschfokuserad leverantörsdialog är flera. Först och främst skapar en dialog medvetenhet hos leverantörerna om att myndigheten eller enheten intresserar sig för sociala hänsyn och kan komma att ställa skarpa krav på denna typ av hänsyn eller ge mervärde åt de leverantörer som prioriterar sociala hänsyn. Detta medför en större förståelse för, och bredare förankring av, myndighetens eller enhetens ambition och ökar möjligheterna till att arbetet faktiskt ger resultat. Ju djupare förankring hos leverantörerna, desto mindre risk för att myndighetens eller enhetens ambition bara blir en skrivbordsprodukt.

För det andra har myndigheten eller enheten möjlighet att genom dialogen fördjupa sina kunskaper om vilka CSR-initiativ som finns på den relevanta marknaden.

För det tredje kan en bra leverantörsdialog utgöra ett startskott för nya initiativ och sätta igång en tankeprocess hos leverantörerna. Av denna anledning är det bra om leverantörsdialogen initieras i god tid innan den aktuella upphandlingen ska ske. Leverantörer som tidigare inte prioriterat CSR-frågor bör, så långt som möjligt, ges möjlighet att påbörja ett sådant arbete i sådan utsträckning att det kan beaktas i den kommande upphandlingen. En leverantörsdialog bör därför helst initieras åtminstone ett halvår innan annonsering av den aktuella upphandlingen sker.

TEKNISKA SPECIFIKATIONER

Efter förberedelsearbetet, som består i förankring, informationsinsamling och dialog, kan den upphandlande myndigheten eller enheten påbörja arbetet med att upprätta den tekniska specifikationen i upphandlingen. Den tekniska specifikationen ska anges i annonsen för upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. I praktiken är det mest vanligt förekommande att den återfinns i förfrågningsunderlaget.

Sådana tekniska specifikationer som avser prestanda- eller funktionskrav regleras i 6 kap. 3 § LOU respektive 6 kap. 3 § LUF. I dessa prestanda- och funktionskrav kan krav på miljöegenskaper ingå. Kraven ska alltid, med hänsyn till transparensprincipen och likabehandlings-

principen, vara utformade på så sätt att föremålet för upphandlingen klart och tydligt framgår.²⁹

I bestämmelserna anges att de tekniska specifikationerna inte, förutom i vissa specifika undantagsfall, får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt. Inte heller får de innehålla hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning om det leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.³⁰ I 6 kap. 7 § LOU och 6 kap. 7 § LUF anges att en upphandlande myndighet eller enhet som anger miljöegenskaper i form av prestanda- eller funktionskrav får använda detaljerade specifikationer som fastställts för miljömärken under vissa förutsättningar.

Frågan om huruvida sociala kriterier kan utgöra en del av de tekniska specifikationerna, såsom dessa definieras i direktiv 2004/18, har varit föremål för EU-domstolens bedömning i mål C-368/10, *Max Havelaar*. EU-domstolen fann då att krav som anger under vilka villkor en leverantör anskaffat en viss produkt från tillverkaren, dvs. krav rörande rättvis handel, inte kan utgöra en del av en teknisk specifikation.

Enligt vår mening är det dock något annat, och fullt tänkbart, att sociala krav som rör villkoren vid en viss varus tillverkning skulle kunna utgöra en del av en teknisk specifikation.

I de nya upphandlingsdirektiven tydliggörs att sociala hänsyn kan utgöra en del av de tekniska specifikationerna. Enligt artikel 42 i direktiv 2014/24 och artikel 60 i direktiv 2014/25 får egenskaper som avser den specifika processen eller metoden för att producera det aktuella kontrakt föremålet, eller en specifik process i ett annat skede i dess livscykel, beaktas. Detta omfattar även sådana faktorer som inte utgör en del av produktionsmetoden eller livscykeln, under förutsättning att de är kopplade till kontrakt föremålet och att de står i proportion till kontraktets värde och målsättningar. Artikel 43 i direktiv 2014/24 och artikel 61 i direktiv 2014/25 möjliggör för upphandlande myndigheter respektive enheter att i bl.a. de tekniska specifikationerna kräva bevis t.ex. i form av ett märke som avser sociala egenskaper som bevismedel för att de uppfyller kraven.

I den mån det är aktuellt att göra sociala hänsyn till en del av den tekniska specifikationen och därmed en del av hur kontrakt föremålet definieras är det viktigt att det rör sig om sociala krav som låter sig uttryckas på detta sätt. Det är tänkbart att krav på att en viss produkt exempelvis ska uppfylla krav motsvarande TCO-certifierade produkter på sikt kan utgöra ett krav som uppställs redan i den tekniska specifikationen. Detta eftersom det rör sig om villkor som rör hur en viss produkt framställs. I detta avseende kan vi tänka oss en framtid där sociala krav vävs in i den tekniska specifikationen på samma sätt som skett med miljöhänsyn där det exempelvis är möjligt för en myndighet att upphandla ekologiskt odlade tomater. Enligt vår

29 Se Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, Jure 2014, 3 uppl., s. 242.

30 Se 6 kap. 3 § och 6 kap. 3 § LUF.

bedömning bör man på samma sätt kunna tänka sig att definiera ett kontrakt föremål som exempelvis bärbara datorer monterade under socialt hållbara former, så länge det är tydligt dels vad man avser med en sådan definition och dels att man endast ställer kravet vad avser de bärbara datorer som omfattas av upphandlingen.

