



Juridisk analys för möjligheten till en etisk upphandlings- policy (EUP) i Malmö stad

rättvisa malmö

rattvisamalmo.se



Innehållsförteckning

1	INTRODUKTION	3
2	MÄNSKLIGA RÄTTIGHETER OCH INTERNATIONELL RÄTT	5
3	ALLMÄNNA PRINCIPER FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING	12
	Vad säger EU-rätten?	14
4	UTESLUTNING AV LEVERANTÖRER SOM ÅSIDOSATT MILJÖ-, SOCIAL- ELLER ARBETSRÄTTSLIGA SKYLDIGHETER	16
	Vad säger svensk rätt?	17
	Vad innebär det?	18
	Varför är detta viktigt?	21
	Vad säger EU-direktivet 2014/24?	22
	Vad säger EU-praxis?	25
5	UTESLUTNING AV LEVERANTÖRER SOM GJORT SIG SKYLDIGA TILL ALLVARLIGT FEL I YRKESUTÖVNINGEN	27
	Uteslutning pga fel i yrkesutövningen	28
	Vad säger svensk rätt?	32
	Vad säger domstolarna?	34
6	SAMMANFATTNING	35



1. Introduction



Offentlig upphandling utgör cirka 18 procent av Sverige BNP. Det innebär att offentliga medel i stor utsträckning kan påverka marknaden och företagens utbud av varor och tjänster. Oftast pratar man om offentlig upphandling som en begränsning som krånglar till offentliga inköp och hindrar kommuner att vara både ekonomiska och etiska. Men lagen om offentlig upphandling är inte så begränsande som den verkar. Att svensk offentlig upphandling omsätter över 1 000 miljarder kronor årligen innebär också att svenska kommuner och myndigheter kan använda denna resurs till att styra marknad och företag i den riktning som vi skattebetalare önskar.

“ **Med upphandling kan vi styra marknad och företag att agera så som vi skattebetalare vill.** ”

Detta dokument syftar till att på ett enkelt och tydligt sätt förklara vad Rättvisa Malmö vill, vilka juridiska ramverk som gäller och hur vi bedömer att en etisk upphandlingspolicy kan realiseras, i Malmö och andra kommuner.



2. Mänskliga rättigheter och internationell rätt



Rättvisa Malmö är en kampanj som kämpar för att förbättra stadens skydd och efterlevnad av mänskliga rättigheter. Mänskliga rättigheter är en bred benämning på rättigheter med syfte att vara universella och tillfalla alla människor oavsett bakgrund. En viktig del av mänskliga rättigheter är att de ska vara okränkbara och att de grundar sig på idén om alla människors lika värde. Enkelt uttryckt brukar man tala om att "mänskliga rättigheter ska gälla för alla" och att stater har en skyldighet att skydda dessa.

“Rättvisa Malmö kämpar för att förbättra stadens skydd och efterlevnad av mänskliga rättigheter.”

Vad som rent konkret anses utgöra mänskliga rättigheter framgår i olika rättskällor såsom svenska lagar, internationella konventioner och EU-rätten. Inom svensk lagstiftning finns invånarnas fri- och rättigheter skyddade i vår grundlag i 2 kap. Regeringsformen. Dessa inkluderar bland annat våra opinionsfriheter såsom yttrandefriheten och mötesfriheten.



I 2 kap. 19 § Regeringsformen fastställs även att svensk lagstiftning inte får stå i strid med den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (EKMR). I praktiken innebär detta att EKMR har ett särskilt

starkt skydd i svensk rätt genom vår grundlag. Alla EU-länder har skrivit under EKMR, vilken ska garantera ett ytterligare skydd för de grundläggande rättigheter och friheter som nämns i konventionen. EKMR skyddar bland annat rätten till liv (artikel 2), rätten till frihet och säkerhet (artikel 3) och rätten till skydd för privat- och familjeliv (artikel 8).

Svensk lagstiftning får inte stå i strid med den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (EKMR).



