

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08-679 50 50; fax: 08-611 35 62

Miljö- och samhällsbyggnadsdepartementet

Remissyttrande

2006-02-10

Ert dnr. M2005/6241/Hm

Rapport från Naturvårdsverket – Underlag till handlingsplan för miljökrav vid offentlig upphandling, rapport 5520, december 2005.

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som bland annat uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är fd. generaldirektören och chefen för Riksrevisionsverket (RRV) G Rune Berggren. Övriga ledamöter är fd. regeringsrådet Sigvard Berglöf, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i svensk och internationell handelsrätt vid Handelshögskolan i Stockholm Erik Nerep, jur kand Lennart Palm samt fd. stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth. Huvudman för Konkurrenskommissionen är Stiftelsen Den Nya Valfärden (www.dnv.se).

Konkurrenskommissionen har verkat sedan år 1994 och har hittills utrett och bedömt över 300 ärenden avseende offentlig upphandling.

1. Sammanfattning

Konkurrenskommissionen har inga principiella invändningar mot en nationell handlingsplan för en mer miljöanpassad offentlig upphandling så länge grundläggande upphandlingsrättsliga principer om transparens, proportionalitet, likabehandling samt ömsesidigt erkännande iakttas.

- Upphandlande enheter måste därvid formulera konkreta krav som är realistiska och möjliga att mäta och följa upp i efterhand.
- Kraven skall tydligt framgå av förfrågningsunderlaget och måste vara relevanta i förhållande till de behov som skall täckas genom upphandlingen.

- Förekommande miljökrav får inte utformas på ett sätt som är ägnat att gynna eller missgynna viss leverantör eller grupp av leverantörer.
- Föreligger det på området för den aktuella upphandlingen allmänna krav eller tekniska specifikationer och innebär uppställda miljökrav en avvikelse från dessa bör den upphandlande enheten kunna påvisa vilka särskilda miljövinster som förväntas uppnås till följd av de avvikande miljökraven.
- Förekommande miljökrav måste även motiveras i ekonomiska termer och konsekvenserna i ett konkurrensperspektiv bör analyseras.
- Förutsättningarna för små och medelstora företag bör särskilt beaktas.

Konkurrenskommissionen har inga särskilda synpunkter på vilka områden eller produktgrupper som bör prioriteras vid utformningen av nationella riktlinjer för miljöanpassad offentlig upphandling. Kommissionen finner det angeläget att det skapas enhetliga riktlinjer för hur den centrala inköpssamordningen skall genomföras men anser att föreslagna åtgärder bör avvakta de reformer på det aktuella området som för närvarande planeras. Konkurrenskommissionen tillstyrker att politiker och ledare i kommun och landsting skall engageras i frågor om offentlig upphandling men menar att det är väsentligt att informationen ger en allsidig kunskap samt inte begränsas till att avse enbart miljöfrågor. Förslaget om "kick-off"-konferenser m.m. riskerar att inte medföra någon bestående kunskapsuppbyggnad. Förekommande informationsinsatser bör vidare samordnas centralt genom Nämnden för offentlig upphandling, där expertmyndigheter som Naturvårdsverket kan lämna biträde inom sina respektive ansvarsområden. Konkurrenskommissionen ser inga principiella hinder mot användning av det s.k. EKU-verktyget eller av liknande internetbaserade modeller eller system så länge dessa medger en anpassning till de aktuella förhållandena för varje individuell upphandling och inte riskerar att strida mot de grundläggande principer som bär upp den centrala upphandlingsrätten.

2. Konkurrenskommissionens allmänna synpunkter

Det centrala målet för lagstiftningen om offentlig upphandling är att företagen skall konkurrera på lika villkor varigenom den offentliga anskaffningen kan komma att gynnas genom en effektiv konkurrens. Ett annat mål är att genom tydliga bestämmelser försvåra korruption inom offentlig förvaltning.

För uppfyllandet av dessa mål fordras, enligt Konkurrenskommissionens mening, otvetydiga bestämmelser som motverkar möjlighet till illojalitet och godtycke vid offentliga upphandlingar. De grundläggande

principer – däribland principerna för transparens, proportionalitet, likabehandling samt ömsesidigt erkännande - vilka bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten får inte trädas för när (jfr RÅ 2002 reg. 50).