UTESLUTNING AV LEVERANTÖRER

De upphandlande myndigheterna och enheterna ska, som ett första led i sin anbudsprövning, ta ställning till om det finns skäl att utesluta någon leverantör. Det finns såväl obligatoriska som fakultativa (frivilliga) grunder för uteslutning. En leverantör ska enligt 10 kap. 1 § LOU och 10 kap. 1 § LUF uteslutas från att delta i upphandlingen om den upphandlande myndigheten eller enheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för viss typ av brottslighet (deltagande i en kriminell organisation, bestickning, bedrägeri som riktar sig mot EU:s finansiella intressen och penningtvätt). Av bestämmelsen följer ingen allmän utredningsskyldighet, utan det är enbart påkallat att utreda när det finns en grundad anledning till det. Sådan grundad anledning kan vara att uppgifter har framkommit i massmedia eller har lämnats av en konkurrent.³¹

Enligt 10 kap. 2 § 1 st. 3-4 p. LOU och 10 kap. 3 § 1 st. 3-4 p. LUF får en upphandlande myndighet eller enhet utesluta en leverantör som genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen, eller har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen förutsatt den upphandlande myndigheten kan visa detta. Allvarligt fel i yrkesutövningen kan exempelvis utgöras av olika former av lag- och regelöverträdelser som inte är straffrättsligt sanktionerade.³²

Även enligt direktiv 2014/24/EU är det möjligt för en upphandlande myndighet att utesluta en leverantör som har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel, förutsatt att myndigheten på lämpligt sätt kan visa det och att agerandet har inneburit att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas. Motsvande möjlighet finns för försörjningssektorerna i artikel 80.1 2 st. i direktiv 2014/25/EU.

I och med de nya upphandlingsdirektiven har det även tillkommit nya uteslutningsgrunder. Enligt artikel 57.1.f i direktiv 2014/24/EU föreligger obligatorisk grund för uteslutning om leverantören i fråga har gjort sig skyldig till barnarbete eller andra former av människohandel. Dessutom framgår av 57.4.a i samma direktiv att en upphandlande myndighet kan välja att utesluta en leverantör om myndigheten på ett lämpligt sätt kan visa att leverantören har åsidosatt exempelvis sina sociala- och arbetsrättsliga skyldigheter, vilka nämns i artikel 18.2 i samma direktiv. Genom dessa nya bestämmelser möjliggörs för upphandlande myndigheter att även i uteslutningsprövningen göra ett ställningstagande, genom att utesluta de leverantörer som

³¹ Se prop. 2006/07:128, s. 387.

³² Se prop. 2006/07:128, s. 390.

tidigare har visat sig vara olämpliga för att de inte har respekterat mänskliga och andra sociala rättigheter som arbetstagare ska tillförsäkras. Bestämmelserna är av fakultativ karaktär, vilket innebär att de ger en möjlighet för den upphandlande myndigheten att utesluta leverantören, men ingen skyldighet. Motsvarande reglering finns för försörjningssektorerna, dvs. för upphandlande enheter, i artikel 80.1 2 st. i direktiv 2014/25/EU.

Vår uppfattning är att en myndighet eller enhet som exempelvis via media får kännedom om att en leverantör inte har respekterat mänskliga eller andra sociala rättigheter inom ramen för sin intressesfär bör kunna kräva att en sådan leverantör svarar för detta agerande och eventuellt fatta ett beslut om uteslutning av en sådan leverantör om leverantören inte ger ett tillfredsställande svar kring hur motsvarande överträdelse ska förhindras i framtiden. Det är dock viktigt att myndigheten eller enheten gör en noggrann bedömning av trovärdigheten i medias rapportering innan man fattar något beslut om att initiera ett uteslutningsförfarande. För att uteslutning ska kunna komma ifråga måste det röra sig om trovärdigt dokumenterade överträdelser.

Som framgår nedan kan denna typ av agerande även, under förutsättning att sådan hävningsgrund finns, ligga till grund för hävning av avtal.

SELF-CLEANING

Inte allt för sällan är de leverantörer vars överträdelser av mänskliga rättigheter och andra sociala rättigheter har uppmärksammats som, någon tid senare, har bäst förutsättningar och kontrollmekanismer för att förhindra att motsvarande överträdelser sker igen. Att en organisation blir föremål för negativ uppmärksamhet i media kan ofta bli den väckarklocka som skapar en medvetenhet i organisationen och som leder till ett mer aktivt ansvarstagande.

I artikel 57.6 i direktiv 2014/24/EU anges att leverantörer inom ramen för ett upphandlingsförfarande har rätt att lämna bevis på att de åtgärder som leverantören vidtagit är tillräckliga för att bevisa sin tillförlitlighet, trots att det föreligger relevanta skäl för uteslutning. I detta syfte ska leverantören bevisa att den har ersatt eller åtagit sig att ersätta eventuella skador som orsakats av brottet eller det allvarliga felet i fråga, att den har klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och att den aktivt samarbetar med de utredande myndigheterna samt har vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel. Om bevisen anses vara tillräckliga ska den aktuella leverantören inte uteslutas från upphandlingsförfarandet.

Denna möjlighet för leverantörer att visa "bot och bättring" är oerhört viktig för att driva leverantörers arbete med sociala hänsyn framåt.

LEVERANTÖRSKVALIFICERING

I 11 kap. LOU regleras kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare. I 11 kap. 2 § LOU anges att en upphandlande myndighet kan ställa krav på leverantörernas förmåga att fullgöra kontraktet. I 11 kap. LUF återfinns regler om kvalificering av leverantörer inom försörjningssektorerna.

Kvalificeringskraven syftar inte till att identifiera den leverantör som har den bästa förmågan, utan istället till att, med beaktande av proportionalitetsprincipen, urskilja de leverantörer som har tillräcklig erfarenhet, ekonomisk styrka m.m. för det upphandlande kontraktet och den upphandlande myndighetens behov.

En leverantörskvalificering får inte vara relativ i det avseendet att bedömningen utgår ifrån i vilken utsträckning en leverantör uppfyller ett krav, utan den bedömning som ska göras är om leverantören uppfyller kravet eller inte. Denna kvalificering avser istället att identifiera lämpliga anbudsgivare för kontraktet, vilket inte ska sammanblandas med utvärderingen av anbudet som huvudsakligen rör föremålet för upphandlingen.³³

I Sverige är det inte ovanligt att upphandlande myndigheter och enheter som ett led i leverantörskvalificeringen ställer upp krav på att leverantörer ska bedriva sin verksamhet i enlighet med olika standarder för ledningssystem för kvalitet, mest vanligt förekommande *ISO 9001*. För miljöarbete finns *ISO*-standard 14001.

Ett villkor för att få ställa upp denna typ av krav på kvalitetsledningssystem eller miljöledningssystem är att myndigheten eller enheten även accepterar andra sätt som anbudsgivaren kan beskriva sitt kvalitetsledningssystem på, vilka kan anses likvärdiga med de krav som uppställs i den aktuella standarden. Det ska också tydligt framgå av förfrågningsunderlaget vad som kommer att bedömas när myndigheten eller enheten tar ställning till om leverantörens kvalitets- eller miljöarbete kan anses tillräckligt.

