



Konkurrensverkets allmänna råd för tillämpningen av förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt

Beslutat den 15 juli 2010

Inledning

I 10 kap. 2 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och 10 kap. 3 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) finns bestämmelser om vilka krav som får ställas på en leverantör vid offentlig upphandling. I 6 kap. 13 § och 15 kap. 2 § LOU samt i 6 kap. 14 § och 15 kap. 2 § LUF finns vidare bestämmelser om särskilda kontraktsvillkor. I förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt (antidiskrimineringsförordningen) finns, i syfte att öka medvetenheten om och efterlevnaden av diskrimineringslagen, bestämmelser om dessa särskilda kontraktsvillkor.

I detta allmänna råd informerar Konkurrensverket och Diskrimineringsombudsmannen om sin gemensamma tolkning av antidiskrimineringsförordningen.

Det allmänna rådet föregriper inte domstolarnas tolkning av antidiskrimineringsklausulens förenlighet med LOU och LUF.

*1 § antidiskrimineringsförordningen
I 10 kap. 2 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
och 10 kap. 3 § lagen (2007:1092) om upphandling inom
områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
finns bestämmelser om vilka krav som får ställas på en
leverantör vid en offentlig upphandling.*

*I 6 kap. 13 § och 15 kap. 2 § lagen om offentlig
upphandling och 6 kap. 14 § och 15 kap. 2 § lagen om
upphandling inom områdena vatten, energi, transporter
och posttjänster finns bestämmelser om särskilda kon-
traktsvillkor.*

Kommentarer

I första stycket erinras om att reglerna i upphandlingslagarna, det vill säga LOU och LUF även innehåller regler om uteslutning av anbudsgivare. I andra stycket anges de bestämmelser i LOU och LUF om särskilda kontraktsvillkor som förordningen grundar sig på. Antidiskrimineringsvillkor är ett särskilt kontraktsvillkor, det vill säga ett villkor för kontraktets utförande.

LOU och LUF införlivar EU:s direktiv om offentlig upphandling (2004/18/EG och 2004/17/EG). Direktiven tillåter att medlemsstaterna anpassar lagens lydelse till den nationella rätten, men de väsentliga dragen i gemenskapsrätten ska bevaras. Vid all upphandling, även upphandling under tröskelvärdena och annan upphandling som inte styrs av EU-direktiven, finns således en skyldighet att iakttä de grundläggande EU-rättsliga principerna. I vilken utsträckning samhällshänsyn, som i upphandlingssammanhang ofta benämns ”sociala hänsyn” eller ”sociala krav”, kan tas och villkoren därmed användas, bestäms således av hur gemenskapsrätten tolkas. Användandet av antidiskrimineringsvillkor får inte stå i konflikt med de EU-rättsliga principerna.

Likabehandlingsprincipen betyder att alla leverantörer ska behandlas lika, det vill säga ges lika förutsättningar. Alla måste till exempel få samma information, vid samma tillfälle. Vidare är det förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer, främst på grund av nationalitet.

Transparensprincipen förutsätter att upphandlingsprocessen kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning, måste exempelvis förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och bland annat innehålla samtliga antidiskrimineringsvillkor.

Proportionalitetsprincipen medför att de krav som ställs upp måste ha naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Om det finns flera alternativ, bör det alternativ väljas som är minst ingripande eller belastande.

Principen om ömsesidigt erkännande innebär bland annat att intyg och certifikat som utfärdats av behöriga myndigheter i något av EU:s medlemsstater måste godtas i de övriga medlemsstaterna.

Antidiskrimineringsförordningens och antidiskrimineringsvilkorens tillämpningsområde

2 § antidiskrimineringsförordningen

I denna förordning finns bestämmelser om vissa särskilda kontraktsvillkor för fullgörande av kontrakt enligt 6 kap. 13 § och 15 kap. 2 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller 6 kap. 14 § och 15 kap. 2 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Syftet med förordningen är att öka medvetenheten om och efterlevnaden av diskrimineringslagen (2008:567).

1. Förordningen tillämpas med avseende på diskrimineringslagen (2008:564). Antidiskrimineringsvilkoren får även omfatta olaga diskriminering enligt 16 kap. 9 § brottsbalken (1962:700) och förbud mot missgynnande behandling enligt 16 § föräldraledighetslagen (1995:584).

Kommentarer

Förordningens tillämpningsområde har begränsats till diskrimineringslagen. De antidiskrimineringsvillkor som myndigheterna ställer upp i sina upphandlingar behöver således bara kopplas till överträdelser mot diskrimineringslagen. Ingenting hindrar dock att myndigheterna ställer upp antidiskrimineringsvillkor som även omfattar olaga diskriminering enligt 16 kap. 9 § brottsbalken (1962:700) eller förbud mot missgynnande behandling enligt 16 § föräldraledighetslagen (1995:584).

3 § antidiskrimineringsförordningen

Förordningen gäller för de statliga myndigheter som anges i bilagan till förordningen.

Kommentarer

Förordningen ska tillämpas av de myndigheter som anges i bilagan till förordningen. Att förordningen endast gäller för de uttryckligen uppräknade myndigheterna utgör inget hinder mot att även andra upphandlande myndigheter och enheter¹ kan använda antidiskrimineringsvillkor i sina upphandlingskontrakt.

¹ Hädanefter används endast begreppet myndighet.

4 § antidiskrimineringsförordningen

I kontrakt som tilldelas en leverantör av en tjänst eller byggtreprenad i Sverige enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska myndigheten ställa upp villkor som ska ha till ändamål att motverka diskriminering hos leverantören, om kontraktet

1) har en löptid på åtta månader eller längre och

2) har ett beräknat värde på minst 750 000 kr.

