



Avdelningen för juridik
Förbundsjurist Mathias Sylwan

Får kommuner och landsting upphandla rättvisemärkta varor?

Sveriges Kommuner och Landsting har granskat de juridiska förutsättningarna för kommuner och landsting att upphandla rättvisemärkta varor. Frågan berör framför allt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) men också kommunalagen. Sveriges Kommuner och Landsting gör här en bedömning av de lagliga möjligheterna att upphandla rättvisemärkt och andra varor som omfattas av etisk märkning. Det skall dock betonas att det saknas vägledande domar från EG-domstolen som är den instans som i sista hand avgör frågan.

Vad är Rättvisemärkt?

Rättvisemärkt är en etisk och social märkning av varor med fokus på mänskliga rättigheter. Det finns även andra slag av ”etisk märkning”, dvs. en märkning som garanterar att en produkt framställts med respekt för rätten till en skälig minimilön, rimlig arbetsmiljö, grundläggande mänskliga rättigheter etc. Rainforest Alliance och Utz Kapeh är exempel på andra ”etiska märkningar”¹.

Rättvisemärkt är dock ensamt om sitt koncept som bland annat garanterar producenten en ersättning som alltid ligger över världsmarknadspriset. För närvarande finns det kriterier för Rättvisemärkt utvecklade för kaffe, kakao, te, honung, socker, bananer, ris, quinoa, tropisk frukt, torkad frukt, nötter, juice,

¹ Rainforest Alliance är en internationell icke vinstdrivande organisation. Organisationen certifierar produkter med syftet att skydda ekosystemet och säkerställa att företagen följer de grundläggande ILO-konventionerna. Gevalia och Chiquita är exempel på företag som samarbetar med Rainforest Alliance. Utz Kapeh är en oberoende organisation som utvecklat en uppförandekod för kaffeodling. I koden ingår bland annat att företaget måste följa de ILO:s grundläggande konventioner för arbetsrätt

sportbollar, snittblommor, vin samt bomull.

Kriterierna för Rättvisemärkt baserar sig på FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna samt de grundläggande ILO-konventionerna (förenings- och förhandlingsrätt (87 och 98), barnarbete/minimiålder (138), diskriminering och lika lön (111 och 100) och förbud mot tvångs och slavarbete (29 och 105 samt 182 om de värsta formerna av barnarbete))².

Det finns två olika typer av kriterier beroende på om producenten är en småjordbrukare eller anställd arbetskraft, utöver detta finns det också specifika kriterier för varje produkt.

Köparna³ av rättvisemärkta produkter åtar sig:

- Att betala ett garanterat minimipris som motsvarar produktionskostnaden och levnadsomkostnaden och alltid ligger över världsmarknadspriset
- Att därutöver betala en premie som ska gå till social och ekonomisk utveckling
- Att betala en del av priset i förskott om producenterna begär det
- Att upprätta en långvarig handelsförbindelse⁴
- Att betala en extra premie för ekologiskt odlat

Rättvisemärkt och upphandling

Den 6 juli 2006 antog EU-parlamentet en resolution till stöd för Fair Trade. I resolutionen uppmanar Parlamentet europeiska myndigheter att kräva rättvisemärkta produkter i sina upphandlingar och Kommissionen att anta riktlinjer för upphandling av rättvisemärkt⁵. Frågan om en upphandlande myndighet får kräva att varorna är rättvisemärkta är delvis beroende av hur och

² Sverige har ratificerat samtliga dessa konventioner.

³ Köparen är här leverantören som därefter säljer produkten vidare till en kommun eller ett landsting.

⁴ Detta krav avser alltså leverantören som säljer varorna vidare till kommuner och landsting.

⁵ European Parliament A6-0207/2006, särskilt punkt 22.

när i upphandlingen kraven ställs⁶.

Nedan behandlas möjligheterna att kräva etiskt märkta varor i upphandlingens olika delar, dvs. kravspecifikationen, leverantörskvalificeringen och anbudsutvärderingen. Enligt vår uppfattning är det dock under kontraktets utförande som utrymmet är störst att ställa krav på etiskt märkta varor.

