

Ert datum:
2017-01-24

Er ref:
N2017/00222/HL

Datum:
2017-03-22

Diarienummer:
UHM-2017-0037

Näringsdepartementet
n.registrator@regeringskansliet.se
n.remisser@regeringskansliet.se
E-post

Slutbetänkande från Landsbygdskommittén För Sveriges landsbygder – en sammanhållen politik för arbete, hållbar tillväxt och välfärd SOU 2017:1

Upphandlingsmyndigheten får härmed yttra sig över rubricerat slutbetänkande från Landsbygdskommittén.

Upphandlingsmyndigheten yttrar sig utifrån sitt uppdrag för att utveckla och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter och stödja de leverantörer som deltar i offentlig upphandling. Av det skälet kommenteras enbart förslag rörande offentlig upphandling.

Upphandlingsmyndigheten använder endast begreppet upphandlande myndighet i detta yttrande även i bemärkelsen upphandlande enheter.

2.3.3 Omställning till en hållbar utveckling av landsbygdernas platsbundna verksamheter

Upphandlingsmyndighetens uppdrag och roll är att ge stöd till upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer. I det uppdraget ingår att verka för ökad miljöhänsyn och sociala hänsyn samt utveckla och förvalta kriterier för miljöhänsyn, inklusive energikrav, och sociala hänsyn inom upphandling. (Se Förordning med instruktion för Upphandlingsmyndigheten SFS 2015:527). Hållbarhetskriterierna (som bland annat finns inom livsmedelsområdet) är frivilliga att tillämpa och kan användas helt eller delvis mot bakgrund av lokala politiska beslut och målsättningar hos upphandlande myndigheter.

Datum:
2017-03-22

Diarienummer:
UHM-2017-0037

Kommitténs slutbetänkande innehåller ett förslag på ett obligatorium med innebörd att all offentlig upphandling av exempelvis livsmedel ska innehålla krav som motsvarar våra svenska miljökrav och regler för djurskydd. Så vitt Upphandlingsmyndigheten bedömer det finns inte några begränsningar till varken vilka myndigheter, kontraktsvärde eller begränsningar till vilka typer av upphandlingar det ska gälla för. Enligt förslaget motivering ser det heller inte ut som att kraven på att svenska miljökrav begränsas till enbart livsmedel. Livsmedel anges endast som ett exempel.

Med anledning av kommitténs förslag på att offentlig upphandling ska innehålla krav på motsvarande svenska miljökrav och djurskydd vill Upphandlingsmyndigheten framföra följande.

Inom EU finns idag en hög målsättning för att använda den offentliga upphandlingen för att uppnå olika samhällsrelaterade mål. De tre nya upphandlingsdirektiven från 2014 avser att ge bättre förutsättningar och möjligheter att förverkliga denna målsättning och att offentlig upphandling ska kunna främja hållbar utveckling, vilket bl a framgår av de inledande skälen till direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet¹). Upphandlingsreglerna är framförallt en procedurlagstiftning för att uppfylla de övergripande målen om konkurrens och fri rörlighet av varor och tjänster inom EU, men genom 2014-års direktiv lyfts även upphandlingsreglernas strategiska funktion fram. Det framgår också av LOU-direktivet att upphandling ska betraktas som ett marknadsinstrument, där den offentliga sektorn agerar köpare på en marknad (skäl 2). Det är därmed köparens preferenser och behov som avgör vad som ska köpas. Det indikerar att upphandling inte ska ses som en legislativ åtgärd som kan få samma verkan som tvingande nationella åtgärder. Målsättningsstadgandet, eller "bör-regeln", som återfinns i de svenska upphandlingslagarna (se 4 kap 3 § LOU) kan ses som ett uttryck för detta synsätt och syftar till att uppmuntra upphandlande myndigheter att ta sådana hänsyn.

Mot bakgrund av detta ställer sig Upphandlingsmyndigheten frågan om det är möjligt för en av EU:s medlemsstater att i sin lagstiftning göra det obligatoriskt att vissa krav som motsvarar den medlemsstatens regelverk ska ställas vid offentlig upphandling.

