

## **1 Riktlinjer för användning av hållbarhetskriterier vid offentlig upphandling**

*Konkurrensverket ger i detta dokument en rättslig och praktisk bakgrund för användningen av hållbarhetskriterier i offentlig upphandling. Dokumentet behandlar flera olika faktorer som myndigheter bör ta hänsyn till för att framgångsrikt använda den offentliga upphandlingen som ett strategiskt verktyg för en hållbar samhällsutveckling. Konkurrensverket vill särskilt framhålla att enskilda myndigheter har stor frihet att ställa långtgående miljökrav, även utöver harmoniserad EU-reglering, så länge kraven hör samman med det som upphandlas och är möjliga att kontrollera och följa upp. Vad som redogörs för i detta dokument är många gånger även tillämpligt vid annan kravställning i offentlig upphandling. Det är med dessa utgångspunkter Konkurrensverket kommer förvalta och utveckla hållbarhetskriterierna för offentlig upphandling.*

### **1.1 Upphandlande myndigheter och enheter har stor frihet att ta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling**

Upphandlande myndigheter och enheter (härefter upphandlande myndigheter) har stor frihet att definiera föremålet för kontraktet och ta miljöhänsyn och sociala hänsyn utifrån sina egna preferenser och behov. Den hänsyn som den upphandlande myndigheten tar i samband med utformandet av sin upphandling måste dock vara förenlig med unionsrätten och får därför inte strida mot principerna om bland annat icke-diskriminering eller reglerna om fri rörlighet för varor och tjänster. Utrymmet att ta miljöhänsyn och sociala hänsyn i samband med offentliga upphandlingar har successivt blivit allt större. Hållbar utveckling har genom politiska beslut blivit ett prioriterat mål och handlingsdirigerande för EU:s politik och lagstiftning.

De nya upphandlingsdirektiven som antogs av rådet och Europaparlamentet under våren 2014 tydliggör än mer att offentlig upphandling ska ses som ett strategiskt verktyg för att nå övergripande samhällsliga mål. Upphandlande myndigheter har därför stora möjligheter att ta även andra aspekter i beaktande än rent ekonomiska när offentliga upphandlingar genomförs. Det är den upphandlande myndigheten som avgör vilka behov myndighetens verksamhet har och ramarna för hur dessa behov ska tillgodoses.

Det finns inget i lagstiftning eller praxis som säger att miljökrav eller kriterier måste ge en mätbar effekt i förhållande till sitt syfte för att vara tillåtet. För att få en reell miljöförbättring gäller dock att ta rätt hänsyn i rätt upphandling. Enligt Konkurrensverkets mening bör den upphandlande myndigheten således överväga om de hänsyn i form av exempelvis tekniska specifikationer eller tilldelningskriterier är relevanta, det vill säga är specifikationerna eller kriterierna motiverade utifrån myndighetens behov eller upphandlingens art. En upphandlande myndighet bör redan i samband med att upphandlingen påbörjas prioritera och välja ut vilka områden som är de mest relevanta utifrån den upphandlande myndighetens verksamhet och övergripande policys. Den upphandlande myndigheten bör även överväga vilka delar av verksamheten som t.ex. har stor miljöpåverkan eller kan spela roll för sociala hänsyn, och därmed identifiera inom vilka områden det kan vara relevant att ställa olika krav för hållbar utveckling.

Det följer av EU-domstolens rättspraxis att principen om likabehandling innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan skillnad i behandling. Att krav eller kriterier som rör miljöhänsyn som ställs i en upphandling innebär att kretsen potentiella leverantörer minskar, behöver alltså inte i sig innebära att de diskriminerar potentiella anbudsgivare på grund av nationalitet eller att de på annat sätt strider mot likabehandlingsprincipen. Exempelvis kan man kräva en hög energiprestanda på en vara som enbart några få leverantörer kan tillhandahålla, eller att en vara inte ska innehålla vissa farliga ämnen, trots att dessa ämnen används i många varor på marknaden.