Som framgått ovan finns även standarden *ISO 26000* för socialt ansvarstagande. Denna standard kan dock, till skillnad från *ISO 9001* och *ISO 14001*, inte leda till certifiering utan innehåller endast riktlinjer för hur arbete med dessa frågor kan ske.

Vi ser i och för sig inget hinder mot att upphandlande myndigheter eller enheter använder sig av *ISO 26000* som underlag för bedömning av leverantörers arbete med socialt ansvarstagande. Tvärtom ger denna standard i många avseenden god vägledning om vilka sätt som är lämpliga för att arbeta med socialt ansvarstagande. Det är dock viktigt att betona att standarden inte kan leda till certifiering, vilket gör att möjligheterna att använda den skiljer sig från *ISO 9001* och *ISO 14001*. Medan certifiering *ISO 9001* och *ISO 14001* kan användas

³³ Se Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2013, Jure, 3e uppl., s. 102 ff.

som bevismedel för anbudsgivare för att visa att de bedriver systematiskt kvalitets- respektive miljöarbete måste *ISO 26000* istället användas på annat sätt, exempelvis som utgångspunkt för de krav på det systematiska arbete med socialt ansvarstagande, vilket den upphandlande myndigheten respektive enheten kräver av den antagna leverantören, eller som riktlinje för bedömningen av vad som är en lämplig kravnivå.

UTVÄRDERING AV ANBUD OCH TILLDELNING AV KONTRAKT

Vid utvärderingen av anbuderna bedömer den upphandlande myndigheten eller enheten vilket eller vilka anbud som på bästa sätt kan tillgodose behoven, såsom behoven formulerats i förfrågningsunderlaget. Det finns ingen enhetlig begreppsbildning inom offentlig upphandling men denna typ av kriterier benämns ofta utvärderings- eller tilldelningskriterier.³⁴ Enligt 12 kap. 1 § LOU och 12 kap. 1 § LUF ska den upphandlande myndigheten respektive enheten antingen anta det anbud som har det lägsta priset eller det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. När tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används ska det anbud antas som uppfyller alla de krav som den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt och som bedöms uppfylla utvärderingskriterierna i störst utsträckning.³⁵

Inte sällan delas utvärderingskriterier in i ekonomiska och icke-ekonomiska kriterier. I domen *Concordia Bus Finland* uttalade EU-domstolen att "faktorer som inte är av rent ekonomisk art kan påverka ett anbuds värde för den upphandlade myndigheten" och det klargjordes därmed att samtliga kriterier som tillämpas vid anbudsutvärderingen inte behöver vara av ren ekonomisk art.³⁶ Trots att domen avsåg miljömässiga egenskaper, närmare bestämt bussars kväveoxidutsläpp och bullernivå vid upphandling av lokala busstransporttjänster, bör uttalandet tolkas som att möjligheten att tillämpa icke-ekonomiska kriterier inte är begränsad till miljökriterier.³⁷ Av domen följer dock fyra förutsättningar som ett utvärderingskriterium måste uppfylla, nämligen att det:

- måste ha samband med kontraktets föremål,
- inte får ge myndigheten en obegränsad valfrihet,
- uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget, eller i annonsen om upphandlingen, och
- måste vara förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten och särskilt icke-diskrimineringsprincipen.³⁸

Även i domen *EVN och Wienstrom* behandlades kriterier av s.k. icke-ekonomisk natur. EU-domstolen ansåg att det var möjligt att, vid en

34 Se t.ex. Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, Jure, 3e uppl., s. 382.

35 Se Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2013, Jure, 3e uppl., s. 84 f.

36 Se dom *Concordia Bus Finland*, C-513/99, EU:C:2002:495, punkt 55.

37 Se Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, Jure, 3e uppl., s. 389 f.

38 Se dom *Concordia Bus Finland*, C-513/99, EU:C:2002:495, punkt 69.

upphandling av el, ställa upp utvärderingskriterier som gav mervärde för el som kommer från förnybara energikällor.³⁹ Såsom framgår av domen är sådana kriterier tillåtna så länge de har en tillräcklig koppling till kontrakt föremålet.⁴⁰

I artikel 67.1 i direktiv 2014/24/EU och artikel 82 i direktiv 2014/25/EU anges att de upphandlande myndigheterna och enheterna ska basera sin tilldelning av kontrakt på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt ska fastställas på grundval av priset eller kostnaden genom analys av kostnadseffektivitet och får innefatta det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, vilket ska bedömas på grundval av bl.a. sociala aspekter, vilka ska vara kopplade till föremålet för kontraktet. Det framgår vidare av artikel 67.2 att kriterierna får omfatta kvalitet, vilket inbegriper sociala egenskaper.

I artikel 67.3 i det nya direktivet för den klassiska sektorn, 2014/24/EU, anges att utvärderingskriterierna ska anses vara kopplade till kontrakt föremålet om de avser de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska tillhandahållas inom ramen för kontraktet i något avseende och i något skede av deras livscykel. Dessutom tydliggörs att detta innefattar faktorer som berör kontrakt föremålet specifika produktions-, tillhandahållande- eller handelsprocess, eller en specifik process i ett senare skede av varornas, tjänsternas eller byggtreprenadernas livscykel. Motsvarande bestämmelser återfinns i artikel 82.3 i direktiv 2014/25/EU om upphandling i försörjningssektorerna.