Enligt EUF-fördraget är kvantitativa importrestriktioner förbjudna mellan medlemsstaterna och det gäller även "åtgärder med motsvarande verkan" som

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet)

Datum:
2017-03-22Diarienummer:
UHM-2017-0037

påverkar handel och saluföring av varor och tjänster. Denna princip om ömsesidigt erkännande grundar sig på EU domstolens praxis, bl a Cassis de Dijon (C-120/78). Sådana åtgärder med motsvarande verkan kan vara t ex nationella kontrollsystem eller tekniska regler som krävs för att kunna tillhandahålla en vara eller tjänst i ett visst land. I det s k Buy Irish-målet(C-249/81) framgår att statliga åtgärder inte behöver vara bindande för att ändå anses otillåtna. Av en annan dom, den s k Apple and Pears (C-222/82), framgår att en annan bedömning kan göras om det som lyfts fram är de särskilda kvaliteter som vissa produkter har utifrån objektiva kriterier. Det finns idag ingen klaggörande rättspraxis från EU-domstolen om att tekniska specifikationer eller andra upphandlingskriterier kan vara handelshinder, direkt eller indirekt. Upphandlingsdirektiven är minimidirektiv och ger därmed utrymme för medlemsstaternas egna regleringar inom ett visst område, men det ska leda till att direktivens målsättning uppnås. Om t ex upphandlingsdirektivens mål och syfte förhindras eller motverkas genom nationella bestämmelser kan det anses som ett fördragsbrott.

En av de grundläggande principerna som ska tillämpas vid offentlig upphandling är principen om ömsesidigt erkännande. I upphandlingssammanhang betyder det att intyg, certifikat och liknande som har utfärdats av en medlemsstats myndigheter ska gälla också i övriga EU- och EES-länder. Inom ramen för den inre marknaden och den fria rörligheten får däremot principen en annan innebörd för att tillgodose den fria rörligheten. En medlemsstat får inte förbjuda försäljning av en vara som lagligen tillverkats eller saluförts i en annan medlemsstat och med anledning av det finns en EU-förordning, nr 764/2008 om förfaranden för tillämpning av vissa nationella tekniska regler på produkter som lagligen saluförts i en annan medlemsstat. Det framgår av ett av skälen i nämnd förordning att denna lagstiftning inte omfattar offentlig upphandling:

Skäl 10: Handelshinder kan också vara resultatet av andra åtgärder som omfattas av artiklarna 28 och 30 i fördraget. Sådana åtgärder kan till exempel utgöras av tekniska specifikationer som utarbetats för offentlig upphandling eller krav på att använda officiella språk i medlemsstaterna. Dessa åtgärder bör emellertid inte utgöra tekniska regler i den mening som avses i denna förordning och bör således inte omfattas av dess tillämpning.

Den nämnda förordningen kompletterar direktiv 98/34/EG om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter (anmälningsdirektivet). Detta direktiv innehåller bestämmelser om att medlemsstater ska anmäla (notifiera) utkast till tekniska föreskrifter till Kommissionen som informerar övriga medlemsstater innan den beslutar om tekniska föreskrifter. Enligt detta direktiv går det att utläsa följande:

Skäl 12: Det är nödvändigt att precisera begreppet teknisk föreskrift som är faktiskt tvingande. I synnerhet ger sådana bestämmelser i vilka de offentliga myndigheterna hänvisar till tekniska specifikationer eller andra krav eller uppmaningar att dessa följs samt sådana bestämmelser om produkter som myndigheterna av hänsyn till allmänintresset är med om att genomföra dessa krav och specifikationer en mer bindande verkan än de annars skulle ha på grund av sitt privata ursprung.

Enligt Upphandlingsmyndigheten är det en beaktansvärd risk att lagstadgade skyldigheter eller annan bindande reglering på att den offentliga upphandlingen ska innehålla krav som motsvarar svenska miljökrav och djurskyddsregler anses som en åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion och anses som ett indirekt hinder för den internationella handeln och därmed också strida mot GPA. Mot bakgrund av skäl 12 till anmälningsdirektivet (ovan) kan bindande regleringar att vissa specifikationer ska följas behöva anmälas (notifieras) till Europeiska kommissionen. Helt frivilliga åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter och som bygger på deras preferenser utifrån vedertagna marknadsmekanismer i samband med deras inköp bör emellertid inte omfattas av någon anmälningskyldighet enligt ovan angivet direktiv.

Den offentliga upphandlingen av livsmedel innehåller idag många gånger hållbarhetskrav med avseende på bland annat djurskydd och i stor utsträckning baseras dessa på Upphandlingsmyndighetens hållbarhetskriterier för livsmedel. Dessa kriterier finns för ett flertal produktområden med syfte att erbjuda upphandlande myndigheter ett verktyg för att kunna köpa hållbarare livsmedelsprodukter och lyfta fram leverantörer som har efterfrågad prestanda, dvs. uppfyller krav på odlings- och uppfödningmetoder oavsett ursprung eller produktionsland. Djurskyddskriterierna omfattar såväl ekologisk produktion och så kallad konventionell produktion och utgörs av ett tiotal produktgrupper. Samtliga hållbarhetskriterier, inklusive kriterier för livsmedel, som Upphandlingsmyndigheten tar fram i sin egen regi är frivilliga att använda för upphandlande myndigheter och enheter. De är framtagna mot bakgrund av upphandlingsrättens förutsättningar och att de grundläggande principerna ska efterlevas. Kriterierna innehåller också förslag på bevismedel (verifikat) och vägledning till hur de kan följas upp. Hållbarhetskraven motsvaras av tillgänglig produktion och saluföring inom EU, Norden och Sverige.