*Friheten ligger i att bestämma vad som ska köpas men inte från vem*

Upphandlande myndigheter har stor frihet att bestämma vad de vill köpa, men inte från vem. Krav som syftar till att gynna eller missgynna vissa leverantörer är inte förenliga med upphandlingslagstiftningen. Om potentiella anbudsgivare i andra medlemsstater hindras från att delta i upphandlingar just på grund av att de är etablerade i en annan medlemsstat kan detta vara oförenligt med unionsrätten.

Krav eller kriterier som inte utgår från den upphandlande myndighetens faktiska behov utan snarare innebär att en viss leverantör gynnas genom riktade förfrågningsunderlag, exempelvis genom att skräddarsy kraven i en upphandling, är inte tillåtna. Likaså får kraven inte syfta till att (direkt eller indirekt) utesluta leverantörer som har möjlighet att leverera varor eller tjänster som möter myndighetens faktiska behov. Det är således inte tillåtet att ta lokala hänsyn i offentliga upphandlingar, hänsyn får inte tas på så sätt att endast närproducerade varor eller tjänster från leverantörer på orten kan komma i fråga för kontraktet. Om det däremot är varans eller tjänstens egenskaper, till exempel krav på nylagad mat eller kort inställetid, som gör att varan eller tjänsten i praktiken endast kan levereras lokalt, är sådana krav förenliga med upphandlingsregelverket, förutsatt att de är objektiva och förenliga med proportionalitetsprincipen. Det är också tillåtet för myndigheter att möjliggöra för små och medelstora företag att lämna anbud i upphandlingar, däribland lokala leverantörer på orten, genom att exempelvis dela upp upphandlingar i mindre delkontrakt. Ett sådant agerande är förenligt med lagstiftningen eftersom det inte innebär att leverantörer i övriga Sverige och i övriga Europa utestängs från att lämna anbud och tävla på lika villkor om kontraktet.

*Sammanfattningsvis* kan sägas att upphandlande myndigheter har stor frihet att bestämma *vad* det är de vill köpa och vilka egenskaper och vilken kvalitet den aktuella varan, tjänsten eller byggtreprenaden ska ha. Upphandlande myndigheter kan emellertid inte bestämma *från vem* de ska köpa den aktuella varan eller tjänsten eller att en vara ska komma från en specifik ort eller land – krav får alltså inte vara utformade på ett sådant sätt att de utpekar en viss leverantör eller utestänger leverantörer från ett visst land. Att ett krav i praktiken medför att vissa leverantörer inte kan leverera efterfrågad kvalitet eller egenskaper innebär inte i sig ett brott mot likabehandlingsprincipen.

## 1.2 Krav på koppling till föremålet för kontraktet

När man inkluderar miljöhänsyn och sociala hänsyn i en offentlig upphandling är det viktigt att försäkra sig om att de krav och kriterier som ställs har ett samband med kontrakt föremålet. De hänsyn som tas måste som huvudregel ta sikte på just den vara, tjänst eller byggtreprenad som omfattas av den aktuella upphandlingen. Det är däremot inte tillåtet att beakta hänsyn som syftar till att *indirekt reglera leverantörers övriga verksamhet*. Det är exempelvis tillåtet att ta hänsyn som innebär att "de äpplen som levereras till myndigheten ska vara ekologiska", men det är inte tillåtet att kräva att "endast leverantörer vars sortiment uteslutande består av ekologiska äpplen kan lämna anbud".

