



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Juridiska Institutionen
Programmet för juris kandidatexamen
Examensarbete
Offentlig upphandling
VT - 2009

Hållbar utveckling genom miljöbaserad offentlig upphandling?

– Miljökriterier i utvärdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

Ida Höglund

Handledare Andreas Moberg

1. Inledning	4
1.1 Bakgrund.....	4
1.2 Teori, syfte och metod	5
1.3 Definitioner.....	7
1.4 Avgränsningar	8
2. Upphandlingsrättsligt ramverk	8
2.1 Upphandlingsreglernas framväxt och syfte	9
2.1.1 Direkt effekt och gemenskapsrättens företräde.....	10
2.1.2 Gemenskapens externa kompetens: GPA-avtalet	11
2.2 Lagen om offentlig upphandling	13
2.2.1 Lagens omfattning	13
2.2.2 Tröskelvärden	14
2.3 Upphandlingsformer	15
2.4 Förfrågningsunderlag.....	16
2.4.1 Tidsfrister	17
2.4.2 Annonsering av upphandlingen	17
2.5 Grundläggande principer	18
2.5.1 Principen om affärsmässighet.....	18
2.5.2 Icke diskrimineringsprincipen	19
2.5.3 Likabehandlingsprincipen	19
2.5.4 Öppenhetsprincipen	20
2.5.5 Proportionalitetsprincipen.....	21
2.5.6 Principen om ömsesidigt erkännande	21
2.6 Överprövning av tilldelningsbeslut	21
3. Miljöhänsyn i offentlig upphandling	22
3.1 Miljöfrågors ställning inom EG-rätten	22
3.1.1 Integration av miljökrav för en hållbar utveckling.....	24
3.2 Miljöhänsyn under upphandlingens olika faser	26
3.2.1 Behovsanalysen	26
3.2.2 Leverantörskvalificering	26
3.2.3 Kravspecifikationen	29
3.2.4 Fullgörandevillkor	30
3.2.5 Anbudsutvärderingen.....	30
3.2.6 Tilldelningsbeslut.....	33
4.1 Viktning av kriterierna.....	34
4.1.1 Viktningsmodeller	35
4.2 Miljökriteriers tillåtlighet	37
4.2.1 Krav på koppling till föremålet för upphandling	38

4.2.2 Krav på kontrollerbarhet	39
5.1 Beentjes och Nord de pas de Calais – Särskilda kontraktsvillkor eller utvärderingskriterium.....	40
5.2 Preussen Elektra	42
5.3 Concordia.....	43
5.4 EVN och Wienström.....	45
6.1 Avslutande kommentarer	51
Källförteckning	53

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Den 1 januari 2008 ersattes de tidigare svenska upphandlingslagarna av Lagen (2007:1091) om Offentlig Upphandling (LOU) och Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). De nya lagarna bygger på två EG-direktiv. Klassiska direktivet (2004/18/EG) som reglerar Klassiska sektorn är implementerat i LOU och Försörjningsdirektivet (2004/17/EG) som reglerar försörjningssektorn är implementerat i LUF.

Möjligheten till att ta miljöhänsyn i upphandlingar har uppmärksammats allt mer inom den Europeiska unionen (EU) och Sverige. I såväl EU som inom Sverige är det en uttalad målsättning att främja utvecklingen mot ett ekologiskt hållbart samhälle. Detta har lett till att offentliga organ ofta önskar, och förväntas, ta ekologisk hänsyn vid inköp av varor och tjänster. Genom att använda miljöbaserad offentlig upphandling finns möjlighet för offentliga myndigheter att märkbart bidra till en hållbar utveckling. Upphandling är ett betydande instrument med stor omsättning. En progressiv miljöpolitik på upphandlingsområdet kan bidra unionens mål att bli *”världens mest konkurrenskraftiga och dynamiska kunskapsbaserade ekonomi, med möjlighet till hållbar ekonomisk tillväxt med fler och bättre arbetstillfällen och en högre grad av social sammanhållning”*.¹ I samverkan med marknaden kan medlemsstaternas offentliga myndigheter använda sig av företagens och konsumenternas intressen för att bidra till hållbara konsumtions- och produktionsmönster.

En ökad andel miljöanpassade offentliga upphandlingar innebär att miljömålen i Sverige och i gemenskapen kan uppnås till en lägre kostnad än som är möjligt med andra tänkbara strategiska styrmedel. Miljökrav i offentliga upphandlingar kan bidra till en stark konkurrenskraft på framtida marknader för svenska företag som anpassar sin produktion till höga miljökrav. Dessutom kan det vara en drivkraft för att påskynda utvecklingen av miljöteknik. Offentliga medel skall spenderas varsamt med skattebetalarna i åtanke. Detta står dock inte nödvändigtvis i motsats till att ta miljöhänsyn. Prioritering av miljöhänsyn offentlig upphandling kan ge mervärde på lång sikt trots att det på kort sikt inte innebär det strikt ekonomiskt mest fördelaktiga.

Att ställa miljökrav i upphandlingar har länge varit omdiskuterat och ifrågasatt. Många gånger har det framförts åsikter om att hänsynstagande till miljö eller andra samhällsliga aspekter skulle vara handelshindrande, diskriminerande eller på annat sätt otillåtna. Den tidigare förhärskande var att offentliga upphandlingar endast skall baseras på strikt ekonomiska avvägningar.² Exempelvis kan det strida mot den fria rörligheten för varor inom EU att ställa krav på närproducerade varor.³ Ett av grundproblemen med att ta miljöhänsyn i upphandling är denna eventuella oförenlighet till rättsliga grundprinciper såsom icke-diskriminering och fri rörlighet. Att ställa krav på närproducerade varor kan vara positivt ut

¹ Se Lissabonstrategin och exempelvis art. 2 i EG fördraget

² Se exempelvis Kommissionens Grönbok, Offentlig Upphandling inom EU: Överväganden inför framtiden, KOM 96 (583)

³ Se exempelvis Mål C-243/89, *Kommissionen mot Danmark*, REG. 1993 s. I-3353

miljöhänsyn, men innebär samtidigt att leverantörer etablerade i andra länder än den upphandlande myndigheten diskrimineras.

Regelverket för offentlig upphandling är skrivet utifrån ett rationellt ekonomiskt tänkande. Syftet är att maximera nyttan för den upphandlande myndigheten samtidigt som konkurrensen för alla potentiella leverantörer på den gemensamma marknaden skall främjas. Eftersom offentliga medel finansierar upphandlingar är grundtanken att en upphandlande myndighet bör eftersträva det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Att väga in miljöpåverkan i upphandlingen kan gå stick i stäv med skattebetalarperspektivet, d.v.s. att få så mycket som möjligt för varje skattekrona. Tidigare var det i utvärderingen endast tillåtet att utvärdera kriterier som gav upphandlande myndigheter *ekonomiska* fördelar.⁴ Efterhand har däremot praxis, från framförallt EG-domstolen, klargjort att miljöhänsyn i offentlig upphandling är möjligt och att det dessutom är en prioriterad fråga för den gemensamma europeiska politiken. Utvecklingen på området avspeglas åtminstone till viss del även i de nya upphandlingsreglerna.

Det är ett uttalat mål i gemenskapen såväl som i Sverige att främja en hållbar utveckling och miljöanpassad offentlig upphandling är ett marknadsbaserat och kraftfullt styrmedel som kan leda samhället mot en långsiktigt hållbar konsumtion och produktion. Begreppet hållbar utveckling leder ofta tankarna till miljöaspekter, men hållbar utveckling består av tre delar, ekologisk hållbarhet, social hållbarhet och ekonomisk hållbarhet.⁵ Med ekonomisk hållbarhet menas att hushålla med mänskliga och materiella resurser på lång sikt. På grund av utvecklingen är gränsen mellan ekonomiska, sociala och miljömässiga hänsyn är inte längre lika klar. Motsättningarna som tidigare funnits mellan att ta ekonomiska och miljömässiga hänsyn i offentlig upphandling består således inte nödvändigtvis.