Sammanfattningsvis bedömer Upphandlingsmyndigheten att bindande regleringar som ålägger upphandlande myndigheter att tillämpa vissa tekniska specifikationer avseende exempelvis djurskyddskrav vid upphandling av livsmedel kan riskera att strida mot EU-rätten.. En ytterligare aspekt som Upphandlingsmyndigheten vill lyfta fram i sammanhanget är att krav på att svenska djurskyddskrav vid all

offentlig upphandling av livsmedel skulle, oavsett att det inte är möjligt enligt EU-rätten, innebära att utbudet för de upphandlande myndigheterna skulle begränsas avsevärt.

3.1.2 Fullborda bredbandsutbyggnaden med innovationsupphandling till 2025

Kommittén förslår i avsnitt 3.1.2. att 300 miljoner kronor årligen ska anslås till Post- och telestyrelsen för att myndigheten ska kunna fördela medel till länsstyrelserna för att fullborda bredbandsutbyggnaden, samt att Post- och telestyrelsen även skall ha möjlighet att upphandla bredband till hushåll och företag som saknar uppkoppling. Kommittén skriver sedan ” För att åstadkomma en sammanhållen utbyggnad av det bredband som återstår att bygga ut bör staten, enligt kommittén, ta ett helhetsansvar och hålla samman en nationell investering genom innovationsupphandlingar. Sådana upphandlingar skulle möjliggöra en fullskalig och effektiv utbyggnad av bredband i landsbygderna. För den här typen av upphandlingar finns det också erfarenheter från genomförda regionala investeringar att ta del av. Den modell vi föreslår innebär att en operatör tar på sig att utföra ett visst projekt genom ett helhetsåtagande gentemot beställaren, som i detta fall bör vara staten via Post- och telestyrelsen och länsstyrelserna. En viktig grundförutsättning för en sådan innovationsupphandling är en nära samverkan mellan berörda nivåer och sektorer i samhället. Samverkan bör formaliseras i ett samarbetsavtal.”

Det förefaller som kommittén tänker sig att länsstyrelserna ska vara den avtalsslutande parten, medan ” Kommittén föreslår också att Post- och telestyrelsen tar fram nationella riktlinjer för upphandlingarna. Riktlinjerna kan exempelvis behandla krav om att den som vinner upphandlingen för den avtalade tidsperioden ska äga och sköta driften av nätet, krav om en väl definierad avtalsperiod, krav om öppet och operatörsneutralt nät under och efter avtalsperioden oavsett ägare, samt överlåtelseprocedurer efter avtalets utgång för att säkra långsiktig driftsäkerhet och underhåll.”

Upphandlingsmyndigheten kan inte ur kommitténs betänkande utläsa i vilket avseende kommittén hade tänkt använda innovationsupphandling. Kommittén har inte heller under sitt arbete haft några kontakter med de tjänstemän inom Upphandlingsmyndigheten som arbetar med vägledning beträffande innovationsupphandling. Det förefaller därför oklart om kommittén verkligen syftar på att det är innovationsupphandlingar som ska genomföras eller om

Datum:
2017-03-22

Diarienummer:
UHM-2017-0037

kommittén snarare önskar upphandlingar där leverantörerna kan ta fram olika förslag för bredbandsanslutning.

Upphandlingsmyndigheten vill framhålla att upphandlingslagstiftningen ger goda möjligheter till förhandlingar mellan den upphandlande myndigheten och leverantörer, t.ex. genom upphandlingsformen konkurrenspräglad dialog. Möjligen kan emellertid upphandlingen behöva göras enligt lagen (2016: 1147) om upphandling av koncessioner. Samtidigt skall inte svårigheterna underskattas att göra upphandlingar av tjänster som sträcker sig över många år om den tekniska utvecklingen förändrar behov och användning.

Vidare förslår kommittén att "Post- och telestyrelsen får meddela föreskrifter i form av riktlinjer för ett nationellt förfrågningsunderlag som till delar ska kunna anpassas till regionala utvecklingsstrategier, regionala bredbandsstrategier samt andra regionala förutsättningar." Upphandlingsmyndigheten bedömer att det inte med nuvarande lagstiftning finns förutsättningar för PTS att kunna utfärda föreskrifter beträffande utformningen av förfrågningsunderlag vid offentliga upphandlingar. Med hänsyn till att de föreskrifter som kommittén föreslår att PTS ska få meddela avser kontraktsrättsliga förhållanden är det troligt att det rör det sig om sådana aspekter som omfattas av civilrätten (ref 8 kap. 2 § första stycket 1 regeringsformen). Detta bör dock inte utesluta att icke bindande vägledning tas fram för detta ändamål.

