



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jeanette Åkerberg

Den offentliga maten

Om möjligheten för upphandlande myndighet att beakta djurskydd och miljöhänsyn vid livsmedelsupphandling

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: Period 1 HT 2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod och material	8
1.5 Disposition	12
2 DET UPPHANDLINGSRÄTTSLIGA UTGÅNGSLÄGET	13
2.1 Inledning	13
2.2 Grundläggande EU-rättsliga principer för offentlig upphandling	14
2.2.1 Icke-diskrimineringsprincipen	15
2.2.2 Likabehandlingsprincipen	15
2.2.3 Principen om ömsesidigt erkännande	16
2.2.4 Transparensprincipen	16
2.2.5 Proportionalitetsprincipen	16
2.2.6 Konkurrensprincipen	17
2.3 Avslutande kommentar	17
3 STRATEGISK UPPHANDLING	19
3.1 Inledning	19
3.2 Teoretiska målsättningar och förutsättningar	20
3.3 Genomförbarhet i praktiken	23
3.4 Avslutande kommentar	27

4	CENTRALA ASPEKTER FÖR LIVSMEDELSUPPHANDLING	30
4.1	Inledning	30
4.2	Leverantörsval och frågor kopplade till miljö	30
4.2.1	Förfrågningsunderlagets vikt beträffande krav på produkter	31
4.2.2	Att nå lokala producenter	32
4.2.3	En delad upphandling	33
4.2.4	Transport	34
4.3	Djurskyddsfrågan	34
4.3.1	Konkurrens på lika villkor i realiteten	35
4.4	Avslutande kommentar	36
5	EN HÅLLBAR UPPHANDLING	38
5.1	Inledning	38
5.2	Inverkan av EU-domstolens praxis	38
5.3	Miljöanpassad upphandling som styrmedel	39
5.4	Reella verkningar av en miljöanpassad upphandling	41
5.5	Miljökravens faktiska omfattning i offentlig upphandling	43
5.6	Avslutande kommentar	46
6	DEN FINSKA MODELLEN	48
6.1	Inledning	48
6.2	Innebörd	48
6.3	Potentiella konsekvenser – nationellt och internationellt	50
6.4	Avslutande kommentar	51
7	EFFEKTER TILL FÖLJD AV NY UPPHANDLINGSLAGSTIFTNING	55
7.1	Inledning	55
7.2	Inverkan på möjlighet till beaktande av djurskydd och miljö	55
7.2.1	Införande av nya principer och begreppet livscykel	56
7.2.2	Nya lagstiftningens reglering av miljöhänsynstagande	57

7.3	Avslutande kommentar	59
8	ANALYS OCH SLUTSATSER	61
8.1	Analys	61
8.2	Sammanfattande slutsatser	66
	BILAGA A	67
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	72
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	79

Summary

The new public procurement legislation that enter into force in January 2017, will to a greater extent focus on protecting public interests.

This essay addresses the possibility for contracting authorities to consider animal welfare and environmental considerations in public food procurement. Public procurement of food is particularly interesting to examine based on this new legislation. Food procurement largely covers the protection of public interests that has an enhanced space within the procurement law. Particularly the issues of environment and animal welfare.

With a recent Finnish decision in principle, food procurement has become a more acclaimed question. What makes it important in bringing this decision into the essay is its relationship to the fundamental EU law principles of public procurement. Particularly due to the fact that the Finnish government through this decision is interpreting the regulation in a way that from a Swedish point of view is contrary to the principles of public procurement.

By describing the preparatory work and enquiry leading up to the new procurement law, I intend to shed light on the conditions that contracting authorities enjoy, for enhanced animal protection and environmental considerations procurement.

Finally, the essay intends to provide the reader with an enhanced understanding of the importance of procurement contracts that value the protection of public interests. Furthermore, it is my intention and wish that this essay may contribute to the work on sustainable procurement and ultimately sustainable development.

Sammanfattning

I och med det ikraftträdande av en ny upphandlingslagstiftning i januari 2017 införs en reglering som i större utsträckning ämnar tillvarata skyddsvärda samhällsintressen.

Uppsatsen behandlar frågan om möjligheten för upphandlande myndighet att beakta djurskydd och miljöhänsyn vid livsmedelsupphandling. Offentlig upphandling av livsmedel är synnerligen intressant att granska utifrån denna nya lagstiftning. Livsmedelsupphandling omfattar i hög utsträckning de skyddsvärda samhällsintressen som fått förstärkt utrymme i upphandlingslagstiftningen, särskilt frågorna om miljöhänsynstagande och djurskydd.

Livsmedelsupphandling har även genom ett finländskt principbeslut kommit att bli en mer uppmärksammas fråga. Vad som gör principbeslutet aktuellt att inkludera i uppsatsen är dess förhållande till de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling. I synnerhet det faktum att Finlands regering genom införande av detta beslut handlar på ett sätt som från svenskt håll menas stå i strid med de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Genom att gå igenom förarbeten och utredningar till den nya upphandlingslagstiftningen ämnar jag belysa de förutsättningar som upphandlande myndigheter åtnjuter, till ett förstärkt djurskydds- och miljöhänsynstagande upphandlingsförfarande.

Avslutningsvis ämnar uppsatsen ge läsaren en förstärkt insikt i vikten av ett upphandlingsförfarande som värnar om skyddsvärda samhällsintressen. Vidare är förhoppningen att uppsatsen kan verka bidragande i arbetet mot en hållbar upphandling och i slutändan en hållbar utveckling.

Förord

*Till L,
för längre än för alltid.*

Det är utan att dela Hemulens känsla av fulländningens vemod som jag skriver dessa rader. Jag känner enbart en ofantlig stolthet och glädje över att ha nått hit.

Jag vill främst tacka min eminenta handledare Henrik Norinder som outröttligt alltid funnits till hands. Jag hade inte kunnat önska mig en bättre handledare. Det finns många som förtjänar ett tack men Mathilda är den som förtjänar det största. Jag riktar även min tacksamhet till de som korrekturläst och med sin tid och klokhets bidragit till en bättre uppsats.

Slutligen vill jag tacka Starbucks på Norrlandsgatan 13. Utan er caramel macchiato och de bästa skrivplatserna Stockholm kanske har att erbjuda, hade uppsatsen både tagit längre tid och inte varit lika rolig att skriva.

Stockholm, den 27 december 2016.

Jeanette Åkerberg

Förkortningar

BNP	Bruttonationalprodukt
Dir	Direktiv
EU	Europeiska Unionen
EUF	Fördraget om den Europeiska unionen
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
Prop	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Regleringen av offentlig upphandling står under omfattande strukturomställningar och därtill medföljande förändringar. Samtidigt blir frågan om miljöhänsyn, och arbetet mot att minska människans klimatpåverkan, allt mer angelägen att verka för.¹

Skyddsvärda samhällsintressen utöver den ekonomiska vinningen har fått mer utrymme i upphandlingslagstiftningen, något som ytterligare stärker uppfattningen om att det blivit mer angeläget att upprätthålla en hållbar upphandling av livsmedel.²

Vad som kan konstateras är att det föreligger ett stort intresse bland lagstiftare, upphandlande myndighet och anbudsgivare att tolka och få klarlagt hur ett mer innovativt och miljöanpassat upphandlingsförfarande ska kunna genomföras, utifrån det ramverk som EU-lagstiftningen utgör. Det har kommit att bli en prioriterad fråga att upphandla strategiskt³. Det centrala i strävan att uppnå detta blir att från politiskt håll tillhandahålla en harmoniserad lagstiftning som med specifika riktlinjer klargör de förutsättningar som finns för både upphandlande myndighet och anbudsgivare att upphandla strategiskt.⁴

Den nya upphandlingslagstiftningen, som baseras på 2014 års upphandlingsdirektiv⁵, träder i kraft i januari 2017. De upphandlande

¹ KOM (2008) 400 slutlig, s. 10. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0400&from=EN> Besökt den 12 december 2016.

² Se: <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/arsredovisning-2015.pdf> Besökt den 12 december 2016.

³ Med begreppet strategisk upphandling menas en upphandling som avser att skapa förutsättningar för ett hänsynstagande bortom den ekonomiska vinningen. Jfr. Hettne (2013) s. 238.

⁴ SOU 2013:12, s. 404–405.

⁵ Dir. 2014/24/EU.

myndigheterna erhåller i och med detta både en förstärkt möjlighet och skyldighet att beakta miljöhänsyn vid offentlig upphandling.⁶

Frågan är hur framgångsrikt en strategisk offentlig upphandling i praktiken kan bli, då utrymmet att beakta miljöhänsyn och djurskydd fortsatt ytterst regleras utifrån de uppsatta ramar som följer av EU:s regelverk och de däri medföljande grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling.⁷

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att utreda och analysera hur Sverige vid offentlig upphandling av livsmedel förhåller sig till de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling, främst åsyftat principerna om likabehandling, icke-diskriminering och principen om ömsesidigt erkännande. Detta specifikt i förhållande till frågorna om miljöhänsyn och djurskydd.

Avsikten är att ge läsaren en bild över hur upphandlande myndigheter, i ett samhälle som i större utsträckning eftersträvar närproducerade och ekologiska produkter, agerar för att i uppfyllandet av denna strävan inte ställa allt för långtgående krav som strider mot de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling. De upphandlande myndigheternas möjligheter att upphandla strategiskt, på ett sätt som fokuserar på intressen utöver den ekonomiska vinningen, utgör en central del av uppsatsen.

Slutligen kommer även redogöras för vilken påverkan det nya regelverket för offentlig upphandling, som träder i kraft januari 2017, beräknas kunna få på upphandlingsförfarandet i förhållande till berörda frågeställningar.

Uppsatsens centrala frågeställningar är:

⁶ Prop. 2015/16:195, s. 1.

⁷ Hettne (2013), s. 238.

- Hur långtgående krav kan vid livsmedelsupphandling ställas utifrån djurskydds- och miljöhänsynsperspektiv avseende förenligheten med de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling?
- Hur vidsträckt är möjligheten i realiteten för den upphandlande myndigheten att upphandla strategiskt?
- Vilka effekter beräknas följa i och med ikraftträdandet av den nya upphandlingslagstiftningen?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen kommer att granska livsmedelsupphandling ur ett Sverige-perspektiv med svenska förhållanden i fokus och EU-rätten kommer omfattas i den utsträckning som anses nödvändig i uppfyllandet av detta.

Uppsatsen behandlar livsmedelsupphandling utifrån ett djurskydds- och miljöhänsynstagande perspektiv. Huvudsakligen avses offentlig upphandling av produkter och inte offentlig upphandling av tjänster. Skälet att jag inte tar upp tjänsteupphandlingar är att livsmedelsupphandling i princip bara berör upphandling av varor. Uppsatsen riktar enbart in sig på upphandlingsdirektiven och dess inbegripna reglering i förhållande till djurskydds- och miljöfrågan. Andra skyddsvärda samhällsintressen, såsom till exempel social hänsyn, kan förekomma vid uppräknade av samhällsintressen som i direktiven finns inbegripna och däri anses skyddsvärda. I övrigt medtages inte andra aspekter på hänsynstagande i upphandlingsförfarandet. Delvis på grund av att detta skulle påverka den tydliga koppling som finns mellan djurskydds- och miljöfrågan vid livsmedelsupphandling och delvis på grund av utrymmesskäl. Att inkorporera fler skyddsvärda intressen skulle bidra till en diskontinuerlig redogörelse och har därför valts att exkluderas.

1.4 Metod och material

Uppsatsen ämnar besvara frågan om i vilken utsträckning upphandlande myndigheter har möjlighet att beakta djurskydds- och miljöhänsyn i upphandlingsförfarandet. I besvarandet av detta är det inte tillräckligt att endast begagna sig av en juridisk metod. Sandgren menar att det finns olika aspekter på frågan om vad som ska inbegripas i begreppet metod. Metodlärnan kan användas som samlingsbegrepp och åsyfta besvarandet av frågan hur juridik ska bedrivas. I en rättsvetenskaplig framställning menar Sandgren dock att metoden vanligtvis berör tillvägagångssättet vilket författaren begagnat sig för att finna relevant material. Alltså juridisk metod som reglering beträffande hur rättsligt material kan och bör användas.⁸

Det krävs ett invägande av både den rättsdogmatiska metoden, en EU-rättslig metod och även av en rättsociologisk aspekt för att göra uppsatsens frågeställningar rättvisa. Vidare görs en jämförelse till ett finländskt principbeslut.

Den rättsdogmatiska metoden är en något kontroversiell metod som det råder delade meningar om. Metoden har dock som disciplin sedan länge inverkat på vår samhällsutveckling och utgör en länk mellan den strikta lagtolkningen och den mer fristående rättspolitiska argumentationen som förekommer i den juridiska debatten.⁹ I besvarandet av uppsatsens frågeställningar spelar metoden därför en avgörande roll. Den rättsdogmatiska metoden går förenklat beskrivet ut på att med stöd i de allmänt accepterade rättskällorna besvara rättsliga problem. Att således med stöd i lagtext, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin söka svar på ett rättsligt problem.¹⁰ Metoden kan vidare användas vid framställandet av kritik gentemot det befintliga rättsläget eller vid förslag om dess förändring. Ett alternativt namn föreslaget för att pedagogisk återge vad metoden innebär är *rättsanalytisk metod*, eftersom den rättsdogmatiska metoden huvudsakligen går ut på att analysera rätten och dess olika

⁸ Sandgren 2004/05, s. 308.

⁹ Kleineman (2013), s. 44.

¹⁰ Kleineman (2013), s. 21.

dimensioner. Rättsdogmatiken agerar något av en brytpunkt mellan tillämpning och vetenskap, och åtnjuter sin säregna karaktär som sambandet i det konkreta tillämpandet av den abstrakta lagregeln.¹¹

Då uppsatsens berörda problemområde specifikt utgör något av ett praxislöst område, krävs det mer av mig som författare i upprättandet av en korrekt och nyanserad genomgång. Med stöd i ett analogitolkande perspektiv har viss rättspraxis, som anses vägledande för rättstillämpning och tolkning, således medtagits. Till skillnad från lagar och prejudicerande rättspraxis som åtnjuter en formell auktoritet har uppsatsen till stora delar baserats på lagförarbeten, doktrinen och offentligt tryck¹². Kleineman framhåller att lagförarbeten i form av propositionsuttalanden i vissa fall har tillmätts formell auktoritet. I andra fall har denna rättskälla värderats likställt doktrinen, dock givet något mer omfattande tilltro än ett genomsnittligt doktrinuttalande. Doktrinens auktoritet vilar uteslutande på dess inbördes förmåga, att övertyga genom kraften i de argument som framförs.¹³

Den EU-rättsliga metoden åtnjuter sin relevans då offentlig upphandling regleras utifrån ett av EU upprättat primär- och sekundärrättsligt regelverk. Genomgången inkluderar även EU-domstolens rättspraxis samt rättsakter såsom riktlinjer och meddelanden från EU:s institutioner. EU-rätten utgör en autonom rättsordning och metoden bör därför mer korrekt beskrivas som ett tillvägagångssätt i hanterandet av EU-rättsliga källor. Metoden beskrivs utifrån en svensk rättstillämpares perspektiv, något som anstår uppsatsens utgångspunkt i ett Sverige-perspektiv. Utgångsläget är hur EU-rättsliga källor bör tolkas och tillämpas nationellt i Sverige.¹⁴ EU-rätten innefattar två delar; en EU-rättslig nivå och en nationell nivå bestående av medlemsstaternas nationella rättsordningar.¹⁵ De primärrättsliga bestämmelserna som reglerar den fria rörligheten på inre marknaden, de grundläggande EU-rättsliga

¹¹ Kleineman (2013), s.24–26.

¹² Jfr. Trolle Önners och Wenander (2016), s. 70–71.

¹³ Kleineman (2013), s. 28.

¹⁴ Reichel (2013), s. 109.

¹⁵ Hettne och Bergström (2014), s. 391.

principerna för offentlig upphandling och sekundärrättsliga rättsakter såsom upphandlingsdirektivet utgör centrala delar i besvarandet av uppsatsens frågeställningar.

Då uppsatsen inriktar sig på aspekterna om djurskydds- och miljöhänsynstagande i livsmedelsupphandling, frågor som ur ett perspektiv som beaktar skyddsvärda samhällsintressen är högst aktuella, anses uppsatsen i hög omfattning beröra relationen mellan rätt och samhälle. Rättssociologin skiljer sig från den normativa rättsdogmatiska vetenskapen genom att dess tillämpning baseras på teoretiska antaganden och empirisk erfarenhet istället för normativt erkända rättskällor.¹⁶

Uppsatsens olika aspekter medför att dessa olika metoder utgör komplement till varandra, de bildar gemensamt en helhet som besvarar frågeställningarna. Belysandet av hur rättsbildningen och rättstolkningen påverkas av samhällsförhållanden är det som gör rättssociologin till rättsvetenskap. Det handlar ytterst om att lägga ett externt perspektiv på rätten, att ställa sig frågan om varför, istället för frågan om hur. I praktiken påverkas rättsanvändningen av en rad faktorer bortsett från den strikt juridiska.¹⁷ Det är dessa faktorer som blir intressanta att beakta i besvarandet av frågeställningarna. Det är inte tillräckligt att uteslutande förlita sig på kunskap från rättsliga texter, det är först i samband med kontexten i vilken rätten appliceras som frågan kan få sitt svar.¹⁸

Utifrån den doktrin som använts har Hettnes redogörelse om strategisk upphandling i *Ett konkurrenskraftigt EU till rätt pris* varit särskilt användbar, både som framställning men även som inspiration för vidare utredningsarbete.

