

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom policy om diskriminerande villkor vid offentlig upphandling.

Stockholms stad har beslutat att vid upphandling av hotelltjänster diskriminera hotell som i sitt allmänna utbud av tilläggstjänster tillhandahåller pornografisk film, oavsett om sådan film kommer att erbjuds kommunen eller ej.

Kommunstyrelsen i Stockholm beslutade vid sammanträde den 3 mars 2004 (Ks § 4/2004-03-03) att bl.a. rekommendera samtliga nämnder, bolag samt övriga institutioner att, när hotell bokas eller när hotell rekommenderas för stadens gäster, i första hand välja hotell som inte visar pornografisk film^[1].

Av föredragande borgarrådets förslag till beslut framgår följande motivering:

”Det finns ett samband mellan pornografi och våld mot kvinnor. De hotell som valt bort porrfilmer i sitt filmutbud tar på ett tydligt sätt ställning mot kvinnoförtryck och -våld. Genom att stödja den senare kategorin hotell visar staden att kvinnofriden måste tas på allvar. Ju fler som aktivt väljer att boka hotell som tagit ställning för kvinnofrid, desto fler hotell kommer att följa efter. Den konkurrensfördel som tillhandahållandet av porrfria TV-sändningar erbjuder hotellen måste lyftas fram tydligare.

Jag anser att Stockholms tjänstemän och politiker skall boka porrfria hotell när sådana finns. Jag anser på motsvarande sätt att Stockholms stad skall prioritera de porrfria hotellen i Stockholm när staden rekommenderar eller bokar hotell åt gäster. Samma principer bör självfallet även gälla när staden utövar värdskap för olika arrangemang och evenemang. Det är viktigt att Stockholms stad tar en aktiv roll för att påverka utvecklingen i önskvärd riktning. Inom staden finns flera bolag, nämnder och enheter som har i stort sett dagliga kontakter med företrädare för näringslivet där hotellbranschen kan påverkas direkt eller indirekt. Jag förordar därför att samtliga av Stockholms stads nämnder, styrelser, institutioner och enheter rekommenderas att verka för att hotell i staden blir porrfria genom att boka och rekommendera hotell som inte visar porrfilm. Stockholms Visitors Board har en mycket bra hotellförmedling på sin hemsida. Det vore önskvärt att bolaget utvecklar denna tjänst i syfte att möjliggöra ett aktivt val och ställningstagande för hotell som inte visar porrfilm”.

Den beslutade upphandlingspolicyen har således givits en generell innebörd för samtliga hotell som erbjuder tilläggsutbud av pornografisk film, oberoende om dessa tjänster i den specifika upphandlingssituationen erbjuds Staden eller inte. Stadens upphandlingspolicy avviker därmed från vad som gäller inom t.ex. Stockholms läns landsting, där ett liknande beslut avseende pornografisk film som tilläggsutbud på hotellrum har inskränkts till att exkludera hotell som inte garanterar att tillgången på sådan film på begäran kan spärras.^[2]

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU. Med ”upphandling” avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU alla köp av tjänster. Stadsgandet är därvid undantagslöst.

Hotell- och restaurangtjänster utgör s.k. B-tjänster (kategori 17) enligt en bilaga B till lagen vilka, oavsett kontraktsvärdet, skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 12 § andra stycket, 27-28 §§ samt 6 kap. LOU.

Allmänt gäller enligt 1 kap. 4 § LOU att offentliga upphandlingar skall genomföras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras på ett affärsmässigt sätt.

Det huvudsakliga syftet med lagen är att säkra att upphandling sker genom en effektiv konkurrens och att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör att anskaffning skall ske under öppna och förutsebara former och att alla anbudsgivare behandlas lika (se nedan om EG-Romfördraget).

Av 1 kap. 9 § regeringsformen framgår att ”*Domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen skall i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iakttä saklighet och opartiskhet*”. Kravet på en objektiv handläggning av upphandlingsärenden måste beaktas, eftersom en sådan handläggning syftar till att åstadkomma konkurrens på lika villkor och sålunda utgör en viktig förutsättning för att den upphandlande enhetens uppträdande i upphandlingssammanhang skall åtnjuta förtroende.

Enligt förarbetena till lagen om offentlig upphandling (prop. 1992/93:88 s. 59) åsyftas kravet på objektivitet genom bestämmelsen om att upphandlingen skall genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn. Därmed får rimligen principen om lika-behandling enligt gemenskapsrätten anses vara uppfylld i lagen.^[1]

Frågan om grunderna för vilket anbud som skall antas är således mycket central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Vägledande gemenskapsrättsligt grundade principer utgörs bland annat av kraven på *proportionalitet* och *likabehandling* av leverantörer.

Av *proportionalitetsprincipen* följer att upphandlande enheter inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas. En uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen vara av inte oväsentlig betydelse.

Av *likabehandlingsprincipen* eller *principen om icke diskriminering* följer vidare ett principiellt förbud mot att utforma kravspecifikationen på ett sådant sätt att viss leverantör, vissa leverantörer eller grupper av leverantörer gynnas eller missgynnas på ett sätt som saknar naturligt samband med det behov som skall täckas med upphandlingen eller eljest saknar saklig motivering. Likabehandlingsprincipen innebär således att alla tänkbara leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt att delta i förekommande upphandlingar. Krav eller inskränkningar i upphandlingsförutsättningarna som saknar utifrån upphandlingsbehovet saklig motivering riskerar därvid att anses utgöra otillåtna handelshinder enligt EG-Romfördraget.

Yttrande

Stockholms stad har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Stockholms stad har genom beslut i kommunstyrelsen fastställt riktlinjer för stadens och de kommunala bolagens köp och bokning av hotelltjänster vilka till sin innebörd diskriminerar

hotell som i sitt allmänna utbud av tjänster eller tilläggstjänster tillhandahåller pornografisk film.

Som den aktuella policyn har kommit att utformas riktar sig denna inte enbart mot tjänster eller tilläggstjänster som skulle riskera komma att erbjudas staden eller stadens gäster i samband med bokning och övernattnig utan även mot hotellens utbud till övriga gäster. Till skillnad från vad Stockholms läns landsting har angivit i sitt motsvarande policybeslut, utesluter stadens upphandlingspolicy således även hotell vilka i samband med bokningar som sker genom stadens medverkan kan garantera att några tjänster i form av pornografiskt film inte kommer att erbjudas.

Beslutet strider därmed mot den s.k. proportionalitetsprincipen och likhetsprincipen i lagen om offentlig upphandling, genom att ta fasta på omständigheter som saknar relevans i förhållande till de behov som skall täckas med Stadens och de kommunala bolagens upphandlingar av hotelltjänster och riskerar därmed att snedvrída förutsättningarna för konkurrensen på den aktuella marknaden.

^[1] Av beslutet framgår följande: "Samtliga nämnder, bolag samt övriga institutioner rekommenderas att i första hand välja hotell som inte visar porrfilm när hotell bokas eller när hotell rekommenderas för stadens gäster".

^[2] Se Stockholms läns landsting, Färdtjänstnämndens delegationsordning, "Riktlinjer för representation, resor i tjänsten och kurser och konferenser" punkten "Resor i tjänsten" av vilken framgår följande: "Så långt det är praktiskt möjligt ska övernattnig i samband med tjänsteresa i första hand ske på hotell som inte tillhandahåller pornografisk film på rummen eller som på begäran kan spärra tillgången på sådan film".

^[3] Se vidare Hentze och Sylvén, lagbokskommentaren till lagen om offentlig upphandling, upplaga 1:2, Norstedts 1998, sid. 16 och 49.