2.1 Transparensprincipen

Transparensprincipens krav på förutsägbarhet medför ett förbud för upphandlande enheter att i upphandlingsprocessen införa krav och värderingskriterier som är så ofullständiga eller otydliga att anbudsgivande leverantörer inte på ett rimligt sätt kan lägga dessa till grund för en analys av vad som kan komma att krävas av dem i exempelvis miljöhänsende.

Icke sällan förekommer det att upphandlande enheter anger krav på miljöplaner, utan att det närmare framgår på vilket sätt eller utifrån vilka utgångspunkter som dessa miljöplaner skall komma att värderas och exempelvis viktas mot anbudens pris.

En sådan ordning, där den upphandlande enheten förbehåller sig möjlighet att i efterhand och enligt eget godtycke föra in värderingsgrunder som anbudsgivarna inte rimligen har haft möjlighet att förutse i förväg, strider mot kravet på insyn och förutsägbarhet vid offentlig upphandling. Utfallet av upphandlingarna riskerar i dessa fall att avgöras av rent slumpässiga förhållanden, beroende på vilken anbudsgivare som har råkat gissa rätt om upphandlaren intentioner. I värsta fall kan metoden missbrukas till att ensidigt gynna viss leverantör, på övriga anbudsgivares bekostnad och till men för en väl fungerande konkurrens.

Det är därför angeläget att miljömål, när dessa ställs upp vid offentlig upphandling, tydligt definieras i förfrågningsunderlaget så att samtliga leverantörer kan anpassa sina anbud därefter och i konkurrens på lika villkor redovisa hur de bäst anser sig kunna uppfylla ställda mål.

Exempel på bristande transparens är (ofta schabloniserade) miljökrav som ställs upp slentrianmässigt utan något redovisat samband med den vara eller tjänst som upphandlingen avser.

Ett exempel är en kommun som upphandlade guldur att lämnas som gratifikation för lång och trogen tjänst till sina medarbetare. Bland utvärderingskriterierna angavs (ospecificerat) "Miljö". Föremålet för upphandlingen var i detalj reglerad i förfrågningsunderlaget på ett sätt som lämnade litet eller inget utrymme för variationer. Bland annat angavs det som ett obligatoriskt skall-krav att enbart batteridrivna urverk kunde komma i fråga. Mot denna bakgrund framstår det som i praktiken omöjligt att anföra några miljöaspekter på inkomna anbud. Kommunen har heller inte lämnat någon förklaring till på vilket sätt miljökravet skulle komma att utvärderas (se Konkurrenskommissionens utredning KKO 97-061).

Transparensprincipens krav på insyn medför att den upphandlande enheten rimligen måste ha tillräckliga resurser för att på ett fackmässigt sätt utvärdera och följa upp de krav som ställts upp vid offentlig upphandling. Det får inte vara så att en upphandlande enhet, som vid anbudsvärderingen har försäkrat sig om att vissa – icke sällan tekniskt komplicerade – miljökrav skall vara uppfyllda, samtidigt saknar resurser för att kontrollera om kraven faktiskt uppfylls.

Den statistik som redovisas i Naturvårdsverkets rapport tyder på att detta emellertid kan vara fallet. Av tillfrågade myndigheter uppgav c:a 60 procent att de alltid eller ofta ställer miljökrav medan bara drygt hälften, eller 32 procent, uppger att de arbetar med någon typ av uppföljning av sin upphandling från miljösynpunkt.

Det måste rimligen kunna krävas av de upphandlande enheterna att uppställda krav, exempelvis miljökrav, kontrolleras såväl genom en teknisk analys vid anbudsvärdering och tilldelningsbeslut som genom fortlöpande kontroller så länge som kontraktstiden varar. Saknar den upphandlande enheten förmåga till sådan uppföljning och kontroll bör miljökravet heller inte ställas.

2.2. Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen medför krav på att bland annat villkoren för en offentlig upphandling skall vara proportionella i förhållande till föremålet för kontraktet och relevanta i relation till det behov som upphandlingen avser att uppfylla.