För att kunna få en inblick i hur myndigheterna i Finland och Sverige arbetar med frågorna har jag gjort en telefonintervju¹⁹ och även haft en

¹⁶ Hydén (2013), s. 207.

¹⁷ Hydén (2013), s. 208–209.

¹⁸ Hydén (2013), s. 208.

¹⁹ Telefonintervju med Monica Sihlén, den 10 oktober 2016.

mailkonversation²⁰. Vilket har tillfört betydelsefull information för frågeställningarnas besvarande. Denna typ av källor kan metodologiskt anses som ett bekymmer då de inte är rättskällor i korrekt bemärkelse. Hänvisning kan göras till mailkonversationen och vidare har telefonintervjun nedtecknats och godkänts. Sammantaget anses källorna ändå så pass tillförlitliga att de inkluderats i uppsatsen, delvis på grund av deras informativa samstämmighet med vad som framkommit från andra källor och delvis då båda källorna utgör praktiserande jurister specialiserade på offentlig upphandling.

Slutligen om jämförelsen till det finländska principbeslutet. Att tillskriva uppsatsen en komparativ karaktär skulle vara att ge en missvisande bild. Inkluderandet av det finska principbeslutet ämnar dock jämföra den svenska respektive finska ståndpunkten i frågan om hur pass långtgående krav som får ställas med hänsyn till djurskydds- och miljöfrågan i livsmedelsupphandling, i ett försök att belysa de likheter och skillnader mellan rättssystemen. Att två länder med likvärdiga rättsliga utgångspunkter kommer till så pass olika beslut som Sverige och Finland gjort i denna fråga, gör jämförelsen i denna mening värdefull. Detta innefattar dock inte att en komparation anses genomförd beträffande ländernas fullständiga rättssystem, utan endast en jämförelse beträffande ställningstagandet i denna specifika fråga.²¹

Sista veckan i december 2016 presenterades nya uppdaterade hållbarhetskriterier för livsmedel från Upphandlingsmyndigheten. Dessa uppdaterade kriterier utgör ytterligare förtydliganden beträffande den upphandlande myndighetens möjligheter till kravställande vid livsmedelsupphandling. Ambitionen från Upphandlingsmyndighetens sida är att fortsatt under 2017 jobba vidare med verifikat kopplat till hållbarhetskriterierna. Upphandlingsmyndigheten har även tagit fram en leverantörsförsäkran som ämnar medföra möjlighet för säljare att på

²⁰ Mailkonversation med J.T, Finlands kommunförbund, rådgivningsenheten för offentlig upphandling, 10 oktober 2016. Se: Bilaga A.

²¹ Valguarnera (2013), s. 141–142.

artikelnivå intyga om vilka kriterier deras produkt uppfyller.²² Det sena inkommandet av dessa uppdaterade kriterier har dock medfört att jag inte har haft möjlighet att ta hänsyn till dessa i uppsatsen.

1.5 Disposition

Utöver inledningen består uppsatsen av sju kapitel. För att läsaren ska kunna tillgodogöra sig uppsatsen på bästa sätt redogörs i kapitel två för de grundläggande EU-rättsliga principer som ligger till grund för all offentlig upphandling. Kapitel tre innehåller en detaljerad redogörelse över innebörden av en strategisk upphandling och vilka förutsättningar som i praktiken föreligger för detta, med stöd i EU-lagstiftning och praxis från EU-domstolen. I kapitel fyra berörs mer specifikt livsmedelsupphandling och de centrala aspekter som aktualiseras däri. Därefter följer i kapitel fem en genomgång av en hållbar upphandling, och besvarandet av frågan hur offentlig upphandling ska kunna användas som styrmedel i miljöfrågan och kampen mot klimatförändringarna. Kapitel sex innehåller en komparation till ”den finska modellen”, ett principbeslut beträffande miljöhänsynstagande och djurskyddsfrågan som är aktuellt att granska i förhållande till Sveriges ställningstagande till i uppsatsen ställda frågeställningar. Nästkommande kapitel sju tar upp de eventuella effekter som beräknas följa av den nya upphandlingslagstiftningen som träder i kraft i januari 2017. Slutligen i kapitel åtta följer en analys och sammanfattande slutsatser.

Varje kapitel avslutas med en kommentar. Syftet med detta är att läsaren sammanfattningsvis efter varje kapitel ska få med huvuddragen av textens innebörd, i komprimerad form, för att ha med sig i den vidare läsningen. Kommentarererna består både av det i kapitlet presenterade materialet och mina egna reflektioner till följd av detta.

²² Se: <http://upphandling24.se/livsmedelskriterierna-uppdaterade/> Besökt den 28 december 2016.

2 Det upphandlingsrättsliga utgångsläget

2.1 Inledning

Varje år upphandlar den offentliga sektorn för en signifikant del av ekonomin. I Sverige beräknades beloppet år 2015 uppgå till cirka 630 miljarder kronor, vilket motsvarar närmare 20 procent av landets bruttonationalprodukt (BNP).²³ Med begreppet offentlig upphandling åsyftas den process då offentliga myndigheter eller enheter anskaffar varor eller tjänster.²⁴ Privata aktörer- och leverantörer ges möjlighet att via ett anbudsförfarande konkurrera om kontraktstilldelning.²⁵ Den offentliga upphandlingen är reglerad på europeisk nivå och som medlemsstat inom EU åläggs Sverige att tillgodose de krav och regler som följer av EU:s upphandlingsdirektiv²⁶. Detta efterföljs av Sverige genom lag (2007:1091) om offentlig upphandling²⁷ vars bestämmelser har sin utgångspunkt i åsyftat direktiv.²⁸

Offentlig upphandling utgör en del av de sekundärrättsliga bestämmelser som är till för att på EU:s inre marknad tillvarata den fria rörligheten för främst varor och tjänster.²⁹ Regleringens syfte är vidare att säkerställa och skapa förutsättningar för att offentliga inköp, inom EU-samarbetet, upprätthåller och främjar en god konkurrens. Detta för att tillförsäkra att offentliga medel används på optimalt sätt samt att se till att offentliga kontrakt inom EU tilldelas rättvist, utan risk för slutna marknader och slöseri med allmänna medel.³⁰

²³ Se: <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/arsredovisning-2015.pdf> Besökt den 5 oktober 2016.

²⁴ Bergman (2011), s. 13.

²⁵ Hettne (2013), s. 237.

²⁶ Dir. 2004/18/EG – (Upphandlingsdirektivet), numera direktiv 2014/24/EU (Upphandlingsdirektivet, gällande rätt idag).

²⁷ Vidare hänvisat till som LOU.

²⁸ Bergman (2011), s. 14.

²⁹ Hettne (2013), s. 239. Se även artikel 34 FEUF.

³⁰ Bergman (2011), s. 14.

Utöver det centrala intresset att främja en sund och effektiv konkurrens på marknaden har det på senare år blivit allt mer aktuellt att i högre utsträckning främja beaktandet av miljö- och sociala aspekter.³¹ Som betydande aktör på marknaden medföljes, för den offentliga sektorn, även utökade krav på områden utöver den ekonomiska vinningen. Genom införandet av bestämmelsen 1kap 9 a§ LOU, vars lydelse följer: ”Upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.”, får miljöfrågor och även sociala frågor mer utrymme i upphandlingsförfaranden.³²

2.2 Grundläggande EU-rättsliga principer för offentlig upphandling

I samtliga situationer då en upphandlande myndighet riktar sig till marknaden i syfte att tillgodose ett behov, ska fem grundläggande principer beaktas. Dessa principer³³ om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande och transparens samt proportionalitet utgör centrala grundpelare för offentlig upphandling. De är gällande under hela förfarandet, oavsett upphandlingens värde.³⁴Principerna är primärt till för att stärka konkurrensen på marknaden och för att en öppenhet och objektivitet ska råda. Vidare är de upprättade för att se till att samtliga leverantörer, oavsett nationell hänförlighet, ska ges samma konkurrensvillkor. Det får inte förekomma lojalitet gentemot inhemska leverantörer och valet av leverantör ska baseras enbart på rent affärsmässig grund, med varan eller tjänstens kvalitet i fokus.³⁵

Det har efter antagandet av 2014 års upphandlingsdirektiv diskuterats om konkurrensprincipen ska utgöra en sjätte grundprincip.³⁶ Konkurrensaspekten

³¹ Se: <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/arsredovisning-2015.pdf> Besökt den 5 oktober 2016.

³² Braic (2012), s. 4.

³³ Se: 1kap 9§ LOU.

³⁴ Bergman (2011), s. 49.

³⁵ Se: <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/> Besökt den 7 oktober 2016.

³⁶ Se: <http://upphandling24.se/dom-bekraftar-eus-konkurrensprincip/> Besökt den 10 oktober 2016. Se vidare dom: KamR 4816–13, från kammarrätten i Göteborg.

har åtnjutit ett centralt utrymme i artikel 18.1 i upphandlingsdirektivet. Principens position är omstridd och ännu inte klarlagd.³⁷ Dess innehåll anses oavsett kunna bidra till ytterligare klarhet, av vikt för i uppsatsen ställda frågeställningar, och kommer därför kortfattat att inkluderas i genomgången.

2.2.1 Icke-diskrimineringsprincipen

I denna princip framgår förbudet att diskriminera leverantörer grundat på nationalitetstillhörighet.³⁸ Denna princip utgör en av utgångspunkterna i EUF-fördragets bestämmelser om fri rörlighet och kan anses innehålla ett av de mest centrala skyddsintressena.³⁹ Krav som endast inhemska företag beräknas känna till eller ha möjlighet att uppfylla, är förbjudna för den upphandlande myndigheten att ställa. Detta oavsett om den upphandlande myndigheten inte förväntar sig anbud från utländska leverantörer, ett konstaterande som även är fastslaget genom EU-domen *Beentjes*^{40, 41}.

2.2.2 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen kan beskrivas som en vidareutveckling av icke-diskrimineringsprincipen och ska ytterst verka för en konkurrensneutralitet.⁴² Under samtliga skeenden av upphandlingen ska leverantörerna ges samma förutsättningar.⁴³ Leverantörerna ska ges tillgång till samma information och ställda krav i förfrågningsunderlaget, för den aktuella upphandlingen, ska tillämpas lika på samtliga leverantörer. Om information av vikt för samtliga potentiella leverantörer uppkommer efter en fråga av en leverantör, har

³⁷ Se: http://www.nohr-con.com/se/news_se/offentlig_upphandling/sa_bor_konkurrensprincipen_inforas_i_nya_lo_u Besökt den 10 oktober 2016.

³⁸ <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/upphandlingsprinciperna/> Besökt den 11 oktober 2016.

³⁹ Bergman (2011), s.49.

⁴⁰ Mål C-31/87, *Beentjes*.

⁴¹ <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/upphandlingsprinciperna/> Besökt den 11 oktober 2016.

⁴² Bergman (2011), s. 50.

⁴³ Se: <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/upphandlingsprinciperna/> Besökt den 11 oktober 2016.

således den upphandlande myndigheten som skyldighet att även delge de övriga leverantörerna denna information.⁴⁴

2.2.3 Principen om ömsesidigt erkännande

Denna princip medför att intyg, licenser eller certifikat som utfärdats av en medlemsstats myndighet, för att styrka kvalifikationer för en potentiell leverantör, ska gälla i samtliga EU- och EES-länder.⁴⁵

2.2.4 Transparensprincipen

Principen baseras på likabehandlingsprincipens grundvärderingar om öppenhet och likvärdigt informationsutbyte.⁴⁶ Förfrågningsunderlagets förutsättningar och innehåll samt vad myndigheten efterfrågar ska vara tydligt klarlagt. Vidare ska även samtliga leverantörer som deltagit i anbudsförfarandet delges slutliga resultat.⁴⁷

2.2.5 Proportionalitetsprincipen

Av denna princip följer att de krav och kvalifikationer som ställs på leverantörerna måste vara proportionerliga i förhållande till det som ska upphandlas.⁴⁸ Åtgärder utöver vad som anses ändamålsenligt eller nödvändigt i den aktuella upphandlingen får inte vidtas från den upphandlande myndigheten.⁴⁹

⁴⁴ Bergman (2011), s.50–51.

⁴⁵ Bergman (2011), s. 51.

⁴⁶ Bergman (2011), s.51.

⁴⁷ Se: <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/upphandlingsprinciperna/> Besökt den 11 oktober 2016.

⁴⁸ Bergman (2011), s. 50.

⁴⁹ Se: <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/upphandlingsprinciperna/> Besökt den 11 oktober 2016.

2.2.6 Konkurrensprincipen

I 2014 års upphandlingsdirektiv har konkurrensfrågan lyfts fram avsevärt och uttryckligen medtagits i dess lydelse. Frågan om konkurrensaspekten på offentlig upphandling och dess position som grundprincip har kommit att bli mer aktuell att ställa. En redogörelse över dess innebörd känns därför lämplig.

Vad som framgår av artikel 18.1 i upphandlingsdirektivet är att en upphandling inte får utformas på ett sådant sätt som kan anses syfta till att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Denna konstgjorda begränsning av konkurrensen skulle till exempel anses uppnådd om en viss ekonomisk aktör antingen favoriserats eller missgynnats, på ett otillbörligt sätt.⁵⁰

2.3 Avslutande kommentar

Dessa grundläggande principer ger på ett kort och koncist sätt en bild över ramen för den inre fria marknaden och där innefattat offentlig upphandling. Med dessa principer som ramverk ges en konkret möjlighet att reglera myndigheternas handlingsutrymme. Principerna kan verka vägledande och styra länderna i en för EU önskvärd riktning. De bidrar sammantaget till att upprätthålla tydliga förutsättningar på marknaden.

Konkurrensprincipens inkluderande i artikel 18.1 upphandlingsdirektivet anser jag utgör en vägledande markering från Europeiska Rådet. Genom att införa principen i artikeltexten fastslås konkurrensfrågans position som en del av deras viktigaste skyddsintressen. Inkluderandet talar starkt för deras strävan att ytterligare stärka upprätthållandet av en sund och välfungerande öppen marknad där aktörer kan konkurrera på lika villkor.

Vad som vidare blir relevanta frågor att ställa är hur dessa grundläggande principer, i praktiken påverkar möjligheten för de offentliga myndigheterna att beakta skyddsvärda samhällsintressen vid offentlig upphandling. Hur pass

⁵⁰ Artikel 18.1 i direktiv 2014/24/EU.

vidsträckt är då egentligen möjligheten för de upphandlande myndigheter att upphandla strategiskt. Detta kommer att utredas i nästkommande kapitel.

3 Strategisk upphandling

3.1 Inledning

Enligt Hettne förekommer allt fler indikationer på att intressen utöver den ekonomiska vinningen fått en mer central roll i den offentliga upphandlingen. Den offentliga upphandlingens nuvarande roll som betydande ekonomisk aktör väcker intresse och har även skapat förutsättningar för att offentlig upphandling kan användas som ett styrmedel, för att få den inre marknaden att regleras i enlighet med politiska preferenser på ett effektivt sätt. Ett praktiskt exempel där detta gestaltas är Europa 2020-strategin⁵¹, i vilken offentlig upphandling nyttjas för att i högre utsträckning främja andra samhällseliga mål än de av ekonomisk art. Kommissionen eftersträvar med detta att myndigheter utökat ska ges möjligheten att ställa miljömässiga- och sociala krav under upphandlingsförfarandet och upphandla strategiskt.⁵²

Artiklarna 8–11 i EUF-fördraget stärker vidare vilken utökad roll dessa samhällsintressen fått inom upphandlingsförfarandet. I EUF-fördragets artikel 11 berörs särskilt frågan om miljöhänsyn och hur miljöskydds krav ska inkorporeras i unionens verksamhet och politik, ytterst i strävan mot en hållbar utveckling. Denna precisering som görs i artikel 11 i EUF-fördraget, ger uttryck för samstämmighetsprincipen som framgår av artikel 7 FEUF. Av principen följer att hänsyn till miljöpolitiska målsättningar ska säkerställas och beaktas i alla verksamhetens delar.⁵³

Den strategiska upphandlingen ämnar skapa förutsättningar för hänsynstagande utöver den ekonomiska vinningen, inom upphandlingens ramar. Frågan som uppstår är dock hur framgångsrikt detta kan genomföras i

⁵¹ KOM (2010) 2020 slutlig. Se: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:EN:PDF> Besökt den 17 oktober 2016.

⁵² Hettne (2013), s. 237.

⁵³ Hettne (2013), s. 249–250.

praktiken då hänsynstagande till EU:s regelverk i övrigt alltid måste innefattas i beräkningen, särskilt då åsyftat de grundläggande principerna.⁵⁴

3.2 Teoretiska målsättningar och förutsättningar

I EU-kommissionens förslag⁵⁵ till ändring av 2004 års upphandlingsdirektiv⁵⁶ framförs att syftet med det nya direktivet är att, med grundförutsättningarna i artikel 11 FEUF och samstämmighetsprincipen, klargöra hur den upphandlande myndigheten i förfarandet ska kunna bidra i arbetet mot en hållbar utveckling. Direktivet ska förtydliga hur de upphandlande myndigheterna ska förena sin ursprungssträvan att kombinera kvalitet och pris på bästa sätt i sina kontrakt, med strävan att värna om miljön genom främjandet av en hållbar utveckling.