1.2 Teori, syfte och metod

Enligt en analys från naturvårdsverket av genomförda offentliga upphandlingar under år 2007,⁶ finns en utbredd vilja bland upphandlande myndigheter att ta miljöhänsyn. I samma studie konstaterar dock Naturvårdsverket att kraven ofta är otydligt formulerade, vilket vittnar om den förvirring som råder. I vissa upphandlingar dyker miljökrav upp lite varstans i underlaget, med väldefinierade och icke väldefinierade krav blandat. För att kunna maximera nyttan med kraven och för att undvika onödiga överprövningar är det av största vikt att kraven är väl genomtänkta och välformulerade. Det kan vara svårt att avgöra i vilket skede det passar bäst att ställa olika typer av miljökrav, och det finns ett tydligt behov av riktlinjer för hur upphandlaren ska tänka i detta avseende eftersom alltför långtgående, eller illa formulerade, krav riskerar att bli föremål för överprövning.⁷ Utifrån lagstiftning och praxis är det oklart vilka möjligheter som finns att ta miljöhänsyn under upphandling i allmänhet och under utvärderingsfasen i synnerhet. Ett övergripande syfte med uppsatsen

⁴ Se kommissionens Grönbok, Offentlig upphandling: Överväganden inför framtiden, p.5.5.1

⁵ Se "Brundtlandrapporten" Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, FN:s världskommission för miljö och utveckling, 1987

⁶ Naturvårdsverkets rapport, *Miljöanpassad upphandling i praktiken*, 2007

⁷ ibid

är att klargöra vilka möjligheter upphandlande myndigheter har att ta miljöhänsyn i offentlig upphandling, och särskilt behandlas följande frågeställning:

Vilka rättsliga begränsningar ställs en upphandlande myndighet inför när miljökriterier skall ingå i utvärderingen av "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" och hur bör dessa begränsningar tolkas?

I syfte att belysa vilka möjligheter det nya regelverket ger upphandlande myndigheter att ta miljöhänsyn vid inköp av varor och tjänster, framförallt i utvärderingen av anbuden, skall jag redogöra för och analysera LOU och dess förarbeten, Klassiska Direktivet och relevant rättspraxis på området. För att utröna vilka ramar som uppställs för att ställa miljökrav i upphandling kommer lagstiftning, förarbeten och praxis på området att kritiskt granskas. Regelverkets syfte kommer att analyseras och diskuteras i förhållande till EG:s regler om den fria rörligheten såväl som till gemenskapens miljöregler och mål. Med de nya reglerna på upphandlingsområdet tillsammans med aktuell praxis som bas kommer olika tänkbara lösningar på att ställa miljökrav under upphandlingsprocessens olika faser att diskuteras och vägas mot varandra, med fokus på miljöhänsyn under utvärderingen. För att få en översikt över upphandlingsreglerna och möjligheterna att tillämpa miljöhänsyn kommer jag att redogöra för upphandlingens skilda faser och vilka möjligheter upphandlande myndigheter har att ta miljöhänsyn under respektive faser.

Metoden som använts i uppsatsen är den traditionellt rättsdogmatiska, vars huvudsakliga uppgift är att utreda och systematisera gällande rätt. Jag försöker med andra ord påvisa i vilken mån det gällande regelverket möjliggör eller sätter upp begränsningar för tillämpande av miljökriterier i utvärderingen av anbud. Metoden är vald i linje med uppsatsens syfte. Utöver den traditionella rättsdogmatiken har jag genomfört intervjuer med ansvariga upphandlare på Göteborgs Universitet och Göteborgs Stadskansli.⁸ Skälet till genomförandet av intervjuer har varit att jag önskat bredda min kunskap om upphandlingsreglernas praktiska funktion och den verklighet i vilken de fungerar. Genom att sätta reglerna i en kontext underlättas förståelsen för reglernas syfte, dess brister och i vad mån de försvårar tillämpningen av miljökriterier. För att få en bild av rådande uppfattningar och värderingar bland upphandlande myndigheter och statliga verk kommer även åsikter från offentliga verk och sammansättningar som är dominerande inom fältet för offentlig upphandling att kommenteras till viss del, precis som Sveriges och unionens internationella åtagande i form av medlemskap i GPA-avtalet kommer att beröras.

Europeiseringen av upphandlingslagstiftningen är en betydelsefull faktor, vilket satt tydliga spår i upphandlingslagstiftningen. De nationella domstolarnas möjlighet att begära förhandsavgöranden av EGD har medfört att rättsområdet kommit att utvecklas i snabb takt genom praxis. En genomgång och analys av de domar från EG-domstolen som är centrala inom området kommer därmed att spela en stor roll i denna uppsats. Jag kommer att redogöra utförligt för utgången i rättsfallen och tolka dem i förhållande till rådande lagstiftning. Med hjälp av domarna, dess förhandsavgöranden och kommentarer i doktrin kommer uppsatsen att leda fram till ett övergripande svar på frågan vilket utrymme

⁸ Intervju med Maria Hedlund och Staffan Sjöholm, Göteborgs universitets upphandlingsenhet, 2008 samt Ofelia Hendar, upphandlingsansvarig, Göteborgs stadskansli, 2008

upphandlande myndigheter har att ta miljöhänsyn i utvärderingen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

1.3 Definitioner

Offentlig upphandling avser anskaffning av något, dvs. att den offentliga sektorn tillförs en tillgång eller en tjänst och betalar för detta på något sätt. I 2:13 LOU förtydligas att med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster och byggentreprenader. Med *upphandlande myndigheter* avses enligt 2:19 LOU statliga och kommunala myndigheter. Jämställs med myndighet görs även beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ, församlingar och sammanslutningar av en eller flera myndigheter. *Offentligt styrda organ* definieras i 2:22 LOU och omfattar sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, att de till största delen är finansierade eller kontrollerade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan till mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet. I denna uppsats kommer dock termen upphandlande myndighet att tillämpas, för att inbegripa alla organ som omfattas av LOU:s bestämmelser.

Enligt upphandlingsreglerna används antingen termen upphandlande myndighet då myndigheten omfattas av LOU eller upphandlande enhet om myndigheten omfattas av lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Uppdelningen i de två olika direktiven respektive lagarna syftar till att göra upphandlingsprocessen mer överskådlig. Eftersom att LUF främst omfattar upphandling av mer eller mindre livsnödvändiga varor (Försörjningssektorn) är det lämpligt att de faller under en till viss del annan reglering. I denna skrift kommer fokus att ligga på den klassiska sektorn, därmed kommer för enkelhetens skull endast termen upphandlande myndighet att tillämpas. Med det menas, i tillämpliga fall, även upphandlande enhet.

Varken i den svenska lagstiftningen, dess förarbeten eller i upphandlingsdirektiven finns någon definition av miljöbaserad upphandling. Frågan om vad som gör en produkt miljöanpassad är mångfacetterad därför att bedömningen kan göras på olika sätt. I en dansk rapport har gröna inköp definierats som inköp där det tillmäts betydelse att hänsyn tas till det kretslopp som råvaror och material genomgår med målsättningen att minska miljöbelastningen och begränsa slöseri av naturresurser i mesta möjliga mån. Här fästs exempelvis hänsyn till graden av föroreningar vid produktframställning, materialslöseri, energiförbrukning under varuutvinning och varutransport, varans livslängd och återvinningsmöjligheter.⁹ Denna definition är lyckad i den meningen att den beaktar en varas hela livslängd. Härmed undviks risken att omfatta s.k. miljövänliga produkter som när de skall brytas ned innebär en större skada för miljön än en motsvarande produkter utan uttalad miljöanpassning. I denna uppsats kommer jag dock att använda en bredare tolkning

⁹ Miljöstyrelsen og Energistyrelsen Handlingsplan för en offentlig grön inköbspolitik, 1994

av begreppet gröna inköp än denna livskostnadsdefinition. Med miljöhänsyn i en upphandling avser jag alla upphandlingar där en myndighet väljer att på något sätt premiera miljöaspekter.

1.4 Avgränsningar

Vid utredning och genomgång av EG-direktiven och de nationella upphandlingsreglerna har jag valt att begränsa arbetet till den Klassiska sektorn och dess svenska motsvarighet i LOU. Främst eftersom att upphandlingar inom den Klassiska sektorn är huvudregeln, jämfört med de något mer specifika upphandlingarna inom Försörjningssektorn, men även för att undvika onödiga upprepningar då reglerna inom de olika sektorerna påminner mycket om varandra. Till den Klassiska sektorn hör framförallt statliga och kommunala myndigheter och andra beslutande organ inom kommuner och landsting.