Första stycket gäller inte kontrakt vid upphandling av tjänster eller byggtreprenader som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 och 4 lagen om offentlig upphandling eller 1 kap. 2 § andra stycket 3 lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

En upphandling får inte delas upp i syfte att löptid eller beräknat värde ska underskridas.

- 2 Antidiskrimineringsvillkoren bör gälla vid utförande av den avtalade tjänsten eller byggtreprenaden i Sverige.

Kommentarer

Förordningens huvudbestämmelse är att angivna kontrakt som särskilt kontraktsvillkor ska innehålla ett antidiskrimineringsvillkor. Förordningens tillämpningsområde är begränsat till att omfatta kontrakt avseende tjänster och byggtreprenader i Sverige. Varukontrakt är alltså helt undantagna från förordningens tillämpningsområde. Likaså är kontrakt avseende tjänster och byggtreprenader i utlandet undantagna. För att kontraktet ska omfattas av förordningen ska tjänsterna eller byggtreprenaden dessutom uppfylla föreskrifterna i 4 § första stycket 1 och 2 om avtalstid och kontraktsvärde. Båda punkterna ska vara uppfyllda.

Proportionalitetsprincipen innebär att antidiskrimineringsvillkoren endast kan avse den del av leverantörens verksamhet som berörs av upphandlingskontraktet. Andra delar av leverantörens verksamhet kan inte inkluderas. Kontrollåtgärderna och eventuella påföljder i ett villkor får följaktligen endast omfatta den del av leverantörens verksamhet som är inblandad i genomförandet av upphandlingskontraktet.

Antidiskrimineringsvillkoren avser de svenska lagarna och kan därför endast gälla mot en leverantör som omfattas av svensk materiell rätt. Att ställa krav på att svensk lagstiftning ska följas i Sverige innebär inte att leverantörer från andra medlemsstater diskrimineras.² Om verksamheten utförs utanför Sveriges gränser är det däremot inte möjligt att ålägga en leverantör att följa svensk lag.³ Antidiskrimineringsvillkoren får inte direkt eller indirekt diskriminera leverantörer som offererar verksamheter från andra medlemsstater.⁴

3. Vid tjänste- eller byggtrepreneurupphandlingar, där även anskaffning av varor ingår, bör varorna normalt inte omfattas av villkoren. Om varorna omfattas bör det anges i villkoren.

Kommentarer

Vid blandade upphandlingskontrakt, det vill säga där anskaffningen avser såväl varor som tjänster eller byggtrepreneurader, ska upphandlingen ske enligt de regler som utgör den värdemässigt största andelen. Vid upphandlingar som handläggs enligt de regler som gäller för tjänster eller byggtrepreneurader kan alltså även varor komma att ingå. Varorna är i de flesta fall tillverkade innan ett kontraktsförhållande uppstår och kan därför inte omfattas av ett villkor om utförande under kontraktstiden. Om det står klart redan när förfrågningsunderlaget upprättas att varorna kommer att tillverkas på beställning i Sverige, kan dock myndigheten välja att tillämpa antidiskrimineringsvillkoren med avseende på varorna.

² Lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare gäller enligt 1 § när en arbetsgivare som är etablerad i ett annat land än Sverige utstationerar arbetstagare här i landet i samband med att arbetsgivaren tillhandahåller tjänster över gränserna. Arbetsgivaren ska, oavsett vilken lag som annars gäller för anställningsförhållandet, tillämpa de bestämmelser i de svenska lagarna mot diskriminering för utstationerade arbetstagare som anges i 5 § samma lag.

³ När arbetsgivare med hemvist eller säte i Sverige utstationerar arbetstagare till annat land inom EES eller Schweiz, ska arbetsgivaren dock, enligt 8 § lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare, tillämpa de nationella bestämmelser varigenom det landet genomfört Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁴ Jfr tolkningsmeddelande från Europeiska kommissionen, KOM (2001) 556 slutlig, p 1.6 Om kontraktets utförande, angående bland annat möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.

KKVFS 2010:2

4. Kontraktets värde bör beräknas exklusive lagstadgad mervärdesskatt. LOU:s och LUF:s principer för beräkning av kontraktsvärde och avtalstid bör även i övrigt tillämpas vid bedömningen huruvida kontraktet omfattas av förordningen.

Kommentarer

I förordningens 4 § första stycket 2 föreskrivs att endast upphandlingar som har ett kontraktsvärde på minst 750 000 kronor omfattas av förordningen. Bestämmelsen ger inget besked huruvida beloppet avser inklusive eller exklusive moms. Med hänsyn till att LOU och LUF utan undantag tillämpar principen att alla ekonomiska värden ska beräknas exklusive moms, bör denna princip även tillämpas med avseende på förordningen.

Vid blandade kontrakt ligger det totala kontraktsvärdet till grund för bedömningen av huruvida kontraktet omfattas av förordningen. Eventuella varor i ett tjänste- eller byggentreprenadkontrakt ingår alltså vid beräkningen av kontraktets värde, trots att varorna enligt allmänt råd 3 normalt inte bör omfattas av villkoren.

Vid byggentreprenadkontrakt beaktas endast entreprenadtiden vid bedömningen huruvida kontraktet ska omfattas av förordningen. Entreprenadens garantitid räknas således inte in i avtalets löptid.