Kommissionen menar att de upphandlande myndigheterna, genom klargörandet av detta nya kombinerade förhållningssätt, ges samtliga instrument behövliga för att målen uppsatta i Europa 2020-strategin ska kunna uppnås. Enligt förslaget bör den offentliga upphandlingen nyttjas på ett sätt som bejakar innovation maximalt, då innovationen anses utgöra en av de viktigaste drivkrafterna för tillväxt. Målbilden som upprättats innebär att de upphandlande myndigheterna ska använda sin makt och upphandla de varor och tjänster som starkast främjar innovationen, samtidigt som de respekterar miljön och aktivt arbetar mot klimatförändringarna. Leverantörsvalet ska även ta hänsyn till hur omfattande arbete som utförs i stärkandet av sysselsättningen och folkhälsan samt till vilken grad de sociala villkoren beaktas.⁵⁷

⁵⁴ Hettne (2013), s. 238.

⁵⁵ KOM (2011) 896 slutlig. Se: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:SV:PDF> Besökt 17 oktober 2016.

⁵⁶ Dir. 2004/18/EG.

⁵⁷ Hettne (2013), s. 251–252.

Problematiken uppstår först när denna målbild ska appliceras på de grundförutsättningar som vidmakthålls genom EU:s upphandlingsdirektiv. Kommissionen presenterar under ingressens skäl (1)⁵⁸ till sitt förslag de grundförutsättningar som måste efterföljas under upphandlingsförfarandet, med hänsyn till de grundläggande EU-principerna för offentlig upphandling och även den fria rörligheten för varor och tjänster:

” Offentlig upphandling av eller för medlemsstaternas myndigheter måste överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, särskilt om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, bland annat om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. För offentliga kontrakt över ett visst värde bör dock bestämmelser fastställas om samordning av nationella upphandlingsförfaranden för att se till att dessa principer omsätts i praktiken och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.”⁵⁹

Med dessa kontradiktoriska intressen vägda mot varandra kan frågan ställas huruvida de upphandlande myndigheterna i praktiken har förutsättningarna för att rättfärdiga och genomföra ställandet av utökade miljökrav, inom ramen för det upphandlingsrättsliga regelverk som de ytterst har att förhålla sig till.

De regler som är upprättade i syfte att bevara en stabil inre marknad, både fördragsbestämmelserna och sekundärrätten, ämnar idag att täcka in flertalet skyddsvärda samhällsintressen. Fler än de som avser en effektiv konkurrens på den inre marknaden. En central artikel att ta hänsyn till i denna fråga är artikel 114.3 FEUF som ålägger kommissionen att förslag som innefattar frågor om hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd, också ska grunda sig på en motsvarande hög skyddsnivå. Det ställs krav på att direktiv eller förordningar som tar stöd av artikel 114, tillförsäkrar sig upprätthållandet av

⁵⁸ KOM (2011) 896 slutlig, s.14. Se: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:SV:PDF> Besökt den 17 oktober 2016.

⁵⁹ KOM (2011) 896 slutlig, skäl (1), s. 14. Se: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:SV:PDF> Besökt den 17 oktober 2016.

en hög miljöskyddsnivå, utöver garanterandet av att fri rörligheten på den inre marknaden råder.

EU-domstolen har i sin praxis, utifrån dessa avväganden och jämkningar mellan frihandelsintresset och andra samhällsintressen, upprättat ett slags ”regelpaket” som ämnar ge uttryck för hanteringen av dessa olika intressen sammanvägt. Detta paket består både av rättspraxis och sekundärrätten, och samtliga medlemsstater har därför att förhålla sig till detta vid frågor om åtgärder som berör den fria rörligheten på EU:s inre marknad.⁶⁰

Upphandlande myndigheter utgör en integrerad del av medlemsstaten, sett ur ett unionsperspektiv, och lyder under den upprättade EU-rätten till fullo. Något upphandlingsdirektiv kan därför inte möjliggöra ställandet av miljökrav eller dylikt på en nivå som går utöver den av EU upprättade lagstiftningen. Att en upphandlande myndighet, i sin strävan att upphandla strategiskt, skulle ges möjlighet att ställa krav utöver de nivåer som ytterst begränsas av EU-rätten kan därför starkt ifrågasättas. Genomförandet av en mer omfattande strategisk upphandling, i enlighet med målbilden i Europa 2020-strategin bör endast vara möjlig inom de ramar som ytterst tillåts av de grundläggande principiella begränsningar som ovan redogjorts för.^{61.62}

För att objektivt kunna genomföra jämförelser mellan medlemsstaterna inom EU-samarbetet och även för att kunna möjliggöra förslag om mål på detaljnivå, krävs att det för upphandlingen berörda produktgrupper upprättas gemensamma kriterier för en miljöanpassad upphandling.⁶³

⁶⁰ Hettne (2013), s.252–253.

⁶¹ Se kapitel 2.

⁶² Hettne (2013), s. 254.

⁶³ KOM(2008) 400 slutlig, s. 10. Se: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0400&from=EN> Besökt den 14 november 2016.

3.3 Genomförbarhet i praktiken

Det bör omnämnas att EU-rätten i sig ger relativt vidsträckta möjligheter för de upphandlande myndigheterna att vidta hänsyn utöver ekonomiska intressen. Förvisso måste denna integration av miljöskyddsaspekter inkludera unionsperspektivet och den politik som därav följer. Vid uppställandet av miljökrav bör därför särskilt tre omständigheter beaktas:⁶⁴

- *”Sociala krav och miljökrav kan integreras i föremålet för upphandlingen.*
- *Sociala krav och miljökrav är mindre problematiska om de överensstämmer med EU:s regler och intentioner i övrigt.*
- *Sociala krav och miljökrav bör ställas på ett sätt som möjliggör gränsöverskridande konkurrens mellan anbudsgivare i hela EU.”*⁶⁵

Utöver att den fria rörligheten för varor och tjänster och den fria etableringsrätten måste respekteras, föreligger ingen reglering angående de varor eller tjänster som ska upphandlas. Avgörande för de upphandlande myndigheternas möjlighet att upphandla strategiskt tycks mer bero på hur de formulerar sig i förfrågningsunderlaget. Omfattande avgränsningar beträffande önskvärd produkt eller tjänst kan vara fullt legitimt, utan att det betraktas som ett otillåtet handelshinder. För att exemplifiera detta tydligare ska ett praktiskt exempel anges:

En upphandling av sylt till en skolbispisning kan preciseras till ett visst bär eller sort, till exempel hallonsylt. Detta oavsett om Sverige skulle vara ensamt land inom EU med möjligheten att producera hallon.

En sådan specificering skulle komma att avgränsa marknaden till leverantörer endast inom Sverige, men inom acceptansens ramar. Om det i förfrågningsunderlaget för upphandlingen däremot skulle formuleras som så,

⁶⁴ Hettne (2013), s. 255.

⁶⁵ Hettne (2013), s. 255.

att hallonsylten som ska upphandlas endast får vara svensk sylt, då har acceptansens ramar överskridits. Beslutet att välja hallonsylt, vet den upphandlande myndigheten i båda fallen, avgränsar upphandlingen till att omfatta endast svenska leverantörer. Att däremot uttrycka detta i klartext går utöver vad som är tillåtet. Den viktiga skillnaden mellan dessa två scenarios är att den upphandlande myndigheten har möjlighet att styra kvalitetskrav, prestanda och miljökrav som kan återknytas till föremålet upphandlingen berör. De har däremot inte rätt att göra detta på ett sätt som fråntar upphandlingen sin alleuropeiska karaktär och på ett sätt som får en sådan uppenbar handelshindrande effekt. En systematisk upphandling av produkter som den upphandlande myndigheten är medveten om endast kan produceras inhemskt, är otillåtet, även om det som en engångsföreteelse med hallonsylten skulle vara tillåtet. Generella villkor som skadar handeln är ur unionshänsyn mer skadligt än en specifikt motiverad preferens i ett enskilt fall.

Det föreligger även gemensamma harmoniseringsregler inom EU-samarbetet som måste beaktas vid upphandlingen. För åtgärder som är mer vidsträckta än vad som faller in under den allmänna regleringen, måste särskild prövning ske. En bedömning om huruvida den avvikelser från den allmänna regleringen som åtgärder innebär, skulle kunna rättfärdigas inom ramarna för artikel 114.3 FEUF eller skyddsklausuler i relevant harmoniseringsbestämmelse. Det krävs att den upphandlande myndigheten kan hänföra avgränsningen och specifika preferenser på varan eller tjänsten till skäl som anses objektivt godtagbara.⁶⁶

Utifrån ett mål⁶⁷ från EU-domstolen kan utläsas att om en önskad avgränsning av föremål för upphandling går utöver vad unionslagstiftningen täcker och om åtgärder inte vidtagits från EU för att stödja berörda syften för avgränsningen, ”måste en konkret bedömning göras av de inskränkningar i

⁶⁶ Hettne (2013), s. 255–257.

⁶⁷ Mål C-368/ 10, *Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar)*.

den fria rörligheten”⁶⁸ som av upphandlande myndigheten önskvärda miljökrav eller sociala krav eventuellt skulle innebära.

Vad de upphandlande myndigheterna ska eftersträva är säkerställandet av att samtliga anbud, som inte kan uteslutas från upphandlingen av skäl av legitim och objektiv art, oavsett den potentiella leverantörens nationella tillhörighet, ska ha möjlighet att med sitt anbud konkurrera på lika villkor.⁶⁹

EU-domstolen har i vissa domar accepterat tilldelningskriterier⁷⁰, som inte rör obligatoriska krav såsom till exempel en teknisk specifikation. Dessa tilldelningskrav kan istället vara av miljörelaterad karaktär och utgöra ett centralt komplement inom ramen för tillåtna avgränsningar för föremål som ska upphandlas.⁷¹ Denna utökade acceptans för miljörelaterade tilldelningskrav har visat sig särskilt i *Concordia Bus*⁷²målet. Tilldelningskrav av denna typ får dock inte uppgå till en nivå som kan anses strida mot proportionalitetsprincipen, om kravet till exempel skulle kunna tendera att likna ett obligatoriskt krav.⁷³

Försiktighetsåtgärder bör särskilt vidtas av den upphandlande myndigheten om kravställandet ska sträcka sig bortom harmoniserade produktkrav. Tillåtandet av miljöskyddskrav som sträcker sig längre än harmoniseringen, kan dock inte uteslutas så länge en verklig jämförelse mellan anbud kan äga rum, även då innefattat de anbud som endast uppfyller krav ställda utifrån den harmoniserade miljöskyddsnivån. Syftet med harmoniseringen måste kontinuerligt vara tillgodosedd och därför uppstår igen frågan om förhållningsättet mellan ställandet av strängare krav och den fria rörligheten. Kravställandet får varken hämma den fria rörligheten eller i praktiken avgränsa upphandlingen på ett oskäligt sätt. Om de varor eller tjänster som endast uppfyller harmoniserad nivå hindras från en rättvis bedömning i

⁶⁸ Hettne (2013), s. 258.

⁶⁹ Hettne (2013), s. 258.

⁷⁰ Tilldelningskriteriet måste kunna härledas till de föremål som upphandlingen berör.

⁷¹ Hettne (2013), s. 258–259.

⁷² Mål C-513/99, *Concordia Bus*.

⁷³ Mål C-213/07, *Michaniki*.

upphandlingsförfarandet, förefaller det tämligen uppenbart att harmoniseringssyftet inte tillgodoses. Om varan eller tjänsten däremot blir upptagen och utvärderad som föremål för upphandlingen, men sedermera inte vald, förfaller situationen annorlunda då den upphandlande myndigheten här uppnått kravet på omsättning eller tillgänglighet. Att den harmoniserade lagstiftningen ska begränsa handeln på så vis att en viss vara eller produkt måste köpas enbart på grund av att de harmoniserade kraven är uppfyllda och produkten utifrån övriga kriterier är billigast, anses dock inte vara ändamålet med harmoniseringskravet.⁷⁴

Åsikterna om vilka möjligheter de upphandlande myndigheterna har beträffande krav som är ställda bortom harmoniseringsnivån är delade. Det har av en upphandlingsutredning⁷⁵ framförts att frågans besvarande är oklart. Detta främst då det inte finns tydlig praxis på området från EU-domstolen, som kan verka vägledande i ett besvarande. Utredningen delar dock meningen, att det inte kan tolkas som att de övergripande syftena med lagstiftningen ämnar begränsa en utveckling som är menad att stärka möjligheten till miljöhänsyn. Utredningen menar att de upphandlande myndigheterna som i denna strävan vill gå längre än EU:s harmoniserade krav, bör kunna göra det med miljöhänsyn och sociala krav som anledning. Detta konstaterande har dock fått kritik. Utifrån ståndpunkter från företrädare för det inre marknadsperspektivet kan utrönas att den harmoniserade lagstiftningen utgör ramverket beträffande vilka krav som anses godtagbara att ställa. De menar som stöd för sin åsikt att EU-domstolen i målet *Medipac*⁷⁶ fastslagit denna begränsning, att den upphandlande myndigheten inte ska kunna ställa mer långtgående krav än harmoniseringsnivån.⁷⁷

Sammanfattningsvis kan ur EU-lagstiftningen och även den juridiska forskningen på området, utläsas en tydlig strävan mot möjligheten att kunna väga in skyddsvärda samhällsintressen i beslutsfattandet. Den centrala

⁷⁴ Hettne (2013), s. 259–260.

⁷⁵ SOU 2013:12.

⁷⁶ Mål C-6/05 *Medipac*.

⁷⁷ SOU 2013:12, s. 389.

brytpunkten för möjligheten att med stöd i EU:s upphandlingsreglering följa denna strävan i praktiken, blir det ständiga avvägandet mot effekten för den fria rörligheten på marknaden och konkurrenskraften på EU:s inre marknad. Utöver den primära ekonomiska fokusen ges dock vid offentlig upphandling möjligheten att upphandla strategiskt. Att denna möjlighet inte är allt för vidsträckt kan te sig relativt självklart. Syftet med EU-samarbetet är inte att medlemsländerna ska ställa krav av icke-ekonomisk art som försvårar för andra medlemsländers leverantörer att etablera sig på marknaden. Då skulle själva essensen av EU:s inre marknad och den fria rörligheten samt möjligheten att etablera sig, bli meningslös.

Denna tendens som råder på marknaden kan bidra till att förutsättningar för en strategisk upphandling skapas utanför de ramar som EU:s regelverk utgör. En central uppgift blir att under tiden som den strategiska upphandlingen får en allt större betydelse, finna balans i förhållande till konkurrenskraften på EU:s inre marknad. Att se till att konkurrenskraften stärks till ett pris som är kompatibelt med nytillkomna kostnader. Om övervägande del av leverantörerna börjar se vinningarna i att omfördela fokus, till att bli mer jämt fördelad med andra intressen än den ekonomiska vinningen, kanske balansen finner sig själv. Att en utveckling och förändring är satt i rullning gentemot en omfördelning av värdesättningar kan nog alla enas om.⁷⁸

3.4 Avslutande kommentar

Förenklat skulle jag vilja uttrycka att det råder en dissonans mellan den goda strävan och den verkliga möjligheten för genomförande av en strategisk upphandling. Det är i detta en central brytpunkt uppkommer mellan lagstiftning, målsättning och praktisk tillämplighet. Det finns en tydlig önskan att de upphandlande myndigheterna ska ta miljöhänsyn och uppfylla sitt samhällliga ansvar som betydande ekonomisk aktör. Vad som då ter sig problematiskt är att EU:s upprättade regelverk försvårar detta, om inte

⁷⁸ Hettne (2013), s. 262–263.

omöjliggör det, till att kunna ske i någon högre utsträckning än vad som är möjligt med stöd av EU-lagstiftningen. Det blir en konstant balansgång där olika intressen och mål ställs mot varandra och värderas.

I realiteten ter det sig enligt min mening som att gränsdragningar för de upphandlande myndigheterna avgörs, grundat på deras förmåga att formulera sig strategiskt och deras uppfinningsrikedom beträffande att förbigå systemet, utan att faktiskt förbigå det. Jag finner det godtyckligt att möjligheterna till genomförande av ett mer strategiskt upphandlingsförfarande ska bero på formuleringar snarare än bakomliggande syften. Så länge detta inte utifrån sett kan uppfattas som något uppenbart systematiskt tillvägagångssätt från den upphandlande myndighetens sida.

Beträffande möjligheten att ställa mer långtgående krav än vad som följer av harmonisering i förfrågningsunderlaget, föreligger för mig flera kontradiktioner. Om de leverantörer som endast uppfyller den lägre harmoniseringsnivån inte får uteslutas enbart på denna grund, om alla leverantörer ändå får delta i upphandlingen, vad är då poängen med att ställa mer långtgående krav. En nästkommande fråga blir hur den upphandlande myndigheten senare ska besluta i sitt val. Får de välja leverantör med mer långtgående krav till ett högre pris än det som miniminivå-leverantören uppfyller? Vad som samlat kan uppfattas utifrån vad jag läser, utgör förfrågningsunderlaget ramen och det är därför av yttersta vikt att upphandlande myndighet däri specifikt klargör sin önskan. När förfrågningsunderlaget väl är upprättat och presenterat, med beslutade kvalitetsnivåer och övriga krav, ska den leverantör som uppfyller detta till lägsta pris vinna upphandlingen. Att i beslutandeprocessen välja en leverantör som erhåller bättre kvalitet men till ett högre pris verkar således inte kunna genomföras då ramen redan är satt av förfrågningsunderlaget. Lägsta accepterade kvalitetsnivå och andra utsällande delar, följer av nivån som presenterats i förfrågningsunderlaget. Hur den upphandlande myndigheten då ska kunna komma att rättfärdiga ett annat val än lägsta pris vid detta senare stadie ter sig för mig svårbegripligt, i alla fall med stöd i befintlig

upphandlingslagstiftning. För att miljökrav eller sociala hänsyn ska kunna inkluderas i upphandlingen anser jag därför att den upphandlande myndigheten måste ges möjligheten att få höja kravnivån i förfrågningsunderlaget till önskad nivå och därefter väga och mäta leverantörer, som uppfyller denna nivå, mot varandra.