På ett internationellt plan är "FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna" en viktig rättskälla med syfte att utgöra grunden för "ett moraliskt ställningstagande av världssamfundet" och är godkänd av nästan alla stater i världen. FN:s allmänna förklaring om de mänskliga

rättigheterna är inte juridiskt bindande, men däremot finns det en del närbesläktade regler inom internationell rätt som alla stater måste följa. Man kallar dessa regler för tvingande och obligatorisk rätt (jus cogens) just därför att de under inga omständigheter får åsidosättas av stater¹. Dessa innefattar bland annat:

Mänskliga rättigheter är ett moraliskt ställningstagande. Viss internationell rätt är obligatorisk (jus cogens)

- Förbudet av brott mot mänskligheten
- Förbudet av krigsförbrytelser
- Förbudet av folkmord
- Alla folks rätt till självbestämmande
- Förbudet av tortyr
- Förbudet av slaveri

¹ Wienkonventionen, Artikel 53. Artikel 53 stadgar att stater inte kan anta konventioner som står i strid med jus cogens normer. I praktiken innebär det att stater inte kan "undgå" dessa tvingande regler genom att avtala bort dem.



När allvarliga brott mot folkrättens tvingande normer (jus cogens) konstateras kan offentlig neutralitet inte innebära ekonomisk medverkan. Malmö stad bör därför säkerställa att kommunens investeringar, upphandlingar och samarbeten inte bidrar till eller legitimerar verksamheter som är kopplade till folkrättsbrott, folkmord eller illegal ockupation.

Som medlemsstat i Europeiska Unionen (EU) är Sverige även bunden av de människorättsregler som framgår av EU-rätten. Grundpelarna i EU-rätten består av: EU-fördraget (FEU), Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan). Dessa rättskällor fastställer EU:s styrning och funktion, vilka rättigheter unionens invånare har, samt vilka grundläggande principer som genomsyrar EU som politisk och ekonomisk union.

I Artikel 2 i FEU framgår att:

Unionen ska bygga på värdena respekt för människans värdighet, frihet, demokrati, jämlikhet och respekt för de mänskliga rättigheterna (...).

Artikel 2 i FEU bekräftar att EU:s grundpelare utgörs av respekt för de mänskliga rättigheterna.



Detta framgår även av EU:s fastställda mål i Artikel 3 punkt 1 och 5 i FEU:

1. Unionen ska ha som mål att främja freden, sina värden och folkens välfärd.

5. I sina förbindelser med den övriga världen ska unionen bekräfta och främja sina värderingar och intressen (...) den ska bidra till fred (...) utrotning av fattigdomen och skydd för de mänskliga rättigheterna (..) samt till strikt efterlevnad och utveckling av internationell rätt, inklusive respekt för principerna i Förenta Nationernas stadga.

Baserat på de nämnda artiklarna framgår att främjandet av de mänskliga rättigheterna utgör fundamentala värden för EU.

Ännu viktigare är att detta åtagandet också sträcker sig utöver unionens gränser och även innefattar de förbindelser som EU har med den övriga världen. Som tydligt framgår i unionens grundläggande

rättskällor är respekt för mänskliga rättigheter och strikt efterlevnad av internationell rätt skyldigheter som EU måste leva upp till i sina relationer med resten av världen.

Främjandet av mänskliga rättigheter utgör fundamentala värden för EU. Det är ett åtagande som även omfattar de förbindelser EU har med övriga världen.



**En etisk
upphandlings-
policy möjliggör ett
bättre skydd för
mänskliga
rättigheter och går
i linje med EU-
rätten.**



Vi anser därför att införandet av Rättvisa Malmös krav om en Etisk upphandlingspolicy skulle möjliggöra ett bättre skydd för de mänskliga rättigheterna. Vi anser också att en Etisk upphandlingspolicy går i linje med EU-rätten och möjliggör upprätthållandet av unionens fundamentala värden som uttalad människorättsskyddare.



3. Allmänna principer för offentlig upphandling

3. Allmänna principer för offentlig upphandling



Offentlig upphandling regleras både i EU-rätten och i svensk lagstiftning, där EU-rätten företräder svenska lag. Det finns vissa allmänna principer som utgör grundläggande principer för offentlig upphandling och dessa måste upphandlande myndigheter förhålla sig till. Dessa grundläggande principer och förhållandet mellan EU-rätt och svensk lagstiftning beskrivs nedan. Därutöver finns det givetvis mer specifik lagstiftning för hur upphandlingar ska gå till, vilka inkluderas löpande i analysen.

“**Offentlig upphandling regleras i EU-rätten och i svensk lagstiftning.**



3.1 Vad säger EU-rätten?



EU-rätten företräder svensk rätt, vilket framgår av Sveriges grundlag 10 kap. 6 § Regeringsformen. En av de svenska lagar som reglerar offentlig upphandling LOU är därför utformade i enlighet med EU-rätten, genom EU-direktivet 2014/24. I direktivet framgår specifika bestämmelser på upphandlingsområdet som EU:s medlemsstater ska införliva i sin egen lagstiftning.