Vad gäller möjligheten att ställa miljökrav under upphandlingsprocessen kommer genomgången att begränsas till upphandlingar över tröskelvärdena¹⁰, eftersom något annorlunda och förenklade regler råder för upphandlingar under dessa värden. I de avsnitt det är relevant är utgångspunkten upphandlingar med öppet förfarande, vilket innebär att ingen förhandling med leverantörer är tillåtet.

Eftersom varje produktgrupp som kan upphandlas har sina egna detaljerade regler är det inte min mening att denna uppsats skall användas som en handbok exakt för vilka krav som kan ställas i respektive upphandlingar. För exakt vägledning vilka kriterier som kan uppställas vid upphandling av en viss produkt kan information sökas hos Miljöstyrningsrådet¹¹. Som exempel kan nämnas Miljöstyrningsrådets förslag till att uppställa kriterier gällande tensiders nedbrytbarhet vid upphandling av tvätt- och rengöringsmedel.¹² För att undvika att falla in i förslag till detaljerade krav kommer jag endast att söka utreda huvudfrågan om vidden av tillåten miljöhänsyn i offentlig upphandling och framförallt i anbudsutvärderingen.

2. Upphandlingsrättsligt ramverk

I detta avsnitt kommer jag att beskriva det rättsliga ramverk vilket reglerar de offentliga inköpen i Sverige och unionen. Eftersom den svenska upphandlingslagstiftningen bygger på EG-direktiv följer först och främst en kortare genomgång av regelverkets framväxt inom EG-rätten. För att förtydliga förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt beskriver jag därefter de grundläggande principerna om EG-rättens företräde och direktivs direkta effekt. I samband med att jag skildrar gemenskapens externa kompetens, dvs. rätt att ingå avtal, kommer jag även att redogöra för det av EG ingångna internationella upphandlingsavtalet, GPA¹³. Därefter kommer en genomgång av de övergripande reglerna i

¹⁰ För nuvarande 1,2 miljoner kr för upphandling av varor och tjänster i Klassiska sektorn; se tillkännagivande 2008:32 av tröskelvärden vid offentlig upphandling

¹¹ www.msr.se

¹² <http://www.msr.se/sv/Upphandling/Kriterier/Stad-och-rengoring/Kemisk-teknisk/>

¹³ Government Procurement Agreement, ett plurilateralt avtal inom ramen för världshandelsavtalet (WTO)

Klassiska direktivet, men framförallt i LOU att presenteras. Syftet är att innan jag går in på myndigheternas möjlighet att ta miljöhänsyn, skapa en överskådlig bild av hur en upphandling går till samt redogöra för vilka principer som ligger till grund för all offentlig upphandling. För att förstå det upphandlingsrättsliga regelverket är det nödvändigt att förstå dess ursprungliga syfte, hur detta utvecklats och hur det begränsar myndigheterna att ta hänsyn till icke-ekonomiska värden vid sina inköp.

2.1 Upphandlingsreglernas framväxt och syfte

Sedan Sveriges tillträde till EES avtalet 1994 har offentlig upphandling reglerats genom direktiv på området som implementerats i svensk lag. Redan från slutet av 1800-talet har det dock funnits nationella regler om upphandling av varor för statsförvaltningen. På 1970-talet reglerades även upphandling av tjänster och reglerna i den s.k. upphandlingsförordningen, vilken kom att gälla fram till år 1993.

Skälen för den gemenskapsrättsliga regleringen av upphandlingsförfarandet var av renodlad ekonomisk natur och syftet var att bidra till realiserandet av den inre marknaden. Harmoniseringen av upphandlingsreglerna inom EU syftar till att säkerställa att hinder för den fria rörligheten avskaffas. Harmoniseringen av upphandlingsreglerna i de respektive medlemsstaterna syftade till att garantera alla företag inom EU lika villkor att vinna offentliga kontrakt.¹⁴ Genom att undanröja hinder för den fria rörligheten samt öppna marknaden för konkurrens skulle en inre marknad kunna realiseras. Eftersom syftet med att reglera de offentliga upphandlingarna inom unionen var av ekonomisk natur så innehöll upphandlingsdirektiven från början inte några uttryckliga bestämmelser för att främja miljö- eller andra särskilda hänsyn.¹⁵ EG-domstolens praxis har dock successivt klargjort att det utpräglat ekonomiska syftet bakom de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna inte hindrar en upphandlande myndighet från att ställa krav som inte är av renodlat ekonomisk natur, särskilt när sådana krav bidrar till att förverkliga ett i fördraget angivet mål.¹⁶ I de nuvarande upphandlingsdirektiven från 2004 har de förändringar praxis medfört materialiserats och det finns numera uttryckliga möjligheter att ta miljöhänsyn i offentliga upphandlingar.

Förutom att ett av grundsyftena med upphandlingslagstiftningen är att uppnå en väl fungerande konkurrens inom EU handlar upphandlingslagstiftningen om att skapa den konkurrens inom den offentliga sektorn som den privata sektorn redan har av naturliga skäl. Genom att öka konkurrensen bland leverantörer kan myndigheterna få mer förmånliga inköpsvillkor, vilket är till nytta för det allmänna, medborgarna och skattebetalarna. Huvudsyftet med offentliga kontrakt är i allmänhet att säkerställa att offentliga medel används på ett korrekt och effektivt sätt, på grundval av seriösa bedömningar och utan någon slags favorisering eller kompensation, vare sig ekonomisk eller politisk. I syfte att säkerställa syftet med regleringen regleras de upphandlande

¹⁴ Dahlström & Sundbom, *Miljökrav i Offentlig Upphandling*, 2008

¹⁵ SOU 2006:28 s. 162

¹⁶ Se exempelvis Mål C-379/98 *Preussen Elektra AG mot Schleswag AG*, REG. 2001 s. I-2099 och mål C-513/99 *Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL- Bussiliikenn "Concordia"*, REG. 2002 s. I-7213

myndigheternas handlingsutrymme för att garantera insyn och objektivitet i det offentliga inköp.¹⁷ Från gemenskapsrättslig utgångspunkt har regleringen av offentlig upphandling införts för att bidra till genomförandet av den gemensamma marknaden genom att företag i alla medlemsstater skall kunna konkurrera på lika villkor om offentliga kontrakt i medlemsstaterna. Den ökade konkurrens detta medför syftar till att ge upphandlande myndigheter möjlighet att ingå affärsmässigt fördelaktiga kontrakt.¹⁸ Detta grundsyfte med regelverket kommenterades av EG-domstolen i målet *BFI Holding*¹⁹ med att de gemenskapsrättsliga bestämmelser inom upphandlingsområdet syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster. Därigenom skall intressen för de ekonomiska aktörer som är etablerade i en medlemsstat och önskar erbjuda varor eller tjänster åt en upphandlande myndighet i en annan medlemsstat skyddas. Syftet är således att undanröja risken för att nationella anbudsgivare ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt.²⁰

2.1.1 Direkt effekt och gemenskapsrättens företräde

Regelverket för offentlig upphandling behandlas visserligen inte direkt inom ramen för EG-fördragets konkurrensregler men har trots detta ett nära samband med dessa. Samtidigt som EG-rätten är en självständig rättsordning ingår den som en del i varje medlemsstats rättsordning. I Sverige, där man tillämpar den dualistiska traditionen, inkorporerades Romfördraget i svensk lagstiftning genom 4 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till EU. Enligt den dualistiska traditionen kan traktater mellan stater bli en del av nationell rätt endast i den mån de införlivas genom inkorporering eller transformering. EG-domstolen har dock genom en rad avgöranden klartgjort att gemenskapsrätten skiljer sig från traditionella folkrättsliga traktater. Genom tolkningsavgöranden, enligt artikel 234 EG-fördraget, har EG-domstolen förklarat förhållandet mellan nationell rätt och gemenskapsrätt.

I *Van Gend en Loos*²¹ konstaterade EG-domstolen att gemenskapsrätten utgör en ny rättsordning som inte bara skapar ömsesidiga skyldigheter mellan avtalsparterna, utan dessutom ålägger skyldigheter och garanterar rättigheter till enskilda. För att enskilda ska kunna stödja sig på en bestämmelse och garanteras rättigheter därur måste bestämmelsen ha direkt effekt. Domstolen klargjorde att för att en rättsregel ska kunna ha direkt effekt måste den vara klar, otvetydig och ovillkorlig samt ägnad att vara riktad åt enskilda. I sådana fall kan enskilda åberopa och stödja sig mot bestämmelsen inför nationella domstolar och myndigheter.