Detta medför för nuläget ytterligare problem för medlemsländer vars leverantörer har högre ställda djurskydd och dylikt att efterfölja inom produktionsledet. Ökade kravnivåer medför oftast ökade kostnader och dessa leverantörer får i nuläget prismässiga svårigheter i att konkurrera mot leverantörer från andra medlemsländer med lägre ställda produktionskrav. Det gäller att på den inre marknaden hitta en maktbalans för att konkurrensen ska kunna ske på lika villkor i realiteten. Detta är väl just essensen av ett ömsesidigt erkännande inom EU-samarbetet. Mer om detta i nästkommande kapitel.

4 Centrala aspekter för livsmedelsupphandling

4.1 Inledning

Den offentliga maten har kommit att få allt större utrymme i den allmänna debatten och väcker många känslor.⁷⁹ Det efterfrågas i allt större utsträckning ekologiskt och närproducerat livsmedel.⁸⁰ Medvetenheten när det kommer till livsmedel ökar konstant, vilket även ställer ökade krav på det livsmedel som ska upphandlas. Det är därför av central vikt att de upphandlande myndigheterna på ett enhetligt sätt är medvetna om sina möjligheter, men även sina begränsningar. Allt för att klargöra hur ett optimalt upphandlingsförfarande kan se ut, inom givna ramar.

4.2 Leverantörsväl och frågor kopplade till miljö

När det vid livsmedelsupphandling kommer till val av leverantör finns det flertalet aspekter att beakta för att upphandlingen ska bli optimal ur ett hänsynstagande perspektiv. Det finns särskilt fem huvudaspekter, som underlättar och främjar en mer strategisk upphandling av livsmedel. Dessa aspekter är *möjligheten att ställa precisa krav på produkter, att nå lokala producenter, att möjliggöra en delad upphandling, djurskydd och transport*. Dessa olika delar av upphandlingen bidrar sammantaget till ett bättre slutresultat på förfarandet, som med EU-rätten i åtanke ändå möjliggör vissa justeringar för att optimera resultaten.⁸¹

⁷⁹ Jfr. <https://inkopsradet.se/bransch/livsmedel/vill-kopiera-finska-matmodellen/> Hämtad den 31 oktober 2016.

⁸⁰ Stenberg (2010).

⁸¹ Stenberg (2010).

Djurskyddsfrågan⁸² utgör en så pass central del av denna uppsats att frågan kommer besvaras i ett eget avsnitt, se avsnitt 4.3.

4.2.1 Förfrågningsunderlagets vikt beträffande krav på produkter

Först och främst bör förtydligas att med begreppet krav i offentliga upphandlingar åsyftas krav av obligatorisk art som framgår av förfrågningsunderlagets kravspecifikationer och däri anses ha en definierande verkan på produkten som önskar upphandlas.⁸³

För att kunna uppfylla och tillförsäkra sig om hänsynstagande för dessa aspekter, särskilt då med produktkrav i åtanke, krävs en tydlighet i förfrågningsunderlaget beträffande vilken produkt som önskas. Att det vid själva upprättandet av förfrågningsunderlaget med noggrannhet väljs vilka krav som ska ställas. Den upphandlande myndigheten har, som ovan nämnt i avsnitt 3.3, skyldigheten att bland de produkter som uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav, välja den som uppfyller dessa till lägst pris. Det ges följaktligen ingen möjlighet att i ett senare skede förändra ställda kvalitetskrav och välja en leverantör som håller högre kvalitet, till ett högre pris.⁸⁴ Det gäller även att den upphandlande myndigheten vid upprättandet av förfrågningsunderlaget reflekterar över om onödiga krav uppställs, krav som kan hindra mindre leverantörer eller producenter från att konkurrera. Ett tydligt exempel är färdigskivat bröd. Är det en nödvändighet att brödet levereras färdigskivat till skolor eller äldreården, eller endast ett onödigt krav som hindrar den lokala bagaren från att konkurrera med storbagerier.⁸⁵

Redan 2006 diskuteras möjligheten för upphandlande myndigheter att ta miljöhänsyn. Särskilt diskuterades möjligheten att bortom slutprodukten, även ställa krav på själva produktionsprocessen. Något som tidigare av

⁸² För mer information om innebörden av det svenska djurskyddet se: <http://www.jordbruksverket.se/amnesomraden/djur/djurskydd.4.1dbcbad113c7ffa7b0380003185.html> samt Djurskyddslag (1988:534).

⁸³ SOU 2013:12, s. 388.

⁸⁴ Stenberg (2010). Jfr SOU 2006:28, s. 175.

⁸⁵ Stenberg (2010).

upphandlingskommittén i sitt slutbetänkande⁸⁶ inte ansågs möjligt, då anknytningen till själva produktens utförande inte bedömdes tillräckligt tydlig. Det framgår dock sedermera att EG-fördragets lydelse, efter Amsterdamfördraget, ger stöd för att det ändå ska gå att rättfärdiga ställandet av miljökrav beträffande produktens fullständiga livscykel. Således ett kravställande som sträcker sig över hela produktionsprocessen och vidare till transport samt dylika frågor. Begränsningen vilar i att denna hänsyn måste kunna anknytas till produkten som upphandlas. Det har dock ur EU-domstolens praxis⁸⁷ kunnat utläsas att vid utvärdering av anbud, bör möjlighet finnas att ställa miljökrav, trots att det inte föreligger direkt koppling till berört kontrakt föremål.

Det anfördes vidare från kommittén att det ansågs föreligga svårigheter i att tillämpa hänsyn utöver det ekonomiska i själva utvärderingsfasen. Det framfördes därför att det var angeläget att dessa miljöhänsyn integreras i det övergripande målet för upphandlingen, i försäkran att upphandlingen sker affärsmässigt på ett icke diskriminerande sätt som värnar konkurrensen.⁸⁸

4.2.2 Att nå lokala producenter

Det är angeläget att se till att lokala producenter får möjligheten att delta i offentliga upphandlingar. Att ta lokal hänsyn vid offentlig upphandling är inte något som tillåts inom varken den inhemska upphandlingsregleringen eller EU-rätten.⁸⁹ Det gäller att på ett sätt som varken diskriminerar eller tar utökad hänsyn åt något håll, möjliggöra för de lokala producenterna att få information om upphandlingen och därigenom möjligheten att konkurrera. Offentliga upphandlingar annonseras generellt ut elektroniskt över hela EU och kanske inte alltid når den lokala producenten. Ett sätt att utvidga chanserna för de lokala producenterna att få vetskap om kommande upphandlingar kan vara att hålla lokala informationsträffar. Informationsträffar som inkluderar snarare än exkluderar och som är öppna

⁸⁶ SOU 2001:31.

⁸⁷ Mål C-225/98, *Nord- Pas- de-Calais*.

⁸⁸ SOU 2006:28, s. 174–175.

⁸⁹ Bet. 2013/14: FiU27, s. 17.

och tillgängliga för samtliga intressenter. Detta tillvägagångssätt skulle även vara gynnsamt för den upphandlande myndigheten, som på så vis får en klarare bild beträffande marknaden och tillgängliga leverantörer, nytillkomna som gamla.⁹⁰

Finansutskottets utlåtande⁹¹ tar upp frågan till diskussion och däri kan vidare konstateras att Regeringskansliet delar meningen att lokalt hänsynstagande anses diskriminerande. Tagandet av lokal hänsyn skulle få en begränsande verkan på marknaden och även negativt inverka på konkurrensen. Det krävs att sakliga skäl för att rättfärdiga valet av den lokala produkten presenteras, att produkten alltså anses bäst utifrån i förfrågningsunderlaget uppställda krav. Att det nya upphandlingsdirektivet utvidgar möjligheten att beakta aspekter utöver det ekonomiska och istället upphandla strategiskt, kan verka positivt för den lokala producenten. Om till exempel andelen utsläpp av klimatgaser eller transportkostnader får större betydelse vid bedömningen av anbudena, kan detta påverka de lokalt producerade livsmedlens position i förhållande till övriga anbudsgivare.⁹² Viktigt att observera är att även om det bör uppmuntras att ge mindre leverantörer möjligheten att delta i upphandlingen, får detta inte påverka det fortsatta förfarandet. Den mindre leverantören får inte ges fördelar när det kommer till själva utgallringen av anbudena eller det slutliga valet av leverantör.⁹³

4.2.3 En delad upphandling

Det krävs vissa anpassningar för att små och medelstora företag ska kunna konkurrera med de större aktörerna på marknaden. De större aktörerna kan lämna anbud både bredare och i högre omfattning. Det är därför avgörande för de mindre företagen att anbud kan lämnas på enstaka produkter.⁹⁴ Detta är även något som uppmärksammas från politiskt håll och i 2014 års

⁹⁰ Stenberg (2010).

⁹¹ Bet. 2014/15: FiU27.

⁹² Bet. 2014/15: FiU27, s. 15.

⁹³ Stenberg (2010).

⁹⁴ Stenberg (2010).

upphandlingsdirektiv föreslogs att de myndigheter som inte delade upp kontraktet, var skyldiga att presentera en motivering till detta. Vidare föreslogs att ett tak, beträffande vilka omsättningskrav som kan ställas på leverantören, skulle införas i syfte att motverka oproportionerliga krav på ekonomisk kapacitet.⁹⁵

4.2.4 Transport

Konstruktionen beträffande mathantering varierar mellan upphandlande myndigheter och deras faciliteter som ska motta produkterna. Transportfrågan kan komma att inverka negativt på mindre leverantörers förmåga att leverera sina varor. Framförallt blir det kostsamt för den mindre leverantören att leverera ut sina produkter till flertalet olika platser, vilket har en negativ inverkan på deras förmåga och möjlighet att delta i upphandlingen, utan för dem oskäliga kostnads- och tidstillägg. För att underlätta denna process och förenkla utförsling av produkterna kan de upphandlande myndigheterna satsa på transportcentraler. Transportcentralerna har då möjlighet att avlasta de mindre leverantörernas börda och bistå med att ompaketera och transportera ut produkterna till rätt plats.⁹⁶

4.3 Djurskyddsfrågan

Från politiskt håll har bland annat i ett betänkande⁹⁷ från finansutskottet, presenterats önskan att kunna ställa krav på att leverantörer som vill delta i en offentlig upphandling i Sverige, ska göra detta med livsmedel som upprätthåller samma produktionskravsnivå som det inhemska svenska landsbruket ställer. Att samma riktlinjer och regler som svenska jordbrukare är skyldiga att följa, även ska vara bindande för utländska leverantörer som ämnar delta i en livsmedelsupphandling i Sverige. Detta för att tillförsäkra sig att livsmedlet håller en god kvalitet med grund i ett starkt djurskydd. Sverige

⁹⁵ Bet. 2013/14: FiU27, s. 17.

⁹⁶ Stenberg (2010).

⁹⁷ Bet. 2013/14: FiU27.

har, i förhållande till andra medlemsländer, långtgående inhemska djurskyddskrav. Då de svenska producenterna är skyldiga att efterfölja de inhemskt upprättade djurskyddsreglerna, får de svenska leverantörerna därmed sämre förhandlingsvillkor i förhållande till utländska leverantörer.⁹⁸

Frågan har även uppmärksammats i den politiska allmänna debatten⁹⁹. Detta bland annat till följd av Finlands principbeslut, även kallat den ”finska modellen”, som kommer redogöras för i kapitel 6.

Djurskyddsfrågan har behandlats flertalet gånger av finansutskottet. De har återkommande avstyrkt motioner som föreslagit att svensk djurskyddslagstiftning ska gälla samtliga producenter som vill delta i upphandling inom Sverige. Till stöd för sina avstyrkanden har de angivit att protektionistiska syften ämnade att skydda den inhemska marknaden, inte är tillåtna. Det mest centrala fastslåendet i betänkandet är att ett införande av krav, som innebär att producerat livsmedel som ska upphandlas måste uppfylla svensk djurskyddslagstiftning, skulle strida mot principerna om icke-diskriminering, likabehandling och även principen om ömsesidigt erkännande. Bedömningen av huruvida ett särskilt skyddsintresse föreligger i en specifik upphandling, fastslår Konkurrensverket, inte är en fråga för enskilda upphandlande myndigheter att avgöra. Finansutskottet menar vidare att det redan med stöd i befintlig lagstiftning finns möjlighet att ställa djurskyddskrav vid livsmedelsupphandling.¹⁰⁰

4.3.1 Konkurrens på lika villkor i realiteten

Sveriges långtgående djurskyddskrav leder till att konkurrensvillkoren på marknaden hamnar i obalans. De nationellt ställda kraven bidrar till högre produktionskostnader för de svenska producenterna, vilket försvårar för dessa

⁹⁸ Bet. 2013/14: FiU27, s. 11.

⁹⁹ Jfr: <https://inkopsradet.se/bransch/livsmedel/vill-kopiera-finska-matmodellen/> Hämtad den 31 oktober 2016.

¹⁰⁰ Bet. 2013/14: FiU27, s.11.

att konkurrera prismässigt med utländska producenter.¹⁰¹ Då marknaden är ämnad att sträcka sig över hela EU kan det finnas anledning att införa internationella nivåer och avskaffa nationell lagstiftning som skapar olika förutsättningar. Att inte bara köp, utan även produktion ska ske på lika villkor. Ett förslag är att djurskyddet ska graderas utifrån av EU upprättade nivåer. Att djurskyddsnivån och övrig kvalitet på producerat livsmedel, utifrån övriga skyddsintressen såsom särskilt miljöhänsyn, ska märkas ut på produkterna. För att ge ett exempel skulle kött kunna märkas med en graderingsstämpel, brons, silver eller guld beroende på vilka krav som köttet uppfyller. På så vis skulle en enhetlighet infinna sig på marknaden, där den upphandlande myndigheten i större utsträckning har möjlighet att väga de olika produkterna mot varandra. Detta skulle bidra till en rättvisare marknad där samtliga producenter har samma regler att förhålla sig till och graderas unisont utifrån egna förutsättningar och kvalitetsnivåer. Producenterna skulle på så vis slutligen öka sina möjligheter att möta både privat och offentlig konsumenters efterfrågan på hållbarare livsmedelsprodukter och därigenom stärka möjligheten att få betalt för livsmedlens mervärde, kopplat till hänsynstagandet för miljö och djurskydd i uppfödningen, oavsett produktionsland.¹⁰²

4.4 Avslutande kommentar

Särskilt vid offentlig upphandling av livsmedel blir det aktuellt att beakta djurskydd och miljöhänsynstagande. Det är flera aspekter som tillsammans kan bilda en önskvärd helhet, om upphandlingen sker på ett medvetet och strategiskt planerat sätt. Det blir en fråga om prioriteringar. Att det finns en allmän önskan och konkret strävan till att upphandlande myndigheter, i större utsträckning, ska ges möjligheten att väga in andra aspekter än den ekonomiska vinningen i beslutsfattandet är uppenbar.

¹⁰¹ Bet. 2013/14: FiU27, s.11.

¹⁰² Telefonintervju med Monica Sihlén, den 10 oktober 2016.

Svenska beslutsfattare och finansutskottet har tagit ställning i frågan och klart markerat att ett upprättande av krav på att svensk djurskyddslagstiftning ska efterföljas av samtliga leverantörer även utomlands ifrån, skulle kränka åtminstone tre av de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling. Kravställande på produkter beträffande miljöhänsyn och djurskydd får inte göras på ett sätt som fråntar upphandlingen sin alleuropeiska karaktär. Det förstärkta kravställandet som tillåts inom ramarna för EU-samarbetet, möjliggör för upphandlande myndigheter att ställa mer omfattande krav på de produkter som ska upphandlas, däremot får detta inte ske på ett sätt som ämnar gynna den inhemska marknaden på ett sätt som verkar uteslutande för andra anbudsgivare.

Konkurrensverkets fastslående, att en bedömning om huruvida ett särskilt skyddsvärt intresse berörs av den specifika upphandlingen inte är en fråga för enskilda myndigheter att avgöra, försvårar ett aktivt ställningstagande från de upphandlande myndigheter beträffande djurskydd och miljöhänsyn.

Hur konkurrens på lika villkor i realiteten ska kunna genomföras inom EU-samarbetet, bortom de nationella gränserna, blir en central fråga. Det krävs en bedömning av hela förfarandekedjan för upphandlingen, i försäkrandet om att produktionskostnader och ställda krav bedöms utifrån samma grunder och förutsättningar. Om medlemsländernas upphandlande myndigheter ska kunna verka på en och samma marknad, krävs det en utökad tydlighet angående förfarandet och dess ramar. Endast då kan vi närma oss uppnåendet av den enhetlighet som är nödvändig för ett i realiteten fungerande samarbete och en där tillhörande konkurrenskraftig marknad.