Kravspecifikationen

Ett förfrågningsunderlag skall innehålla en kravspecifikation där den upphandlande myndigheten beskriver vad den vill köpa (kontraktsföremålet). Den upphandlande myndigheten har här en stor valfrihet så länge valet av kontraktsföremål inte otillbörligt gynnar en viss leverantör eller det egna landets leverantörer (till exempel krav på ”svenskt” kött)⁷. Den upphandlande myndigheten är till exempel fri att välja att köpa en bro i stället för en tunnel eller transporttjänster i stället för tjänstebilar. Enligt EU-kommissionen har den upphandlande myndigheten även ”omfattande möjligheter att ta sociala hänsyn” när den bestämmer kontraktsföremålet⁸.

Begränsas emellertid kontraktsföremålet till enbart Rättvisemärkt kan det komma i strid med principerna för upphandling om det därmed utesluter leverantörer som saluför varor med annan etisk märkning. Krav på Rättvisemärkt bör därför följas med orden ”eller annan likvärdig märkning”.

En upphandlande myndighet som vill ställa krav på rättvisemärkta varor i kravspecifikationen kan göra detta på följande sätt:

I det erbjudna sortimentet skall ingå varor som uppfyller kriterierna för etisk märkning. Med etisk märkning avses märkning som säkerställer att

⁶ Enligt ett belgiskt cirkulär på ministernivå den 27 maj 2005 skall upphandlande myndigheter på federal nivå inom den klassiska sektorn tillämpa vissa ekologiska och etiska krav. De etiska kraven innebär bland annat att arbetarna skall ha lön i nivå med nationell minimilön. För att visa att kraven är uppfyllda kan leverantören hänvisa till bland annat Fairtrade Labelling Organizational International (se Upphandlingsutredningens slutbetänkande, mars 2006, ss 198 – 199)

⁷ Sveriges Kommuner och Lansting har gett ut ett cirkulär angående upphandling av svenskt kött (2003:4).

⁸ Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapslagstiftning med tillämplning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling (KOM(2001)566 slutlig), s. 6.

produkterna framställs under arbetsförhållanden som är förenliga med ILO:s åtta grundläggande konventioner om mänskliga rättigheter i arbetslivet (konventionerna om förenings- och förhandlingsrätt (87 och 98), om barnarbete/minimiålder (138), om diskriminering och lika lön (111 och 100) och om förbud mot tvångs- och slavarbete (29 och 105 samt 182 om de värsta formerna av barnarbete)) Varor som omfattas av Rättvisemärkning, Rainforest Allinace, Utz Kapeh eller annan likvärdig märkning uppfyller kravet på etisk märkning.⁹

Etisk märkning tar sikte på förhållandena vid framställningen av varorna. EG-domstolen har godtagit krav på en miljövänlig tillverkningsprocess trots att den inte ger några synbara effekter på slutprodukten¹⁰. Av samma skäl borde det vara godtagbart att ställa krav på att tillverkningen inte strider mot grundläggande sociala krav.

Leverantörskvalificeringen

Leverantörskvalificeringen avser krav som ställs på företaget som lämnar anbud. En leverantör som inte uppfyller dessa krav diskvalificeras. En kategori av kvalificeringskrav är uteslutningsgrunderna i 1 kap. 17 § lagen om offentlig upphandling som säger att en leverantör kan uteslutas från deltagande i en upphandling om han är i konkurs, har begått brott i yrkesutövningen, inte har betalat skatter eller sociala avgifter etc. Den upphandlande myndigheten får därutöver ställa rimliga krav på leverantörens ekonomi och tekniska kapacitet för att säkerställa att leverantören kan fullgöra kontraktet. Med ”teknisk kapacitet” avses faktorer som leverantörsföretagets maskinpark, personella resurser, åtgärder för kvalitetssäkring, erfarenhet av liknande uppdrag.