Vad gäller ett direktivs ställning så är de enligt artikel 249, 3 st. EG-fördraget bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, vad avser det resultat som skall uppnås. Medlemsstaterna är fria att välja form och metod för genomförandet av reglerna i nationell rätt, men nationella domstolar är tvungna att tolka alla nationella rättsregler direktivkonformt.²² Den nationella domstolen är med andra ord skyldig att tolka den

¹⁷ Se Generaladvokat Jacobs kommentar i förhandsavgörandet till mål Generaladvokat Jacobs i mål C-19/00 *SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo*, REG. 2001 s. I-7725 I, p. 33

¹⁸ Prop. 2006/07:128, s. 154

¹⁹ Mål C-360/96 *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden mot BFI Holding BV*, REG. 1998 s. I-6821

²⁰ *Ibid*, p. 41-41

²¹ Mål 26/62 *van Gend en Loos*, REG. 1963 s. 1

²² Mål 14/83 *von Colson och Kamann*, REG. 1984 s. 1891, p. 26

nationella rätten i ljuset av direktivets ordalydelse och syfte för att uppnå det resultat som avses i direktivet. En följd av detta är att Klassiska direktivet, och inte förarbetena till LOU, utgör den främsta tolkningskällan vid oklarheter vad gäller exempelvis tolkning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I *van Duyn*²³ bekräftade EG-domstolen att principen om direkt effekt även gäller tillräckligt klara och precisa direktivbestämmelser. När Van Duyn vägrades inresetillstånd till Storbritannien klagade hon på att beslutet inte stod i överensstämmelse med den fria rörligheten för arbetstagare stadgad i artikel 39 EGF samt ett tillhörande direktiv. EG-domstolen slog i målet fast att direktiv kunde ges vertikal direkt effekt, vilket innebär att redan innan Klassiska direktivet implementerats i svensk lag fanns möjligheter att åberopa dess bestämmelser inför nationell domstol. Att en bestämmelse i ett direktiv inte har horisontell direkt effekt slogs fast i målet *Faccini Dori*²⁴ vilket betyder att bestämmelser i direktiven endast kan åberopas av enskilda gentemot staten, och inte gentemot andra enskilda.

Att ovillkorliga och tillräckligt precisa bestämmelser i direktivet kan åberopas även mot kommuner och andra upphandlande organ än statliga myndigheter kan utläsas ur målet *Foster*²⁵ I domen uttalade EG-domstolen att ovillkorliga och tillräckligt precisa bestämmelser i ett direktiv kan åberopas av enskilda, gentemot organ eller enheter som är undanställda staten, står under tillsyn av denna eller har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda.²⁶

Vad gäller gemenskapsrättens företräde så slog EG-domstolen i målet *Costa v Enel*²⁷ fast att medlemsstaterna, genom att överföra kompetens till gemenskapen, begränsat sina egna befogenheter. Det är därför inte möjligt att ge företräde åt senare, ensidiga åtgärder som stred mot gemenskapens bestämmelser. Regeln i artikel 249 om att en förordning är direkt tillämplig skulle vara utan betydelse om medlemsstaterna kunde beröva förordningen dess verkan genom en ensidig lagstiftningsåtgärd. En nationell rättsregel kan därför inte gå före gemenskapsrätten utan att gemenskapens rättsgrund skulle hotas.²⁸ Till belysning av gemenskapsrättens företräde i den svenska domstolens praxis kan pekas på målet "*Upplands lokaltrafik*"²⁹ där innehållet i den tidigare svenska upphandlingslagstiftningen bedömdes stå i strid med ett EG direktiv och därför inte kunde tillämpas.³⁰

2.1.2 Gemenskapens externa kompetens: GPA-avtalet

Genom artiklarna 281 och 300 i EG-fördraget har EG rättskapacitet och möjlighet att inträda i kontraktsförhållanden med andra personer och organisationer. År 1980 gjordes ett tillägg till direktiv 77/62 för att kunna applicera 1979 års GATT avtal för offentlig upphandling. Det så kallade GPA-avtalet ålade EEG och dess medlemsstater att ta hänsyn till tredjeländer, utanför unionen, vid offentliga upphandlingar. Till följd av rådets

²³ Mål 41/74 *Van Duyn mot Home office*, REG. 1974 s.1337

²⁴ Mål C-91/92 *Faccini Dori mot Recreb S .r.l.*, REG. 1994 s. I-3325

²⁵ Mål C-188/89 A. *Foster m.fl. mot British Gas plc.*, REG. 1990 s. I-03313

²⁶ C-188/89 A. *Foster m.fl. mot British Gas plc.*, p. 18-20

²⁷ Mål 6/64 *Costa mot ENEL*, REG. 1964 s. 585

²⁸ Allgårdh och Norberg, *EU och EG-rätten*, 117 f.

²⁹ RÅ 1996 ref 50 *Upplands Lokaltrafik*

³⁰ Bernitz, *Europarättens grunder*, s 270 f.

godkännande av direktiv 80/271 blev avtalet del av gemenskapsrätten och gäller således även i Sverige sedan inträdet i EU.³¹ Detta betyder att leverantörer utanför EU:s gränser kan lämna anbud på offentliga kontrakt, precis som svenska och andra EU-leverantörer kan lämna anbud på kontrakt i tredje länder som är anslutna till GPA-avtalet. GPA-avtalet baseras på ett antal generella principer. Den viktigaste av principerna är "principen om nationell behandling" enligt vilken samma behandling skall garanteras utländska som inhemska leverantörer.³² Principen om icke-diskriminering" förbjuder diskriminering av lokala aktörer på grund av utländskt ägande eller liknande.³³ De grundläggande principerna som regleras i GPA-avtalet är som synes lika de grundläggande principerna som gäller även enligt LOU.³⁴

Eftersom GPA-avtalet är ingånget av EG så bör avtalet kunna dela några av kärnkaraktärerna med EG-rätten.³⁵ Detta innebära att avtalets bestämmelser skulle kunna åtnjuta direkt effekt därmed kunna åberopas av individer närhelst en bestämmelse är tillräckligt precis och ovillkorlig.³⁶ Huruvida bestämmelserna i GATT- och GPA-avtalet har direkt effekt eller inte har debatterats i doktrin och praxis. I "Internationella fruktfalet"³⁷ restes frågan om GATT-avtalets direkta effekt för första gången i EG-domstolen. EG-domstolen kom fram till att reglerna i GATT inte var tillräckligt precisa eller ovillkorliga för att kunna tillkännages direkt effekt och därmed kunna åberopas inför nationella domstolar. Därefter har avtalens direkta effekt ett antal gånger tagits upp av EG-domstolen. I och med införandet av en mer effektiv tvistelösningsmekanism³⁸ i GATT höjdes förväntningarna på att avtalets innehåll skulle erkännas direkt effekt. I det så kallade Textilmålet³⁹ vidhöll dock EG-domstolen att endast i vissa stadgade undantagsfall kan bestämmelser i GATT-avtalet erkännas direkt effekt. En tvistelösningsmekanism, liknande den i GATT, har introducerats i GPA. Med Textilmålet i beaktande garanterar detta dock inte att GPA-avtalet har direkt effekt. Det är dock möjligt att göra en annorlunda tolkning av GPA-avtalets bestämmelsers direkta effekt eftersom det avtalet uttryckligen tillåter privata subjekt klagorätt inför nationell domstol vid brott mot någon av dess bestämmelser.⁴⁰

Trots oklarheterna angående avtalets rättsliga ställning så hänvisas i viss utsträckning till avtalets regler av upphandlande myndigheter och tas här upp för att beskriva en fullständig bild av regelverket för offentlig upphandling. Fortsättningsvis kommer jag att hänvisa till avtalet som om vore dess regler skyldiga att efterlevas. Med tanke på osäkerheten vad gäller avtalets praktiska tillämpningsområde så har gemenskapen dock kommit att tillämpa reciprocitetsprincipen. Detta innebär att ömsesidighet skall råda i staternas inbördes rättigheter och plikter. Skulle en tvist uppkomma kan de samrådsförfaranden som fastställs

³¹ Bovis, *EU public procurement law*, s.20

³² Se artikel 3 GPA avtalet

³³ ibid

³⁴ Bovis, *EU public procurement law*, s. 46 f.