Miljökrav som går utöver vad som kan anses som rimligt i förhållande till dessa förutsättningar bör inte förekomma. Det är inte acceptabelt, som redovisas i Naturvårdsverkets rapport, att miljökraven i nästan hälften av upphandlingarna där sådana förekommer, har utformats på ett sätt som medför att de inte får några konsekvenser för det som upphandlas.

Skäl till detta kan vara att uppställda krav är för otydliga eller för allmänt hållna för att utgöra styrinstrument för eftersträvnade miljösmål. En annan förklaring kan vara att krav formuleras utifrån allmänna principer eller schabloner utan förankring i den konkreta verklighet som upphandlingen avser.

Ett exempel på det senare förhållandet är den s.k. Västernorrlandsmodellen där leverantörer avkrävs tämligen ingående redovisningar i olika tekniska hänseenden med anknytning till miljön. Modellen, där anbudsgivarna i ett blankettsystem genom kryssrutor och standardiserade frågor förväntas lämna tekniskt komplicerade specifikationer, torde i huvudsak vara avpassad för miljöpåverkande upphandlingar av stör-

re betydelse och omfattning. Många kommuner har i sin centrala upphandlingspolicy angivit att modellen skall tillämpas generellt –utan närmare förbehåll eller inskränkningar. Okritiskt tillämpad i mindre upphandlingar eller där miljöpåverkan inte kan anses särskilt stor riskerar modellen emellertid närmast att motverka de intressen som den i första hand är avsedd att skydda.

Västernorrlandsmodellen tillämpades exempelvis vid en mindre upphandling av fönsterputsstjänster för uppskattningsvis c:a 200.000 kronor, där anbudsgivarna förväntades besvara sammanlagt 68 frågor delvis med avseende på vilka rengöringsmedel m.m. dessa avsåg att använda, dels med avseende på vilka förpackningar som kunde komma ifråga samt på vilket sätt leverantörerna avsåg att transportera sig till och från fönsterputsningen.

I den första kategorin angavs ett drygt trettiotal specifika kemikalier eller klasser av kemikalier som anbudsgivarna skulle garantera inte ingick i produkter som skulle användas vid utförandet av tjänsten. Kemikalierna var som regel namngivna, men det förekom även kriterier med ospecificerade hänvisningar - t.ex. *"Svårnedbrytbara blockpolymerer"* och *"Produkter med ändamåsenlig doseringsutrustning"* samt *"Produkter innehållande tensider som är lättnedbrytbara enligt OECD-test"*. I dessa fall förväntades anbudsgivarna (som regel mindre städfirmor) ha tillräcklig saklig kompetens för att själva utreda och bedöma vad som innefattades i de ställda kraven.

Den andra kategorin innehöll krav på att de förpackningar och emballage som leverantörerna skulle kunna tänka sig att använda inte innehåller vissa namngivna kemikalier eller grupper av kemikalier. Exempelvis skulle anbudsgivarna garantera att förekommande förpackningar inte innehåller *"...koncentrationer av bly, kadmium, kvicksilver, och sexvärt krom, där summan av ämnena överstiger 100 µg/g"* samt att *"Förpackningar [inte förekommer] från leverantörer som ej är anslutna till materialbolag, REPA-registret eller har ett väl fungerande retursystem"*.

Slutligen angavs att *"Transporter med fordon utrustade med regumnerade däck innehållande HAOljor med PAH-innehåll högre än 3 %"* inte borde förekomma samt att *"Service och reparationer av [de förekommande] fordonen [borde ske] där miljöanpassade smörjmedel och produkter används"* (se Konkurrenskommissionens utredning KKO 00-062).

Det kan sättas i fråga om den upphandlande enheten (som var en mindre kommun) hade tillräckliga resurser för att bedöma huruvida kraven faktiskt uppfylldes i den aktuella upphandlingen. I vart fall kan det hållas för sannolikt att de mindre städföretag som deltog i upphandlingen saknat tillräcklig kompetens för att sanningsenligt besvara de frågor som ställdes eller för att garantera att de verkligen uppfylldes. Som upphandlingen utformades var den närmast ägnad att inbjuda till ett vårdslöst eller osant intygande vilket riskerar medföra minskad respekt för uppsatta miljömål samt att seriöst verkande anbudsgivare på sikt slås ut från marknaden.