*Tekniska specifikationer ska avse egenskaper hos kontrakt föremålet*

Utformandet av de *tekniska specifikationerna* hänger mycket nära samman med valet av kontrakt föremål, det vill säga vad man vill köpa. I de tekniska specifikationerna är det bland annat tillåtet att föreskriva särskilda miljöegen-

skaper. Den yttre begränsningen i denna del är att det ska röra sig om *egenskaper* och att dessa ska avse och påverka just *den produkt, tjänst eller byggtreprenad som köps in*. Synen på vad som kan anses utgöra en egenskap som avser och påverkar kontaktsföremålet är förhållandevis bred och innefattar krav på tillverkning, förpackning och användning i någon del av livscykeln. En viss produktionsmetod och särskilda miljöeffekter för grupper av varor eller tjänster kan utgöra egenskaper. Egenskaperna kan vara såväl synliga som osynliga. Exempelvis kan krav på att den produkt som ska levereras av miljöskäl inte får innehålla ett visst ämne, krav på att varan som köps in ska ha producerats ekologiskt och krav på att el som levereras har producerats med förnyelsebara energikällor anses utgöra sådana egenskaper som kan utgöra tekniska specifikationer.

*Särskilda kontraktsvillkor ska avse det eller de kontrakt som omfattas av upphandlingen*

Om man som upphandlare vill fasa in en leverantör i ett bra miljöarbete så kan man använda sig av så kallade *särskilda kontraktsvillkor*, som innebär att den eller de leverantörer som vinner kontraktet ska uppfylla villkoret under kontraktstiden. Kravet på koppling till kontraktsföremålet innebär i denna del att villkoren ska avse *det kontrakt som upphandlas*.

*Tilldelningskriterier ska ha ett samband med kontraktsföremålet*

Även när miljöhänsyn och sociala hänsyn beaktas i *tilldelningskriterier* ska det finnas ett *samband med kontraktsföremålet*. Såväl sådana kriterier som avser egenskaper hos det som köps in som sådana kriterier som rör aspekter som direkt berör fullgörande av det aktuella kontraktet har i EU-domstolens praxis ansetts ha ett sådant samband med kontraktsföremålet. Exempelvis har bland annat tilldelningskriterier som avser de varor som ska levereras och som premierat att ingredienserna i dessa varor kommer från ekologisk produktion respektive har producerats med beaktande av vissa specifikt angivna krav som avser rättvis handel ansetts ha ett sådant samband med kontraktsföremålet.

*Sammanfattningsvis* kan konstateras att krav på egenskaper, villkor och kriterier kan avse en produkts hela livscykel, produktion och/eller slutlig leverans av produkt eller tjänst. Det är dock inte tillåtet att beakta miljöhänsyn på ett sätt som innebär att man tar hänsyn som reglerar leverantörers allmänna policy eller som i övrigt omfattar andra varor, tjänster eller byggtreprenader än de som köps in.

### **1.3 Vikten av uppföljning och kontroll**

Enligt Konkurrensverkets mening är det viktigt att myndigheter följer upp och kontrollerar sina avtal, för att säkerställa att den ska få den kvalitet på de varor och tjänster som har upphandlats. En väl genomtänkt och för respektive avtal eller avtalsområde anpassad uppföljning och kontroll är också ett sätt för den upphandlande myndigheten att visa respekt för leverantörerna, bekräfta att den menar allvar och skapa en bra avtalsrelation mellan parterna.

*Vad krävs för att säkerställa att uppföljning och kontroll genomförs korrekt?*

En förutsättning för bra avtalsuppföljning är att myndigheter kan göra en objektiv bedömning av kravuppfyllelse och att den information som lämnats i anbud och vid uppföljning under avtalsförvaltning är korrekt. Redan vid valet av krav i framtagande av förfrågningsunderlaget bör myndigheter planera vilka resurser som krävs för uppföljning och kontroll av kraven under avtalsförvaltningen. Vilka resurser myndigheten avsätter för uppföljning av avtalet kan med andra ord påverka vilka krav som kan ställas på det som upphandlas.

Det är också viktigt att den upphandlande myndigheten fastställer att de kommersiella villkoren möjliggör effektiva åtgärder för att säkerställa kravuppfyllelse under avtalsperioden genom t.ex. varningar, prisavdrag, viten och i sista hand uppsägning vid avtalsbrott. Dessa ska alltid vara proportionerliga i förhållande till kraven för att åtgärderna ska uppfattas som affärsmässiga.