Antidiskrimineringsvillkorens ändamål

5. I antidiskrimineringsvillkoren bör anges att leverantören ska förbinda sig att följa diskrimineringslagen.

Kommentarer

Förordningen avser diskrimineringslagen. Som framgår av allmänt råd 1 kan dock den upphandlande myndigheten eller enheten även koppla villkoren till straffbestämmelsen olaga diskriminering enligt 16 kap. 9 § brottsbalken samt bestämmelserna om förbud mot missgynnande behandling i 16 § föräldraledighetslagen. Villkoren ska ha till ändamål att motverka diskriminering hos leverantören. Det innebär att villkoren bör kunna motverka alla överträdelser mot diskrimineringslagen som gäller för leverantören och som är relevanta för utförandet av upphandlingskontraktet. I allmänt råd 11 - 14 behandlas frågan om sanktioner mot överträdelser av villkoren.

6. Av antidiskrimineringsvillkoren bör framgå att leverantören, gentemot myndigheten, svarar för anställda i samma utsträckning som han i enlighet med sitt arbetsgivaransvar svarar för dessa gentemot den diskriminerade.

Kommentarer

Diskrimineringslagen innehåller en bestämmelse som innebär att en arbetsgivare kan bli skyldig att betala diskrimineringsersättning eller ersättning för ekonomisk förlust till en diskriminerad för en överträdelse mot ett diskrimineringsförbud som anställda har begått.⁵

Som nämnts i allmänt råd 1 kan antidiskrimineringsvillkoren även avse straffbestämmelsen olaga diskriminering⁶ enligt 16 kap. 9 § brottsbalken samt bestämmelserna om förbud mot missgynnande behandling i 16 § föräldraledighetslagen. Straffbestämmelsen olaga diskriminering ålägger inte arbetsgivaren ett ansvar motsvarande det i 5 kap. 1 § diskrimineringslagen. Att arbetsgivaren har ett skadeståndsrättsligt ansvar i detta fall framgår dock av 3 kap. 1 § första stycket 2 och 3 skadeståndslagen (1972:207). Bestämmelsen innebär att arbetsgivaren ska ersätta den förmögenhetsskada som arbetstagaren i tjänsten vållar genom brott samt skada på grund av att arbetstagaren genom fel eller försummelse i tjänsten kränker någon genom brott som innefattar ett angrepp på dennes person, frihet, frid eller ära. I 22 § föräldraledighetslagen anges att den arbetsgivare som bryter mot bestämmelserna i lagen ska betala skadestånd för den förlust som uppkommer och för den kränkning som har inträffat.

I de fall leverantören enligt ovan svarar för anställd i enlighet med sitt arbetsgivaransvar bör leverantören även svara för dessa anställda gentemot den upphandlande myndigheten.

⁵ Diskrimineringslagen 5 kap. 2 §. Jfr prop. 2007/2008:95 s. 386 ff.

⁶ Olaga diskriminering enligt 16 kap. 9 § brottsbalken föreskriver ansvar för näringsidkare, den som är anställd i näringsverksamhet och annan som handlar på näringsidkarens vägnar. Likaså föreskrivs ansvar för den som är anställd i allmän tjänst eller innehar allmänt uppdrag samt anordnare av allmän sammankomst eller offentlig tillställning eller medhjälpare till sådan anordnare.

Uppföljning av antidiskrimineringsvillkoren

*5§ antidiskrimineringsförordningen
Villkor som anges i 4 § skall utformas på ett sätt som gör
det möjligt för myndigheten att kontrollera att de uppfylls.
De skall, om det är lämpligt, omfatta underleverantörer.
Myndigheten skall förena villkoren med någon sanktion.*

7. Myndigheten bör ställa upp villkor med innebörden att leverantören förpliktas att lämna ut den information som krävs för att myndigheten ska kunna följa upp att antidiskrimineringsvillkoren efterlevs.

Det bör i första hand ske genom att myndigheten i villkoren anger vilka handlingar och uppgifter som är nödvändiga för att göra denna kontroll samt föreskriver att leverantören utan anmaning ska ge in dessa till myndigheten vid visst angivet datum en gång per år eller med annan lämplig periodicitet. Myndigheten bör även ange att den på begäran har rätt att inom i villkoren angiven skälig tid erhålla den ytterligare information som visar sig vara nödvändig för att kunna göra denna kontroll.

Kommentarer

Det är nödvändigt att myndigheten säkerställer att den kan få de handlingar och uppgifter som krävs för att kunna kontrollera att villkoren följs. De handlingar som en leverantör ska ge in vid visst angivet datum, exempelvis en gång per år, kan vara jämställhetsplan och andra obligatoriska dokument som avser aktiva åtgärder mot diskriminering enligt diskrimineringslagen. Det kan även avse en sanningsförsäkran att leverantören inte överträtt något förbud mot diskriminering enligt lagakraftvunnen dom. I allmänt råd 15 - 19 behandlas frågorna om vilka handlingar och uppgifter som bör begäras in.

8. Myndigheterna kan samordna uppföljningsarbetet. En myndighet som upphandlar ramavtal får svara för uppföljningen avseende samtliga avropsavtal som innehåller antidiskrimineringsvillkor.

Kommentarer

Med ramavtal förstås avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för en senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod. Närmare bestämmelser om ramavtal finns i 5 kap. LOU respektive LUF. Bestämmelserna om ramavtal i LUF är inte lika detaljerade som bestämmelserna i LOU. De grundläggande principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande måste dock iakttas. Kontrakt som grundar sig på ramavtal ska innehålla antidiskrimineringsvillkor, om dessa kontrakt ingås av de myndigheter som omfattas av antidiskrimine-

ringsförordningen och om förutsättningarna enligt 4 § i förordningen i övrigt är uppfyllda. Oavsett vilken ramavtalsform enligt 5 kap. LOU som tillämpas finns det inga hinder mot att till exempel den myndighet som ingått ramavtalet sköter de praktiska uppföljningsfrågorna och bevakar att villkoren följs för de avropande myndigheternas räkning.