Det anförda exemplet – liksom det tidigare redovisade exemplet med gulduren – belyser de icke sällan förekommande fall där upphandlande enheter till synes slentrianmässigt uppställer miljökrav utan att samtidigt göra någon närmare analys av på vilket sätt kraven skall kunna mätas och utvärderas eller hur infriandet löpande skall kunna kontrolleras.

För att undvika sådant missförhållande mellan uppsatta miljökrav och faktisk effekt som Naturvårdsverket pekar på i sin rapport är det betydelsefullt att upphandlande enheter formulerar sina miljökrav som konkreta krav, avpassade för varje upphandling, och som är realistiska och möjliga att mäta och löpande följa upp under kontraktstidens gång.

Miljökrav som saknar relevans i förhållande till upphandlingsbehovet eller som eljest framstår som oproportionerliga skall inte förekomma. Inte heller bör det komma ifråga att ställa upp krav som är så komplexa eller omfattande att den upphandlande enheten saknar rimlig möjlighet att kontrollera och löpande följa upp själva infriandet.

2.3. Likabehandlingsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande

Enligt *likabehandlingsprincipen* (eller *icke-diskrimineringsprincipen*) och *principen om ömsesidigt erkännande* får krav inte ställas vid offentlig upphandling som ensidigt gynnar viss leverantör eller grupp av leverantörer framför andra eller som medför att enbart viss vara eller process kan komma ifråga. En produkt som lagligt har tillverkats i en medlemsstat kan i princip inte förbjudas för försäljning i en annan medlemsstat, även om den framställs enligt tekniska krav eller kvalitetskrav som skiljer sig från dem som ställs på landets egna produkter. Det enda undantaget, skyddet av allmänintresset, som folkhälso-, konsument- eller miljöskydd, omfattas av strikta villkor. Samma princip gäller även för tjänster.

Som framgår av EG-domstolens dom i Concordia bus-målet (C-513/99) utgör likabehandlingsprincipen inte något hinder mot att beakta uppställda miljöskyddskriterier endast på grund av att enbart ett fåtal företag kan uppfylla ställda krav. Miljökrav riskerar emellertid – på grund av sin inneboende komplexitet – att komma att utnyttjas som ett icke-tariffärt handelshinder för att gynna viss produktion. Uppställda kriterier måste enligt domstolen därför ha ett samband med föremålet för upphandlingen (proportionalitetsprincipen) och får inte ge myndigheten en obegränsad valfrihet. Kraven skall vidare uttryckligen framgå av upphandlingsunderlaget eller av annonsen om upphandlingen (transparensprincipen) samt vara förenliga med alla de grundläggande principer som följer av gemenskapsrätten, särskilt *likabehandlingsprincipen* (eller *icke-diskrimineringsprincipen*).

Förekommade miljökrav bör därför utformas i enlighet med standardiserade specifikationer, som är samma för liknande typer av upphandlingar och där upphandlingens storlek och inriktning avgör graden av komplexitet. De upphandlande enheternas allmänna ambitionsnivå i enlighet med dessa specifikationer bör styra urvalet vid offentlig upphandling snarare än egenhändigt utformade miljöskyddsregler vilka kan variera mellan upphandlande enheter och från upphandling till upphandling.

Konkurrenskommissionen ser inga principiella hinder mot användning av det s.k. EKU-verktyget eller av liknande modeller eller system så länge användningen sker med hänvisning till de aktuella förhållandena för varje individuell upphandling. Okritiskt tillämpat riskerar verktyget ge en omvänd effekt, där miljökrav vid offentlig upphandling enbart upplevs som omotiverade och krångliga.

Förekommade miljökrav måste även sättas in i ett ekonomiskt sammanhang där den upphandlande enheten klarlägger på vilket sätt som miljöpåverkan, jämfört med övriga omständigheter såsom exempelvis anbudens pris, leveranstid, driftkostnad, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd m.m. medverkar till att det sammantaget ekonomiskt mest fördelaktigaste anbudet antas i upphandlingen. En sådan analys utgör en förutsättning för alla kriterier vid offentlig upphandling (jfr. 1 kap. 22 § samt 6 kap. 12 § LOU).