³⁵ Se diskussion i Craig P ande de Burca G., *EU law*, s. 193 f.

³⁶ ibid

³⁷ Förenade målen 21-24/72 *International fruit company mot Produktschap voor Groenten en fruit*, REG. 1972 s. 1219

³⁸ The Dispute Settlement Body upprättad under WTO:s Dispute Settlement Understanding. Tvistelösning sker i enlighet med artikel XXII GPA avtalet

³⁹ Mål C-149/96 *Republiken Portugal mot Europeiska unionens råd*, REG. 1999 s. I-8395

⁴⁰ Se diskussion i de Burca, *EU law*, s. 196 ff.

i GPA utnyttjas. Om dessa förfaranden misslyckas kan de förfaranden som förutses inom WTO för biläggande av tvister inledas.⁴¹

2.2 Lagen om offentlig upphandling

I mars 2004 antog Europaparlamentet och Rådet en revision av unionens upphandlingslagstiftning vilket utmynnande i Försörjningsdirektivet och Klassiska direktivet, vilka skulle komma att ersätta den tidigare lagstiftningen på området. Direktiven är i mångt och mycket lika sina föregångare men vissa förändringar har dock skett. I Klassiska direktivet har de tidigare direktiven om upphandling av varor, tjänster samt bygg- och anläggningsentreprenader⁴² sammanförts till ett gemensamt direktiv och det nya direktivet har utformats med syfte att vara mer lättläst och för att bättre följa den kronologiska upphandlingsprocessen än sina föregångare.⁴³ Även vissa materiella ändringar har skett, bl. a. har nya tröskelvärden införts för att anpassas till de tröskelvärden som gäller för GPA-avtalet. De nya reglerna är numera implementerade i LOU.

LOU innehåller detaljerade regleringar av förfarandet i offentliga upphandlingar. Denna noggranna reglering av upphandlingsförfarandet gör att potentiella leverantörer har möjlighet till större insyn när de lämnar anbud på offentliga kontrakt än vid förhandlingar med privata bolag. Offentligheten och insynen ger legitimitet till beslutet om vem som skall få leverera till den offentliga förvaltningen och leder till en sundare konkurrens på marknaden. Kritiker menar dock att detaljregleringen bidrar till en långsam och i slutändan dyrare process för skattebetalarna. Detta betyder att LOU i vissa fall kan motarbeta sitt eget syfte. Problemet har uppmärksamats och delvis åtgärdats bl.a. genom att upphandlingar för låga värden kan direktupphandlas. Eftersom en brist på reglering riskerar att bidra till favorisering av nationella leverantörer och mutor i syfte att erhålla eftertraktade kontrakt får LOU ses som en nödvändig kompromiss mellan olika behov.

2.2.1 Lagens omfattning

LOU är enligt 1:2 tillämplig vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller även när upphandlande myndigheter upphandlar genom anordnande av projekttävlingar. Avsikten är att upphandlingsbegreppet skall täcka alla åtgärder, från förfarandets inledning till och med avtalslutandet.⁴⁴ Eftersom upphandlingslagstiftningen reglerar hela förfarandet är det viktigt att redan under planeringsstadiet vara väl medveten om de regler som måste följas under upphandlingens gång.

I stort sett alla transaktioner som offentliga myndigheter (se definition i avsnitt 1.4) företar sig faller in under LOU:s tillämpningsområde. Vissa undantag finns dock där LOU:s regler ter sig som en mindre lyckad lösning. Framförallt gäller detta upphandlingar under tröskelvärdena eller upphandling av s.k. B-tjänster, vilka bl.a. innefattas av juristtjänster och

⁴¹ Offentlig upphandling inom europeiska unionen: överväganden inför framtiden, 27 nov. 1996

⁴² Varuupphandlingsdirektivet 93/36/EEG, Tjänsteupphandlingsdirektivet (92/50/EEG) och Bygg- och anläggningsdirektivet (93/37/EEG)

⁴³ Prop. 2006/2007:128, s. 1 sammanfattning

⁴⁴ *ibid*, s. 150

andra konsulttjänster. Dessa faller istället under regleringen av förenklade förfaranden. Vissa transaktioner är helt undantagna från LOU och dessa nämns i 1:3-8 LOU. Bland annat är lagen enligt 1:5 LOU inte tillämplig då det är fråga om upphandling enligt andra internationella regler, såsom multi- eller bilaterala avtal mellan staterna inom det Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet (EES) och någon annan stat. För att detta undantag skall kunna tillämpas måste det i avtalet finnas särskilda upphandlingsbestämmelser och avtalet skall avse ett projekt som är gemensamt för de avtalslutande staterna. Undantaget gäller även militära förhållanden, i de fall särskilda upphandlingsregler avtalats och särskilda upphandlingsförfaranden i en internationell organisation, såsom världsbanken och internationella valutafonden.

För att en offentlig myndighets agerande skall räknas som en transaktion krävs att det är fråga om att handla med en annan part, verksamhet i egen regi faller inte in under LOU. En enhet inom en myndighet kan inte upphandla av en annan enhet inom samma myndighet eftersom de inte kan sluta ett civilrättsligt bindande avtal med varandra. Inte heller myndigheter inom staten som rättssubjekt kan upphandla av varandra i lagens mening. Däremot kan en statlig myndighet sluta ett upphandlingskontrakt med ett statligt bolag, eller en kommun med ett kommunalt bolag. Även kommuner kan upphandla av varandra, liksom staten kan upphandla av en kommun och vice versa.⁴⁵

Privata organ kan vara tvungna att följa LOU då ett annat organ som i sin tur är skyldigt att följa LOU finansierar mer än hälften av kostnaderna av det som skall upphandlas. Det åligger i dessa fall det finansierande organet att se till att det privata organet följer reglerna i LOU. Syftet med denna bestämmelse är att omöjliggöra ett kringgående av LOU, då ett privat organ sköter upphandlingen med stöd av offentliga medel.

2.2.2 Tröskelvärden

Eftersom tröskelvärdena är beroende av vad som ska upphandlas så krävs först och främst att man är på det klara med vad det är som skall upphandlas för att kunna avgöra vilka gränser som gäller. Efter att planeringen av en upphandling slutförts skall upphandlingens värde beräknas för att jämföras med det s.k. tröskelvärdet, vilket fastställs vartannat år av de europeiska gemenskapernas kommission (Kommissionen) i form av en förordning.⁴⁶ För svensk del fastställs också vartannat år motvärden i den nationella valutan. De gällande tröskelvärdena framgår av regeringens tillkännagivande av tröskelvärden vid offentlig upphandling.⁴⁷ För Sverige, och andra medlemsländer som inte är medlemmar av den monetära unionen. Är upphandlingens värde lägre än tröskelvärdet, eller föreligger annars synnerliga skäl får direktupphandling, utan krav på formaliserat anbudsförfarande tillämpas. Vid sådant förenklat förfarande tillämpas endast lagens 15-16 kap.⁴⁸ I 3:3-4 LOU anges att värdet av upphandlingen skall uppskattas till det totala belopp som skall betalas enligt kontraktet vid tidpunkten för upphandlingens annonsering. Uppgår upphandlingens värde till minst samma belopp som de tröskelvärden som kommissionen beslutat om skall lagens upphandlingsregler enligt 3:1 LOU tillämpas. För upphandling av varor och tjänster

⁴⁵ Nord E., lagkommentar, 2: 10 LOU

⁴⁶ Förordning, (EG) nr 1422/2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG, avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

⁴⁷ Tillkännagivande 2008:32 av tröskelvärden vid offentlig upphandling

⁴⁸ 1:2 2 st. LOU

inom Klassiska sektorn ligger tröskelvärden för nuvarande på drygt 1,2 miljoner kr och för upphandling av byggtreprenader är tröskelvärden för närvarande knappt 48 mkr.⁴⁹

2.3 Upphandlingsformer

Vid offentlig upphandling skall enligt 4:1 LOU antingen öppet eller selektivt förfarande tillämpas. Öppet förfarande är enligt 2:22 LOU den typ av förfarande där alla leverantörer får lämna anbud och är att anse som huvudregel. Selektiv upphandling innebär enligt 2:16 LOU ett förfarande där alla leverantörer kan ansöka om att få delta, men endast de anbudssökande som inbjuds av den upphandlande myndigheten får sedan lämna ett anbud. Ibland kallas selektiv upphandling för upphandling med rekvalificeringsomgång och detta förfarande används generellt sett när intresset för upphandlingen förväntas bli stort. Både vid öppet och vid selektivt förfarande måste all information gå ut samtidigt till alla leverantörer eftersom det strider mot likabehandlingsprincipen i 1:9 LOU att förhandla individuellt med leverantörer. Leverantörsbegreppet är brett och innefattar även leverantörer som inte lämnat anbud. Tillkommande information strider därmed mot upphandlingsreglerna även om den lämnas till alla de leverantörer som lämnat anbud, eftersom övriga leverantörer kan ha låtit bli att lämna anbud för att förutsättningarna såg annorlunda ut i förfrågningsunderlaget. Detta innebär att det är särskilt viktigt för en upphandlande myndighet att tänka igenom sina behov och formulera dem på ett tydligt sätt i förfrågningsunderlaget.