Denna formulering är huvudsakligen en kodifiering av EU-domstolens dom i *Max Havelaar*. I detta avgörande, som rörde upphandling av kaffemaskiner och ingredienser såsom socker och kakao, behandlades för första gången möjligheten att beakta sociala hänsyn i form av rättvisemärkning. Den upphandlande myndigheten hade använt utvärderingskriterier som gav mervärde till de anbud som offererade produkter försedda med märket "Max Havelaar" eller likvärdigt märke. Max Havelaar är ett märke som visar att en vara kommer från rättvis handel. EU-domstolen poängterade att kravet på koppling till kontrakt föremålet inte behöver avse varans egenskaper som sådana, och att det därför inte fanns något hinder mot att använda utvärderingskriterier som tar sikte på sociala aspekter i produktionen.⁴¹

Enligt vår mening innebär domen i *Max Havelaar* och de nya direktiven att upphandlande myndigheter och enheter kan använda sig av en förhållandevis generös tolkning av kravet på att utvärderingskriterier ska vara kopplade till kontrakt föremålet. I princip verkar det som om upphandlande myndigheter och enheter få ta hänsyn till allt som har någon form av koppling till de förhållanden som råder vid produktionen av de varor som myndigheten ska upphandla. Detta inkluderar, enligt vår mening, sannolikt flertalet krav som rör arbets- och levnadsför-

39 Se dom *EVN och Wienstrom*, C-448/01, EU:C:2003:651, punkterna 33 och 34.

40 Se dom *EVN och Wienstrom*, C-448/01, EU:C:2003:651, punkt 68.

41 Se dom *Max Havelaar*, C-368/10, EU:C:2012:284, punkterna 90–92.

hållandena för de personer som är involverade i något led av produktionskedjan av en viss produkt, dvs. allt från säkerhetsförhållandena för de som tar fram mineraler som används för IT-produkter i Demokratiska Republiken Kongo till möjligheterna till att organisera sig fackligt för de som arbetar med montering av en smartphone i Shanghai.

Det är däremot sannolikt, på grund av kravet på koppling till kontraktsförmålet, inte möjligt att vid anbudsutvärderingen premiera CSR-arbete som är helt orelaterat till den vara som upphandlingen omfattar. Om en upphandling rör läsplattor som hos en leverantör monteras i en viss fabrik kan leverantören inte premieras för CSR-arbete som leverantören gör på en annan fabrik för andra produkter, exempelvis skrivare och kopiatorer.

Som framgår av beaktandesats 97 till direktiv 2014/24/EU och 102 till direktiv 2014/25/EU utesluter kravet på att det ska finnas en koppling till kontraktsförmålet kriterier och villkor som rör allmän företagspolicy, som inte kan anses vara en faktor som karakteriserar den specifika produktions- eller tillhandahållandeprocessen för de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas. Upphandlande enheter får därför inte kräva att anbudsgivarna ska ha fastställt en viss policy för företags sociala eller miljömässiga ansvar.

Detta innebär emellertid, som vi ser det, inte någon begränsning i möjligheterna för upphandlande myndigheter och enheter att premiera arbete med sociala hänsyn. Tvärtom utgör kravet på koppling till kontraktsförmålet en påminnelse om att praktiskt CSR-arbete är mer än bara ord och måste röra de faktiska förhållandena i den produktion som upphandlingen avser. Vare sig upphandlande myndigheter eller leverantörer ska kunna frigöra sig från sitt ansvar för en socialt hållbar produktion med hänvisning till annat CSR-arbete eller mer allmänt *pro bono*-arbete.

Utvärderingskriterier har, i förhållande till kvalificeringskrav, den fördelen att de möjliggör för upphandlande myndigheter och enheter att premiera de företag som kommit längre i sitt hållbarhetsarbete samtidigt som man inte helt utesluter övriga företag.

Så vad kan man då som upphandlande myndighet eller enhet välja att utvärdera i en upphandling av exempelvis IT-varor?

En första omständighet som kan tillmätas värde i en upphandling är frågan om en leverantör har gjort en riskanalys, en form av due diligence, vad avser socialt ansvarstagande inom ramen för sin verksamhet. En leverantör som har låtit göra en sådan due diligence har normalt också erkänt sitt ansvar för sociala hänsyn inom ramen för sin påverkandesfär och har därmed säkerligen kommit längre än en del av sina konkurrenter.

En väl genomförd riskanalys strävar efter att identifiera risker ur ett mänskliga rättigheter-perspektiv i den egna produktionskedjan och vidare att undvika agerande som innebär sådana risker alternativt

avhjälpa dem. En IT-leverantör som genomfört en riskanalys av sin verksamhet kan exempelvis ha identifierat risker i mineralutvinningsledet och monteringsledet av sin verksamhet och ha föreslagit åtgärder för att minska dessa risker.

Vad man som upphandlande myndighet eller enhet vill se i en riskanalys är att leverantören är medveten om sitt sociala ansvar för produktionen av de varor som leverantören säljer och att leverantören aktivt arbetar med att förbättra den sociala hållbarheten i denna produktion.

Inom ramen för en upphandling kan en upphandlande myndighet eller enhet be anbudsgivare beskriva den risk- eller konsekvensanalys, ur ett socialt perspektiv, vilken leverantören gjort av sin verksamhet och de åtgärder som leverantör har vidtagit för att minska dessa risker. En sådan bedömning kan göras utifrån hur trovärdig och långtgående den är, på ungefär motsvarande sätt som ofta sker avseende andra typer av kvalitetskriterier. Upphandlingen bör också utformas så att de beskrivningar som anbudsgivarna gör i sina anbud blir en del av avtalet, dvs. sådant som den antagna anbudsgivaren åtar sig att göra under avtalstiden. Därigenom säkerställs möjlighet till avtalsuppföljning.

ISO 26000, och då i synnerhet avsnitt 7 om vägledning för att integrera socialt ansvarstagande inom en organisation, kan utgöra en god utgångspunkt när en myndighet eller enhet ska utforma utvärderingskriterier för att bedöma leverantörers arbete med socialt ansvarstagande. Utvärderingskriterierna måste emellertid naturligtvis anpassas utifrån varje kontraktsföremål och då med beaktande av de synpunkter som myndigheten insamlat under sin dialog med branschen. Den balans som man bör eftersträva är en utvärderingsmodell som ger tillräcklig tydlighet i vad som efterfrågas samtidigt som leverantörerna har stor frihet att beskriva sitt eget arbete. Det är här viktigt att understryka att seriositet föder seriositet och att myndigheten eller enheten bör ha tillgång till erforderlig kompetens för att verkligen kunna se skillnad på ett väl genomtänkt, välförankrat och seriöst CSR-arbete och ett dokument sammansatt i sista sekund av en copywriter för att få poäng i upphandlingen. Om myndigheten eller enheten inte har tillräcklig kompetens riskerar hela utvärderingen utmynna i en tämligen intetsägande uppsatstävling.