Avvikelser i förhållande till de grundläggande miljökrav som gäller enligt lag eller författning eller i enlighet med tillgängliga europeiska tekniska specifikationer, nationella tekniska specifikationer eller annan nationell standard bör analyseras. Avsteg från gällande grundkrav bör kunna motiveras på ett sådant sätt att den upphandlande enheten påvisar vilka särskilda miljövinster som kan komma att uppstå genom de avvikande miljökraven. Miljökravens konsekvenser i ett konkurrensperspektiv bör även analyseras där berörda upphandlande enheter särskilt beaktar risken för att små och medelstora företag hindras från deltagande i upphandlingen eller på annat sätt diskrimineras i förfarandet.

3. Konkurrenskommissionens särskilda synpunkter

3.1 Fastställ nationella mål för offentlig konsumtion

Konkurrenskommissionen har inga särskilda synpunkter på vilka områden eller produktgrupper som bör prioriteras vid utformningen av nationella riktlinjer för miljöanpassad offentlig upphandling.

3.2. Öka styrningen av statliga myndigheter

Konkurrenskommissionen finner det angeläget att det sker en ökad samordning och styrning av den offentliga upphandlingen i allmänhet. Enbart staten upphandlar uppskattningsvis för c:a 70 miljarder kronor per år.

En betydande andel av de statliga inköpen (c:a 90 procent) sker för närvarande utanför de centrala ramavtal som tillkommit genom statlig inköpssamordning. Det framstår som betydelsefullt att denna andel minskar samt att det skapas enhetliga riktlinjer för hur den centrala inköpssamordningen skall genomföras, särskilt avseende svårsmätbara kriterier som miljökrav.

Enligt en allmän uppskattning genomförs en femtedel av alla upphandlingar genom direktupphandling (eller förhandlad upphandling utan föregående annonsering). För den statliga sektorn skulle värdet av alla direktupphandlingar således uppgå till c:a 15 miljarder kronor per år. Det är viktigt att dessa inköp fångas upp och systematiseras i det upphandlingsrättsliga systemet. Direktupphandling bör inte komma ifråga annat än i rena undantagsfall.

För närvarande pågår en översyn av det upphandlingsrättsliga regelverket (se SOU 2005:22) innefattande en anpassning till det nya upphandlingsdirektivet för den s.k. klassiska sektorn (2004/18/EEG). Bland annat föreslås införas ett nytt system för ramavtalsupphandling. Riksrevisionen har i rapporten Samordnade inköp (RIR 2005:10) vidare föreslagit att regelverket för statlig inköpssamordning ses över.

De föreslagna åtgärderna för ökad styrning av den statliga myndigheter bör anpassas till det nya regelverk som kan komma att införas. Även den översyn av den statliga inköpssamverkan som har föreslagits av Riksrevisionen bör avvaktas.

3.3 Engagera politiker och ledare i kommun och landsting

Konkurrenskommissionen har inga principiella invändningar mot att politiker och ledare i kommun och landsting skall engageras i frågor om offentlig upphandling.

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU – har nu funnits i drygt 12 år. Sedan lagen infördes har det funnits en central myndighet som har till uppgift bl.a. att lämna information och allmänna råd och följa tillämpningen av de nationella leveransbestämmelserna samt att verka för en enhetlig tillämpning av dessa bestämmelser - se 1 § förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.

Det finns även ett stort utbud av privata anordnare av kurser och konferenser kring offentlig upphandling samt en betydande produktion av litteratur i ämnet.

Det framstår mot denna bakgrund som förvånande att en stor andel av de tillfrågade kommunerna och landstingen upplever en bristande kunskap om hur man ställer miljökrav samtidigt som mellan 70 och 80 procent av dessa myndigheter uppger att de alltid eller ofta uppställer dylika krav i sina upphandlingar.

Konkurrenskommissionen ifrågasätter om ytterligare informationsinsatser på området för miljömål är rätt medel för att komma till rätta med de kunskapsbrister som finns ute i kommuner och landsting. Föreslagna insatser i form av "kick-off"-konferenser m.m. riskerar även att bli rent jippoartade utan att medföra någon bestående kunskapsuppbyggnad.