“**EU-rätten
företräder
svensk rätt.**”

Förutom specifika bestämmelser fastställer EU-direktivet även de allmänna rättsliga principer som ska genomsyra upphandlingsprocessen. Artikel 18.1 “Principer för upphandling” i EU-direktivet 2014/24 stadgar att upphandlande myndigheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, samt att upphandlingsprocessen ska vara öppen och proportionerlig. Att upphandlingsprocessen ska vara icke-diskriminerande innebär att leverantörer måste behandlas likvärdigt och inte får missgynnas eller favoriseras beroende på nationellt ursprung.



Vidare innebär principen om proportionalitet att de krav som den upphandlande myndigheten kan ställa på leverantören ska stå i rimlig relation till vad som upphandlas.



**Allmänna principer för
upphandling enligt
artikel 18.1 i EU-direktivet:**

- **Likvärdighet**
- **Icke-diskriminerande**
- **Öppenhet**
- **Proportionalitet**





4. Uteslutning av leverantörer som åsidosatt miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter

I följande text presenteras svensk och europeisk lag gällande offentlig upphandling. Fokus är på leverantörers sociala skyldigheter och uteslutning med hänsyn till bristande uppfyllelse av dessa.

4.1 Vad säger svensk rätt?



Den svenska lagen om offentlig upphandling (framöver LOU) har en lång historia, men finns i sin nuvarande form sedan år 2017, med vissa ändringar som genomfördes 2022. Den nya lagen togs fram efter EU-direktivet 2014/24. I propositionen² till den nya LOU står det att:

Bestämmelsen infördes eftersom det ansågs finnas starka skäl att skapa incitament för upphandlande myndigheter och enheter som ännu inte prövat möjligheten att integrera miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar. Detta mot bakgrund av den ökade betoningen av miljöaspekter och sociala aspekter i unionsrätten och Sveriges inställning i dessa frågor.

Prop. 2015:16/195 s. 428

Ett syfte med direktivet och lagstiftningen var alltså att ge myndigheter en större möjlighet att ställa krav i upphandlingen som går i linje med annan lagstiftning och målsättning inom EU och i Sverige.



Denna möjlighet har skrivits in i 4 Kap. 3 § LOU där det står att:

En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

4.1.1 Vad innebär det?

Den upphandlande myndigheten är den offentliga myndighet² som ska köpa in en viss vara eller tjänst som omfattas av LOU. Att en myndighet bör beakta dessa frågor är inte tvingande i svensk lagstiftning, men myndigheter uppmanas att göra det. Myndigheter kan till exempel ta hänsyn till utsläpp av miljögifter vid produktion av en viss vara som myndigheten behöver köpa in³.

2 Exempelvis en kommun, statlig myndighet, nämnd eller region

3 Exempelvis: Om kommunen behöver köpa in arbetskläder så kan de ställa krav på att kläderna ska vara producerade av ekologisk bomull. Kommunen är inte automatiskt skyldig att köpa de billigaste kläderna, utan kan ställa krav som tar hänsyn till miljö, även om det i viss utsträckning ökar kostnaden för varan.



För att kunna ställa dessa krav måste kraven vara proportionerliga med hänsyn till den vara/tjänst som ska köpas in⁴. Det beror på att kravet måste ha en anknytning till varan/tjänsten, som också kallas kontrakt föremålet.

“ **Myndigheter uppmanas att beakta social- och arbetsrättsliga frågor i offentlig upphandling.**



Om den som lämnar anbud i en offentlig upphandling inte lever upp till kraven behöver det såklart finnas konsekvenser. I 13 Kap. LOU regleras uteslutning av leverantörer i offentlig upphandling. Uteslutning sker innan ett företag har tilldelats ett kontrakt. I uteslutning enligt LOU finns det lagstadgade krav på uteslutning, exempelvis vid vissa fall av ekonomisk brottslighet.



Om ett företag i en offentlig upphandling inte lever upp till kraven behöver det såklart finnas konsekvenser.



4 Exempelvis: Det går att ställa krav på att de arbetskläder som köps in ska vara av ekologisk bomull, men det går inte att ställa krav på att företagets andra varor, som inte är mål för upphandlingen, också ska vara ekologiskt producerade.