Ett tecken på en seriös riskanalys kan vara att den gjorts i samverkan med oberoende intressenter och innehåller tydliga verktyg för oberoende kontroll och uppföljning. Även upphandlande myndigheter och enheter kan göra klokt i att ta hjälp av oberoende experter för bedömningen av trovärdigheten i de beskrivningar som anbudsgivarna lämnat in.

Det ska avslutningsvis påpekas att en riskanalys kan göras oavsett var ett företag är verksamt. Om ett företag exempelvis har förlagt sin produktion i länder med generellt sett goda arbetsvillkor är detta naturligtvis något som kan beaktas inom ramen för en utvärdering av social hållbarhet. Typiskt sett är riskerna då lägre, och i praktiken

krävs ofta mindre av leverantören för att bevisa att mänskliga rättigheter respekteras i verksamheten, jämfört med om verksamheten bedrivs i ett land med generellt sett sämre arbetsvillkor.

ONORMALT LÅGA ANBUD

Ett anbud som är onormalt lågt i förhållande till det som ska upphandlas får, enligt 12 kap. 3 § LOU och LUF, förkastas. Den upphandlande myndigheten eller enheten måste dock, innan den förkastar anbudet, först skriftligen begära en förklaring till det låga anbudet.

Om en upphandlande myndighet eller enhet överväger att förkasta ett anbud ska myndigheten eller enheten dessförinnan ge leverantören möjlighet att yttra sig över skälen till förkastandet.⁴² I artikel 69.1.d i direktiv 2014/24/EU anges att en anbudsgivare i sin förklaring till det låga anbudet ska beröra efterlevnad av de sociala- och arbetsrättsliga skyldigheter som avses i artikel 18.2 i direktivet. Det andra stycket i artikel 69.3 förtydligar att den upphandlade myndigheten ska förkasta anbudet om det kan fastställas att anbudet är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren inte uppfyller de ovan nämnda sociala- och arbetsrättsliga skyldigheter som avses i artikel 18.2. Artikel 18.2 hänvisar i sin tur till de internationella sociala- och arbetsrättsliga bestämmelser som framgår av bilaga X till direktivet, där bl.a. ILO:s åtta kärnkonventioner omnämns. Denna reglering är ny i det avseendet att det inte finns någon motsvarighet i direktiv 2004/18/EU, och den utgör dessutom ett exempel av flera på hur upphandlande myndigheter förväntas beakta sociala hänsyn i upphandlingsprocessens olika faser. Onormalt lågt anbud regleras för försörjningssektorerna på motsvarande sätt i artikel 84 i det nya direktivet 2014/25/EU.

Vad som är särskilt intressant med regleringen är att den, till skillnad från vad som är fallet vid onormalt lågt anbud i allmänhet, innebär en skyldighet för myndigheter och enheter att förkasta anbud som är onormalt låga till följd av att de varor som anbudet avser är producerade under villkor som innebär ett åsidosättande av leverantörens sociala- och arbetsrättsliga skyldigheter. Man skulle således kunna tänka sig att en leverantör kan ansöka om överprövning av en upphandling och kräva att en konkurrents anbud ska förkastas såsom onormalt lågt om leverantören samtidigt kan visa att det låga anbudet beror på att någon av ILO:s kärnkonventioner inte iakttas i tillverkningen av den relevanta produkten.

SÄRSKILDA KONTRAKTSVILLKOR

En upphandlande myndighet eller enhet kan ställa villkor för hur kontraktet ska fullgöras av leverantören. Enligt 6 kap. 13 § LOU och 7 kap. 12 § LUF kan bl.a. sociala och miljömässiga villkor ställas. Dessa

⁴² Se Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Jure, 3e uppl., s. 113 f.

bestämmelser utgör i huvudsak en implementering av artikel 26 i direktiv 2004/18/EU respektive artikel 38 i direktiv 2004/17/EU.

Särskilda kontraktsvillkor framhålls på vissa håll som det mest lämpliga sättet att ställa krav som avser arbets- och anställningsvillkor för de arbetstagare som utför det upphandlade kontraktet. Bland annat har EU-kommissionen i sin handledning för socialt ansvarsfull upphandling från år 2011 gett uttryck för detta.⁴³ Även av de nya direktiven på området följer att det möjligt att i villkoren för fullgörandet av kontrakt ta hänsyn till villkor för arbetstagare som utför det upphandlande kontraktet. I artikel 70 i direktiv 2014/24/EU anges att villkor för fullgörande av kontraktet får avse sociala hänsyn. Sådana kontraktsvillkor ska vara kopplade till kontraktsföremålet i den mening som avses i artikel 67.3 och anges i anbudsinfordran eller upphandlingsdokumenten. Motsvarande bestämmelser finns i artikel 87 i direktiv 2014/25/EU med hänvisning till artikel 82.3 i samma direktiv avseende kopplingen till kontraktsföremålet. Dessutom anger artikel 18.2 i direktiv 2012/24/EU och artikel 36.2 i direktiv 2014/25/EU att medlemsstaterna ska säkerställa att leverantörer vid *fullgörande* av offentliga kontrakt iakttar bl.a. tillämpliga social- och arbetsrättsliga skyldigheter som har fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i ILO:s åtta kärnkonventioner som anges i en bilaga till respektive direktiv.

Villkor som avser fullgörandet av kontraktet behöver inte kontrolleras under anbudsförfarandet, utan avser att reglera hur den vinnande anbudsgivaren utför kontraktet. De villkor som den upphandlande myndigheten eller enheten ställer ska anges i annonsen för upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget.⁴⁴ Kontraktsvillkor av denna typ kan av förklarliga skäl enbart göras gällande mot den vinnande anbudsgivaren, men i och med att det får förmodas att alla anbudsgivare i en upphandling deltar för att vinna får det också antas att de blir uppmärksamma på de uppställda villkoren och vidtar åtgärder för att kunna uppfylla dem i händelse av att de vinner upphandlingen. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa som krav att anbudsgivarna bekräftar att för det fall de tilldelas kontraktet åtar de sig att uppfylla villkoren. De anbud som saknar en sådan bekräftelse får förkastas.⁴⁵

Som framgått av ovan benämns denna typ av villkor särskilda kontraktsvillkor i den svenska lagtexten. Vi anser dock inte att det föreligger någon nämnvärd skillnad mellan denna typ av villkor och andra avtalsvillkor i offentliga kontrakt. Naturligtvis kan och bör alla de krav och utvärderingskriterier som uppställs i en upphandling också

⁴³ Se kommissionens handledning: *Socialt ansvarsfull upphandling – en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, KOM(2010) 1258 slutlig, s. 44.

