

PM 2 2024-10-16 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom kommunal utrikesbojkott.

En kommun har beslutat bojkotta varor från Israel och från stater som bedriver illegal ockupation av andra stater.

Göteborgs kommun, (nedan Kommunen) beslutade vid sammanträde med Inköps och upphandlingsnämnden den 13 juni 2024¹ att:

1. Förvaltningen får i uppdrag att sluta köpa in produkter ursprungsmärkta från stater som bedriver illegal ockupation av andra stater.
2. Förvaltningen får i uppdrag att återkomma med förslag på hur inköp av varor producerade i stater som bedriver illegal ockupation av andra stater kan minimeras.
3. Förvaltningen får i uppdrag att utesluta inköp av varor som är producerade av israeliska bosättningar på ockuperad palestinsk mark.

Nämndens protokoll justerades och anslogs på Kommunens anslagstavla den 20 juni 2024.

Förvaltningsrätten i Göteborg har i dom av den 12 september 2024 upphävt Inköps och upphandlingsnämndens ovan angivna beslut. Av domskälen framgår att rätten funnit att syftet med det överklagade beslutet har varit att manifesteras sitt ogillande av vissa – av nämnden valda – staters agerande, snarare än att få till en ändamålsenlig upphandling. Beslutet får därför i sin helhet anses utgöra en tydlig opinionsyttring på det utrikespolitiska området som normalt ankommer på staten och inte på kommuner. Beslutet faller därför utanför den kommunala kompetensen varmed beslutet inte är lagenligt och lagligen ska upphävas.²

Gällande rätt

Kommunal upphandling³ av varor regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU jämte det bakomliggande s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).⁴ Bestämmelserna är en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet i artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Sverige har även genom Världshandelsorganisationens avtal Government Procurement Agreement (WTO/GPA)⁵ och andra internationella avtal åtagit sig att öppna upp upphandlingar för konkurrens även för leverantörer utanför EU. Av motiveringen i skäl 17 och 18 till LOU-direktivet framgår att upphandlande organisationer inte ska behandla leverantörer i de länder som har anslutit sig till avtalen mindre gynnsamt än leverantörer i unionen.⁶ Bland annat Israel är medlem i Världshandelsorganisationen och omfattas av WTO/GPA.

Kommuner (kommunala myndigheter) och kommunala bolag utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser.⁷

¹ Inköps och upphandlingsnämnden, slutligt beslut vid sammanträde den 13 juni 2024 (IuN § 71 202/24). Beslutsärendet, som inte hänskjutits för avgörande av kommunfullmäktige, hade tidigare minoritetsbordlagts vid nämndens sammanträde den 16 maj 2024 (IuN § 58 202/24).

² Förvaltningsrätten i Göteborg, dom av den 12 september 2024 i mål nr. 6956-24. Avgörandet har inte vunnit laga kraft. Rätten hade tidigare förordnat om interimistiskt verkställighetsförbud (inhibition) i lagakraftvunnet beslut av den 25 juni 2024.

³ För kommunala bolag som är verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna med exempelvis drift av allmänna nät för energi, vatten- och avlopp, kollektivtrafik eller bredband m.m. gäller istället lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna – LUF - och det bakomliggande s.k. LUF-direktivet, eller EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV (2014/25/EU) av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

⁴ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV (2014/24/EU), av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁵ The Agreement on Government Procurement (GPA) är ett plurilateralt avtal inom ramen för Världshandelsorganisationen (WTO) som reglerar upphandling av varor och tjänster av de offentliga myndigheterna hos avtalsparterna, baserat på principerna om öppenhet, transparens och icke-diskriminering. Avtalet som för närvarande omfattar 47 stater – däribland Sverige och Israel – trädde ursprungligen i kraft 1981. I nuvarande lydelse gäller avtalet sedan 1 januari 2021.

⁶ Motsvarande bestämmelser inom försörjningssektorerna återfinns motiverade i skäl 27 och 28 till LUF-direktivet (se fotnot 3, ovan).