Underleverantörer

9. Myndigheten kan föreskriva att en huvudleverantör ska svara för att en underleverantör följer antidiskrimineringsvillkoren, om underleverantören i Sverige kommer att utföra en väsentlig del av den verksamhet som upphandlingskontraktet avser och om huvudleverantören har möjlighet att införa motsvarande villkor i sitt avtal med underleverantören. Myndigheten bör i villkoren precisera vad som ska vara en väsentlig del.

Kommentarer

Det är endast huvudleverantören som står i en avtalsrelation med underleverantörerna. En myndighet som vill utsträcka antidiskrimineringsvillkoren till att även omfatta underleverantörer, bör genom avtal ålägga huvudleverantören att svara för att dennes underleverantörer följer villkoren. Om underleverantören bryter mot antidiskrimineringsvillkoren, innebär det att huvudleverantören har brutit mot sitt avtal med myndigheten. Den sanktion som är kopplad till villkoret i avtalet med myndigheten får därför huvudleverantören svara för. En huvudleverantör som har infört samma antidiskrimineringsvillkor i sina underleverantörsavtal kan normalt få ersättning från den underleverantör som brutit mot villkoren. Utan stöd i avtal torde dock huvudleverantören ha svårt att få någon ersättning från denne underleverantör.

I detta allmänna råd uppställs tre rekvisit som anger när villkoret bör kunna användas. Alla tre rekvisit bör vara uppfyllda.

För det första får villkoren endast omfatta en underleverantör som utför den verksamhet som uppdraget avser i Sverige och som omfattas av svensk materiell rätt. Det är inte förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna att villkoren medför någon direkt eller indirekt diskriminering mot underleverantörer verksamma i annat medlemsland. *För det andra* bör underleverantören utföra en väsentlig del av det uppdrag som upphandlingskontraktet avser. Det bör normalt vara fallet om uppdraget utgör en procentuellt stor andel av kontraktsvärdet. Det skulle dock även kunna utgöra en särskilt viktig komponent i upphandlingskontraktet. Frågan får avgöras från fall till fall i den enskilda upphandlingssituationen. Under inga förhållanden bör dock villkoret ställas upp om underleverantören endast

tillhandahåller en mindre del av det totala upphandlingskontraktet. För det tredje krävs det att huvudleverantören har faktisk möjlighet att införa motsvarande antidiskrimineringsvillkor i avtalet med den aktuella underleverantören. Möjligheterna för en huvudleverantör att kunna införa dessa villkor hos sina befintliga externa underleverantörer torde variera från bransch till bransch. Om branschpraxis ger stöd för att huvudleverantören har denna möjlighet bör villkoret kunna ställas upp. Går detta inte att klarlägga kan villkoret icke omfatta leverantörens befintliga externa underleverantörer. Det skulle i detta fall vara oproportionerligt betungande för huvudleverantören att åläggas att svara för dessa underleverantörer.

10. När en myndighet har ålagt en huvudleverantör att svara för att underleverantör följer antidiskrimineringsvillkoren, bör myndigheten även ställa upp villkor med innebörden att huvudleverantören ska svara för att myndigheten erhåller den information angående underleverantören som avses i allmänt råd 8.

Kommentarer

När en myndighet genom sin huvudleverantör utsträckt antidiskrimineringsvillkoren till att omfatta en underleverantör, bör den även kunna följa upp efterlevnaden av villkoren i den delen. Det måste ske genom huvudleverantören, eftersom endast denne är kontraktspart. I allmänt råd 19 anges att den information som bör begäras in bör vara densamma som gäller för huvudleverantören enligt allmänt råd 15 - 18.

Sanktioner

11. Antidiskrimineringsvillkoren bör normalt förenas med avtalsvite. Sanktioner som innebär hävning eller förtida avveckling av avtalet bör användas med försiktighet.

Kommentarer

Villkoren ska enligt 5 § andra stycket förenas med någon sanktion. Ett grundläggande krav är att sanktionerna är proportionerliga till det som upphandlingskontraktet och villkoret avser samt kontraktets värde, avtalstidens längd och övriga relevanta omständigheter. Sanktionerna bör samtidigt vara tillräckligt avskräckande för att kunna fungera effektivt.

⁷ Jfr Stefan Lindskog, Kvittning, andra upplagan, s. 82 ff.

⁸ Jfr regeringsbeslut 2006-04-06 Fi2005/37 m.fl., s. 4, angående uppdraget att ta fram dessa allmänna råd.

Avtalsvite innebär att en penningsumma i förväg fixerats genom avtal att erläggas som särskild påföljd om viss förpliktelse åsidosätts. När avtalsvite ska utgå är det lämpligt att myndigheten undersöker möjligheterna till kvittning, det vill säga att avräkna det till betalning förfallna beloppet mot den fordran som leverantören har mot myndigheten.⁷

Hävning, som innebär omedelbar avveckling av avtalet, är en ingripande påföljd som tar sikte på fel i den avtalade prestationen. Villkor som uppställer den påföljden bör användas med försiktighet. Det kan annars ifrågasättas om påföljden står i proportion till det som upphandlats. Det är också att beakta att myndigheten, om avtalet hävs, har att genomföra en ny upphandling för att byta leverantör och att myndigheten följaktligen står utan leverantör fram till dess att ett nytt upphandlingskontrakt kan börja tillämpas.⁸ Ett alternativ till hävning kan vara en sanktion med innebörden att myndigheten vid leverantörens avtalsbrott har rätt att säga upp avtalet till förtida avveckling med en i villkoren föreskriven uppsägningstid. Sanktionen medför att myndigheten får möjlighet att under denna uppsägningstid upphandla en ny leverantör. En sanktion om förtida avveckling av avtalet är dock endast ändamålsenlig vid längre avtalsperioder och kommer under alla förhållanden att mista sin betydelse vid slutet av denna avtalsperiod.