Trots att huvudregeln är öppet förfarande får förhandlat förfarande tillämpas under vissa givna förutsättningar. Förhandlad upphandling *med* föregående annonsering innebär att den selektiva upphandlingen utökas med ett moment av förhandling. En upphandlande myndighet får endast använda sig av denna typ av förfarande i vissa bestämda situationer, som beror på inom vilken sektor upphandlingen sker. Vid exempelvis upphandling av varor får, enligt 4:2 1p. LOU, denna typ av upphandling användas då öppet eller selektivt upphandlingsförfarande har använts, men anbuden som inkommit inte motsvarar de krav som ställts. Enligt 4:2 2 st. får dock inte förfrågningsunderlaget ändras medan förhandlingarna sker. Förhandlad upphandling *utan* föregående annonsering är ytterligare en typ av upphandling som endast får utnyttjas under speciella omständigheter. I 4:5-8 LOU anges att detta förfarande bl.a. får tillämpas då det är fråga om synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte beror på, eller kunde förutses av, den upphandlande myndigheten. Ytterligare omständigheter som möjliggör förhandlad upphandling utan föregående annonsering är att varorna endast framställs för forskning eller experiment eller att de ej säljs i vinstsyfte.

Förenklat förfarande är det förfarande som används då upphandlingens sammanlagda värde faller under tröskelvärdena eller då det handlar om upphandling av så kallade B-tjänster. Den stora skillnaden mot ovan nämnda former av upphandling är att förfarandet inte är direktivstyrt, vilket innebär att de regler i LOU som normalt tillämpas inte gäller, utan förfarandet regleras istället i 15 kap LOU. I Sverige har man dock valt att tillämpa liknande regler för förenklat förfarande som för övriga upphandlingar, vilket innebär att

⁴⁹ Tillkännagivande 2008:32 av tröskelvärden vid offentlig upphandling

skillnaden i praktiken inte är särskilt stor. Överklagande- och skadeståndreglerna är desamma som för övriga upphandlingar, och regleras i lagens 16 kap.

När det gäller upphandling för små belopp, såsom en enskild tjänstemans inköp av en bok eller liknande så får s.k. direktupphandling tillämpas. Med direktupphandling avses enligt 2:23 LOU ett förfarande utan krav på anbud. Direktupphandling är den enklaste varianten av upphandling och det finns inga formkrav för dess genomförande. Förutom vid små inköpsbelopp får direktupphandling också tillämpas om det finns synnerliga skäl, såsom oförutsedd brådska. Brådska på grund av egen bristande planering ger dock inte rätt till direktupphandling. Det är myndigheten själv som har bevisbördan för sitt val av upphandlingsförfarande. Trots att det inte krävs annonsering eller anbud vid direktupphandling så uppmanas upphandlande myndigheter i propositionen att fastställa generella riktlinjer för denna typ av upphandling, för att upphandlingsarbetet och undvika alltför skönsmässiga procedurer.⁵⁰ Eftersom det inte handlar om någon lagfäst skyldighet har rekommendationen dock begränsad betydelse.

Den upphandlingsform som skiljer sig mest från de övriga är projekttävlingar. Det handlar om en speciell upphandlingsform som behandlas i 14 kap LOU. Bland andra särdrag för detta förfarande så utvärderas de inkomna anbuden av en jury. En projekttävling är enligt 2:14 en tävling som är öppen för alla leverantörer och den anordnas av en upphandlande myndighet i syfte att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning som en jury utsett till vinnande bidrag. Exempelvis faller arkitektarbete och annan konstnärlig utsmyckning under benämningen.⁵¹ Eftersom konstnärliga verk svårigen kan bedömas efter samma objektiva kriterier som andra varor är det lämpligt att de kan upphandlas genom ett alternativt förfarande.

2.4 Förfrågningsunderlag

När en upphandlande myndighet analyserat sina inköpsbehov skall ett förfrågningsunderlag upprättas, innehållande en beskrivning av det som skall upphandlas samt de villkor som gäller för den aktuella upphandlingen. LOU uppställer inga formkrav för hur förfrågningsunderlaget skall se ut. Den enda vägledning är definitionen i 2:8 LOU, enligt vilken ett förfrågningsunderlag är ett underlag för anbud som en upphandlande myndighet tillhandahåller en leverantör. Bristen på formkrav innebär att utformningen av de förfrågningsunderlag som upprättas av olika upphandlande myndigheter varierar, men ett antal grundläggande beståndsdelar återfinns i de flesta förfrågningsunderlag. De delar som brukar finnas med är kvalificeringskrav för leverantören, kravspecifikation för upphandlingsföremålet, utvärderingsgrund och utvärderingskriterier, kommersiella villkor och administrativa bestämmelser för upphandlingen.⁵² Förfrågningsunderlaget utgör ramen för hur upphandlingen skall se ut och denna ram får efter att den annonserats inte ändras i något väsentligt hänseende. Den upphandlande myndigheten får inte anta ett anbud från en anbudsgivare som inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget angivna kraven och

⁵⁰ Prop. 2001/02:142 s. 99

⁵¹ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 57 ff.

⁵² Intervju med Maria Hedlund och Staffan Sjöholm, 2008

kriterierna eller ställa krav som inte angivits i förfrågningsunderlaget utan måste så att säga hålla sig till de förutsättningar som fastställts i förfrågningsunderlaget.⁵³

Trots bristen på formkrav så framgår av rättspraxis att den upphandlande myndigheten måste anstränga sig för att utforma ett tydligt förfrågningsunderlag. Regeringsrätten har i målet *Sonera*⁵⁴ uttalat att det följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens att förfrågningsunderlaget skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta skall kunna avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmåter betydelse vid upphandlingen. En myndighet som avser uppställa miljökrav i en upphandling måste således tydligt precisera kraven för att inte lämna utrymme för tolkning. Även ett icke optimalt utformat förfrågningsunderlag skall godtas under förutsättning att de grundläggande principerna bakom LOU inte åsidosätts.⁵⁵

2.4.1 Tidsfrister

En anbudsgivare får en viss tidsfrist för att inkomma med ett anbud eller en ansökan om att få lämna anbud, när det handlar om selektivt förfarande. Anbudsfristerna skall anges i förfrågningsunderlaget. När den upphandlande myndigheten fastställer tidsfristen skall hänsyn tas till hur komplex upphandlingen är och hur lång tid som kan behövas för att utarbeta anbuden. Ju mer omfattande upphandlingen är desto längre är som regel tidsfristen. Vid öppet förfarande skall, enligt 8:2 LOU, tiden för att lämna anbud minst uppgå till 52 dagar från den dag då annonsen skickats till EU:s Officiella Tidning för publicering. Det är alltså fråga om en minimitidsfrist, vilket innebär att den upphandlande myndigheten, beroende på upphandlingens karaktär, kan uppställa en längre tidsfrist. Enligt 8:6 LOU kan tidsfristen för att inkomma med anbud också förkortas med fem dagar om den upphandlande myndigheten med elektroniska medel ger fri, direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget från den dag då annonsen om upphandlingen skickades till kommissionen för publicering. Den Internetadress där förfrågningsunderlaget finns tillgängligt skall dessutom anges i annonsen. Då de flesta upphandlande myndigheter, åtminstone i Sverige, använder sig idag av webbverktyg för att skapa och annonsera förfrågningsunderlag och ta in anbud är kan myndigheterna i de flesta fall välja att förkorta anbudstiden till 47 dagar.