*När ska uppföljning och kontroll genomföras?*

Uppföljning och kontroll kan vara lämpligt att genomföra vid anbudsutvärderingen och/eller under avtalstiden beroende på vilken typ av krav eller villkor som ställs. Generellt sett kan det öka intresset bland leverantörer att delta i offentlig upphandling om särskilt högt ställda krav ska vara uppfyllda först under avtalstiden jämfört med om det ska vara uppfyllt redan när de lämnar in anbudet. I vilket fall bör myndigheten tydligt ange i förfrågningsunderlaget *när* ett krav ska vara uppfyllt, *hur* kraven kommer att kontrolleras samt *konsekvensen* av att kravet inte uppfylls.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning är det många gånger tillräckligt att anbudsgivarna i sina anbud förbinder sig att leva upp till ett visst krav. Detta lättar på den administrativa bördan för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer. Kontroll av att en vinnande leverantör verkligen lever upp till kravet kan sedan ske antingen innan avtal ingås eller under avtalstiden, beroende på hur kravet har utformats.

Om det kommer fram att en leverantör inte uppfyller de krav som ställts i upphandlingen ska detta hanteras av myndigheten, oavsett när och på vilket sätt detta framkommer. Det är viktigt att myndigheten har en dialog med leverantörer under avtalstiden för att säkerställa att villkoren i avtalen följs av båda parter. Det bör vara en naturlig del av avtalsförvaltningen att myndigheten har löpande dialog med leverantören och då redogör för de krav som inte uppfylls, identifierar och anger tidsramar för de särskilda åtgärder som behöver vidtas för att kraven ska uppfyllas i enlighet med avtalade villkor.

Det är också viktigt för myndigheter att beakta att det kan utgöra en väsentlig ändring av förutsättningarna om en leverantör under avtalstiden frångår de krav som ställts i upphandlingen. Om myndigheten, genom aktivt eller passivt agerande, accepterar att leverantören frångår uppställda krav kan detta stå i strid med upphandlingsreglerna.

#### *Miljöhänsyn och små företag*

När myndigheter utformar krav bör den analysera vilka konsekvenser kravet får för mindre och nystartade företags samt idéburna organisationers möjligheter att delta i upphandlingen. Vissa krav kan vara särskilt betungande och innebära merarbete för små företag, exempelvis krav på auktorisation. Detta gäller särskilt om kravet ska vara uppfyllt redan när anbudet ges in. Om myndigheten ändå väljer att ställa sådana krav, måste man förstå vad det får för konsekvenser för konkurrensutsättningen och vad upphandlingen långsiktigt påverkar marknaden.

#### *Vilka krav på bevis får man ställa?*

Generellt kan sägas att om upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilka krav de vill ställa i sina upphandlingar, så har leverantörerna i sin tur en stor frihet att välja vilka bevis de vill ge in för att visa att de uppfyller kraven. Det kan vara både tillåtet och nödvändigt att myndigheter kräver att bevis ska vara verifierade av en tredje part. Om myndigheten uppställer krav på ett visst bevis eller en viss typ av bevis ska den därmed i många fall godta likvärdiga eller jämförbara bevis. Myndigheter bör överväga om krav på sådana bevis är lämpliga att ställa och om det är ett kostnadseffektivt sätt att genomföra kontroll och uppföljning med tanke på vad som ska upphandlas i det specifika fallet. Kontroll och uppföljning är särskilt viktigt där kravet avser avtalsföremålet och där bristande avtalsefterlevnad inte blir tydligt för myndigheten i egenskap av mottagare av de varor, tjänster och byggtreprenader som upphandling avser. Så kan ofta vara fallet när det gäller just miljöegenskaper.