5 En hållbar upphandling

5.1 Inledning

När det kommer till klimatfrågan och främst människans natur- och miljöutnyttjande står världen inför omfattande utmaningar. Offentlig upphandling och särskilt en medveten livsmedelsupphandling, som beaktar miljöpåverkan och djurskydd mer organiserat och strukturerat, kan bidra avsevärt i detta miljöarbete. Den offentliga sektorn utgör en central del i våra samhällen och försäkrandet av dess deltagande i miljöarbetet är av betydande vikt.

Främst gäller det att komma fram till metoder som effektiviserar resursanvändningen och på så vis minska miljöbelastningen i högsta möjliga utsträckning. Det krävs omfattande kunskaper och utprovade metoder som den upphandlande myndigheten ska kunna vända sig till i vägledande syfte, för att möjliggöra detta. Vad dessa metoder kan komma att innefatta belyses i detta kapitel.¹⁰³

5.2 Inverkan av EU-domstolens praxis

Av EU-kommissionens vägledning och utifrån EU-domstolens praxis kan utrönas under vilka förutsättningar som miljöhänsyn och andra skyddsvärda aspekter får ingå i de uppsatta utförandevillkoren för offentlig upphandling. Det krävs att miljöhänsynen går att härleda till kontraktets fullgörande, att det är utannonserat i samband med upphandlingen samt att hänsynen är förenlig med de grundläggande principerna för offentlig upphandling och även EU-rätten i sin helhet.

Beträffande tilldelningskriterier och den upphandlande myndighetens handlingsutrymme anses myndigheterna, genom EU-domstolens praxis, ha

¹⁰³ SOU 2013:12, s. 417.

goda förutsättningar och betydande utrymme att utifrån egna preferenser uppsätta tilldelningskriterier. Domstolens avgörande i *Concordia Bus*¹⁰⁴ uppställde dock fyra kriterier som måste efterföljas för att detta handlingsutrymme ska vara godtagbart. Krav som upphandlingsutredningen fastslår måste vara uppfyllda, oberoende av om det finns harmoniserad lagstiftning på området eller inte.¹⁰⁵

”Dessa innebär att tilldelningskriterierna ska ha koppling till kontraktsföremålet, inte får medföra obegränsad valfrihet, vara transparenta och förenliga särskilt med principen om icke diskriminering.”¹⁰⁶

Den tvetydighet som råder i EU-domstolens praxis¹⁰⁷ lämnar mer att önska. Främst ett fastslående om vilket faktiskt utrymme upphandlande myndigheter har, i ställandet av krav som sträcker sig utöver vad motsvarande harmoniserad EU-lagstiftnings ramar tillåter.¹⁰⁸

5.3 Miljöanpassad upphandling som styrmedel

Ställandet av miljökrav utgör även en viktig del i arbetet för att stärka den samhällsekonomiska effektiviteten. Påverkan på miljön behöver regleras från högre ort. Enskilda producenter och konsumenter tenderar att i sina produktions- och konsumtionsbeslut, i högre utsträckning prioritera andra delar än just dess inverkan på miljön. En effektiv resursanvändning måste eftersträvas och i högre utsträckning verkas för, i arbetet att minska exploatering av naturområden och även för att minska utsläpp som är skadliga för miljö och hälsa. Påtryckning och ett förstärkt kravställande är därför nödvändigt i garanterandet av ett hänsynstagande upphandlingsförfarande.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Mål C-513/99, *Concordia Bus*.

¹⁰⁵ SOU 2013:12, s. 390–391.

¹⁰⁶ SOU 2013:12, s. 390–391.

¹⁰⁷ Jfr. avsnitt 3.2–3.3.

¹⁰⁸ SOU 2013:12, s. 389.

¹⁰⁹ SOU 2013:12, s. 393.

Eventuella utökade resurser som tas i anspråk eller utökade produktionskostnader som kan följa av dessa förändringar i det enskilda upphandlingsförfarandet, måste vägas mot den stärkta samhällsnytta som besluten kan medföra. Skulle förändringarna innebära kostnader som överstiger den av åtgärderna uppnådda samhällsnyttan, anses inte åtgärderna varken lönsamma eller effektiva utifrån ett samhällsekonomiskt perspektiv. Att i praktiken väga samhällsnytta mot alternativkostnader är dock inte lika enkelt uppställt och uträknat, som det kanske i teorin kan framstå.¹¹⁰

Lämpligheten i att använda offentlig upphandling som miljöinriktat styrmedel avgörs därför i hög utsträckning av dess konkreta utformning. Om offentlig upphandling används på så vis att samtliga centrala aspekter vägs in, i samverkan med att oönskade bieffekter motverkas, kan förfarandet utgöra ett effektivt instrument i arbetet för en förstärkt miljöhänsyn. Två grundläggande faktorer som ska beaktas därav, är försäkran att önskvärd effekt ska kunna uppnås samt att upplägget faktiskt är implementerbart. Genomgående bör den samhällsekonomiska effektiviteten beaktas och verka vägledande.¹¹¹

Sammanfattningsvis är det angeläget att ställandet av krav med miljöhänsynen i åtanke, inte sker på ett planlöst och slentrianmässigt sätt. För att önskvärd effekt ska kunna uppnås krävs att den upphandlande myndigheten ställer miljökrav med insikt om dess medföljande effekter och kostnader. Det krävs att lämpligheten av kravställandet är satt i relation till aktuellt produktområde och att detta är gjort med en passande utformning. Sedermera krävs en uppföljningskontroll, för att kunna försäkra sig om att kraven efterföljs. Det är i detta arbete som den praktiska utmaningen vilar. Det råder bristfälligheter i kunskaperna angående vilken inverkan uppställandet av miljökrav medför inom upphandlingsförfarandet. Detta har från flertalet instanser förklarats som en konsekvens av bristande utredningar och studier på området. Vilka effekter som ställandet av miljökrav i praktiken

¹¹⁰ SOU 2013:12, s. 396–397.

¹¹¹ SOU 2013:12, s. 398–399.

skulle innebära är det därför svårt att utläsa kausala samband beträffande. Detta är en central fråga att beakta när det kommer till möjligheten att uppfylla klimatmålet.¹¹²

5.4 Reella verkningar av en miljöanpassad upphandling

Föreslagna åtgärder i strävan mot en mer miljöanpassad upphandling är beroende av en tydlighet, beträffande utformningen av miljökraven i förfrågningsunderlaget, och vidare att efterföljandet av dessa kravs kontrolleras. På kort sikt kan en upphandling med miljöanpassad karaktär komma att medföra ökade kostnader, delvis då det troligtvis medför ett minskat anbudsantal. Vad som däremot kan komma som mer långsiktiga och positiva följder, är att leverantörerna i större utsträckning kan anpassa sin verksamhet och sitt sortiment efter de nya prioriteringarna. Varornas livscykelkostnader kan därav på sikt minska och på så vis kompensera för det minskade antalet anbud. Vissa av de kostnader som tillkommer i och med förändringarna ser dock inte ut att nämnvärt avta över tid. Utlägg för kompetensuppbyggnad och verifiering är exempel på kostnader som kan komma att kvarstå. Leverantörer tenderar ändock att se det värdefulla i en miljöanpassad upphandling och att det även näringspolitiskt kan vara stärkande för deras konkurrenskraft inom industrin. Vad leverantörerna däremot efterfrågar, är krav som står sig på längre sikt och som i större utsträckning återspeglar en upphandlingsprocess som är baserad på harmoniserad lagstiftning och krav som följer därav.¹¹³

Det krävs en tydlighet för att den enskilda leverantören eller upphandlande myndighet ska ha möjlighet att tillgodogöra sig regleringen. De krav som ställs av upphandlande myndigheter måste få en förbättrad samordning. Behovet att ställa miljökrav i de enskilda upphandlingarna skulle då även minska. Ett tillhandahållande av specifika riktlinjer och konkreta exempel

¹¹² SOU 2013:12, s. 401–402.

¹¹³ SOU 2013:12, s. 404.

som klargör hur upphandlingsförfarandet kan genomföras mer innovativt, skapar förutsättningar för att ett miljöanpassat upphandlingsförfarande, i högre utsträckning, framgångsrikt kan genomföras.¹¹⁴

Slutligen är det angeläget att tillhandahålla jämförbara medlemsstaterna jämförbara kriterier. Utan jämförbara kriterier blir det avsevärt försvårat att på EU:s inre marknad skapa en konkurrens på lika villkor. Det ökar även risken för en snedvriden marknad som missgynnar samarbetet. Införandet av gemensamma kriterier skulle både avsevärt minska den administrativa belastningen i det enskilda fallet, men även underlätta för företag som är etablerade alternativt som önskar etablera sig i flera medlemsstater.¹¹⁵

Strävan att uppnå olika miljömål genom ett mer miljöhänsynstagande upphandlingsförfarande kanske inte jämförelsevis kan anses lika kostnadseffektivt som ekonomiska styrmedel genom olika former av beskattning.¹¹⁶ En miljöinriktad upphandling kan däremot komma att ge tydligare effekt på kortare tid och åstadkomma förändring på detaljplan. Det krävs inga långa utredningar varken för ett införande eller en implementering. Att på global nivå nå en önskvärd effekt och styrka enbart genom generella styrmedel är svårt. Offentlig upphandling kan därför bli ett effektivt redskap i strävan att nå politiska målsättningar på ett snabbt och effektivt sätt, även i fall där inte relevanta beslutande styrmedel finns att tillgripa. Att utöka upphandlingsförfarandet till att väga in miljöaspekter och andra hållbarhetskrav, som vidare innefattar analysering av produktens hela livscykel och därav medföljande kostnader, ger upphandlingsförfarandet en uppenbart förstärkt komplexitet. Potentialen för användandet av offentlig upphandling som miljömässigt styrmedel är i nuläget inte nyttjat till sin fulla kapacitet. Detta kan bero på de utökade kostnader och arbete som ett utvidgat upphandlingsförfarande skulle medföra. De oklarheter som råder beträffande

¹¹⁴ SOU 2013:12, s. 404–405.

¹¹⁵ KOM (2008) 400 slutlig, s. 4. Se: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0400&from=EN> Besökt den 14 november 2016.

¹¹⁶ SOU 2013:12, s. 413.

upphandlingslagstiftningen och vilket faktiskt förhandlingsutrymme som upphandlande myndigheter i realiteten besitter, begränsar kraftigt möjligheterna att på ett optimalt sätt använda offentlig upphandling som strategiskt styrmedel för att uppnå olika samhällsmål.¹¹⁷

Vad som bör tilläggas är att det i strävan att uppfylla miljö kvalitetsmål inte är nödvändigt med dubbla miljöåtgärder. Om ekonomiska styrmedel har satts in med avsikt att hantera ett visst miljöproblem. Om miljöåtgärder redan vidtas på ett specifikt problemområde, bör inte ytterligare åtgärder såsom miljöhänsyn i upphandlingsförfarandet vidtas. Kommunikering av information om vilka miljöåtgärder som utförs är därför centralt, för att effektivisera och optimera resurshanteringen i arbetet för en förbättrad miljö. Det är vidare nödvändigt att beslut, angående tagandet av miljöhänsyn och i vilken utsträckning detta ska göras, grundas på relevanta uppgifter angående miljöproblemet och aktuella marknads- och produktionsförhållanden för berörda parter. Att optimera konkurrensförhållandena och väga in potentiella leverantörers förutsättningar är väsentliga hänsynstaganden i detta moment. Det kan konstateras att ett miljöhänsynstagande upphandlingsförfarande är oerhört informationskrävande, i högre utsträckning än för andra miljöpolitiska styrmedel. Det krävs vidare studier och granskning av tillgänglig forskning¹¹⁸ för att kunna besvara hur pass kostnadseffektiv den miljöanpassad offentlig upphandling är, ställt mot generella ekonomiska styrmedel.¹¹⁹

5.5 Miljökravens faktiska omfattning i offentlig upphandling

Som komplement till andra styrmedel kan offentlig upphandling verka på ett effektivt och målinriktat sätt, för att i det enskilda fallet lättare nischa in sig

¹¹⁷ SOU 2013:12, s. 407–408.

¹¹⁸ Jfr. Miljöstyrningsrådet, *Miljö-, ekonomiska och sociala hänsyn i offentlig upphandling*, MSR Rapport 2012:1.

¹¹⁹ SOU 2013:12, s. 414.

på ett mer miljöfokuserat förfarande. Att börja se på produkter utifrån ett livscykelperspektiv leder många gånger till att både kostnader och miljöpåverkan reduceras.¹²⁰ Då inköpspriset endast utgör en del av produktens totala kostnad, kan beaktandet av livscykelkostnader vara en starkt bidragande faktor i hushållandet med statens offentliga medel. Det kan även vara en del i strävan att optimera sättet på vilket vi nyttjar jordens resurser, i korrelation med främjandet av en hållbar utveckling.¹²¹ Följaktligen kan offentlig upphandling verksamt bidra till en förbättring beträffande miljöhänsyntagande och även medverka till att Sverige når de uppsatta miljö kvalitetsmålen. Det föreligger en innovationspotential av betydande styrka som möjliggör ett främjande av intressen utöver den ekonomiska vinningen.¹²²

Naturvårdsverket har i sin utvärdering¹²³ granskat utvecklingen kring arbetet mot en mer miljöanpassad upphandling. Utvärderingen visar att miljökrav ställs i en högre andel av upphandlingarna än tidigare. Dock har de miljökrav som ställts, i en högre utsträckning än innan, varit mindre väldefinierade. En orsak till detta skulle enligt Naturvårdsverkets mening kunna vara att miljökraven ökat i mängd, på bekostnad av de ställda kravens kvalitet.¹²⁴ Vidare har det genomförts enkätundersökningar, för att närmare kunna granska förekomsten av ett mer miljöanpassat upphandlingsförfarande. Sammanfattningsvis har cirka 400 upphandlande myndigheter eller enheter deltagit. Av dessa redogjorde över 80% för att de har upprättat riktlinjer eller en policy för frågan om tagande av miljöhänsyn vid upphandlingar. Undersökningen har genomförts flertalet gånger och över åren kan det redovisas att fler aktörer upprättar denna typ av miljömål. Regelmässigt sett, rör det sig dock endast om dryga hälften av dessa upphandlande myndigheter eller enheter, som faktiskt tar miljöhänsyn vid en upphandling. Ställandet av miljökrav sker inte heller i önskvärd utsträckning. De upphandlande

¹²⁰ SOU 2013:12, s.418–419.

¹²¹ RiR 2011:29, s. 13.

¹²² SOU 2013:12, s. 418–419.

¹²³ Naturvårdsverket, *Miljöanpassad upphandling – En fråga om att vilja, kunna och förstå*, Rapport 6326.

¹²⁴ SOU 2013:12, s. 424.

myndigheter eller enheter som uppger att de alltid eller ofta ställer miljökrav vid upphandlingar, uppgår endast till knappt 60%.¹²⁵

Utredningen visar på en rad faktorer som påverkar i vilken utsträckning som de upphandlande myndigheterna arbetar för ett mer miljöanpassat upphandlingsförfarande. Det finns särskilt tre nyckelfaktorer som Naturvårdsverket menar väger in i detta. Det rör sig dels om politiskt stöd, dels om osäkerheter i förhållande till upphandlingslagstiftningen och dels om individuellt miljöengagemang.

Beträffande politiskt stöd gäller det att miljöhänsynstagandet, genom implementering av en miljöpolicy och tillhandahållande av annat tydligt praktiskt stöd, görs till en naturlig del av upphandlingsprocessen.

En överprövning av upphandlingen är både kostsam och tidskrävande och därför något som de upphandlande myndigheterna till varje pris vill undvika. På grund av den ovisshet som råder beträffande upphandlingslagstiftningen, särskilt i förhållande till ställandet av strategiska krav utöver den ekonomiska vinningen, väljer därför de upphandlande myndigheterna många gånger att avstå från inkludering av miljökrav i sitt förfrågningsunderlag.

Vidare är det avgörande för att miljökrav överhuvudtaget ska övervägas i samband med upphandlingen, att det både hos upphandlande myndighet och producenter samt leverantörer finns ett engagemang i frågan. Utan engagemang blir en förändring avsevärt försvårad.¹²⁶

EU-domstolen har under november 2016, efter en begäran om förhandsavgörande från Italien, meddelat en dom¹²⁷ som genom analogisk lagtillämpning skulle kunna inbegripa en vägledande tolkning även för frågan om möjlighet till hänsynstagande bortom harmoniserad lagstiftning. Domen

¹²⁵ SOU 2013:12, s.429.

¹²⁶ SOU 2013:12, s. 430.