Det finns också möjlighet för myndigheter att utesluta företag därför att myndigheten utifrån vissa särskilda krav ser att företaget inte är lämplig att ingå ett avtal med. I 13 Kap. 3 § 1 punkten står det att:

En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten kan visa att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.



En leverantör som inte lever upp till myndighetens krav i upphandlingen kan uteslutas från upphandlingsprocessen.



En leverantör som inte lever upp till de krav som myndigheten har ställt i upphandlingen utifrån hänsyn till dessa skyldigheter kan alltså uteslutas från upphandlingsprocessen. Det förutsätter dock att kraven har angetts i annonsen om upphandling⁵.

⁵ Se Prop. 2015:16/195 s. 428 där det står att: Av 6 kap. 13 § LOU följer att en upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor på hur ett kontrakt ska fullgöras under förutsättning att villkoren anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget.



4.1.2 Varför är detta viktigt?

En myndighet ges alltså möjlighet att ställa sociala krav i en upphandling och att därefter utesluta företag som inte lever upp till kraven i upphandlingsprocessen. Det är en dörröppnare för kommuner och regioner att styra; marknaden, företag och leverantörer, till att ta socialt ansvar i enlighet med våra gemensamma samhällliga mål. Rättvisa Malmö menar att Malmö stad borde ta denna chans och arbeta aktivt för detta. Vi vill betala skatt med gott samvete och i vetskap om att våra skattemedel inte bidrar till brott mot mänskliga rättigheter, utan leder till förbättringar i alla led.



Kommuner och regioner får styra marknaden, företag och leverantörer till att ta socialt ansvar i enlighet med våra gemensamma samhällliga mål.



4.2 Vad säger EU-direktivet⁶ 2014/24?



För att förstå vad som menas med miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter behöver man gå tillbaka till EU-direktivet där de europeiska målen med lagstiftningen framgår. I artikel 18.2 står det att:

Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X.

Att det står att "Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder" gör det tydligt att det i direktiven inte förväntas vara frivilligt för upphandlande myndigheter att ta ansvar. Att det är viktigt att myndigheten vidtar relevanta åtgärder för att säkerställa efterlevnaden av dessa skyldigheter framgår av beaktandeskäl 37 i direktivet.

⁶ Ett direktiv anger de mål som EU-länderna måste nå, men länderna får själva bestämma på vilket sätt. Det skiljer sig från en förordning som är en bindande rättsakt som alla EU-länder måste tillämpa i sin helhet så snart den träder i kraft, utan att införliva den i nationell lagstiftning.



Det finns en möjlighet enligt EU-direktivet att ställa krav på sociala skyldigheter och att utesluta leverantörer som inte lever upp till dessa



Skyldigheterna ovan måste dock vara bundna till kontraktsföremålet och får inte avse exempelvis allmänna företagspolicier⁷.

Möjligheten att utesluta en leverantör enligt LOU 13 Kap. 3 § 1 punkten är grundad i artikel 57 punkt 4a i EU-direktivet där det står att:

En upphandlande myndighet får utesluta eller kan åläggas av medlemsstaterna att utesluta en ekonomisk aktör från upphandlingsförfarandet [...] om den upphandlande myndigheten på något lämpligt sätt kan påvisa åsidosättande av de tillämpliga skyldigheter som avses i artikel 18.2.

⁷ Se beaktandeskäl 97 i EU-direktivet.



Svensk lagstiftning är alltså direkt hämtad från EU-direktivet och måste också följa dess mål och syfte.

För att veta hur EU-domstolen tolkar möjligheten att ställa krav och att utesluta företag krävs rättspraxis i EU. Det finns däremot inte många rättsfall som behandlar just krav om mänskliga rättigheter, eftersom domstolen inte getts möjlighet att pröva denna fråga. Det finns dock ett antal domar som bekräftar att det finns ett tolkningsutrymme gällande de lagrum som reglerar uteslutning av leverantörer.

4.3 Vad säger EU-praxis?



C-395/18 Tim SpA (EU-domstolen)

EU-domstolen fastslog att artikel 18.2 får tolkas till en princip som ska likställas med de principer som anges i artikel 18.1 (de allmänna principerna). Krav på att ekonomiska aktörer ska följa tillämpliga social- och arbetsrättsliga regler vid kontraktets genomförande har alltså status som en grundläggande upphandlingsprincip, likställd med t.ex. likabehandling. Domstolen godtog dessutom att en anbudsgivare kan uteslutas om en underleverantör bryter mot sådana skyldigheter, eftersom ansvaret omfattar hela leveranskedjan.