⁷ Se 1 kap. 22 § jämförd med 18 § LOU samt 1 kap. 22 och 23 § LUF.

Det upphandlingsrättsliga regelverket är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa bland annat varor genom tilldelning av kontrakt.⁸

För att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets föreskrifter om etableringsfrihet och fri rörlighet har det i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer vilka, oavsett förfarande⁹ ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.¹⁰ Av den till kravet på likabehandling kopplade principen om *icke-diskriminering* följer bland annat att en upphandling inte utan rättsligt stöd får utformas så att den endast riktar sig till eller exkluderar leverantörer i ett visst land eller ett annat avgränsat geografiskt område.¹¹

Allmänt gäller att de tekniska egenskaper för en vara ska anges som tekniska specifikationer i något av upphandlingsdokumenten. Dessa ska vara utformade på ett objektivt sätt utifrån antingen prestanda- eller funktionskrav eller allmänna standarder.¹² Om det skulle leda till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till bland annat varans ursprung.¹³

Leverantörer får uteslutas från möjlighet att delta vid anbudsgivning i en upphandling enbart vid vissa i lagen särskilt angivna undantagsfall, som att exempelvis leverantören har gjort sig skyldig till brott eller annat allvarligt fel i yrkesutövningen, inte betalat skatter eller offentliga avgifter eller är på obestånd.¹⁴ Någon annan grund för att neka en viss aktör eller grupper av aktörer möjlighet att delta med anbud föreligger inte i en upphandling, såvitt det inte meddelats sådana särskilda föreskrifter i lag eller annan författning.

I Sverige gäller de sanktioner som har beslutats av Förenta nationerna (FN) eller Europeiska unionen (EU). Totalt är Sverige bundet av ett fyrtiotal sanktionsregimer. Det handlar både om geografiska sanktioner som riktar sig mot specifika länder eller regioner och tematiska sanktioner som tar sikte på särskilda problem.¹⁵ När det gäller handel med Ryssland har EU meddelat ett särskilt förbud mot att köpa, importera och transportera vissa varor och tjänster från detta land.¹⁶ Bestämmelserna, som har meddelats i en förordning, gäller för samtliga unionens medlemsstater och deras myndigheter.¹⁷ Någon motsvarande sanktionsreglering med avseende på Israel, eller i annat fall ospecificerade stater som bedriver illegal ockupation av andra stater, finns för närvarande inte.

⁸ Se 1 kap. 2 § LOU eller LUF.

⁹ Bestämmelsen i 4 kap. 1 § LOU och LUF omfattar även förfaranden som annars ligger utanför det direktivstyrda regelverket - se bl.a. HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

¹⁰ De grundläggande principer som här åsyftas följer av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - (tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG). Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. förarbetsuttalandena i prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.) samt specialmotiveringen till 4 kap 1 § LOU och LUF.

¹¹ Se prop. 2006/07:128, s. 132.

¹² Se 9 kap. 1-5 § LOU eller LUF. De tekniska specifikationerna ska i så fall anges i fallande prioriteringsordning enligt: (1) svensk standard som stämmer överens med europeisk standard, (2) europeisk teknisk bedömning, (3) gemensam teknisk specifikation, (4) internationell standard, (5) annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan, eller (6) annan svensk standard, svenskt eller tekniskt godkännande. Varje sådan hänvisning ska alltid följas av orden "eller likvärdig".

¹³ 9 kap. 6 § LOU eller LUF.

¹⁴ I 13 kap. LOU och LUF anges obligatoriska uteslutningsgrunder som alltid ska iakttas vid en upphandling och i 14 kap. samma lagar anges fakultativa uteslutningsgrunder som den upphandlande myndigheten eller enheten frivilligt kan lägga till grund för beslut om uteslutning av en leverantör.