⁴⁴ Se artikel 70 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG respektive i artikel 87 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

⁴⁵ Se Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Jure, 3e uppl., s. 140.

reflekteras i det avtal som skrivs med den vinnande anbudsgivaren. Kontraktsvillkoren måste vara förenliga med de grundläggande rättsprinciperna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. De villkor som uppställs får inte vara för svepande och därmed sakna samband eller anknytning till det som upphandlas.⁴⁶

SOCIALA HÄNSYN HOS UNDERLEVERANTÖRER

En fråga som ofta uppkommer i samband med diskussioner om sociala hänsyn i offentlig upphandling är i vilken omfattning det är möjligt att ställa krav på att leverantörer ska ta ansvar även för förhållanden hos underleverantörer.

Enligt vår mening måste bedömningen av om det är tillåtet att kräva att leverantörer tar ansvar för alla led i en underleverantörskedja ske dels utifrån en bedömning av frågan om koppling till kontraktet och dels utifrån proportionalitetsprincipen.

Vad avser koppling till kontraktet anser vi inte att det finns någon rättslig anledning att göra någon skillnad mellan sådana led i produktionskedjan som sker i egen regi och sådana led som sköts av underleverantörer. Vad som är av betydelse är istället vilken koppling en viss verksamhet har till den produkt som den upphandlande myndigheten köper.

Här anser vi att de nya direktivens livscykelperspektiv bör vara vägledande. En koppling till kontraktet kan således normalt anses föreliggande för verksamheter som utgör led i en varus livscykel; från utvinningen av råmaterial för varan till bortskaffandet av varan, inklusive faktorer som berör den specifika produktions-, tillhandahållande- eller handelsprocessen och dess villkor för byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna eller en specifik process i ett senare skede av deras livscykel, även då sådana faktorer inte utgör en del av dem. Huruvida verksamhet utförs av en underleverantör, eller en underleverantörs underleverantör, saknar betydelse för denna bedömning, så länge verksamheten utgör ett led i den aktuella varans definierade livscykel.

Inte heller har det någon betydelse huruvida det är fråga om en "underleverantör" i upphandlingsrättslig bemärkelse, dvs. en leverantör vars kapacitet uttryckligen åberopas för fullgörande av ett kontrakt. Vad gäller upphandling av varor torde huvudregeln vara att de underleverantörer som kanske är mest intressanta att kontrollera ur ett socialt hållbarhetsperspektiv inte åberopas eller överhuvudtaget nämns i ett anbud. Detta påverkar emellertid inte frågan om sådana underleverantörers verksamhet har en koppling till kontraktet.

⁴⁶ Se Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Jure, 3e uppl., s. 140.

Nästa fråga är huruvida det i alla situationer är proportionerligt att begära att en leverantör ansvarar för sina underleverantörer på så sätt att de kan kontrollera huruvida dessa bedriver sin verksamhet på ett socialt hållbart sätt.

En proportionalitetsbedömning måste ske i varje enskilt fall, men vår bedömning är att presumtionen bör vara att om en anbudsgivare gjort sig beroende av en viss underleverantör för ett led i produktionen av en vara som anbudsgivaren offererar är det också proportionerligt att kräva att anbudsgivare ska kunna kontrollera sina underleverantörer så att anbudsgivaren kan svara för att underleverantören tar ett sådant socialt ansvar som hade krävts av anbudsgivaren om anbudsgivaren utfört produktionen i egen regi. Ett annat sätt att uttrycka det är att säga att en anbudsgivare som använder underleverantörer inte ska kunna fransäga sig socialt ansvar som anbudsgivaren inte kunnat fransäga sig om produktionen istället skett i egen regi.

En fråga som ofta uppkommer är vilket ansvar en återförsäljare av exempelvis datorer kan ta för en produktion som den överhuvudtaget inte medverkar i. Svaret på denna fråga är att det kan vara svårt för en sådan återförsäljare att "förmå" en multinationell tillverkare att säkerställa social kontroll över produktionskedjan. Detta påverkar emellertid, enligt vår mening, inte en upphandlande myndighets eller enhets rätt att ställa upp sociala krav eller kriterier som avser produktionen av en vara även i en upphandling där anbudsgivarna framförallt är återförsäljare. Istället förhåller det sig med sociala krav och kriterier som med alla andra krav. En upphandlande myndighet eller enheten har stor frihet att ställa de krav och kriterier som den anser sig ha behov av och som har koppling till kontraktet. Ställer myndigheten eller enheten alltför långtgående krav riskerar den att inte få några anbud (eller vad värre är, anbud med felaktig information) och det kan då vara klokt att istället formulera kraven som utvärderingskriterier, vilka ger mervärde men som inte kan leda till förkastande. Om myndigheten eller enheten uppställer utvärderingskriterier avseende sociala hänsyn som är väldigt långtgående och dessutom ger dessa kriterier avgörande betydelse riskerar myndigheten eller enheten istället att få dyra anbud. Så länge det finns en tydlig koppling till den upphandlade varans livscykel krävs det sannolikt särskilda omständigheter för att en domstol ska underkänna krav eller kriterier som har med sociala hänsyn att göra enbart av den anledningen att de förekommer hos en underleverantör snarare än anbudsgivaren själv.

En annan sak är naturligtvis att upphandlande myndigheter och enheter, särskilt vad avser marknader där önskemål om socialt ansvarsstagande är en förhållandevis ny företeelse, bör vara ödmjuka för leverantörers utmaningar vad avser kontroll och insyn i produktionskedjor som de historiskt sett haft mycket lite inflytande över. Det är mycket viktigt att upphandlande myndigheter och enheter är lyhörda inför de utmaningar som leverantörer står inför och endast ber leverantörer utöva inflytande över sådant som leverantörerna faktiskt kan utöva inflytande över. Det hjälper inte att be leverantörer påverka sådant

som ligger utanför deras inflytandesfär och som *de facto* inte kan påverka. Med detta sagt bör upphandlande myndigheter och enheter som vill verka för en ökad social hållbarhet utmana leverantörer att noga reflektera över sin inflytandesfär och ställa sig frågan vad de faktiskt kan påverka. Det är denna typ av reflektion och agerande som upphandlande myndigheter och enheter har en möjlighet att premiera vid utvärdering.