Exempel på kvalificeringskrav skulle i detta sammanhang kunna vara att

⁹ I Guidance on Fair and Ethical Trading, utfärdad av den brittiska regeringen står det följande: ”... **advertisements and invitation to tender documents** can make it clear that fair trade options can be included in the products provided to meet the Department’s catering requirements. For example, fair trade coffees might be included in a range of coffees which providers can offer... in referring to the possible inclusion of fair trade options, specific marks or trade names should be avoided. It can, however, be pointed out that, where providers do offer fair trade options, the **FAIRTRADE Mark or equivalent** is a helpful way of demonstrating that fair trade standards are being met” (s. 2)

¹⁰ Frågan om möjligheten att kräva en viss tillverkningsprocess diskuteras bland annat i Kommissionens handbok ”Att köpa grönt!”, SEK(2004) 1050.

leverantören skall ha upparbetade handelsförbindelser med jordbruk som är medlemmar i Fair Trade eller tidigare levererat rättvisemärkta produkter eller produkter med annan likvärdig etisk märkning. Eftersom en leverantör som inte uppfyller ett kvalificeringskrav utesluts från upphandlingen måste dessa vara relevanta, proportionerliga och rimliga. Det finns därför en risk att kvalificeringskrav som rör leverantörens förmåga att leverera etiskt märkta produkter kan strida mot gemenskapsrätten. Finns det mindre långtgående sätt att efterfråga rättvisemärkta varor bör dessa användas i stället.

Anbudsutvärderingen

I den slutliga anbudsutvärderingen prövar den upphandlande myndigheten anbuden utifrån utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget. Vid upphandling enligt principen lägsta pris får anbudsutvärderingen endast avse priset. Vid upphandling enligt principen ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” får den förutom priset avse omständigheter som kvalitet, leveranstid, miljöegenskaper etc. Anbudsutvärderingen måste röra egenskaper hos kontrakt föremålet. Enligt Kommissionen måste kriterierna dessutom avse ”en produkts eller en tjänsts inneboende egenskaper”¹¹. Eftersom det krävs märkning för att köparen skall kunna se om en produkt är en ”etisk produkt” torde produktens etiska karaktär inte vara en sådan inneboende egenskap. Detta talar mot att den upphandlande myndigheten i detta skede får väga in att leverantören erbjuder rättvisemärkta varor.

EG-domstolen har emellertid i mål avseende en fransk upphandling av uppförande och underhåll av skolbyggnader¹² ansett att den upphandlande myndigheten i utvärderingen av anbuden får beakta ett ”villkor kopplat till kampen mot arbetslösheten”. Enligt domen är det alltså möjligt att i anbudsutvärderingen väga in sociala aspekter som inte är inneboende egenskaper i den produkt som upphandlas. En förutsättning är dock att det tillkommande kriteriet överensstämmer med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten. Domen ger stöd för uppfattningen att det ska vara möjligt att ge pluspoäng till ett bud som innehåller etiskt märkta varor såsom Rättvisemärkning eller annan likvärdig etisk märkning.

¹¹ KOM(2001) 566 slutlig, s. 14x.

¹² C-225/98

Kontraktets utförande

Som ett alternativ till att kräva rättvisemärkta varor i upphandlingen kan den upphandlande myndigheten i stället kräva etiskt märkta varor som ett särskilt kontraktsvillkor. Det innebär att den leverantör som vinner upphandlingen då blir skyldig att erbjuda etiskt märkta varor även om han inte har gjort det tidigare. Särskilda kontraktsvillkor måste följa de grundläggande EG- principerna men omfattas inte av de detaljerade procedurbestämmelserna i upphandlingslagstiftningen.

Enligt Kommissionen måste kontrakt- eller utförarvillkor stå i överensstämmelse med gemenskapsrätten och får i synnerhet inte ha någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra länder. Villkoren får heller inte strida mot förfarandebestämmelser i upphandlingsdirektiven, inte minst bestämmelserna om offentliggörande. De får inte vara förtäckta tekniska specifikationer. De får inte heller vare sig vara relaterade till bedömningen av anbudsgivarnas lämplighet på grundval av deras ekonomiska, finansiella eller tekniska kapacitet eller till utvärderingskriterierna. Kontraktsvillkoren får varken ha något inflytande på bedömningen av anbudsgivarens kapacitet att genomföra arbetet eller på utvärderingskriterierna¹³.