Konkurrenskommissionen sätter även i fråga om det är lämpligt att genomföra särskilda informationsinsatser enbart med inriktning på miljömål. För att komma till rätta med den osäkerhet kring offentlig upphandling som upphandlande enheter inom kommuner och landsting uppenbarligen upplever krävs det bredare insatser i form av upplysning om de grundläggande principer som bär upp den centrala upphandlingsrätten. Möjligheten att ställa miljökrav och de begränsningar som vidlåder sådana krav utgör en del av den helhet som de upphandlande enheterna först måste tillgodogöra sig.

Icke sällan anger handläggande upphandlare att de upplever gällande bestämmelser som krångliga och svåra att följa. Detta torde många gånger ha sin grund i att det är upphandlarna själva som har komplicerat förfarandet genom omfattande kravspecifikationer som det senare visar sig att de inte behärskar eller förstår konsekvenserna av. Detta förhållande kan naturligtvis upplevas som frustrerande, men omfattar samtliga områden för offentlig upphandling, inte enbart miljökraven.

Skall särskilda informationsinsatser genomföras för att komma till rätta med de kunskapsbrister som tydligen finns ute i kommuner och landsting kring offentlig upphandling är det betydelsefullt att dessa inte begränsas till att avse enbart miljömål, utan utvidgas till att avse alla aspekter på offentlig upphandling samt de grundläggande principer som bär upp den centrala upphandlingsrätten.

3.4 Säkerställ kompetens bland upphandlare

Konkurrenskommissionen har inga principiella invändningar mot att kompetensen bland upphandlare säkerställs.

Som framgått tidigare finner kommissionen det emellertid angeläget att förekommande informationsinsatser utvidgas till att omfatta samtliga aspekter på offentlig upphandling samt de grundläggande principer som bär upp den centrala upphandlingsrätten.

Det framstår mot denna bakgrund som olyckligt om ansvaret för riktade informationsinsatser skulle läggas ut på expertmyndigheter som Naturvårdsverket. Förekommande informationsinsatserna på området för offentlig upphandling bör istället samordnas centralt av Nämnden för offentlig upphandling (NOU) som har det övergripande ansvaret för tillsynen av den offentliga upphandlingen. Biträde borde därvid kunna lämnas av berörda expertmyndigheter inom deras respektive ansvarsområde.

Förutom skyddet av miljön finns det även andra övergripande mål som kan vara av betydelse att betona i en central informationskampanj. Behovet av en fungerande konkurrens, skyddet för små och medelstora företag samt intresset av att motverka korruption vid den offentliga upphandlingen kan vara områden som även kan förtjäna att uppmärksammas.

3.5 Erbjud ett effektivt och enkelt verktyg

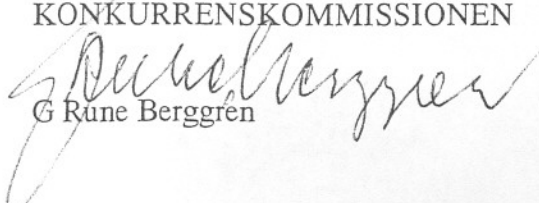
Konkurrenskommissionen har, som tidigare framhållits, inget att invända mot förslaget att tillhandahålla ett internetbaserat upphandlingsverktyg med miljökrav.

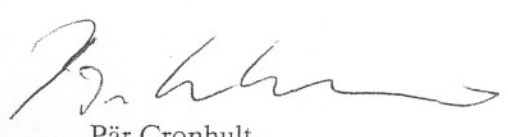
Verktyget bör emellertid medge en anpassning till de aktuella förhållandena för varje individuell upphandling och får inte medföra att upphandling riskerar att genomföras i strid mot de grundläggande principerna om transparens, proportionalitet, likabehandling samt ömsesidigt erkännande, som bär upp den centrala upphandlingsrätten.

Verktyget bör även innefatta en modell för hur upphandlande enhet skall kunna motivera uppställda miljökrav med ekonomiska argument, så att det säkerställs att det verkligen blir det sammantaget ekonomiskt mest fördelaktigaste anbudet som slutligen antas i upphandlingen.

Okritiskt eller slentrianmässigt tillämpad riskerar verktyget ge en omvänd effekt, där miljökrav vid offentlig upphandling riskerar att upplevas som omotiverade och krångliga.

KONKURRENSKOMMISSIONEN


G Rune Berggren


Pär Cronhult