¹⁵ Dessa länder är för närvarande Afghanistan, Belarus, Bosnien och Hercegovina, Burundi, Centralafrikanska republiken, Demokratiska republiken Kongo, Guatemala, Guinea (Conakry), Guinea-Bissau, Haiti, Irak, Iran, Jemen, Kina, Libanon, Libyen, Mali, Moldavien, Myanmar/Burma, Nicaragua, Niger, Nordkorea, Ryssland, Somalia, Sudan, Sydsudan, Syrien, Tunisien, Turkiet, Venezuela och Zimbabwe. Notera att dessa sanktioner kan vara mycket begränsade eller specifika och exempelvis inte avse leveranser av varor vid offentlig upphandling – se närmare regeringens hemsida www.regeringen.se/regeringens-politik/utrikes-och-sakerhetspolitik/sanktioner/.

¹⁶ EUROPEISKA RÅDETS förordning (833/2014/EU) av den 31 juli 2014 om restriktiva åtgärder mot bakgrund av Rysslands åtgärder som destabiliserar situationen i Ukraina. Enligt förordningen får sedan den 9 april 2022 offentliga kontrakt inte tilldelas ryska företag. Redan ingångna kontrakt med sådana företag får inte fullgöras från och med den 11 oktober 2022. Detta gäller även avrop från ramavtal. Betalningar får vidare inte göras till vissa individer som räknas upp i förordningarna. Detta gäller även ersättningar inom ramen för kontrakt som ingåtts i upphandlingar. Ryssland är inte medlem/avtalspart i WTO/GPA-avtalet.

¹⁷ Europeiska rådets förordningar utgör (med lags verkan) svensk rätt i enlighet med lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

Ramverket för kommunala beslut återfinns i kommunallagen (2017:725) – KL. En kommun får enligt kompetensbegränsningsbestämmelsen i 2 kap. 1 § KL enbart ha om hand sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens område eller dess medlemmar och som inte ska handhas enbart av staten, en annan kommun, en region eller någon annan. Lagen ger därmed uttryck för att kommunala beslut måste kunna knytas till ett allmänt kommunalt intresse för att falla inom den allmänna kommunala kompetensen. Av anslutande lagförarbeten framgår att allmänintresset ska avgöras utifrån om det kan anses utgöra ett allmänt samhällligt, och ett till det egna kommunala området knutet intresse att kommunen vidtar en specifik åtgärd.¹⁸ Vidare framgår att kommuner inte själva får befatta sig med sådana angelägenheter som exklusivt faller inom någon annans befogenhet, t.ex. statliga angelägenheter såsom försvars- eller utrikespolitik.¹⁹

I vägledande rättspraxis från Högsta förvaltningsdomstolen har kommunala bojkottbeslut och motsvarande aktioner som riktas mot andra länder ansetts medföra överträdelse av den kommunala kompetensen.²⁰ Även andra manifestationer, som att exempelvis förklara kommunen som en kärnvapenfri zon²¹ eller anslå medel till en kampanj i syfte att skapa opinion för att bygga en internationell broförbindelse,²² har av domstolen bedömts innefatta sådana utrikespolitiska opinionsyttringar som ligger utanför den kommunala kompetensen.

Kommunala beslut som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen ska hänskjutas för slutligt beslut av kommunfullmäktige. De kommunala nämnderna är således inte ensamt behöriga att besluta i sådana frågor.²³

Om ett kommunalt beslut strider mot lag eller annan författning eller hänför sig till något som inte är en kommunal angelägenhet kan detta upphävas av allmän förvaltningsdomstol. Detta gäller även om det organ (exempelvis den kommunala nämnd) som har fattat beslutet därigenom överskridit sina befogenheter.²⁴ Sådan talan om *kommunal laglighetsprövning* ska föras vid allmän förvaltningsdomstol, med förvaltningsrätt som första instans.²⁵ Talerätt i sådana mål föreligger endast för kommunmedlemmar, dvs. den som antingen är folkbokförd i kommunen, äger fast egendom i kommunen eller ska betala kommunalskatt där.²⁶ En ansökan om kommunal laglighetsprövning (överklagandet) ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom en frist av tre veckor från det att ett justerat protokoll med beslutet anslags på kommunens anslagstavla.²⁷

Yttrande

Kommunen 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.