12. Vid avtalsbrott mot de uppställda villkoren som innebär att

- a) leverantören underlåtit att helt eller delvis i rätt tid ge in de handlingar eller uppgifter som har angetts eller begärts av myndigheten och som är nödvändiga för att kunna följa upp villkoren, eller
- b) leverantören inte fullgjort sina skyldigheter avseende aktiva åtgärder enligt någon bestämmelse i diskrimineringslagen,

bör avtalsvite utgå med ett i villkoren angivet skäligt belopp per varje kalendervecka som påbörjas från det att sju dagar förflutit sedan leverantören mottog myndighetens underrättelse om överträdelsen till det att leverantören vidtagit rättelse.

Kommentarer

Gemensamt för dessa avtalsbrott är att leverantören kan avhjälpa överträdelserna. Avtalsvitet kan i dessa fall ha en påtryckningsfunktion. Med ett tillräckligt kännbart avtalsvite som utgår löpande till dess att rättelse skett kan myndigheten framtvunga att leverantören fullgör sina skyldigheter. Därmed uppnås villkorens ändamål att motverka diskriminering hos leverantören.

Beträffande a) bör det normalt inte finnas några svårigheter för myndigheten att visa avtalsbrott om det angetts i villkoren vilka handlingar och uppgifter som ska ges in och när dessa senast ska vara inkomna till myndigheten. Om myndigheten däremot infordrat handlingarna på särskild begäran kan det bli nödvändigt att utreda förutsättningarna för att utkräva avtalsvite.

När det gäller b) bör avtalsbrott kunna visas om leverantören inte upprättat sådana handlingar och uppgifter som sägs i allmänt råd 16 trots att leverantören enligt lag är skyldig att göra det.⁹

I allmänt råd 11 anges under vilka förutsättningar andra sanktioner kan tillämpas.

13. Vid avtalsbrott mot de uppställda villkoren som innebär att leverantören, eller anställd som denne svarar för enligt allmänt råd 6, enligt lagakraftvunnen dom brutit mot ett förbud mot diskriminering enligt diskrimineringslagen, bör avtalsvite utgå med ett kännbart engångsbelopp, som står i proportion till det totala kontraktsvärdet.

Kommentarer

Detta allmänna råd tar sikte på den andra typ av avtalsbrott som kan uppträda, nämligen överträdelser mot förbud mot diskriminering enligt diskrimineringslagen. Avtalsbrottet avser konstaterade överträdelser. Avtalsvitet kan inte anses ha någon påtryckningsfunktion utan bör istället utgå med ett kännbart engångsbelopp. Som framgår av allmänt råd 1 kan antidiskrimineringsvillkoren även avse straffbestämmelsen olaga diskriminering enligt 16 kap. 9 § brottsbalken samt bestämmelserna om förbud mot missgynnande behandling enligt 16 § föräldraledighetslagen.

För att avtalsvitet ska kunna komma ifråga i dessa fall måste det föreligga en lagakraftvunnen dom. Avtalsbrottet måste avse utförandet av kontraktet. Både gärningen och den lagakraftvunna domen ska ha skett inom avtalstiden. I allmänt råd 6 behandlas frågan om leverantörens ansvar i avtalsförhållandet för sina anställda i tjänsten.

I allmänt råd 11 anges under vilka förutsättningar andra sanktioner kan tillämpas.

⁹ Enligt 5 § lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare är inte en utländsk leverantör skyldig att följa dessa svenska regler om aktiva åtgärder när denne utstationerat arbetstagare i Sverige i samband med att denne tillhandahåller tjänster över gränserna. I detta fall ska alltså inte avtalsvite eller annan sanktion utgå. Inte heller ska avtalsvite utgå när en arbetsgivare som hade färre än 25 anställda vid senaste kalenderårsskiftet inte upprättat en jämställdhetsplan.

14. Vid avtalsbrott mot ett uppställt villkor, som innebär att leverantören i en sanningsförsäkran enligt allmänt råd 18 inte oavsiktligt förtigit att det finns en lagakraftvunnen dom enligt allmänt råd 13, bör avtalet hävas eller avvecklas efter en i villkoren föreskriven uppsägningstid.

Kommentarer

Som framgår av allmänt råd 18 är myndigheten hänvisad till att kontrollera huruvida det finns en lagakraftvunnen dom avseende leverantören genom att begära in en sanningsförsäkran. Det är nödvändigt att en sanningsförsäkran förenas med en kraftfull och avskräckande sanktion. Om en leverantör avsiktligt vilseleder myndigheten i en sanningsförsäkran har denne förbrukat sitt förtroende. I dessa fall och om det i övrigt inte innebär beaktansvärd skada för myndigheten bör avtalet avvecklas i förtid efter en tillräckligt lång uppsägningstid som medger att myndigheten kan genomföra en ny upphandling avseende det som leverantören tillhandahållit. Eftersom denna sanktion förlorar sin betydelse vid slutet av avtalstiden, är det lämpligt att utforma villkoret på så sätt att myndigheten alternativt kan tillgripa sanktionen hävning. Det är viktigt att myndigheten noga utreder att den kan styrka avtalsbrottet innan den tillgriper denna sanktion mot en leverantör. En felaktig uppsägning kan medföra att myndigheten blir skadeståndsskyldig och måste erlagga det positiva kontraktsintresset, det vill säga förlorad vinst under den återstående ursprungliga avtalstiden, till leverantören.