” **Att ekonomiska aktörer ska följa social- och arbetsrättsliga regler vid kontraktets genomförande är en grundläggande princip för upphandling.**





C-368/10 - Max Havelaar

Nederländerna krävde att kaffe och te skulle uppfylla fairtradekriterier (kopplade till arbetsvillkor och mänskliga rättigheter i producentländer). EU-domstolen godtog att upphandlande myndigheter får ställa sociala och etiska krav, men de får inte kräva en specifik märkning (som "Max Havelaar") och de måste formulera kraven i underliggande kriterier (t.ex. rättvisa arbetsvillkor, ingen exploatering). Även om domen kom före direktiv 2014/24, används den som stöd för att artikel 18.2 omfattar mänskliga rättigheter i globala leverantörskedjor, inte bara inom EU.

” Offentlig upphandling kan omfatta mänskliga rättigheter i globala leverantörskedjor, inte bara inom EU.

”



5. Uteslutning av leverantörer som gjort sig skyldiga till allvarligt fel i yrkesutövningen

I detta stycke för har som syfte att redogöra för uteslutningsgrunder utifrån allvarliga fel i yrkesutövningen som återfinns i svensk lagstiftning (13 kap. LOU). Den svenska lagstiftningen baseras på EU-rättsliga bestämmelser.

5.1 Uteslutning på grund av fel i yrkesutövningen



Uteslutningsgrunderna för en leverantör definieras i Artikel 57 i EU-direktivet 2014/24. Artikeln fastställer under vilka förutsättningar en leverantör får förhindras från att delta i upphandlingsprocessen. I punkt 4 c) stadgas att en leverantör kan uteslutas "Om den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt kan visa att en ekonomisk aktör har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att dennes redbarhet kan ifrågasättas". Vad som innebär med ett "allvarligt fel i yrkesutövningen" är inte självklart för folk i allmänhet och kan innefatta olika typer av handlingar. Den juridiska tolkningen av begreppet framgår när man tittar på utvecklingen av EU-rättspraxis på området.



Artikel 57 punkt 4c: En leverantör kan uteslutas "Om den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt kan visa att en ekonomisk aktör har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att dennes redbarhet kan ifrågasättas".





C-465/11

I detta målet behandlade EU-domstolen frågan om ett polskt statsägt företag hade gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Målet förklarar att ett allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar "alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende och inte endast överträdelser av i strikt mening etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör (p. 27).

Allvarligt fel i yrkesutövningen kan vara "Agerande som påverkar leverantörens professionella trovärdighet och redbarhet, utan att behöva ha koppling till den direkta yrkesutövningen".

Allvarligt fel i yrkesutövningen kan vara att ett bolag har brutit mot ungerska konkursregler.

C-470/13

Detta mål gällde ett ungerskt bolag anklagad för att ha brutit mot ungerska konkursregler, ansågs detta utgöra ett

"allvarligt fel i yrkesutövningen" med direkt hänvisning till definitionen som framgår i tidigare nämnt mål C-465/11.



C-425/18

I detta mål, gällande ett italienskt företag, fastslog domstolen att ett allvarligt fel i yrkesutövningen innefattar ageranden som inverkar på en leverantörs "integritet eller tillförlitlighet". Målet kompletterar på detta sätt annan rättspraxis genom att ytterligare specificera vad som kan skada en leverantörs trovärdighet. Ett särskilt viktigt klargörande i domen är begreppets breda tillämpning vilket betonas av att begreppet "fel i yrkesutövningen", som ska ges en bred tolkning, inte enbart kan begränsas till försumlighet och vårdslöshet i samband med fullgörandet av ett offentligt kontrakt" (p. 30).