2.4.2 Annonsering av upphandlingen

Annonsering av upphandlingar regleras i 7 kap LOU. En upphandling över tröskelvärdena skall enligt 7:3 LOU alltid annonseras för att garantera att företag i Sverige och andra medlemsländer skall kunna konkurrera om upphandlingskontraktet. Även förenklade upphandlingar får dock annonseras, för det fall att den upphandlande myndigheten vill försäkra sig om större konkurrensutbud. Annonsering underlaget skall snabbast möjligt sändas till kommissionen för publicering. En upphandlande myndighet får även offentliggöra upphandlingen på annat sätt under förutsättning att lagens reglering följs.

⁵³ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 81 ff.

⁵⁴ RÅ 2002 ref. 50 *Sonera*

⁵⁵ *ibid*

Myndigheten får välja på vilket av de Europeiska gemenskapernas officiella språk en annons ska publiceras och endast texten i den publicerade språkversionen ska gälla. Visserligen är valet av språk fritt för den myndighet som önskar öka möjligheten för utomnordiska bolag att lämna anbud kan det vara en fördel att annonsera förfrågningsunderlaget på engelska. Annonsen skall bl. a innehålla uppgift om dagen för avsändandet, eftersom tidsfristen för lämnande av anbud börjar löpa från denna dag. Vill den upphandlande myndigheten tillämpa förkortade tidsfrister för att inkomma med anbud skall den förhandsannonsera de upphandlingar den avser att tilldela under de närmsta tolv månaderna.⁵⁶ Vidare är en upphandlande myndighet som tilldelat ett kontrakt, enligt 7:3 LOU, skyldig att efterannonsera utgången av upphandlingen. Resultatet skall skickas till kommissionen senast 48 dagar efter att kontraktet tilldelats. Syftet med efterhandannonseringen torde framförallt vara att underlätta statistiken på området.

2.5 Grundläggande principer

Även om det i EG-fördraget inte finns någon bestämmelse som reglerar offentlig upphandling så är regelverket för offentlig upphandling uppbyggt med utgångspunkt i EG-fördraget. Bestämmelserna om icke-diskriminering i artikel 12, om den fria rörligheten av varor i artikel 28, om etableringsrätt i artikel 43 och om fri rörlighet av tjänster i artikel 49 ligger till grund för EG-direktiven om offentlig upphandling. Tillsammans utgör artiklarna ett skydd för den fria rörligheten inom unionen, vilket av de flesta är ansett som gemenskapens största målsättning.

Regelverket för offentlig upphandling bygger således på ett antal grundläggande principer. Förutom den i Sverige betydande principen om affärsmässighet finns fem EG-rättsliga principer som ligger till grund för utvecklandet av regelverket för offentlig upphandling. Principen om icke-diskriminering, likabehandlingsprincipen, principerna om öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande är alla grundstenar i offentlig upphandling som figurerat frekvent i EG-domstolens avgöranden.⁵⁷ Vissa av principerna har kodifierats i EG-fördraget, men framförallt har EG-domstolen spelat en avgörande roll i dess utveckling.⁵⁸ Numera stadgas alla fem principer dessutom i 1:9 LOU och de fungerar som en guide vid tolkning av lagtexten i övrigt. Oavsett vilka krav som ställs i upphandlingen så måste de avvägas mot dessa, grundläggande principer.

2.5.1 Principen om affärsmässighet

En grundprincip i det svenska regelverket om offentlig upphandling är att upphandling skall ske affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn. Till skillnad från den huvudregel om "affärsmässighet" som angavs i I:4 i 1992 års upphandlingslagstiftning så innehåller den nu aktuella paragrafen i I:9 LOU inte begreppet affärsmässighet. Enligt förarbetena till lagen är dock inte avsikten att paragrafen i dess nuvarande lydelse skall medföra någon ändring av rättsläget vad gäller de principer som skall iaktas vid upphandling. Principen är således fortfarande betydelsefull och det är en målsättning med offentlig upphandling att minska de offentliga utgifterna genom att utnyttja konkurrensen mellan olika leverantörer maximalt.

⁵⁶ Mål C-225/98 *Kommissionen mot Frankrike "Nord de pas de Calais"*, p. 38

⁵⁷ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s 132

⁵⁸ de Burca, *EU law*, s. 371 ff.

Principen har ingen direkt motsvarighet bland de gemenskapsrättsliga principerna, men den kan sägas vara ett uttryck för den fria konkurrensen som också är en av EU:s grundpelare. Upphandlande myndigheter får därmed enligt huvudregeln inte lov att ställa krav som innebär en begränsning av konkurrensen. Eftersom lagen på detta sätt skall garantera en sund konkurrens kan man uttrycka det som att lagen utgör ett substitut för det naturliga vinstincitament som driver privata bolag att ingå ekonomiskt fördelaktiga kontrakt. Det faktum att affärsmässighetsbegreppet inte längre uttryckligen stadgas i LOU innebär en språklig anpassning till direktivet och många upplever att det numera rent praktiskt finns större utrymme för upphandlande myndigheter att ta hänsyn till miljö och andra icke direkt ekonomiska värden i den omfattning direktivet medger.⁵⁹

2.5.2 Icke diskrimineringsprincipen

Den centrala principen om icke diskriminering stadgas i artikel 12 EG-fördraget. Principen innebär förbud av all diskriminering på grund av nationalitet och gäller mellan alla länder i EU. Enligt EG-domstolens praxis förbjuder principen inte bara öppen, utan även dold diskriminering som genom tillämpning av särskiljningskriterier av en produkt leder till ett diskriminerande resultat.⁶⁰ Detta innebär att t.ex. krav på närodlat mat anses diskriminerande och därmed otillåtet.⁶¹ Även andra regionala hänvisningar, exempelvis "svenskt kött", står i strid med icke diskrimineringsprincipen som ej tillåter att företag gynnas eller missgynnas på grund av nationalitet eller ursprung. Av samma skäl är det inte tillåtet att kräva ovidkommande korta leveranstider, oavsett om sådana krav kan ha goda miljöeffekter ur transportsynpunkt.⁶² Att förbehålla upphandlingskontrakt åt inhemska anbudsgivare nämligen står i strid med förbudet mot kvantitativa restriktioner eller åtgärder med motsvarande verkan enligt artikel 28 EGF. Åtgärder som främjar eller förordar köp av enbart inhemska produkter definieras som åtgärder med motsvarande verkan enligt artikel 28.⁶³ Att krav på nationellt byggmaterial eller nationell arbetskraft är otillåtet har fastslagits av EG-domstolen i det s.k. *Stora Bältfallet*⁶⁴. Storebælt var ett företag, kontrollerat helt av den danska staten, med uppdrag att projektera och leda anläggandet av en väg- och järnvägsförbindelse över Stora Bält. EG-domstolen bedömde i målet kravet på användning av danskt byggmaterial och dansk arbetskraft brobygget som diskriminerande och icke förenligt med gemenskapsrätten, särskilt principen om fri etablering.⁶⁵

2.5.3 Likabehandlingsprincipen

Principen om *likabehandling* innebär att alla leverantörer skall garanteras så lika förutsättningar som möjligt. Alla leverantörer och de produkter de har att erbjuda skall behandlas på lika villkor. Likabehandling gäller både när leverantörerna formulerar sina anbud och när den upphandlande myndigheten bedömer anbudet.⁶⁶ I praktiken innebär detta att alla utvärderingskriterier måste vara formulerade så att vilken välinformerad

⁵⁹ Prop. 2006/2007:128, s. 155-156

⁶⁰ Mål C-3/88 *Kommissionen mot Italien*, REG. 1989 s. 4035, p. 8

⁶¹ Falk J., *Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling*, s. 26

⁶² Se Miljöstyrelsens vägledning (2008-02-20) angående miljö och sociala hänsyn

⁶³ artikel 2.3 k i direktiv 70/50

⁶⁴ Mål C-243/89, *Kommissionen mot Danmark*

⁶⁵ *ibid*, p.23 och 45

⁶⁶ Mål C-19/00 *SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo*, REG. 2001 s. I-7725, p. 54

anbudsgivare som helst skall kunna tolka dem på samma sätt.⁶⁷ Alla anbudsgivare måste få den information som är av relevans för upphandlingen vid ett och samma tillfälle. I tidigare nämnda *Stora Bältfallet* bedömde EG-domstolen att det var ett brott mot likabehandlingsprincipen att tillåta en av leverantörerna att tillämpa en särskild beräkningsgrund för utförandet av vissa arbeten. Storebælt ansågs ha brutit mot principen om likabehandling av anbudsgivarna genom att föra förhandlingar med en leverantör vars anbud inte uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget. Förhandlingen ledde till ändringar i de villkor som uppställdes i förfrågningsunderlaget vad gällde faktorer som återverkar på priserna, till fördel för denna enda anbudsgivare.⁶⁸ Respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att garantera en objektiv jämförelse av de anbud som lämnats. Annars är det svårt att försäkra utvecklingen av en effektiv konkurrens om offentliga kontrakt.