¹²⁷ Mål C-199/15.

behandlar frågan om huruvida en medlemsstat, som infört en strängare reglering för uteslutning ur upphandlingsförfarandet, har som skyldighet att efterfölja denna reglering. Det rör sig dock om lagstadgade sociala avgifter och en italiensk lagstiftning som innefattar en skyldighet att utesluta leverantörer som inte uppfyller dessa krav. De klargöranden i domen som kan anses aktuella, för den av uppsatsen berörda frågeställningarna, är domstolens ställningstagande i frågan om efterföljandet av inhemska bestämmelser, som sträcker sig bortom upphandlingsdirektivets lydelse, ska anses stå i strid mot unionsrätten. EU-domstolen fick även frågan om huruvida bestämmelsen var att anses som diskriminerande mot italienska företag i förhållande till företag i övriga medlemsstater. Från företag härstammande från annan medlemsstat skulle det nämligen vara tillräckligt med en försäkran från det utländska företaget, och inte som för de italienska företagen vilka skulle granskas av en oberoende myndighet.¹²⁸ En fråga som EU-domstolen valde att avstå från att besvara då frågan inte ansågs vara av betydelse för utgången i målet. Detta med hänvisning till att det inte framgick av beslutet om hänskjutande att anbud skulle ha inkommit från företag etablerade i någon annan medlemsstat.¹²⁹

5.6 Avslutande kommentar

En redogörelse över hur effektiv offentlig upphandling är som samhällspolitiskt styrmedel försvåras avsevärt på grund av bristande forskning i frågan. Situationen att politiken som följd, bedrivs på bristfälligt underlag, är inte något som är unikt utmärkande för upphandlingsområdet. Det lämnar dock mer att önska och arbetet för ett klarläggande beträffande kunskapsläget måste prioriteras. Läget till trots finns det ändå indikationer som talar för att de insikter som befintlig forskning givit, ger en grund att arbeta vidare från.

¹²⁸ Se: <https://inkopsradet.se/domstolskoll/> Nummer 27, från 2016. Hämtad den 22 november 2016.

¹²⁹ Mål C-199/15, punkt 39.

Det rådande klimathotet och miljöfrågan är något som måste tas på stort allvar. Det fordras ett aktivt arbete, i strävan mot garanterandet av en optimerad resursanvändning. Det blir därför essentiellt att väcka ett engagemang och att förstärka den generella medvetenheten beträffande miljön och vårt förhållningssätt därtill.

Offentlig upphandling kan bevisligen verka effektivt som styrmedel och på detaljnivå åstadkomma förändring. Ett utökat miljöinriktat upphandlingsförfarande kräver avsevärt mer av den upphandlande myndigheten. Det gäller att väga dessa utökade krav och eventuella kostnadstillägg mot den samhällsnyttiga effekt som utökandet medför. Vidare måste även de faktiska förutsättningarna för ett genomförande och implementerande slutligt beaktas.

Vad som dock återkommande och otvetydigt framgår är vikten av ett entydigt och mer samordnat regelverk. De upphandlande myndigheterna måste ges tydligare riktlinjer och jämförbara kriterier att verka utifrån. Kombinationen av bristande praxis och avsaknaden av forskning i frågan om hur ett utökat förfarande i praktiken ska genomföras, försvårar kraftigt genomförandet av ett miljöinriktat upphandlingsförfarande. Det verkar även negativt på konkurrensen och de allmänna förutsättningarna på marknaden, något som slutligen skadar både EU-samarbetet och strävan mot en hållbar utveckling.

Vad som brister är de praktiska redskapen för genomförande, delvis på grund av den osäkerhet som upphandlande myndigheter upplever i förhållande till upphandlingslagstiftningen. Det är avgörande för utvecklingen att de upphandlande myndigheterna inte längre på grund av osäkerhet väljer att avstå från ställandet av miljökrav i sina upphandlingar.

Vad som kan styrkas genom EU-domstolens avgörande i målet från Italien om sociala avgifter är att det inte är helt uteslutet att medlemsstaterna har möjlighet till att efterfölja inhemskt implementerade regler som är strängare hållna än unionsrätten.

6 Den finska modellen

6.1 Inledning

Den 29 juni 2016 presenterade Finlands statsråd¹³⁰ ett principbeslut som innebär ett aktivt ställningstagande från finskt håll beträffande hänsynstagande utöver den ekonomiska vinningen vid livsmedelsupphandling.

6.2 Innebörd

Detta principbeslut berör de kriterier, för livsmedelsupphandling och offentlig upphandling av måltidstjänster, som ämnar beakta djurskydd och livsmedelssäkerhet. Främst inriktar sig principbeslutet på produktionsförhållanden som påverkar dessa kriterier och även försäkran om att odlingssederna i större utsträckning ska vara naturvänliga. Målet är ytterst att uppnå en god produktionsned. Beslutet syftar även till att förstärka den finländska matproduktionens konkurrenskraft.¹³¹ Det bör tilläggas att detta principbeslut endast är bindande för de statliga myndigheterna, medan det för övriga upphandlande enheter, innefattande kommunerna, endast utgör en rekommendation.¹³²

Strävan att vid livsmedelsupphandling nå produkter av hög kvalitet, men som även ur ett totalekonomiskt perspektiv förespråkar hållbarhet, är enligt det finländska statsrådet en grundförutsättning. För att uppnå detta följer därför högt ställda krav på produktion, för de livsmedel och produkter som ämnar upphandlas. Produkter med framställningsmetoder som beaktar miljö, djurskydd samt livsmedelssäkerhet är högst eftersträvansvärda i detta

¹³⁰ Finlands statsråd utgör benämningen på den finländska regeringen.

¹³¹ Se:

http://mmm.fi/documents/1410837/1880296/periaatepaatos+julkisista+ruokahankinnoista_s_v.pdf/8688323d-3fa1-4456-9521-5299e65ccf27 s. 1. Besökt den 15 november 2016.

¹³² Mailkonversation med J.T, Finlands kommunförbund, rådgivningsenheten för offentlig upphandling, 10 oktober 2016. Se: Bilaga A.

hänseende. Krav som upphandlande myndigheter ställer måste ha en anknytning till själva produkten som ska upphandlas. Det framhålls i principbeslutet att efterföljandet av beslutet inte får ske på ett sätt som varken missgynnar en anbudsgivare eller begränsar konkurrensen. Däremot framhävs möjligheten att framställa kriterier på detaljnivå, till exempel rörande följande egenskaper hos livsmedlet: färskhet, ekologiskt produktionssätt eller säkerhet. Vidare finns möjligheten att, inom beaktandet av icke-diskrimineringsprincipen, ställa krav på själva processen. Att för förädlade produkter kunna begära uppgifter om ursprung för de råvaror som ingår i produkten.¹³³

Främjandet av ett mer innovativt upphandlingsförfarande förespråkas, i syfte att allt ifrån påverka nyttjandet av förnybara källor i produktionen till att minska koldioxidpåverkan hos produkter. Principbeslutet ämnar vidare stimulera en ökning av andelen ekologisk och högklassig mat hos de upphandlande myndigheterna. Tydligare angivelser av produkters ursprungsland och förstärkta krav på djurens välmående är centrala aspekter i förfrågningsunderlaget. Exempel på dessa aspekter kan vara att kött-, ägg-, och mjölkprodukter ska kunna garanteras inte innehålla läkemedelsrester och salmonella, något som ska tillförsäkras genom tillsyn och kontrollsystem. Grisar eller svin ska ha knorr och viss angiven kvadratmederyta. Produkter från fåglar ska härledas till gårdar som inte trimmar fåglarnas näbbar.¹³⁴

Med detta principbeslut önskar statsrådet att nya marknader ska uppkomma och även därtill följande nya innovativa lösningar som värnar miljö, djurskydd och hälsa. Det framhävs att upphandlingsmål av mer långsiktig karaktär, som även beaktar skyddsvärda samhällsintressen, har positiva effekter på den regionala ekonomin. Mindre producenter i regionen anses få utökade arbetstillfällen och möjligheter, något som har en positiv inverkan på

¹³³ Se:

http://mmm.fi/documents/1410837/1880296/periaatepaätös+julkisista+ruokahankinnoista_s_v.pdf/8688323d-3fa1-4456-9521-5299e65ccf27 s. 1. Besökt den 15 november 2016.

¹³⁴ Se:

http://mmm.fi/documents/1410837/1880296/periaatepaätös+julkisista+ruokahankinnoista_s_v.pdf/8688323d-3fa1-4456-9521-5299e65ccf27 s. 2. Besökt den 15 november 2016.

skatteintäkter. Innovativt tänkande kommuner framhävs som tilldragande och bidragande till ett förstärkt lantbruk, av betydelse för den regionala ekonomin.

Massbespisningens centrala roll i den finländska matkulturen betonas, även dess gynnande effekter på välbefinnande och hälsa. Vikten av ett beaktande om att livsmedlets näringskvalitet uppnår angivna rekommendationer betonas i samband med detta.¹³⁵

6.3 Potentiella konsekvenser – nationellt och internationellt

Den finska regeringen ämnar med sitt principbeslut att endast använda sig av ansvarsfullt producerade produkter vid livsmedelsupphandling. Som praktisk konsekvens följer att efterfrågan på inhemska produkter kommer öka och att inhemska råvaror därför beräknas upphandlas i större utsträckning. Detta principbeslut är en del av den finska regeringens arbete ämnat att skapa en lönsammare finländsk matproduktion. Dess efterföljande är något som regelbundet kommer kontrolleras av regeringen.¹³⁶ Principbeslutet är upprättat som en del av Juha Sipiläs regeringsprogram och har sin bakgrund i en skrivning som ämnar utöka användningen av finländsk mat i offentlig upphandling.¹³⁷

De inhemska intressena och beräknade vinningen är något som landets jordbruks- och miljöminister Kimmo Tiilikainen bekräftar i ett uttalande:

”Vi förbinder oss att köpa mat med respekt för de regler som vi förutsätter att våra matproducenter ska följa. Offentliga upphandlingar skapar arbetstillfällen i regionerna och ökar skatteintäkterna. Även kommunerna och

¹³⁵ Se:

http://mmm.fi/documents/1410837/1880296/periaatepaatos+julkisista+ruokahankinnoista_s_v.pdf/8688323d-3fa1-4456-9521-5299e65ccf27 s. 3–4. Besökt den 15 november 2016.

¹³⁶ Se: http://mmm.fi/sv/artikel/-/asset_publisher/periaatepaatos-julkisten-elintarvike-ja-ruokapalveluhankintojen-vastuullisuudesta-hyvaksyttiin Besökt den 15 november 2016.

¹³⁷ Mailkonversation med J.T, Finlands kommunförbund, rådgivningsenheten för offentlig upphandling, 10 oktober 2016. Se: Bilaga A.

landskapen uppmuntras till att ta in dessa mål och principer i sina tjänste- eller upphandlingsstrategier.”¹³⁸

Beslutet har fått politiskt gehör i Sverige. Allianspartierna i Nyköping har väckt frågan om att se över huruvida livsmedelsupphandling kan ske utifrån minimikrav som motsvarar den svenska lagstiftningens krav på produktion. Detta i syfte att förstärka svenska producenters position ur ett konkurrensperspektiv.¹³⁹

Det svenska finansutskottet har i ett betänkande¹⁴⁰ gjort ett entydigt fastslående om att inhemska protektionistiska syften inte får figurera i upphandlingsförfarandet. Ett ställande av produktionskrav på livsmedel som är upprättade i enlighet med svensk djurskyddslagstiftning, strider mot både principen om icke-diskriminering och likabehandling. Ett sådant upprättande kan enligt Konkurrensverket inte heller anses förenligt med principen om ömsesidigt erkännande.¹⁴¹ Att begränsa upphandling till att endast omfatta lokala producenter anses diskriminerande och inte förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling. Endast då sakliga skäl att välja den lokala producenten föreligger får den upphandlas. Genom upphandlingsdirektivet ges utrymme att ta hänsyn till transportkostnader och även utsläpp av klimatgaser vid värderingen av anbud. Något som förstärker den lokala producentens chanser att vinna upphandlingen och på så vis gynna det lokalt producerade livsmedlet.¹⁴²

6.4 Avslutande kommentar

Det finska principbeslutet och däri upprättade krav är inte något som i teorin väcker reaktion. Många är överens om vikten av ett utökat djur- och

¹³⁸ Se: http://mmm.fi/sv/artikel/-/asset_publisher/periaatepaatos-julkisten-elintarvike-ja-ruokapalveluhankintojen-vastuullisuudesta-hyvaksyttiin Besökt den 15 november 2016.

¹³⁹ Se: <https://inkopsradet.se/bransch/livsmedel/vill-kopiera-finska-matmodellen/> Besökt den 15 november 2016.

¹⁴⁰ Bet. 2013/14: FiU27. Se avsnitt 4.3 om djurskyddsfrågan i uppsatsen.

¹⁴¹ Bet. 2013/14: FiU27, s. 11.

¹⁴² Bet. 2014/15: FiU27, s. 15.

miljöskydd och även det generella beaktandet av hur våra naturresurser nyttjas. Generellt ställda krav som håller en högre kvalitativ standard och som lägger förstärkt fokus på djurskydd och miljöhänsyn, är i sig bara att anses föredömligt. Vad som dock ter sig problematiskt med detta principbeslut är dess bakomliggande syften. Ämnar principbeslutet att främja den lokala marknaden och verka uteslutande inhemskt, på bekostnad av andra producenter och anbudsgivare, kan dess förenlighet med de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling starkt ifrågasättas.

I principbeslutet framgår att de krav som ställs ska bli mer detaljerade och skärpta, allt i syfte att förstärka begagnandet av högkvalitativt livsmedel som samtidigt främjar en hållbar utveckling. Det uttrycks inte något om att produkter som ska upphandlas måste vara upprättat och producerat i enhetlighet med finsk inhemsk lagstiftning. Vad som däremot kan diskuteras är om detta endast ter sig vara en medveten formuleringsstrategi. De krav som principbeslutet ämnar upprätthålla motsvarar den finska lagstiftningen. Likt exemplet med hallonsylten som redogjordes för i avsnitt 3.3, blir det här frågan om vad som ska anses utgöra den faktiska innebörden av uppställda krav. Är kraven upprättade för att verka exkluderande mot anbudsgivare utanför Finland eller endast ämnade att stärka kvaliteten på produkterna och på sättet de framtas?

Enligt min uppfattning finns det signaler som talar för att principbeslutet ger uttryck för dolda nationella hänsyn. Utifrån pressmeddelandena från jordbruksministeriet framgår att ett av syftena med principbeslutet är att stärka den finländska konkurrenspositionen på marknaden och att i högre omfattning rikta in sig på upphandling av inhemska produkter. Något som, satt i relation till finansutskottets klara ställningstagande i motstående riktning, blir högintressant att granska. Från svenskt håll föreligger ett otvetydigt klarläggande om att en sådan reglering bryter mot de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling.

De bakomliggande inhemska intressena och den ekonomiska vinning som detta genomförande beräknas ha på den finländska ekonomin får anses betydande. Principbeslutet och ställandet av utökade krav, i strävan att förstärka miljöhänsyn och beaktande av djurskydd, kan teoretiskt inte annat än anses vägledande och förespråkande för en förändring i framtiden. Vad som däremot inte kan bortses ifrån, är den uppenbara agendan att principbeslutet även ska medföra en stark positiv påverkan på den nationella ekonomin. Vad som utgör den faktiska strävan med genomförandet av principbeslutet är för mig därför inte självklart.

Det går inte att bortse från den uttryckta nationella hänsynen, som både landets jordbruks- och miljöminister och jurister på den finska rådgivningsenheten för offentlig upphandling, menar att beslutet ska innebära. Trots att detta inte är något som framgår direkt av principbeslutets ordalydelse, verkar det ändå vara något som alla insatta i frågan är medvetna om och inte heller väljer att dementera. Även om de produktkrav som principbeslutet uppmanar de upphandlande myndigheterna att ställa, inte i sig kan anses strida mot de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling, ger principbeslutet och dess anförda syften uttryck för en nationell hänsyn. Det kan därför med stöd i ovan anförda uttalanden, inte uteslutas att principbeslutet systematiskt ämnar främja den finska inhemska marknaden. Det snarare framgår att detta är tanken bakom beslutet. Ett sådant systematiskt nationellt hänsynstagande är inte att anses förenligt med de EU-rättsliga grundläggande principerna för offentlig upphandling.

För att återknyta till avsnitt 3.3, har den upphandlande myndigheten möjlighet att styra vilka krav som ska ställas, så länge dessa kan härledas till den produkt som upphandlingen berör. Detta får däremot inte genomföras på ett sätt som berövar upphandlingen sin alleuropeiska karaktär. Inte heller får det genomföras på ett sätt som får uppenbart handlingshinderande effekt. Offentlig upphandling av produkter får inte utföras på ett sätt som medvetet och systematiskt riktar in sig på inhemska producenter.

De frågor som slutligen bör ställas är om Finlands principbeslut har bakomliggande syften som anses frånta upphandlingen sin alleuropeiska karaktär och verka handelshindrande? Principbeslutet innehåller inte i sig någon lydelse som fråntar företag från andra medlemsländer rätten att lämna anbud och delta i upphandlingsprocessen. Vad som kan diskuteras är vilka signaler som den övergripande och gemensamt delade uppfattningen i Finland, om principbeslutets inhemska effekter, sänder ut till övriga medlemsländer. Den kanske viktigaste frågan är om avgörandet huruvida de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling ska anses kränkta, slutligt ska vara avhängiggjord en formulering, en teknikalitet. Istället för att ett besluts faktiska syften ska avgöra dess inverkan och slutligt frågans besvarande.