KONTROLL OCH UPPFÖLJNING

Som framgår av bl.a. EU-domstolens avgörande i mål C-448/01, *EVN och Wienstrom*, p. 50–51, får myndigheter och enheter endast uppställa krav och kriterier som är möjliga att kontrollera. Detta innebär inte att det finns en skyldighet att följa upp och kontrollera alla krav och kriterier men väl att det ska vara möjligt att göra en sådan kontroll.

På senare tid har det blivit allt vanligare att upphandlande myndigheter och enheter i upphandlade avtal skriver in en icke-specifierad och vidsträckt rätt att genom inspektion eller på annat sätt undersöka om sociala krav och kriterier efterlevs. Denna typ av ospecificerad inspektionsrätt får anses tveksam såväl ur proportionalitets- som transparensperspektiv och riskerar dessutom på grund av sin vaghet leda till att ingen kontroll eller uppföljning görs i praktiken.

Det är mycket osannolikt att en svensk återförsäljare genom under-tecknande av ett anbud eller avtal i en offentlig upphandling på något verkningsfullt sätt kan garantera en upphandlande myndighet eller enhet inspektionsrätt till den fabrik i Kina där Apple eller HP tillverkar sina produkter. Att ställa denna typ av krav riskerar att underminera såväl myndighetens eller enhetens som leverantörernas arbete med socialt ansvarstagande, och kan därutöver komma att anses oförenlig med proportionalitetsprincipen.

Man skulle kanske kunna tänka sig att den upphandlande myndigheten eller enheten själv specificerar hur den under avtalsperioden kommer att genomföra kontroll och uppföljning vad avser de sociala förhållanden som råder i produktionen av de varor som köps. Vi har emellertid svårt att se hur detta skulle kunna göras på ett sätt som är tillräckligt transparent och förutsebart för att kunna bedömas av leverantörerna vid anbudsgivning och som samtidigt faktiskt ger den effektiva insyn och kontroll som myndigheten eller enheten eftersträvar. Till detta ska naturligtvis läggas att ytterst få, om någon, myndighet och enhet själv har den kompetens som skulle krävas för att på plats bedöma och följa upp produktionsförhållanden i exempelvis kinesisk tillverkningsindustri eller i en mineralgruva i Demokratiska Republiken Kongo.

Rimligare och mer verkningsfullt vore, enligt vår mening, istället att inom ramen för en utvärdering efterfråga vilka insyn- och kontrollmöjligheter en anbudsgivare faktiskt kan erbjuda och därvid premiera de anbudsgivare som kan erbjuda myndigheten eller enheten en högre

grad av insyn och kontroll vad avser sociala förhållanden i olika delar av produktionen. Det är naturligtvis av särskilt värde om leverantören kan visa på ett samarbete med någon oberoende organisation med kunskap om förhållandena i den aktuella industrin och regionen som kan öka möjligheterna till att uppföljningar ger en rättvisande bild av de faktiska förhållandena i produktionen.

Avslutande kommentarer

Det finns idag en helt annan medvetenhet hos upphandlande myndigheter och enheter avseende frågor om socialt ansvarstagande än vad som var fallet för bara några år sedan. Samtidigt kan konstateras att många myndigheter inte har kommit så mycket längre än generella målsättningsstadganden och policydokument. Även om det naturligtvis är viktigt med denna typ av inriktningsyttranden bör man vara medveten om att dessa inte ensamt bidrar till någon förbättring av de faktiska förhållandena i produktionen. Den myndighet eller enhet som nöjer sig med generella policyer och målsättningsstadganden riskerar att få leverantörer som också nöjer sig med generella policyer och målsättningsstadganden.

Det är viktigt att upphandlande myndigheter och enheter anpassar sina ambitioner efter sina resurser. Ofta är det bättre att satsa på att göra något lite mer i en upphandling än att försöka göra något i alla upphandlingar.

En god generell insats som upphandlande myndigheter och enheter kan göra med förhållandevis små medel är att se till att överväga utslutning av sådana leverantörer som man kan visa ha gjort sig skyldiga till överträdelser av de mänskliga rättigheterna eller av andra sociala rättigheter. Vidare bör upphandlande myndigheter och enheter i sina avtal förbehålla sig rätten att häva eller säga upp avtal på motsvarande grund.

Det är emellertid viktigt att myndigheter och enheter som står inför ett eventuellt beslut om utslutning ur ett upphandlingsförfarande eller hävning respektive uppsägning av ett avtal ger den berörda leverantören möjlighet att svara för sig och motivera varför leverantören eventuellt anser att grund för utslutning eller hävning saknas.

Den upphandlande myndighet eller enhet som vill prioritera frågor om sociala hänsyn bör hålla i minne att seriositet föder seriositet. Den upphandlande myndigheten eller enheten bör således börja sitt arbete med att göra en riskanalys av sin egen verksamhet för att på detta sätt identifiera vilka av myndighetens eller enhetens inköp som innebär störst risk och störst potential för förbättring ur ett socialt hänsynsperspektiv.

De sociala problem och risker som uppstår i samband med varuproduktion är i många fall komplexa, på så vis att det förekommer långa leverantörskedjor och att olika typer av riskfaktorer uppstår beroende

på vad som produceras, vilken sektor och i vilket geografiskt område i världen produktionen sker. Det är viktigt att myndigheten eller enheten har respekt för denna komplexitet och skaffar sig den kompetens som krävs för att på ett rättvisande sätt kunna bedöma leverantörers arbete med sociala hänsyn vad avser ett visst varuslag.