Uppföljning av aktiva åtgärder

*6§ antidiskrimineringsförordningen
 En myndighet skall under avtalstiden kontrollera att leverantören uppfyller villkor enligt 4 §. Uppföljning skall göras minst en gång per år eller, vid kortare avtal än ett år, minst en gång under avtalstiden.*

15. Myndigheten bör följa upp leverantörens aktiva åtgärder enligt diskrimineringslagen genom att från denne inhämta de handlingar och uppgifter samt göra den kontroll av dessa som framgår enligt nedan.

Handling/uppgift	Kontroll
Jämställdhetsplan enligt 3 kap. 13 § diskrimineringslagen, alternativt uppgift om antalet sysselsatta vid senaste årsskiftet till styrkande av att planen inte behöver upprättas.	<ul style="list-style-type: none"> • att det finns en jämställdhetsplan • att den är aktuell, det vill säga upprättad eller uppdaterad inom den senaste treårsperioden • att den upprättats i samverkan med representanter för arbetstagnarna • att arbetsgivare som inte gett in planen sysselsatte fler än 24 anställda vid senaste kalenderårsskiftet.
Redovisning av aktiva åtgärder enligt 3 kap. 3-9 §§ diskrimineringslagen	<ul style="list-style-type: none"> • att det finns ett dokumenterat arbete mot diskriminering på grund av kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning • att arbetet har skett i samverkan med representanter för arbetstagnarna • att arbetet innehåller några åtgärder under respektive område, det vill säga arbetsförhållanden, trakasserier och rekrytering.

Kommentarer

I detta allmänna råd anges den återkommande kontroll avseende leverantörens aktiva åtgärder som en myndighet alltid bör göra. Myndigheterna har ett ansvar för att uppföljningar verkligen sker. Om antidiskrimineringsvillkoren inte följs upp finns det en risk att de snart skulle förlora trovärdighet. Det skulle i sin tur medföra att förordningens syfte att motverka diskriminering går förlorad.

Diskrimineringslagen innehåller regler om aktiva åtgärder för att uppnå lika rättigheter och möjligheter i arbetslivet oavsett kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning. Arbetsgivare och arbetstagare ska samverka för att dessa frågor drivs aktivt på arbetsplatserna (3 kap. 1 §)¹⁰, vilket innebär att arbetsgivare och fackliga organisationer ska arbeta gemensamt i en dialog.¹¹ Arbetsgivaren är skyldig att bedriva ett målinriktat arbete med de aktiva åtgärderna (3 kap. 3 §), och på eget initiativ främja lika rättigheter och möjligheter på arbetsplatsen. Denna skyldighet omfattar alla arbetsgivare, och arbetet ska ske planmässigt.¹² Exempelvis ska arbetsgivaren anta en policy som slår fast att inga former av sexuella trakasserier, trakasserier eller repressalier tolereras på arbetsplatsen, samt en beredskapsplan för hur sådana ska hanteras.¹³

Arbetsgivarens skyldighet att bedriva ett arbete för att aktivt främja lika rättigheter och möjligheter tar sikte på arbetsförhållanden (3 kap. 4 §), förvärvsarbete/föräldraskap (3 kap. 5 §), trakasserier eller repressalier som har samband med kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning samt sexuella trakasserier (3 kap. 6 §) och rekrytering (3 kap. 7-9 §§).

Reglerna om aktiva åtgärder innebär även ett krav på att arbetsgivare med fler än 24 anställda ska upprätta en jämställdhetsplan (3 kap. 13 §). Planen ska upprättas vart tredje år och innehålla en översikt över de åtgärder som enligt 3 kap. 4-9 §§ diskrimineringslagen behövs på arbetsplatsen, samt en redogörelse av vilka av dessa åtgärder som arbetsgivaren planerar att genomföra under de kommande åren. Enligt 3 kap. 10 § diskrimineringslagen ska arbetsgivaren också årligen kartlägga och analysera bestämmelser och praxis om löner och andra anställningsvillkor samt löneskillnader mellan kvinnor och män i lika eller likvärdigt arbete. Syftet med bestämmelsen är att arbetsgivaren ska kunna upptäcka och åtgärda löneskillnader som har samband med kön. Resultatet av kartläggningen och analysen ska vart tredje år redovisas i en handlingsplan för jämställda löner (3 kap. 11 §). Handlingsplanen ska också ange vilka lönejusteringar eller andra åtgärder som behöver vidtas. En översikt över handlingsplanen för jämställda löner ska ingå i arbetsgivarens jämställdhetsplan. Jämställdhetsplanen ska dessutom innehålla en redovisning av hur åtgärderna i föregående års plan genomförts. Den arbetsgivare som inte fullgör sina skyldigheter ifråga om de aktiva åtgärderna kan komma att föreläggas med vite (4 kap. 5 §).

¹⁰ Prop. 2007/08:95 s. 324.

¹¹ Prop. 2007/08:95 s. 533.

¹² Prop. 2007/08:95 s. 535.

¹³ Prop. 2007/08:95 s. 537.