Konkurrensverket anser att både myndigheter och leverantörer bör kunna förlita sig på att behöriga tillsynsmyndigheter tar ansvar för uppföljning av om en leverantör följer tvingande lagar och regler vid utförande av uppdraget. Upphandlande myndigheter bör därför överväga att samarbeta med sådana tillsynsmyndigheter och särskilt ange, för det som upphandlas, viktiga lagkrav i förfrågningsunderlaget samt klargöra vad som blir den avtalsrättsliga konsekvensen av att leverantören inte följer dessa lagar och regler. I vissa fall kan det vara nödvändigt att myndigheten genomför egna uppföljningar som komplement till den kontroll som tillsynsmyndigheter genomför.

#### **1.4 Konkurrensverket bedömer att det finns möjlighet för upphandlande myndigheter att ställa krav och kriterier som går utöver harmoniserad EU-reglering**

Vissa varu- och tjänsteområden är föremål för harmoniserad lagstiftning inom EU. En totalharmoniserad (kan även benämnas fullharmoniserad) EU-reglering på ett visst område måste följas av medlemsstaterna och avvikelser är inte tillåtna i nationell lagstiftning, vare sig i strängare eller lindrigare riktning. De flesta harmoniseringsåtgärderna finns på varuområdet och omfattar till exempel kemikalier, telekommunikationsutrustning och dataskydd.

Eftersom en enskild medlemsstat i sin lagstiftning inte kan upprätthålla mer långtgående krav än vad som följer av harmoniserad EU-reglering, uppkommer frågan om samma begränsningar gäller för upphandlande myndigheter. Med andra ord, är det tillåtet att vid en upphandling ställa krav, villkor eller kriterier som går utöver totalharmoniserad reglering?

Inledningsvis kan det konstateras att det saknas vägledande avgöranden från EU-domstolen i denna fråga. Det finns heller inte några avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen som berör den aktuella frågeställningen. En närmare analys av möjligheterna att ställa krav på miljöområdet och det sociala området har dock gjorts av Upphandlingsutredningen 2010 (SOU 2013:12).

Konkurrensverket delar den slutsats som Upphandlingsutredningen framfört i sitt slutbetänkande, det vill säga att det inom ramen för den stora frihet som upphandlande myndigheter har att själva formulera sina preferenser också bör vara möjligt att ställa krav som går längre än harmoniserande EU-reglering på området. Upphandlande myndigheters agerande i samband med offentlig upphandling bör således inte likställas med nationella lagstiftningsåtgärder som reglerar marknadstillträde.

Även om frågeställningen ännu inte ställts på sin spets i EU-domstolen gör Konkurrensverket bedömningen att det utifrån hittillsvarande praxis inte går att utläsa att totalharmoniserade regler i sig skulle innebära ett förbud mot längre gående krav vid upphandlingar. Snarare tyder de senaste årens politiska utveckling inom EU samt de avgöranden från EU-domstolen som rört miljökrav och sociala krav på att det finns ett betydande utrymme för de upphandlande myndigheter som så önskar att ställa denna typ av krav. Det kan även nämnas att det under senare tid kommit ett par svenska kammarrättsavgöranden där bedömningen gjorts att en harmoniserad reglering inte innebär ett hinder för längre gående krav och villkor i upphandlingssammanhang.

Det måste likväl erinras att så länge det saknas en tydlig lagstiftning eller praxis från högsta domstolsinstans om vad som gäller, saknas också ett definitivt svar på frågan i vilken utsträckning och inom vilka gränser man kan ställa krav på miljö- och sociala hänsyn.

Avslutningsvis bör poängteras att även om det kan anses tillåtet att en upphandlande myndighet kan ställa krav som går utöver harmoniserade regler, så ska självfallet de krav och kriterier som ställs i en upphandling ha en koppling till det som ska upphandlas, vara möjliga att följa upp och kontrollera, inte ge myndigheten en obegränsad valfrihet och även i övrigt vara förenliga med de grundläggande principerna.