“ **Allvarligt fel i yrkesutövningen kan vara ageranden som inverkar på en leverantörs "integritet eller tillförlitlighet"** ”



Sammanfattningsvis framgår det av EU-rättens praxis att en upphandlande myndighet har breda möjligheter att utesluta företag som begår allvarliga fel i yrkesutövningen. Enligt EU-domstolens tidigare avgörande ska denna grund tolkas brett och ska vidare innefatta alla felaktiga agerande som inverkar på en aktörs trovärdighet, professionalitet och yrkesetik. Med utgångspunkt i EU-rättens regler och tidigare domar anser vi att det finns grund för att utesluta leverantörer involverade i allvarliga människorättsbrott då detta kan anses utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen. I praktiken innebär det att en leverantörs inblandning i grova människorättskränkningar bör tolkas som en grund för uteslutning med hänvisning till uppvisade brister vad gäller trovärdighet och professionalitet. Denna juridiska tillämpning går i linje med det juridiska tolkningsutrymme som EU-domstolen fastställer och ger kommuner en möjlighet att utesluta leverantörer som är inblandade i grova människorättsbrott.

Upphandlande myndighet har breda möjligheter att utesluta företag som begår allvarliga fel i yrkesutövningen. En leverantörs inblandning i grova människorättskränkningar bör tolkas som en grund för uteslutning.



5.2 Vad säger svensk rätt?



Enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) kan en leverantör uteslutas från att delta i en kommuns inköpsprocess om leverantören inte lever upp till vissa fastställda krav och skyldigheter. Det innebär att det i svensk lagstiftning finns uteslutningsgrunder för kommunen att använda sig av om något brister hos leverantören vid en kontroll.

Enligt 13 kap. 3 § p.3 LOU kan en leverantör uteslutas om den gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen.

Uteslutningsgrunden är fakultativ vilket innebär att den är frivillig. Kommunen är därför inte tvingad till, utan kan istället välja om den vill utesluta leverantören med hänvisning till paragrafens bestämmelse. Uteslutning kräver ett fel av den typ som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas. Det rör sig framförallt om situationer där leverantören misslyckats med att följa etiska regler för leverantörens verksamhet, och situationer där leverantörens "professionalitet" och "trovärdighet" kan ifrågasättas.



Vad som ska tolkas som ett allvarligt fel i yrkesutövningen är inte alltid helt enkelt. Ett sätt att finna mer tydlighet kring definitionen är därför att vända sig till lagens förarbete för att förstå vad lagstiftarna har haft för syfte när lagen formulerats.

I regeringens

lagförslag, prop

2015/16:195, framgår att lagtexten till stor del utformats baserat på Artikel 57.4 i ett fastställt direktiv från EU som reglerar offentlig

upphandling för alla EU:s

medlemsstater. En viktig insikt

Svensk lagstiftning stadgar att ett brott inte behöver ha begåtts för att en leverantör ska kunna uteslutas för ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

är att den svenska

lagstiftningen

stadgar att ett brott inte behöver ha begåtts för att en leverantör ska kunna uteslutas för ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Det innebär att en

leverantör kan uteslutas i enlighet med 13 § p.3 LOU, utan att begränsas av de krav på brott som framgår av 13 kap. 3 § p.1 LOU.

Enligt 13 kap. 3 § p.3 LOU kan en leverantör uteslutas om den gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen – situationer där leverantörens "professionalitet" och "trovärdighet" kan ifrågasättas.

5.3 Vad säger domstolarna?



Ytterligare vägledning gällande vad som kan utgöra ett "allvarligt fel i yrkesutövningen" återfinns i svensk rättspraxis, dvs i beslut och domar från svenska domstolar. Värt att poängtera är att det inte finns rättspraxis på uteslutning av leverantörer som uppvisat kränkningar av mänskliga rättigheter. Istället får man titta på hur domstolarna har prövat vad som kan utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

Precis som för utformandet av den svenska lagstiftningen, är svenska domstolar styrda av rättspraxis på EU-nivå. **HFD 2013 ref. 61 : Högsta förvaltningsdomstolen dömde en leverantör som hade förfarit med osanna fakturor för att betala svart arbetskraft kunde uteslutas för att ha gjort sig skyldig till ett "allvarligt fel i yrkesutövningen"**

I rättsfallet HFD 2013 ref. 61 dömde Högsta förvaltningsdomstolen att en leverantör som hade förfarit med osanna fakturor för att betala svart arbetskraft kunde uteslutas för att ha gjort sig skyldig till ett "allvarligt fel i yrkesutövningen". I domen fastslogs att bevisbördan vid uteslutning ligger på den upphandlande myndigheten och det ligger därför på myndigheten att göra sannolikt att det finns anledning för uteslutning.



6.