Upphandlingsmyndigheten ställer sig också frågande till varför PTS skulle behöva utfärda föreskrifter. I betänkandet står det "*Efter att fördelningen av den offentliga medfinansieringen lagts fast upphandlar länsstyrelsen investeringen av bredbandsnätet av den kommersiella aktören.*" Eftersom länsstyrelserna är statliga myndigheter får det antas att länsstyrelserna genomför dessa upphandlingar utifrån ett regeringsuppdrag. Likaså får antas att PTS skulle erhålla ett regeringsuppdrag att medverka. Det torde då stå regeringen fritt att i uppdragen reglera samarbete mellan länsstyrelser och PTS.

Vidare skriver kommittén att "*Regeringen förtydligar de regionala bredbandskoordinatörernas uppdrag, så att det framgår att dessa utgör kontaktpunkt gentemot aktörerna som ingår en upphandling.*"

Upphandlingsmyndigheten saknar kunskap om dessa regionala bredbandskoordinatörers nuvarande uppgifter och har därför svårt att förstå vad kommittén avser med sitt förslag. Myndigheten vill dock framhålla att en offentlig upphandling utmynnar i civilrättsliga avtal mellan en upphandlande myndighet och en eller flera leverantörer. Det är naturligt att det under avtalets löptid kan föras en dialog mellan avtalets parter. De regionala bredbandskoordinatörers roll

framstår som oklar i förhållande till de civilrättsliga avtalen som skulle komma att reglera leverantörernas uppdrag.

Kommittén föreslår vidare att PTS regeringsuppdrag som innebär att myndigheten ska upphandla telefonlösningar till de slutkunder som har haft telefoni men av någon anledning har blivit av med telefonin, s.k. SOT –upphandlingar, ska kvarstå. Dessa upphandlingar beskriver PTS översiktligt i uppföljningsrapporten för 2016 *Tillgång till telefoni och grundläggande internet*. Det framkommer därvid att dessa upphandlingar endast avser cirka 10 tidigare telefonabonnenter. PTS menar att tillkomsten av nya telefonitjänster på marknaden, och då främst tjänsten bredband via satellit i kombination med IP-telefoni, kommer rimligen få till följd att fler abonnenter kommer kunna få sina telefonbehov tillgodosedda av marknaden. PTS skriver *”Mot bakgrund av att fler kommersiella alternativ tillgängliggörs har PTS för närvarande valt att inte teckna något nytt ramavtal för upphandlad telefoni, utan använder sig av vad man betecknar som ett förenklat förfarande. Denna modell kan användas så länge värdet av de aktuella tjänsterna understiger ett visst belopp. PTS bedömer i dagsläget att beloppet inte kommer överskridas, men följer utvecklingen noggrant.”*

Det bör beaktas att kommittén förefaller vilja utöka PTS SOT-upphandlingar till *”de hushåll som saknar fast eller trådlöst bredband, de så kallade ”vita fläckarna”*. Det är rimligen betydligt fler än de 10-tal hushåll som tidigare varit anknutna till telefonnätet och som nu genom PTS försorg ges telefonförbindelse med t ex satellittelefon. Detta kommer således att helt ändra förutsättningarna för PTS uppdrag.

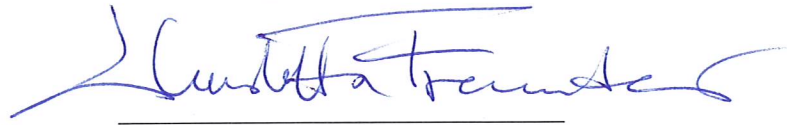
Upphandlingsmyndigheten konstaterar sammanfattningsvis att det utifrån kommitténs betänkande är svårt att få en klar bild av hur kommittén anser att ansvar och åtaganden beträffande hushålls- och företags bredbandsanslutningar ska fördelas mellan olika statliga myndigheter och hur samverkan ska ske. Upphandlingsmyndigheten anser att frågan behöver beredas ytterligare och att upphandlingsaspekterna därvid bör belysas ordentligt för att klargöra i vilken utsträckning dylika tjänster kan göras tillgängliga genom upphandling. Frågorna har en naturlig koppling till Upphandlingsmyndighetens verksamhet i form av utveckling av vägledningar eller annat stöd med hänsyn till behov hos olika målgrupper.

Datum:
2017-03-22

Diarienummer:
UHM-2017-0037

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Jurist Charlotta Frenander har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också chefsjurist Anders Asplund, segmentsansvarig Monica Sihlén och strateg Hans Jeppson deltagit.


Inger Ek


Charlotta Frenander