7 Effekter till följd av ny upphandlingslagstiftning

7.1 Inledning

Lagen om offentlig upphandling genomgår omfattande omstruktureringar och ändringar. Den befintliga lagstiftningen som baserats på 2004 års upphandlingsdirektiv kommer att ersättas av en nyupprättad LOU som istället grundar sig på 2014 års upphandlingsdirektiv¹⁴³. Den nya lagen om offentlig upphandling (SFS 2016:1145) träder i kraft 1 januari 2017. I sak är stora delar av lagstiftningen bevarad från 2004 års direktiv. Den nya LOU kan beskrivas till stor del som ett utvecklande komplement till lagens tidigare lydelse. Insikt om vikten av att samhällliga mål främjas och att samhällets högsta organ bidrar i detta arbete, har medfört att miljöhänsyn som ett av dessa samhällliga mål har givits ett förstärkt och utvidgat utrymme. De upphandlande myndigheterna åtnjuter i och med ikraftträdandet av den nya upphandlingslagstiftningen en förstärkt möjlighet och skyldighet att beakta miljöfrågan i fortsatta upphandlingsförfaranden.¹⁴⁴

7.2 Inverkan på möjlighet till beaktande av djurskydd och miljö

Den Europeiska kommissionen har konstaterat att en omarbetning och uppdatering av befintlig lagstiftning är nödvändig. Det är essentiellt att med grund i en mer väl avvägd politik, vägleda medlemsländerna mot ett upphandlingsförfarande som främjar efterfrågan på innovativt framtagna produkter som även värnar om miljön. Bakgrunden till detta konstaterande vilar till stora delar på 2020-strategin¹⁴⁵ och arbetet mot en mer hållbar och smart tillväxt. 2011 antogs Inre marknadsakten¹⁴⁶ av kommissionen, vari tolv

¹⁴³ Dir. 2014/24/EU.

¹⁴⁴ Prop. 2015/16:195, s.1.

¹⁴⁵ KOM (2010) 2020 slutlig. Se: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:EN:PDF>

¹⁴⁶ KOM (2011) 206 slutlig.

specifika åtgärder presenterades vilka var avsedda att verka för ett stimulerande av tillväxten och ett förstärkande av förtroendet för EU:s inre marknad. Åtgärderna anses utgöra en av 2020-strategins hörnstenar och offentlig upphandling är en av dessa tolv nyckelåtgärder.¹⁴⁷

En av målsättningarna med den nya lagstiftningen är att genom tillhandahållandet av bättre förutsättningar för de upphandlande myndigheterna, möjliggöra att offentlig upphandling kan användas som ett styrmedel i kampen mot klimatförändringar och skyddet av miljön samt andra samhällseliga mål.¹⁴⁸

7.2.1 Införande av nya principer och begreppet livscykel

I försäkran om att de tillämpliga miljöskyldigheter som följer av unionsrätten och nationell rätt efterföljs, har en allmän princip upprättats i upphandlingsdirektivet. Av denna princip åläggs medlemsstaterna att säkerställa att leverantörerna vid fullgörande av kontrakt, uppfyller och beaktar dessa upprättade skyldigheter.

Vikten av att anbud ska beaktas utifrån sina livscykelkostnader är något som understryks. Det har i det nya direktivet tillkommit bestämmelser som fastställer att livscykelkostnader för produkten kan ligga till grund för analysen av anbud. Att kostnader för bland annat forskning och utveckling, underhåll, återvinning samt utsläpp av förorenade ämnen eller växthusgaser beaktas som en helhet och påverkar anbudets värde, bortom produktens slutpris. Det tillkommer vidare en möjlighet för de upphandlande myndigheterna att kräva ett särskilt märke, för att styrka att produkten motsvarar begärda egenskaper. Allt för att förenkla för de upphandlande myndigheterna att ställa miljömässiga krav.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Prop. 2015/16:195, s. 290–291.

¹⁴⁸ Prop. 2015/16:195, s. 292.

¹⁴⁹ Prop. 2015/16:195, s. 292 – 294.

Beaktandet av samtliga skeden innefattade i varans livscykel, kan påverka och förändra vilket av anbuden som anses vara det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet.¹⁵⁰ Att beakta anbud utifrån dess fullständiga livscykel och inte endast med hänsyn till dess slutpris, medför att produktens miljöhänsynstagande och andra aspekter kan vägas in och eventuellt slutligt påverka vilket anbud som accepteras. Införandet av ett livscykelperspektiv påverkar förhoppningsvis leverantörernas strävan att beakta samhällliga mål och inte endast åstadkommandet av ett så lågt slutpris som möjligt. Ett hänsynstagande i produktens alla skeden skulle inverka positivt på både miljö, resursanvändning och ekonomi.¹⁵¹

7.2.2 Nya lagstiftningens reglering av miljöhänsynstagande

Bestämmelserna som rör miljökrav vid offentlig upphandling har tilltagit i det nya direktivet. Iakttagandet av de tillämpliga miljöskyldigheterna utgör en central del av detta. I upphandlingsdirektivets artikel 18.2 anges:¹⁵²

” Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X¹⁵³. ”¹⁵⁴

Det tillkommer en möjlighet att, med stöd i artikel 57.4 i upphandlingsdirektivets, utesluta en leverantör från deltagande i upphandlingen, om det kan påvisas att denne har brustit i beaktandet av de tillämpliga skyldigheterna. Vidare kan den upphandlande myndigheten fatta beslut om att viss leverantör inte ska tilldelas kontrakt, om dennes anbud inte

¹⁵⁰ Prop. 2015/16:195, s. 348.

¹⁵¹ RiR 2011:29, s. 13.

¹⁵² Prop. 2015/16:195, s. 429.

¹⁵³ Se: Bilaga X till prop. 2015/16:195.

¹⁵⁴ Prop. 2015/16:195, s. 429.

anses överensstämmande med de tillämpliga skyldigheterna, vilket följer av artikel 56.1 andra stycket i upphandlingsdirektivet.¹⁵⁵

Det är angeläget att den nya upphandlingslagstiftningen redogör för hur de upphandlande myndigheterna ska använda den offentliga upphandlingen som styrmedel mot uppnåendet av samhällliga mål. Därtill följande ett klagörande om vilka slags krav som är tillåtna att ställa inom upphandlingsförfarandet.¹⁵⁶

Den befintliga ”bör-regeln” som framgår av 1kap 9a§ LOU ska fortsatt gälla, den erhåller dock en mer kompletterande roll till övriga bestämmelser. De tillkommande föreslagna reglerna omfattar och reglerar inte samtliga potentiella situationer där miljöhänsyn kan tas, det anses därför finnas ett fortsatt behov av att bevara ”bör-regeln”. Det har dock aviserats om en eventuell översyn av regelns behövlighet.¹⁵⁷

Om den upphandlande myndigheten finner att ett anbud är onormalt lågt, kan de kräva en förklaring av leverantören beträffande hur denne, trots det låga anbudet, anser sig kunna fullgöra kontraktet med hänvisning till upprättade miljöskyldigheter som därav följer. Vidare ges den upphandlande myndigheten möjligheten att förkasta ett lågt anbud, om detta pris följer av bristande överensstämmande med de upprättade skyldigheterna. De kan vidare i processen besluta om att en leverantör inte ska tilldelas kontrakt, om anbudets låga pris kan härledas till brister i överensstämmande med miljöskyldigheterna.¹⁵⁸

Dessa miljöskyldigheter ska appliceras och generellt beaktas under upphandlingens samtliga faser. När skyldigheten till hänsynstagande föreligger, ska denna företrädesvis genomföras istället för ”bör-regeln” som utgör en icke-förpliktande bestämmelse.

¹⁵⁵ Prop. 2015/16:195, s. 429–430.

¹⁵⁶ Prop. 2015/16:195, s. 430.

¹⁵⁷ Prop. 2015/16:195, s. 433.

¹⁵⁸ Prop. 2015/16:195, s. 431.

Slutligt ska betonas att de krav som ska ställas utifrån miljöhänsynstagandet, även fortsatt ska förhålla sig till de EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling och EU-rätten samt EU-domstolens praxis.¹⁵⁹

7.3 Avslutande kommentar

Vilka effekter kan då förväntas av den nya upphandlingslagstiftningen. Det är tydligt att en mer medveten och miljöinriktad politik ligger till grund för den nya regleringen. En medvetenhet om att det gemensamt måste ageras till förmån för våra samhällsliga mål.

Den nya lagstiftningen möjliggör för de upphandlande myndigheterna att kräva mer i sina förfrågningsunderlag och av sina leverantörer. En central förändring är att det införs skyldigheter gentemot de upphandlande myndigheterna. Att upphandlande myndigheter är skyldiga att försäkra sig om att upprättade krav efterföljs och att en produkt inte endast värderas utifrån sitt slutpris. Införandet av begreppet livscykel och främjandet av att produkten ska beaktas och värderas utifrån sina samtliga livsskedan, skapar förutsättningar för ett utvidgat miljöhänsynstagande. Det skapar vidare incitament för leverantörer och producenter att förstärka sina produkters kvalitet utifrån beaktandet av miljö och andra samhällsliga mål. Att fokus flyttas från uppnåendet av lägsta pris och istället koncentreras på skapandet av en försvarbar produkt, som håller en hög standard utifrån andra aspekter än enbart den ekonomiska vinningen.

Den nya regleringen får ses som ett steg i rätt riktning och ett tecken på insikt om vikten av ett hänsynstagande utöver den ekonomiska vinningen. Främjandet av en mer strategiskt inriktad upphandling och även möjligheten för ett praktiskt genomförande av denna står i fokus. De grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling utgör fortsatt ramverket, som samtliga förfaranden har att förhålla sig till och huruvida detta inverkar på

¹⁵⁹ Prop. 2015/16:195, s. 433–434.

möjligheten för ett praktiskt genomförande av den nya regleringen kan i dagsläget endast spekuleras om. Vilka praktiska effekter som den nya lagstiftningen kommer få, får tiden utvisa.

8 Analys och slutsatser

8.1 Analys

Inledningsvis kan konstateras att frågan om miljöhänsynstagande och djurskydd vid livsmedelsupphandling inte enbart är en strikt juridisk fråga. Relationen mellan rätt och samhälle har en avgörande roll i besvarandet av de frågeställningar som formulerades i inledningskapitlet. Först i samband med kontexten i vilken rätten appliceras kan frågan få sitt svar. För att uppnå syftet med uppsatsen ämnar detta kapitel därför tydliggöra de resonemang som förts i uppsatsen.

Hur långtgående krav kan vid livsmedelsupphandling ställas utifrån djurskydds- och miljöhänsynsperspektiv avseende förenligheten med de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling?

De grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling är primärt upprättade i syfte att främja en inre marknad som symboliserar öppenhet och objektivitet. Principerna ämnar vidare att skydda konkurrensen och försäkra att samtliga leverantörer, oavsett nationell hänförlighet, tillåts konkurrera på lika villkor.

Dessa principer är och förblir en central del av det regelverk som styr upphandlingsförfarandet. En fråga som uppkommer är hur en förändring ska kunna ske, när grundförutsättningarna förblir oförändrade. För att förstå hur detta är möjligt, är det viktigt att separera frågan om de grundläggande principerna från möjligheten till hänsynstagande.

De grundläggande principerna utgör generella förhållningssätt som de upphandlande myndigheterna är skyldiga att beakta. Dessa förespråkar ytterst ett enhetligt förfarande som har en tydlig alleuropeisk karaktär.

Det föreligger genom befintlig lagstiftning relativt vidsträckta möjligheter till kravställande inriktat på skyddsvärda samhällsintressen. Det råder däremot delade meningar i frågan om miljöskydds krav som sträcker sig längre än harmoniserad lag. EU-domstolen har inte heller i sin praxis givit något tydligt besvarande av frågan. Förhandsavgörandet från Italien medför dock att ett efterföljande av inhemska implementerade regler som är strängare hållna än unionsrätten, inte kan uteslutas.

I övrigt framförs i doktrin och upphandlingsutredningen från 2013 att syftet med harmoniseringskravet inte kan anses vara att begränsa handeln och möjligheten till miljöhänsynstagande. Vad som förblir viktigt är att anbuderna ska kunna jämföras utifrån likvärdiga kriterier som anses objektivt godtagbara och att genomförandet sker på en produktinriktad och försvarbar grund utan lokalt hänsynstagande. Miljö- och djurskydds krav får ställas produktbaserat.

Utifrån vad jag kunnat utläsa föreligger inte en möjlighet att vid upprättande av förfrågningsunderlaget uttrycka en önskan om närodlade produkter. Ett lokalt hänsynstagande anses inte förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling. Upphandlande myndighet har möjlighet att styra kvalitetskrav, prestanda och miljökrav som kan återknytas till föremålet som upphandlingen berör. Detta får dock inte göras på ett sätt som fråntar upphandlingen sin alleuropeiska karaktär eller som får handelshindrande effekt. Det är vid detta som livscykelperspektivet kan påverka utfallet i upphandlingen. Att produkten utvärderas utifrån sin påverkan på miljö, utsläpp, transport och dylikt, bortom produktens slutpris. Detta leder till fördelar för lokala produkter.

Det viktigaste är att upphandlingsförfarandet upprätthåller en alleuropeisk karaktär. I praktiken upprättas sannolikt något av en naturlig balans då leverantörer främst riktar in sig på den inhemska marknaden. Att det i många fall upphandlas inhemska och närproducerade produkter för att de är dessa leverantörer som väljer att delta i upphandlingen. Detta är dock inget som

förfarandet i sig tillåts påverka eller styra, utan snarare något som sker av praktiska skäl. Själva förfarandet och tillhörande lagstiftning får inte begränsa marknaden eller möjligheten för en leverantör att bredda sin marknad bortom de inhemska gränserna.

De grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling begränsar inte enligt min mening ett utökat hänsynstagande, så länge grundförutsättningarna är desamma för samtliga potentiella anbudsgivare.

Hur vidsträckt är möjligheten i realiteten för den upphandlande myndigheten att upphandla strategiskt?

Utöver de begränsningar som framgår av de grundläggande principerna och att möjligheten till ställandet av mer långtgående krav inte är helt klarlagt, finns det en rad faktorer som påverkar möjligheten till en strategisk upphandling.

Naturvårdsverket menar att särskilt tre nyckelfaktorer påverkar i vilken utsträckning som de upphandlande myndigheterna arbetar för ett mer miljöanpassat upphandlingsförfarande.

Det är oerhört viktigt att upphandlande myndigheter genom politiskt stöd vägleds i rätt riktning. Att ett miljöhänsynstagande görs till en naturlig del av upphandlingsförfarandet. Vidare behövs ett klarläggande beträffande i vilken utsträckning upphandlingslagstiftningen tillåter ställandet av strategiska krav, utöver den ekonomiska vinningen, något som den nya upphandlingslagstiftningen förhoppningsvis inbringar. Det är avgörande att upphandlande myndigheter inte väljer att avstå från miljöhänsynstagande på grund av en osäkerhet i förhållande till lagstiftningen. Som tidigare redogjorts för finns ett starkt intresse och insikt om vikten av ett mer hänsynstagande upphandlingsförfarande. Det gäller att upphandlande myndigheter och även potentiella anbudsgivare åtnjuter det tydliga praktiska stöd som kan medföra att denna insikt även bringar resultat.

En för mig central fråga i denna strävan mot ett mer strategiskt och hänsynstagande upphandlingsförfarande, är frågan om jämförbara kriterier. Hur ska EU:s inre marknad kunna verka enhetligt när medlemsstaterna individuellt har möjlighet att skapa förutsättningar och begränsningar på egna villkor. Olika grundförutsättningar att förhålla sig till inhemskt skapar en obalans i konkurrensförhållandet inom EU-samarbetet. Då marknaden ämnar sträcka sig över hela EU finns det enligt min mening starkt förespråkande skäl för införandet av internationella nivåer och avskaffandet av en nationell lagstiftning som skapar olika grundförutsättningar, annars fräntas EU-samarbetet många av sina fördelar.

Målsättningen bör vara att skapa en inre marknad där producenter har samma regler att förhålla sig till och där produkter graderas unisont utifrån sina inbördes förutsättningar och kvalitetsnivåer. Att förfrågningsunderlag presenteras på samtliga medlemspråk och att produkterna har samma graderingsstämpling eller dylika märkningar, oavsett produktionsland. Endast då skulle privat och offentlig konsument få insikt i vad en viss märkning eller gradering innebär. Om det inom medlemsstaterna finns inhemska märkningar och graderingar, blir det i praktiken oerhört svårt att upprätthålla ett ömsesidigt erkännande, då det inte kan finnas en utbredd faktiskt insikt i dess innebörd.

För att EU:s inre marknad ska kunna verka som en, krävs det även att medlemsstaternas grundförutsättningar är desamma. Det går inte att spela samma spel utifrån olika spelregler. Detta skulle även medföra en trygghet för producenterna som får en förstärkt möjlighet att få betalt utifrån livsmedlens mervärde, kopplat till hänsynstagandet för miljö och djurskydd, oavsett produktionsland. Det skulle vidare underlätta jämförelsen mellan produkter för de upphandlande myndigheterna. Endast utifrån dessa förutsättningar kan jag se ett ömsesidigt erkännande av produkter på en enhetlig inre marknad. I realiteten blir detta en kostnadsfråga och något som medför ytterligare komplexitet till upphandlingsförfarandet. Jag frågar mig vad som är syftet med att propa på en enhetlig inre EU-marknad när vi inte

är villiga att skapa förutsättningar för ett genomförande. Att samtliga producenter och upphandlande myndigheter ska åtnjuta förutsättningarna för att verka för en enhetlig marknad.

Vilka effekter beräknas följa i och med ikraftträdandet av den nya upphandlingslagstiftningen?

En av målsättningar med den nya upphandlingslagstiftningen är att skapa förutsättningarna för att offentlig upphandling ska kunna användas som ett redskap i kampen mot klimatförändringar och skyddandet av samhällsintressen.