Ett upphandlingsförfarande där mer långtgående krav och kriterier avseende sociala hänsyn ska uppställas bör föregås av en leverantörsdialog. Denna dialog har två syften, dels att utgöra ett komplement till myndighetens eller enhetens egen riskanalys, dels att ge leverantörerna tid att inleda eller fördjupa sitt arbete med socialt ansvarstagande inför den kommande upphandlingen.

Enligt vår mening är ett av de bästa sätten att driva frågor om socialt ansvarstagande att den upphandlande myndigheten eller enheten använder utvärderingskriterier som beaktar sociala aspekter för att premiera de anbudsgivare som kan visa att de i sin verksamhet har processer för att arbeta med CSR och genomgående använder dessa processer. Exempelvis kan extra poäng, eller prisavdrag, tilldelas de anbudsgivare som har genomfört en konsekvensanalys och identifierat de risker som uppstår i verksamheten samt de utmaningar som de kan ställas inför med anledning av det som upphandlas. Även innehållet i utvärderingskriterierna bör formuleras så som villkor i kontraktet för att på så sätt skapa möjligheter att göra gällande avtalsbrott om leverantören inte lever upp till sina åtaganden. Genom att de uppställda kraven reflekteras i avtalsvillkoren kan de upphandlande myndigheterna och enheterna lättare även följa upp leverantörernas arbete med dessa frågor.

Det kan inte nog understrykas att allt verkningsfullt arbete med socialt ansvarstagande måste ske utifrån leverantörerna. Genom att premiera denna typ av arbete skapas incitament för leverantörer att själva reflektera över vad de kan göra inom ramen för sin inflytandesfär för att verka för social hållbarhet. Denna typ av leverantörsinitierat arbete har enligt vår mening en mycket större potential för verklig påverkan än att myndigheten eller enheten själv försöker skriva generellt formulerade uppförandekoder som särskilda kontraktsvillkor, vilka leverantörerna, ofta oreflekterat, "går med på".

Som vi framhållit ovan är det vidare ofta meningslöst och potentiellt i strid med de grundläggande principerna för en upphandlande myndigheter eller enhet att ställa svepande och ospecificerade krav på kontroll och inspektionsmöjlighet. Vår erfarenhet är dessutom att svepande formuleringar leder till att ingen verkningsfull kontroll sker överhuvudtaget. För att uppmuntra till verklig kontroll och insyn bör myndigheten eller enheten istället, via utvärderingskriterier, uppmuntra leverantörer att själva föreslå insyns- och kontrollmöjligheter som man sedan skriver in i kontraktet. Kontroll och insyn måste, för att bli verkningsfull, utgå från leverantören.

Det bör understrykas att det faktum att sociala krav, oavsett om de är utvärderingskriterier eller om de har formulerats som kontrakts-

villkor, måste ha en koppling till kontraktets föremål i sig innebär en inneboende motsättning. Förutsättningen fyller visserligen en viktig funktion på så sätt att den bidrar till att säkerställa att de krav som ställs är proportionerliga och inte allt för svepande, utan faktiskt avser det som upphandlas. Emellertid är leverantörens arbete för att arbetstagarnas rättigheter inte kränks i sig inte en egenskap som kan utgöra en del av kontraktets föremål. Denna motsättning bör kunna lösas genom att kopplingen till kontraktets föremål tolkas extensivt när sociala hänsyn beaktas. Att sociala hänsyn i normalfallet sträcker sig horisontellt över flera kontrakt, såsom Arrowsmith och Kunzlik har gett uttryck för, är ett stöd för en sådan tolkning. Dessutom följer det av EU-domstolens avgörande i *Max Havelaar* att ett samband med kontraktets föremål i sig inte förutsätter att kravet avser egenskaper hos kontraktets föremål.⁴⁷ Detta har även kodifierats i de nya direktiven 2014/24/EU och 2014/25/EU.⁴⁸ Samtidigt bör framhållas att kravet på koppling till kontraktets föremål utgör en bortre gräns för långtgående sociala krav som kan ställas i en upphandling, och att sådana delar av en leverantörs (eller en leverantörs underleverantörs) verksamhet som överhuvudtaget inte berörs av leveransen enligt det upphandlade kontraktet inte kan beaktas i utvärderingen. De nya direktiven som fokuserar på en varus livscykel är enligt vår mening ett uttryck för denna extensiva men ändå avgränsade hållning.

Genom en sådan tolkning av kravet på koppling till kontraktets föremål ges möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter att i större utsträckning ta hänsyn till de arbetstagare som tillverkar de varor som myndigheterna och enheterna upphandlar. Detta svarar mot den ökade efterfrågan på, och intresset för, socialt hållbara produkter, vilket har uppstått bland köpare i allmänhet, såväl privata som offentliga. De marknadsekonomiska grundtankarna med den inre marknaden och de fria rörligheterna behöver nödvändigtvis inte hotas eller hindras av att socialt hänsynstagande ges ett större utrymme i offentlig upphandling. Tvärtom utgör köparens, dvs. den upphandlande myndighetens eller enhetens, rätt att uttrycka krav på det som köps, såsom hur och under vilka förhållanden en vara är tillverkad, en grundsten i en marknadsekonomi. Det är rimligt att upphandlande myndigheter och enheter följer med på den väg som även privata konsumenter börjat vandra och gör mer socialt medvetna val i sina inköp. En sådan resa måste emellertid börja med att upphandlande myndigheter och enheter visar för leverantörerna att man tar dessa frågor på allvar och att socialt hänsynstagande är mer än bara vackra ord i en uppförandekod.

⁴⁷ Se dom *Max Havelaar*, C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 91.

⁴⁸ Se artikel 67.3 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG respektive i artikel 82.3 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Advokatfirman Kahn Pedersen

Kahn Pedersen är en advokatbyrå helt inriktad på specialiserad affärsjuridik. Vi åtar oss uppdrag enbart inom de områden vi är bäst på – IT-relaterad juridik och kommersiella avtal, outsourcing, integritetsskydd och offentlig upphandling.

Författarna till denna rapport är:

Kristian Pedersen, advokat och partner i Kahn Pedersens verksamhetsgrupp för offentlig upphandling

Erik Olsson, advokat och partner i Kahn Pedersens verksamhetsgrupp för offentlig upphandling

Camilla Pauli, jurist med specialinriktning på CSR

www.kahnpedersen.se

ISBN 978-91-983215-0-0