En leverantör som är etablerad i annat land än Sverige och som utstationerar arbetstagare här i landet i samband med att leverantören tillhandahåller tjänster över gränserna är inte skyldig att ha en jämställdhetsplan enligt 3 kap. 13 § diskrimineringslagen. Leverantören är inte heller skyldig att genomföra aktiva åtgärder enligt 3 kap. 3-9 §§ diskrimineringslagen.¹⁴

16. Om leverantören är en utbildningsanordnare som omfattas av diskrimineringslagens 3 kap. 14 § bör handlingarna och uppgifterna samt kontrollen enligt allmänt råd 15 även omfatta följande.

Handling/uppgift	Kontroll
Likabehandlingsplan enligt 3 kap. 16 § diskrimineringslagen.	<ul style="list-style-type: none"> • att det finns en likabehandlingsplan • att den är upprättad/uppdaterad senast föregående kalenderår.

Kommentarer

Diskrimineringslagen innehåller bestämmelser om aktiva åtgärder på utbildningsområdet. En utbildningsanordnare¹⁵ ska inom ramen för sin verksamhet aktivt främja lika rättigheter och möjligheter för de barn, elever eller studenter som deltar i eller ansöker till verksamheten, oavsett kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder eller sexuell läggning (3 kap. 14 §). En utbildningsanordnare är enligt 3 kap. 15 § skyldig att vidta åtgärder för att förebygga och förhindra att den som deltar i eller söker till verksamheten utsätts för sexuella trakasserier eller trakasserier. Detta innebär konkreta åtgärder såsom att i en policy klart slå fast att inga former av trakasserier tolereras på skolan och att upprätta en beredskapsplan för hur eventuella trakasserier ska hanteras.¹⁶

En utbildningsanordnare ska årligen upprätta en likabehandlingsplan, innehållande en översikt över de åtgärder som behövs och som denne avser påbörja eller genomföra under året (3 kap. 16 §). En redogörelse av hur de planerade åtgärderna har genomförts ska tas in i efterföljande års plan. Den utbildningsanordnare som inte fullgör sina skyldigheter angående de aktiva åtgärderna kan komma att föreläggas med vite (4 kap. 5 §).

¹⁴ 5 § lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

¹⁵ Bedriver utbildning eller annan verksamhet enligt skollagen (1985:1100), utbildning enligt högskolelagen (1992:1434) eller utbildning som kan leda fram till examen enligt lagen (1993:792) om tillstånd att utfärda vissa examina, se 3 kap 14 § diskrimineringslagen.

¹⁶ Prop. 2007/08:95 s. 543

17. Myndigheternas kontroll avseende aktiva åtgärder bör begränsas till de uppenbara fel som angetts ovan i allmänt råd 15 och 16.

Kommentarer

Myndigheternas kontroll avseende aktiva åtgärder bör kunna ske smidigt och bör inte förväxlas med den mer detaljerade tillsyn som Diskrimineringsombudsmannen utövar.

Uppföljning av förbud mot diskriminering

18. Myndigheten bör följa upp huruvida leverantören överträtt något förbud enligt diskrimineringslagen genom att inhämta de uppgifter och göra den kontroll som framgår nedan.

Handling/uppgift	Kontroll
Sanningsförsäkran som anger om leverantören eller anställd som leverantören svarar för i tjänsten, enligt lagakraftvunnen dom brutit mot ett förbud mot diskriminering enligt diskrimineringslagen	<ul style="list-style-type: none"> • att sanningsförsäkran finns • att den inte innehåller uppgift om någon överträdelse • att uppgiften är korrekt genom kontroll eller stickprovskontroll med berörd tingsrätt.

Kommentarer

Det är viktigt att myndigheten i vart fall gör stickprovskontroller med berörd tingsrätt. Normalt bör kontrollen kunna begränsas till den tingsrätt inom vars domkrets leverantören har sitt säte.

Om antidiskrimineringsvillkoren enligt allmänt råd 1 även omfattar olaga diskriminering enligt 16 kap. 9 § brottsbalken eller bestämmelserna om förbud mot missgynnande behandling enligt 16 § föräldraledighetslagen, bör sanningsförsäkran och kontrollen även avse dessa bestämmelser.

Uppföljning av underleverantörer

19. Om antidiskrimineringsvillkoren även omfattar underleverantörer bör myndighetens kontroll av dessa ske på samma sätt som beträffande leverantören.

Kommentarer

Kontrollen avseende en underleverantör bör ske på samma sätt som gäller för leverantörer enligt allmänt råd 15 – 18.

Detta allmänna råd ersätter Konkurrensverkets allmänna råd (KKVFS 2008:1) för tillämpning av förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt.

DAN SJÖBLOM

Charlotte Zackari
(Juridiska avdelningen)

*Bilaga 1***Förslag till antidiskrimineringsklausul**

§ 1 Leverantören förbinder sig att vid utförande av tjänste- eller byggtrenadkontraktet i Sverige följa diskrimineringslagen (2008:564).

§ 2 Om inte annat uttryckligen angetts ska förbindelsen enligt § 1 inte omfatta den del av tjänste- eller byggtrenadkontraktet som avser varor.

§ 3 Leverantören ska senast den _____ varje år med början 20__ till myndigheten inkomma med följande uppgifter och handlingar som följer av leverantörens förbindelse enligt § 1:

- a) Jämställdhetsplan enligt 3 kap. 13 § diskrimineringslagen, alternativt uppgift om antalet sysselsatta vid senaste årsskiftet till styrkande av att planen inte behöver upprättas.
- b) Dokumenterat arbete mot diskriminering på grund av kön, etnisk tillhörighet eller annan trosuppfattning enligt 3 kap. 3 – 9 §§ diskrimineringslagen.
- c) Sanningsförsäkran som anger om leverantören eller anställd som leverantören svarar för, vid utförandet av kontraktet, enligt lagakraftvunnen dom brutit mot ett förbud mot diskriminering enligt diskrimineringslagen.