Villkoren skall offentliggöras och får inte diskriminera anbudsgivare, i synnerhet inte anbudsgivare från andra länder. En anbudsgivare måste acceptera villkoren men behöver alltså inte uppfylla dem förrän när uppdraget skall utföras. Detta innebär att en leverantör som under upphandlingen saknar rättvisemärkta varor i sitt sortiment inte utesluts så länge han åtar sig att ta in och erbjuda varor som uppfyller kriterierna för rättvisemärkning eller annan likvärdig etisk märkning när uppdraget väl skall utföras.

Ett särskilt kontraktsvillkor kan utformas på följande sätt:

Leverantören är skyldig att under hela avtalstiden erbjuda varor för avrop som uppfyller kriterierna för etisk märkning. Med etisk märkning avses märkning som säkerställer att produkterna framställs under

¹³ KOM(2001) 566 slutlig, p. 1.6.

arbetsförhållanden som är förenliga med ILO:s åtta grundläggande konventioner om mänskliga rättigheter i arbetslivet (konventionerna om förenings- och förhandlingsrätt (87 och 98), om barnarbete/minimiålder (138), om diskriminering och lika lön (111 och 100) och om förbud mot tvångs och slavarbete (29 och 105 samt 182 om de värsta formerna av barnarbete)) Varor som omfattas av Rättvisemärkning, Rainforest Allinace, Utz Kapeh eller annan likvärdig märkning uppfyller kravet på etisk märkning.

Kontroll av krav

Alla krav, oavsett om de finns i kravspecifikationen, anges som utvärderingskriterier eller som särskilda kontraktsvillkor vid utförandet, skall naturligtvis följas upp i rimlig omfattning. Har en leverantör åtagit sig att leverera etiskt märkta produkter kontrolleras detta varje gång den upphandlande enheten beställer sådana varor. Kan leverantören då inte leverera aktualiseras avtalsrättsliga sanktioner, i värsta fall hävning.

Eftersom den etiska märkningen skall säkerställa att vissa krav uppfylls när varorna produceras måste märkningen åtföljas av upprepade kontroller av det organ som utfärdar märkningen. Det internationella kontrollorganet för Rättvisemärkning är FLO, Fairtrade Labelling Organizations International, som har sitt säte i Bonn. FLO utför två slags kontroller:

- 1) Kontroll av dokumentation, såsom köp- och betalningsdokument för samtliga aktörer, producenter, exportörer, importörer och licenstagare. Den kontrollen sker varje kvartal. Importörer och licenstagare måste även genomgå en årlig extern revision.
- 2) Fältkontroll, som innebär ett besök hos producenten och genomgång av verksamheten. Den kontrollen sker en gång per år som regel, om det krävs kan den ske fler gånger per år.

Även Rainforest Allinace och Utz Kapeh utför återkommande inspektioner av de jordbruk som de certifierar.

Hindrar kommunallagen upphandling av rättvisemärkta varor?

Frågan om krav på etisk märkning i en upphandling är förenliga med kommunallagen saknar praktisk betydelse eftersom beslut enligt LOU inte får överklagas med laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen. En prövning enligt 7 kap. LOU får dessutom endast avse om upphandlingen strider mot bestämmelser i LOU.

Beslut av fullmäktige att anta en upphandlingspolicy utan koppling till ett särskilt upphandlingsärende har dock blivit föremål för laglighetsprövning. Det går naturligtvis inte att med säkerhet förutsäga utgången i en laglighetsprövning av en kommuns/landstings policy att upphandla etiskt märkta varor. Enligt LOU är det emellertid redan idag möjligt att ställa sociala krav på fullgörandet av ett kontrakt. I den nya lagstiftningen kommer detta att bli ännu tydligare. Sociala krav i upphandling av till exempel livsmedel måste kunna ta sikte på arbetarnas villkor utan hinder av lokaliseringsprincipen i kommunallagen. Det kan tilläggas att EU i de nya upphandlingsdirektiven klargör att krav på att leverantören följer grundläggande ILO-konventioner är förenliga med EG-rätten¹⁴. Enligt vår mening finns det därför mycket som talar för att en upphandlingspolicy som säger att kommunen/landstinget skall främja upphandling av etiskt märkta varor är förenlig med kommunallagen så länge kommunen/landstinget inte begränsar sig till att stödja en viss organisations märkning.

¹⁴ Direktiv 2004/18/EG beaktandesats 33 och 2004/17/EG beaktandesats 44.