¹⁸ Se prop. 2016/17:171 s. 299.

¹⁹ Se prop. 2016/17:171 s. 300

²⁰ Se bland annat referatsfallen RÅ 1969 ref. 52 och RÅ 1983 2:71, som båda Stockholms kommuns beslut att inte köpa sydafrikanska varor under apartheidtiden.

²¹ RÅ 1990 ref. 9, där Helsingborgs kommun beslutat förklara sig som kärnvapenfri zon, samt att kommunen är beredd att ta emot besök av främmande örlogsfartyg endast om dessa uttryckligen garanterar att de inte medför kärnvapen.

²² RÅ 1993 ref.93, Malmö kommuns beslut att kampanja för byggandet av Öresundsbron.

²³ 3 kap. 9 § KL.

²⁴ 10 kap. 8 § KL.

²⁵ 10 kap. 5 § KL.

²⁶ 10 kap. 1 § jämförd med 1 kap. 4 § KL.

²⁷ 10 kap. 6 § KL.

Preliminär bedömning

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

Av utredningen framgår att Kommunen, genom Inköps och upphandlingsnämnden, har beslutat anta generella riktlinjer och instruktioner för hur framtida upphandlingar ska genomföras, med innebörden att Kommunen ska bojkotta varor från Israel som är producerade på palestinsk mark och varor från stater som bedriver illegal ockupation av andra stater.

Kommunen är som upphandlande myndighet skyldig att iaktta bestämmelserna i LOU jämte det bakomliggande LOU-direktivet. Av dessa framgår mycket tydligt att samtliga beslut i en upphandling ska grundas på objektiva skäl i förhållande till effektiviteten av föremålet för upphandlingen. Det är således inte tillåtet med diskriminerande särbehandling, grundad på exempelvis en varas ursprung eller leverantörens nationalitet, annat än i särskilt specificerade undantagsfall.

Alla leverantörer, såväl inom som utom Europeiska unionen, ska behandlas på ett likvärdigt sätt, särskilt om de – såsom när det gäller Israel – kommer från ett land som ingår i världshandelsavtalet WTO/GPA. Enbart leverantörer från länder som omfattas av specifika sanktionsbestämmelser, däribland Ryssland, kan uteslutas från deltagande vid offentlig upphandling.

Det nu aktuella beslutet gäller ett ställningstagande av sådan principiell betydelse att ärendet rätteligen skulle ha hänskjutits för slutligt ställningstagande av kommunfullmäktige. Inköps och upphandlingsnämnden har således inte varit ensam behörig att besluta i denna fråga.

Utrikespolitik och handelspolitiska överväganden är vidare exklusivt förbehållna staten, genom riksdag och regering. Som Förvaltningsrätten i Göteborg har funnit är det sålunda inte heller förenligt med den kommunala kompetensen för Göteborgs kommun att ensidigt bojkotta varor från andra länder.

Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen. Beslutet om att bojkotta varor från bland annat Israel har fattats av den kommunala Inköps och upphandlingsnämnden i strid mot såväl regelverket för offentlig upphandling som kommunallagens bestämmelser om vad kommuner överhuvudtaget ska ägna sig åt.

Sammantaget har Inköps och upphandlingsnämnden inte enbart överträtt sina nationella befogenheter och den kommunala beslutsordningen utan även åsidosatt det svenska och unionsrättsliga regelverket för offentlig upphandling samt Sveriges internationella åtaganden enligt WTO/GPA. Den omständigheten att bojkottbeslutet numera upphävts av domstol medför inte i sig att Kommunen kan undgå kritik, utan detta visar snarare på allvaret i kritiken.