

Finansdepartementet
fi.remissvar@regeringskansliet.se

Departementspromemorian En skyldighet att beakta vissa samhällsintressen vid offentligupphandling (Ds 2021:31)

Fi2021/03461

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen och har även i uppdrag att verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet samt en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna. Konkurrensverket har, utifrån de aspekter som följer av vårt verksamhetsområde, följande synpunkter på den remitterade promemorian.

Sammanfattning

Konkurrensverket är positivt till att det förtydligas att upphandlande myndigheter ska använda det utrymme som finns för att i offentlig upphandling beakta de viktiga samhällsintressen som omfattas av förslaget.

Konkurrensverket bedömer dock att den föreslagna utformningen av författningsförslaget kan leda till tillämpningssvårigheter.

Konkurrensverket befarar att den föreslagna utformningen riskerar uppfattas som att det är möjligt att i alla enskilda upphandlingar ange klimatkrav, vilket EU-rätten inte medger såvida inte klimatkravet har den koppling till föremålet som krävs eller i övrigt når upp till de krav som följer av de allmänna principerna.

Konkurrensverket anser att begreppet upphandlingens syfte i författningen är problematiskt.

Det bör övervägas att komplettera en ny reglering med en bestämmelse som ställer krav på att i en konkret upphandling beakta de angivna samhällsintressena eller motivera varför det inte har gjorts.

Konkurrensverket anser att det i det fortsatta lagstiftningsarbetet bör övervägas hur tillsynen över den nya regleringen ska kunna utföras och eventuella överträdelser sanktioneras.

Övergripande

Hållbar utveckling, såväl ekologisk som social och ekonomisk, är nödvändigt. Effektiv konkurrens bidrar till att öka takten i omställningen till ett hållbart samhälle. Köparmakten i den offentliga upphandlingen kan användas till att stimulera samhällsomställningen. Med väl utformade krav på varor och tjänster kan åtgärder inom ramen för regelverken för offentlig upphandling utgöra en stark drivkraft för hållbar utveckling. Samtidigt är det viktigt att det inte ställs orimliga förväntningar på vad som kan åstadkommas inom ramen för en enskild offentlig upphandling.

Författningsförslagets utformning

Konkurrensverket är positivt till avsikten att upphandlande myndigheter alltid ska överväga att använda det utrymme som finns för att ställa krav för att beakta viktiga samhällsintressen och att beakta dessa intressen vid ställningstaganden om vad som ska upphandlas och på vilket sätt. Det är angeläget att dessa samhällsintressen beaktas när det finns förutsättningar att göra det.

Av promemorian framgår att skyldigheten att beakta ett visst samhällsintresse inte ska innebära att myndigheten eller enheten tillåts göra avsteg från de grundläggande principerna eller förfarandereglererna i övrigt. Utformningen av förslaget kan dock tolkas som att det i en enskild upphandling finns en skyldighet att ställa uttryckliga klimatkrav utan någon föregående bedömning huruvida det är relevant eller inte i förhållande till upphandlingsföremålet, vilket i det enskilda fallet kan vara oförenligt med EU-rätten. Förutsättningarna för att beakta klimatet på andra sätt än genom uttryckliga klimatkrav i enskilda upphandlingar bör därför tydliggöras i det fortsatta arbetet.

Konkurrensverket anser att rekvisitet "när det är relevant med hänsyn till upphandlingens syfte", som föreslås gälla för ett antal andra angivna samhälleliga intressen än klimatet, är problematiskt. Om samhällsintressena beaktas genom kravställning i upphandlingen behöver inte vad som är relevant med hänsyn till upphandlingen syfte vara detsamma som att kraven har den koppling som EU-rätten kräver till kontraktsföremålet.¹ Vad som utgör en upphandlings syfte är inte heller reglerat och det ges inte heller någon vägledning i promemorian vad som avses med begreppet. Det bör därför övervägas att i stället koppla rekvisitet till föremålet för upphandlingen i stället för upphandlingens syfte.

En möjlig utformning att överväga i den fortsatta beredningen är att komplettera en ny reglering med en bestämmelse som ställer krav på att beakta de angivna samhällsintressena eller motivera varför det inte gjorts, jämför 4 kap. 14 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

¹ Se bland annat Direktiv 2014/24/EU skäl 92, 97 och 104 samt artiklar 42 och 43 m.fl. samt även bland annat EUD:s dom i C-368/10 och RÅ 2010 ref. 78.

Målkonflikter

Konkurrensverket konstaterar att den föreslagna ändringen av regeln till en skyldighet att beakta vissa intressen kommer medföra att upphandlande myndigheter behöver hantera fler målkonflikter och på ett annat sätt än tidigare. Därmed kan det uppstå osäkerhet och oklarheter om vad som gäller i förhållande till skyldigheten.

Ett exempel på en tydlig målkonflikt är mellan exempelvis ekologisk matproduktion och klimatmålen. Av författningsförslaget kan utläsas att klimatet alltid ska beaktas, men det går inte att utläsa huruvida klimatmålet, i händelse av målkonflikt, ska betraktas som överordnad övriga målsättningar. Det framgår inte heller hur de målkonflikter som får antas uppstå ska hanteras. Dessutom kan förväntas att ju fler målsättningar som regleras desto fler målkonflikter riskerar uppkomma mellan de uttalade målsättningarna.

Konkurrensverket bedömer att det kommer finnas ett stort behov av stöd och vägledning för att upphandlande myndigheter ska kunna säkerställa att de lever upp till lagstiftarens ambitioner.

Möjligheterna att utöva tillsyn

I promemorian finns inga överväganden över hur tillsynen av den nya regleringen ska ske.

Konkurrensverket instämmer i promemorians bedömning att frånvaron av krav i dessa avseenden inte ska vara grund för överprövning av en upphandling. Därför bör det finnas andra vägar att kontrollera följsamhet och sanktionera om upphandlande myndigheter inte följer regelverket.

Konkurrensverket konstaterar att i det remitterade förslaget har de beslutade riktlinjerna en viktig roll. Som förslaget är utformat blir dock tillsynen begränsad till att avse frågan om det finns beslutade riktlinjer. Någon möjlighet att sanktionera avsaknaden av riktlinjer kommer inte heller att finnas. Konkurrensverket anser därför att tillgängliga tillsynsverktyg och sanktioner bör övervägas under den fortsatta beredningen av förslaget.

Författningskommentaren

Om rekvisitet "om det är relevant med hänsyn till upphandlingens syfte" behålls är det Konkurrensverkets mening att det i författningskommentaren bör tydliggöras att det inte är det samma som att eventuell kravställning i upphandlingen uppfyller EU-rättens krav på koppling till föremålet för upphandlingen och principerna om proportionalitet, likabehandling m.fl. Den nuvarande hänvisningen att den "generella skyldigheten att beakta ett visst samhällsintresse innebär inte heller att myndigheten eller enheten tillåts göra avsteg från de grund-

läggande principerna eller förfarandereglerna i övrigt” är enligt Konkurrensverkets mening inte tillräckligt tydlig. Det behöver kompletteras med ett upp-lysande och problematiserande resonemang som tydliggör att upphandlingens syfte och föremålet för upphandlingen inte nödvändigtvis är samma sak.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit rådet Karin Morild.

Yttrandet undertecknas inte egenhändigt och saknar därför namnunderskrifter.

Rikard Jermsten

Karin Morild