Leverantören är dessutom skyldig att på myndighetens begäran inkomma med den ytterligare information som är nödvändig för att följa upp leverantörens verksamhet enligt § 1. Informationen ska redovisas till myndigheten senast en (1) vecka efter begäran därom såvida inte längre tid överenskommit i det enskilda fallet.

§ 4 Om leverantören inte inom föreskriven tid lämnar sådan information som denne är skyldig att förete enligt § 3 eller om leverantören vid utförandet av kontraktet inte uppfyllt sina skyldigheter avseende aktiva åtgärder enligt diskrimineringslagen, ska avtalsvite utgå till myndigheten med _____ kronor per varje kalendervecka som påbörjas från det att sju dagar förflutit sedan leverantören mottog myndighetens underrättelse angående detta avtalsbrott till det att rättelse vidtagits.

§ 5 Om leverantören eller anställd som leverantören svarar för, vid utförandet av kontraktet, enligt lagakraftvunnen dom brutit ett förbud mot diskriminering enligt diskrimineringslagen, ska avtalsvite utgå till myndigheten för varje överträdelse med _____ kronor.

§ 6 Om leverantören i en sanningsförsäkran enligt § 3 inte oavsiktligt förtigit en lagakraftvunnen dom enligt § 5, har myndigheten dessutom rätt att häva kontraktet eller att säga upp kontraktet att upphöra efter _____ månaders uppsägningstid. Uppsägningstiden börjar löpa när leverantören mottog myndighetens uppsägning.

§ 7 Leverantören ska ålägga underleverantör den skyldighet som anges i §§ 1 – 6, under förutsättning att underleverantören i Sverige kommer att utföra en väsentlig del av upphandlingskontraktet. Underleverantören ska anses utföra en väsentlig del av kontraktet om delen, exklusive varor, utgör minst _____ procent av det totala kontraktsvärdet.¹

§ 8 Förpliktelsen enligt § 7 gäller endast i den utsträckning som leverantören enligt branschpraxis eller av annan anledning har faktisk möjlighet att införa dessa skyldigheter i sitt avtal med underleverantören.

§ 9 Denna antidiskrimineringsklausul ska tolkas och tillämpas i enlighet med Konkurrensverkets allmänna råd (KKVFS 2010:2) för tillämpningen av förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt.

¹ Anpassning av § 7 bör göras om myndigheten funnit att underleverantör som utför en särskilt viktig komponent i upphandlingskontraktet ska omfattas, jfr allmänna råd 10.

Bilaga 2

Förslag till sanningsförsäkran

Leverantör	företag	organisationsnummer
	adress	telefonnummer
	postadress	e-post
Kontrakt	kontrakt som försäkran avser	
	upphandlande myndighet som denna försäkran riktar sig till	
Försäkran	<p>Denna försäkran avser diskrimineringslagen (2008:564):</p> <p><input type="checkbox"/> Härmed försäkras att leverantören, eller anställd som leverantören svarar för, <i>inte enligt en dom</i> i tjänsten brutit mot ett förbud mot diskriminering enligt diskrimineringslagen (2008:564). Försäkran avser den senaste tolv månaders perioden räknat från den dag då denna försäkran avsändes, dock tidigast från det att kontraktet trädde i kraft.</p> <p><input type="checkbox"/> Leverantören eller anställd som leverantören svarar för, har enligt en dom i tjänsten brutit mot något av dessa förbud under kontraktstiden. Ni ska besvara följande fråga:</p> <p>Har domen vunnit laga kraft?</p> <p><input type="checkbox"/> NEJ, domen har överklagats, överrättens mål nr _____.</p> <p><input type="checkbox"/> JA, domen ska bifogas, bilaga _____. Ni ska även besvara följande fråga:</p> <p>Har den lagakraftvunna domen enligt er uppfattning samband med kontraktets utförande?</p> <p><input type="checkbox"/> NEJ, skriftlig motivering ska bifogas, bilaga _____.</p> <p><input type="checkbox"/> JA</p> <p>Denna sanningsförsäkran ska tolkas och tillämpas i enlighet med Konkurrensverkets allmänna råd (KKVFS 2010:2) för tillämpningen av förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt.</p>	
Underleverantör	Om underleverantör omfattas av antidiskrimineringsvillkoren ska dennes sanningsförsäkran bifogas, bilaga _____.	
Försäkran om behörighet	Jag/vi försäkras genom min/vår namnunderskrift här nedan att jag/vi är behörig/behöriga att med bindande verkan för leverantören lämna denna sanningsförsäkran.	
Underskrift	Ort	Datum
	Namnteckning	
	Namnförtydligande/befattning	

Bilaga 3

**Förteckning över myndigheter som omfattas
av förordningen**

Arbetsförmedlingen
Domstolsverket
Ekonomistyrningsverket
Fortifikationsverket
Försvarets materielverk
Försvarsmakten
Försäkringskassan
Göteborgs universitet
Karolinska institutet
Kriminalvården
Kungl. Tekniska Högskolan
Lantmäteriet
Luftfartsverket
Lunds universitet
Migrationsverket
Naturvårdsverket
Regeringskansliet
Riksgäldskontoret
Rikspolisstyrelsen
Sjöfartsverket
Skatteverket
Statens fastighetsverk
Statskontoret
Sveriges lantbruksuniversitet
Trafikverket
Umeå universitet
Uppsala universitet
Verket för förvaltningsutveckling
Verket för högskoleservice