Sammanfattning



I denna juridiska analys vill Rättvisa Malmö visa att Malmö stad har både möjlighet och ansvar att använda offentlig upphandling som ett verktyg för att stärka skyddet för mänskliga rättigheter. Offentlig upphandling omsätter årligen enorma summor i Sverige, vilket ger en betydande möjlighet att påverka företag och marknader i en mer etisk riktning. Trots att offentlig upphandling ofta framställs som begränsande menar vi att lagstiftningen faktiskt ger kommuner ett relativt stort handlingsutrymme att ställa sociala och etiska krav på leverantörer.



Rättvisa Malmö utgår från att mänskliga rättigheter är universella och okränkbara och att stater, myndigheter och offentliga institutioner har ett ansvar att skydda dem. Dessa rättigheter skyddas genom svensk grundlag, Europakonventionen, EU-rätten och internationell rätt. Särskilt viktigt är att vissa regler inom internationell rätt, så kallad tvingande rätt (*jus cogens*), aldrig får åsidosättas. Det gäller exempelvis förbud mot folkmord, krigsförbrytelser, tortyr och slaveri. När allvarliga brott mot dessa principer konstateras hos en leverantör anser vi att offentlig neutralitet inte kan innebära att kommuner samtidigt medverkar ekonomiskt till dessa företag. Malmö stad bör därför säkerställa att kommunens investeringar, upphandlingar och samarbeten inte bidrar till eller legitimerar verksamheter kopplade till folkrättsbrott eller allvarliga människorättskränkningar.





Rättvisa Malmö anser att detta synsätt ligger i linje med EU-rätten. EU:s grundläggande fördrag slår fast att unionen bygger på respekt för mänskliga rättigheter och att dessa värden ska främjas både inom och utanför unionen. Detta parallellt med EU-direktivet för offentlig upphandling och nämnda rättsfall från EU visar att en etisk upphandlingspolicy inte står i konflikt med EU:s regelverk, utan snarare stärker unionens uttalade mål om fred, mänskliga rättigheter och respekt för internationell rätt.

De grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet måste alltid följas vid offentlig upphandling men dessa principer utgör inte något hinder för att ställa sociala och etiska krav. Tvärtom framgår det både av EU-direktivet 2014/24 och den svenska lagen om offentlig upphandling (LOU) att upphandlande myndigheter bör ta hänsyn till miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga aspekter vid upphandlingar.



Leverantörer kan enligt LOU uteslutas om de åsidosätter miljö-, sociala eller arbetsrättsliga skyldigheter. Detta innebär att kommuner har möjlighet att ställa krav på företag och därefter utesluta leverantörer som inte lever upp till kraven. Det är en viktig möjlighet för Malmö stad att använda offentlig upphandling för att säkerställa att skattemedel inte bidrar till brott mot mänskliga rättigheter.

Vidare visar EU-domstolens praxis stöd för ett sådant synsätt. Domar som Tim SpA och Max Havelaar bekräftar att sociala och etiska krav kan ställas inom offentlig upphandling och att ansvar även kan omfatta hela leverantörskedjor. Domstolen har dessutom betonat att reglerna om sociala och arbetsrättsliga skyldigheter ska ses som grundläggande principer inom upphandlingsrätten.



Möjligheten att utesluta leverantörer på grund av “allvarligt fel i yrkesutövningen” är centralt för en etisk upphandlingspolicy. Genom både EU-rättslig och svensk praxis framgår att detta begrepp ska tolkas brett och omfatta handlingar som påverkar ett företags trovärdighet, integritet och professionalitet. Det krävs inte att ett brott har begåtts för att en leverantör ska kunna uteslutas. Företag som är involverade i grova människorättskränkningar eller andra allvarliga överträdelser bör därför uteslutas från offentlig upphandling med hänvisning till bristande redbarhet och yrkesetik.



Sammanfattningsvis ser Rättvisa Malmö att det finns ett tydligt juridiskt stöd inom både svensk rätt och EU-rätten för att kommuner ska kunna införa en etisk upphandlingspolicy så som Malmö Rättvisas föreslår. Snarare än att ge begränsningar har den nya lagen om offentlig upphandling öppnats upp för bredare kravställningar och uteslutningsgrunder än tidigare lagstiftning. Malmö stad har möjlighet att i större utsträckning använda offentlig upphandling som ett aktivt verktyg för att främja mänskliga rättigheter, internationell rätt och ett större socialt ansvarstagande från företag och leverantörer.

rattvisamalmö.se

rättvisa malmö

Vi köper det inte