Den nya lagstiftningen medför högre krav på de upphandlande myndigheterna. Främst presenteras högre krav på granskningar av leverantörers efterföljande. I nuläget sker det ingen mer utförlig granskning av om leverantören faktiskt upprättar och efterföljer det som denne försäkrat vid inkommande av anbud.

Att livscykelkostnader ska kunna ligga till grund för analys av anbud kan medföra att anbudens inbördes ordning påverkas. Andra variabler att konkurrera med tillkommer genom detta och vidare skapas incitament för ett kvalitetsförstärkande för produkterna. Det främjar en strävan för leverantörerna att skapa bättre produkter och inte enbart fokusera på ett lågt slutpris. Produktens eventuella mervärde baserat på dess hänsynstagande kan härigenom generera fördelar för leverantören i upphandlingsprocessen och vidare medföra att denne får utdelning för sitt hänsynstagande.

Det kravställande och de skyldigheter som införs omdirigerar upphandlingens fokus till att även omfatta skyddsvärda samhällsintressen och inte enbart den ekonomiska vinningen.

8.2 Sammanfattande slutsatser

Arbetet mot ett mer medvetet upphandlingsförfarande som tar hänsyn till skyddsvärda samhällsintressen får anses främjande för en positiv utveckling. Den nya lagstiftningen grundar sig på en mer välavvägd politik som inte enbart fokuserar på den ekonomiska vinningen. Det framgår att lagstiftaren tagit till sig av vad som framkommit i genomförda utredningar och undersökningar.

Det är oerhört viktigt att lagstiftningen visar vägen och förespråkar förändring för ett mer hänsynstagande upphandlingsförfarande, men också för en mer hänsynstagande värld. Världen står inför omfattande prövning på många håll och det är vitalt att en förändring som inte hade skett av sig själv, forceras fram. Det är tid att skrida till verket och börja bry sig om vår värld.

Jag önskar fortsatt mer beträffande jämförbara kriterier och en enhetlighet på EU:s inre marknad, som inte begränsas av nationell lagstiftning och olika inhemska villkor. Att det sker något beträffande de fortsatt olika förutsättningarna som råder mellan medlemsstaterna på marknaden. EU-samarbetet besitter en ofantlig makt genom sin position och förhoppningen är att denna makt nyttjas på bästa sätt och med inriktning på ett bevarande av vår värld och våra resurser. Livsmedelsupphandling kan anses utgöra en liten del i detta men det är ett område som innefattar samtliga delar i den kärna som dessa stora frågor består av. Offentlig upphandling har konstaterats utgöra en betydande ekonomisk aktör på EU:s inre marknad och jag önskar att regleringen kommer bana väg för ett mer medvetet upphandlingsförfarande som väcker engagemang och visar att det går att göra skillnad i längden.

Bilaga A

Fullständig mailkonversation med Jonna Törnroos, Finlands kommunförbund, rådgivningsenheten för offentlig upphandling.

Lähettsjäg: JEANETTE ÅKERBERG

[mailto:jup11jak@student.lu.se] **Lähetetty:** perjantaina 16. syyskuuta

2016 16:56 **Vastaanottaja:** Törnroos Jonna

<Jonna.Tornroos@kuntaliitto.fi> **Aihe:** Offentlig upphandling av livsmedel & den finska modellen

Hej Jonna,

Jag heter Jeanette Åkerberg och skriver mitt examensarbete på juristutbildningen i Lund. Jag ska skriva om offentlig upphandling kopplat till mat och livsmedel.

Jag läste en artikel från Inköpsrådet, se länk: <http://inkopsradet.se/bransch/livsmedel/vill-kopiera-finska-matmodellen/>

Det jag finner intressant i denna fråga, om att samma krav ska ställas på leverantörer som på finska inhemska producenter beträffande upphandling av livsmedel, är huruvida detta rättfärdigas utifrån de grundläggande principerna för upphandling.

Jag mailade författaren till artikeln men han svarade att denna fråga låg bortom hans expertis och att jag skulle försöka kontakta finska myndigheter. Därför vidarebefordrar jag frågan till dig och vore oerhört tacksam för svar.

"Min fråga till dig är hur detta beslut, denna finska modell, rättfärdigas i förhållande till grundprinciperna för upphandlingsförfarandet. Då syftar jag främst på principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Ställs kraven på samma nivå som för de finska producenterna, men i allmänna ordalag så det inte framstår som att endast finska producenter kan uppfylla

kraven, och att andra därför inte diskrimineras?

Att potentiella leverantörer utifrån endast får högre satta kriterier i underlaget? För om det formuleras ordagrant ” finsk lagstiftning och dess krav måste vara uppfyllda”, kan det ju anses som orimligt högt satta krav eller diskriminerande för potentiella leverantörer utifrån? Jag hoppas att du förstår min undran även om den är lite svårformulerad, men alltså hur den nya modellen rättfärdigas i förhållande till principerna om likabehandling och icke-diskriminering? Om du har möjlighet att svara vore jag som sagt oerhört tacksam! And if you don't speak swedish as I have interpreted the information from your website, please let me know and I will try to translate my question into english.

Med vänlig hälsning,

Jeanette Åkerberg

Från: Törnroos Jonna <Jonna.Tornroos@kuntaliitto.fi>

Skickat: den 10 oktober 2016 11:47

Till: JEANETTE ÅKERBERG

Ämne: VS: Offentlig upphandling av livsmedel & den finska modellen

Hej,

Ber om ursäkt att jag inte hunnit återkomma till din fråga tidigare. Vi har haft en bråd höst.

Du hänvisar visst till statsrådets principbeslut om ansvarsfull offentlig upphandling av livsmedels- och måltidstjänster från i somras: http://mmm.fi/sv/artikel/-/asset_publisher/periaatepaatos-julkisten-elintarvike-ja-ruokapalveluhankintojen-vastuullisuudesta-hyvaksyttiin

Principbeslutet är bindande för de statliga myndigheterna, men för övriga upphandlande enheter, såsom kommunerna, är principbeslutet en rekommendation.

Bakgrunden till detta beslut ligger i Sipiläs regeringsprogram med en skrivning om att användningen av finländsk mat i offentlig upphandling ska utökas. Såsom det utlovas i principbeslutet så håller man nu på att utarbeta en konkret guide för de upphandlande enheterna.

Man bör komma i håg att upphandlingslagen inte gäller upphandlingens innehåll eller dess ändamålsenlighet. Det är en förfarandelag. De upphandlande enheterna har därför långt prövningsrätt vad gäller krav som uppställs på de produkter som ska upphandlas eller på de leverantörer som får vara med och delta. Detta så länge de grundläggande principerna inom offentlig upphandlingsrätt följs. Produktkrav är inte nödvändigtvis diskriminerande av den orsaken att det på branschen i fråga i Finland eller internationellt sett bara finns en eller några anbudsgivare. Ett exempel hur man ser på saken i Finland är det sk. Angry Birds-domen som vår marknadsdomstol gav år 2012 (519/12). Domstolen ansåg där att staden Rovaniemi kunde ställa krav på att den lekpark som upphandlandes skulle vara en Angry Birds-park som ju är ett skyddat varumärke. Stadens syfte var att främja boendetrivseln och turismen och ville därför i centrum bygga en park som var världskänd. Det var alltså inte egalt för staden vilken typs park det var frågan om.

I sista hand betyder detta en vägning mellan å ena sidan, vilken motivering som ligger bakom kravet beaktande den upphandlande enhetens behov och upphandlingens mål, och å andra sidan det om kraven har en diskriminerande verkan t.ex. så att vissa leverantörer inte kan delta i konkurrensutsättningen. Domstolar har ofta godkänt ett visst krav, om den upphandlande enheten har på ett tillräckligt och objektivt sätt kunnat motivera sina krav utgående från sina behov och målsättningar.

Dock, som du säger, ska man inte i anbudsförfrågan använda skrivelsen ”finländsk lagstiftning ska följas”. I stället bör man öppna innehållet i den finländska lagstiftningen exempelvis att ”antibiotika inte får användas i preventivt syfte under uppfödningen”.

Med vänlig hälsning,

Jonna Törnroos lakimies | jurist Julkisten hankintojen neuvontayksikkö |
Juridik Suomen Kuntaliitto ry | Finlands Kommunförbund rf Toinen linja
14, 00530 Helsinki, Finland +358 40 5667
770 Jonna.Tornroos@kuntaliitto.fi www.hankinnat.fi

Seuraa meitä Twitterissä: [@JHNYneuvoo](https://twitter.com/JHNYneuvoo)

Julkisten hankintojen neuvontayksikössä on käytössä palvelusähköposti hankinnat@kuntaliitto.fi. Jos kysymyksesi koskee hankintalainsäädännön soveltamista ja tulkintaa, toivomme, että käytät palvelusähköpostia henkilökohtaisen sähköpostiosoitteen sijaan.

Huomioithan, että hankintasäätelyssä alkoi 18.4.2016 siirtymäkausi. Lue [täältä](#), mitä se tarkoittaa käytännössä.

Lähettiläjä: [Jeanette Åkerberg](#)

Lähetetty: 22.11.16 2016:04

Vastaanottaja: [Törnroos Jonna](#)

Aihe: SV: Offentlig upphandling av livsmedel & den finska modellen

Hej igen Jonna,

Tack för ditt svar. Jag tänkte höra med dig om det är okej från din sida att jag tar med mailet från dig som en bilaga till uppsatsen och även citerar någon rad ur mailet i själva texten.

Tack på förhand och tack för att du tog dig tiden att svara på mitt mail.

Jeanette Åkerberg

Hej

Vad kul! Det är helt okej för mig.

Hälsar

Jonna Törnroos

Lähetetty Windows Phonesta

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck från EU

Direktiv

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Förslag

Europeiska kommissionen, *Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling*, KOM (2011) 896 slutlig. Tillgänglig på:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:SV:PD>

[F](#)

Senast besökt den 12 december 2016.

Meddelanden

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén – *Offentlig upphandling för en bättre miljö*. KOM (2008) 400 slutlig. Tillgänglig på:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0400&from=EN>

Senast besökt den 12 december 2016.

Meddelande från kommissionen, *Europa 2020. En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*. KOM (2010) 2020 slutlig. Tillgänglig på:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:EN:PDF>

Senast besökt den 13 december 2016.

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén, *Inre marknadsakten, Tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för inre marknaden "Gemensamma insatser för att skapa ny tillväxt"*, KOM (2011) 206 slutlig. Tillgänglig på:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0206&from=SV>

Senast besökt den 14 december 2016.

Offentligt tryck från Finland

Principbeslut

Finska statsrådets principbeslut, *Statsrådets principbeslut om kriterierna för offentlig upphandling av livsmedels- och måltidstjänster (naturvänlig odlingssed, produktionsförhållanden som tar hänsyn till djurens välbefinnande och livsmedelssäkerheten)*, Tillgänglig på:

http://mmm.fi/documents/1410837/1880296/periaatepaatos+julkisista+ruokahankinnoista_sv.pdf/8688323d-3fa1-4456-9521-5299e65ccf27

Senast besökt den 12 december 2016.

Offentligt tryck från Sverige

Betänkanden

Finansutskottets betänkande 2013/14: FiU27 – Offentlig upphandling

Finansutskottets betänkande 2014/15: FiU27 – Offentlig upphandling

Propositioner

Prop 2015/16:195 – Nytt regelverk om upphandling

Rapporter

Miljöstylningsrådet, *Miljö-, ekonomiska och sociala hänsyn i offentlig upphandling*, MSR Rapport 2012:1

Naturvårdsverket, *Miljöanpassad upphandling – En fråga om att vilja, kunna och förstå*, Rapport 6326, januari 2010.

Riksrevisionen, *Miljökrav i offentlig upphandling, är styrningen mot klimatmålet effektiv?* RiR 2011:29.

Statens offentliga utredningar

SOU 2001:31 – Mera värde för pengarna

SOU 2006:28 – Nya upphandlingsregler 2

SOU 2013:12 – Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling

Litteratur

Bergman, Mats, Offentlig upphandling: på rätt sätt och rätt pris, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011

Cit: Bergman (2011)

Bergström, Carl Fredrik & Hettne, Jörgen, Introduktion till EU-rätten, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014

Cit: Hettne och Bergström (2014)

Braic, David, Strategisk offentlig upphandling, Jure, Stockholm, 2012

Cit: Braic (2012)

Hettne, Jörgen, *Strategisk upphandling- stärkt miljöskydd och socialt ansvar på en konkurrenskraftig inre marknad?* i Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, Oxelheim, Lars & Persson, Thomas (red.), Ett konkurrenskraftigt EU till rätt pris, Santérus, Stockholm, 2013

Cit: Hettne (2013)

Hydén, Håkan, *Rättssociologi: om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle*, i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Cit: Hydén (2013)

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Cit: Kleineman (2013)

Reichel, Jane, *EU-rättslig metod*, i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Cit: Reichel (2013)

Sandgren, Claes, *Om teoribildning och rättsvetenskap*, Juridisk tidskrift, Nr 2, 2004/05.

Cit: Sandgren 2004/05

Stenberg, Tove, *Maten och den offentliga upphandlingen*, Tidning för Hushållningssällskapen i Jönköping, Västra Götaland och Värmland. Nr 4/2010. Tillgänglig på: [hs-vast.hush.se/dotnet/GetAttachment.aspx?siteid=85&id=6738](http://vast.hush.se/dotnet/GetAttachment.aspx?siteid=85&id=6738) Senast besökt den 19 december 2016.

Cit: Stenberg 2010

Trolle Önerfors, Elsa & Wenander, Henrik, *Att skriva rätt: goda råd för att skriva uppsats i juridik*, 1. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016

Cit: Trolle Önerfors och Wenander (2016)

Valguarnera, Filippo, *Den komparativa metoden*, i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Cit: Valguarnera (2013)

Elektroniska källor

Eriksson, Per, *Vill kopiera den finska matmodellen*, Publicerad den 6 september 2016. Tillgänglig på:

<https://inkopsradet.se/bransch/livsmedel/vill-kopiera-finska-matmodellen/>

Senast besökt den 12 december 2016.

Inköpsrådets domstolskoll, *EU-domstol – medlemsstat som infört strängare regler för uteslutning än direktivet är skyldigt att hålla fast vid dessa*, Nummer 27, 2016 (perioden 5–11 november). Tillgänglig på:

<https://inkopsradet.se/domstolskoll/>

Senast besökt den 12 december 2016.

Jordbruksverket, *Djurskydd*. Tillgänglig på:

<http://www.jordbruksverket.se/amnesomraden/djur/djurskydd.4.1dbcbad113c7ffa7b0380003185.html> Senast besökt den 17 januari 2017.

Moldén, Robert, *Dom bekräftar EU:s konkurrensprincip*, Publicerad 11 september 2014. Tillgänglig på:

<http://upphandling24.se/dom-bekraftar-eus-konkurrensprincip/>

Senast besökt den 12 december 2016.

Moldén, Robert, *Så bör konkurrensprincipen införas I nya LOU*, publicerad 24 september 2015. Tillgänglig på:

http://www.nohr-con.com/se/news_se/offentlig_upphandling/sa_bor_konkurrensprincipen_in_foras_i_nya_lou

Senast besökt den 12 december 2016.

Pressmeddelande från finländska jord-och skogsbruksministeriet, *Principbeslutet om ansvarsfull offentlig upphandling av livsmedel och måltidstjänster godkänd*, publicerad 29 juni 2016. Tillgänglig på:

http://mmm.fi/sv/artikel/-/asset_publisher/periaatepaatos-julkisten-elintarvike-ja-ruokapalveluhankintojen-vastuullisuudesta-hyvaksyttiin

Senast besökt den 12 december 2016.

Säfvenberg, Erik, *Livsmedelskriterierna uppdaterade*, publicerad 27 december 2016. Tillgänglig på:

<http://upphandling24.se/livsmedelskriterierna-uppdaterade/> Senast besökt den 28 december 2016.

Upphandlingsmyndigheten, *Om regler för upphandling*. Tillgänglig på:

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/>

Senast besökt den 12 december 2016.

Upphandlingsmyndigheten, *Upphandlingsprinciperna*, Tillgänglig på:

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/upphandlingsprinciperna/>

Senast besökt den 12 december 2016.

Upphandlingsmyndighetens årsredovisning 2015. Tillgänglig på:

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/arsredovisning-2015.pdf>

Senast besökt den 12 december 2016.

Otryckta källor

Mailkonversation

Mailkonversation med Jonna Törnroos, Finlands kommunförbund, rådgivningsenheten för offentlig upphandling, den 10 oktober 2016. Se: Bilaga A.

Telefonintervju

Telefonintervju med Monica Sihlén, Enheten för upphandlingsstöd, Upphandlingsmyndigheten, den 10 oktober 2016.

Rättsfallsförteckning

EU- domstolen

Mål C-31/87, Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna (Beentjes).

Mål C-225/98, kommissionen mot Frankrike (Nord-Pas-de-Calais).

Mål C-513/99, Concordia Bus Finland mot Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne (Concordia Bus).

Mål C-6/05, Medipac- Kazantzidis AE mot Venizeleio- Pananeio (Medipac).

Mål C-213/ 07, Michaniki AE mot Ethniko Symvoulío Radiotileorasis (*Michaniki*).

Mål C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar).

Mål C-199/15 Ciclat Soc. Coop mot Consip SpA.

Kammarrätt

Kammarrätten i Göteborg dom 2013-07-19, mål nr 4816–13