2.5.4 Öppenhetsprincipen

För att kunna garantera att principerna om icke-diskriminering och likabehandling efterföljs måste en upphandlande myndighet även iaktta öppenhetsprincipen, eller som den ibland kallas, transparensprincipen. EG-domstolen har uttalat att principen måste observeras under hela förfarandet i syfte att säkerställa att ingen diskrimineras pga. nationalitet.⁶⁹ Med transparens avses främst en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet under processen. Principen innebär en rätt för leverantörer att få tillgång till information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen. Uppgifter som gäller upphandlingen får inte hemlighållas, upphandlingen skall annonseras offentligt och de leverantörer som deltagit i anbudsproceduren skall informeras om resultatet av upphandlingen. Principen innebär också att den upphandlande myndigheten håller sig till förfrågningsunderlaget, och det är inte tillåtet att vid anbudsprövningen bortse från uppställda krav eller i efterhand lägga till ytterligare krav.⁷⁰ En anledning till det är att, om en leverantör får veta att en myndighet ställer t.ex. fem krav, av vilka leverantören endast kan uppfylla fyra, underlåter denne att lämna anbud. Visar det sig att myndigheten vid anbudsutvärderingen bortsett från ett av dessa krav och antagit ett anbud som uppfyllde endast fyra av kraven, så kan det hävdas att den leverantör som underlåtit att lämna anbud missgynnats, eftersom han kunde ha lämnat ett anbud om han vetat att endast fyra krav i praktiken gällde för upphandlingen. Att en upphandlande myndighet noggrant ser över sina behov och i förfrågningsunderlaget på ett tydligt sätt anger hur de skall uppfyllas och utvärderas är således en förutsättning för en lyckad upphandling.

För att kunna ställa miljökrav under upphandlingen är det av största vikt att oklara krav undviks för att inte äventyra den nödvändiga insynen i processen. Insyn i upphandlingen är en förutsättning för att kunna garantera upphandlarnas objektivitet. Risk finns annars att anbudsgivare, vilka inte vunnit kontraktet, känner sig förfördelade och överklagar tilldelningsbeslutet på grund av bristande förutsebarhet och objektivitet i processen.

⁶⁷ *ibid* p. 42

⁶⁸ Mål C-243/89, *Kommissionen mot Danmark* p. 35,37

⁶⁹ C-275/98 *Unitron Scandinavia*, p. 31

⁷⁰ Falk J, *Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling*, s. 27

Miljökriterierna måste vara så tydligt formulerade att missbruk i form av diskriminering och otillåtna handelshinder kan undvikas.

2.5.5 Proportionalitetsprincipen

I artikel 5 i EG-fördraget stadgas att en handling inte skall gå längre än nödvändigt för att nå det eftersträvade syftet med fördraget. Proportionalitetsbedömningar i enlighet med denna artikel görs ofta i tre delar; först skall avgöras om metoden är lämplig för att uppnå det önskade målet, därefter om metoden ifråga är nödvändig och slutligen om metoden ålägger en onödigt stor börda på individen i förhållande till det som skall uppnås.⁷¹ Vad gäller proportionalitetsprincipens tillämpning i offentlig upphandling så innebär den att en upphandlande myndighet inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som är nödvändigt och som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall dessutom ha ett naturligt samband med och stå i proportion till de behov som skall täckas.

Även för det fall att vissa fördelar för slutkonsumenten kan uppnås genom att ta miljöhänsyn i upphandlingen måste kraven som uppställs anses lämpliga och nödvändiga i den mening att inga mindre ingripande krav skall finnas tillgängliga. Inte heller får bördan på leverantörerna anses orimligt stor, utan den ska stå i proportion till det som skall upphandlas. Finns mindre ingripande åtgärder och krav tillgängliga med vilka samma syfte kan uppnås så skall istället de mindre ingripande åtgärderna tillämpas.⁷² Proportionalitetsprincipen innebär i viss mån således en avvägning mellan att ta miljöhänsyn och rent företagsekonomiska intressen; den nytta som kan uppnås genom att ställa kraven ställs mot de eventuella extrakostnaderna på grund av tillämpningen av miljökraven. Det kan dock tyckas kortsiktigt att endast se till de aktuella kostnaderna med miljöhänsyn i upphandlingar. Många skulle hävda att det på lång sikt även innebär ekonomiska fördelar att ta miljöhänsyn.

2.5.6 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande har framförallt utvecklats i EG-domstolens praxis och den befästes i målet *Cassis de Dijon*. I målet fastslogs att det inte finns några legitima skäl att hindra att varor som lagenligt producerats och marknadsförts i ett medlemsland inte skall kunna introduceras i ett annat medlemsland.⁷³ Inom offentlig upphandling innebär principen att intyg, certifikat och liknande, som har utfärdats av en medlemsstats behöriga myndigheter skall anses som gällande och respekteras också i andra medlemsstater.⁷⁴ Miljömärkning från andra stater skall således erkännas samma status som dess svenska motsvarigheter.

2.6 Överprövning av tilldelningsbeslut

En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1:9 eller

⁷¹ de Burca, *EU law*, s. 371 ff.

⁷² Vedder H, *Competition Law and Environmental Protection in Europe; Towards Sustainability*

⁷³ Mål 120/78, *Rewe-Centrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, REG. 1979 s.649, p. 14 (4)

⁷⁴ Falk J., *Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling*, s. 28

någon annan bestämmelse i LOU kan klaga på beslutet. Enligt 16:1 LOU skall framställan ske till allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelsen gjorts. Ansökan om överprövning skall, enligt 16:3 göras hos den länsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist. Interimistiskt beslut eller prövning av beslutet måste ske inom tio dagar från det att den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse till anbudsgivarna om tilldelningsbeslutet. Har den upphandlande myndigheten inte följt LOU:s bestämmelser stadgas enligt 16:5 en skyldighet för myndigheten att ersätta den leverantör som lidit skada för det positiva kontraktssintresset. Skadeståndstalan skall, enligt 16:6, väckas i allmän domstol inom ett år från det att tiodagarsfristen gått ut.

3. Miljöhänsyn i offentlig upphandling

Miljöanpassning har blivit allt viktigare i dagens samhälle och ordet miljövänlig har i allt större utsträckning kommit att användas för att beskriva något positivt när det gäller konsumtion och inköp. Den rent språkliga analysen av ordet kan leda oss till att tro att det är fråga om något som är positivt för miljön, det vill säga att den totala miljöpåverkan av en produkt eller tjänst är noll eller till och med positiv för miljön. Få eller inga varor och tjänster kan dock anses uppfylla detta kriterium. I realiteten handlar det om att genom att ta hänsyn till miljön minska de skadliga efterverkningarna av vårt leverne, snarare än att genom dem uppnå något positivt för miljön. Vad gäller miljöhänsyn i offentlig upphandling av varor och tjänster handlar det om att myndigheterna gör medvetna val vid sina inköp för att premiera de företag som prioriterar miljöfrågor och på så sätt främja arbetet mot en hållbar utveckling.

Genom att som ett första led i upphandlingen fundera över de behov som föreligger och på vilka sätt de kan tillgodoses kan stora förtjänster för miljön uppnås redan här. Därefter gäller det att kunna formulera krav och kriterier för att på bästa möjliga sätt kunna minimera miljöpåverkan. Att helt eliminera miljöpåverkan vid konsumtion torde dock vara en omöjlig uppgift. Att prioritera miljöaspekter i en upphandling måste dessutom alltid balanseras mot unionens gemensamma strävan mot en fri marknad.

3.1 Miljöfrågors ställning inom EG-rätten

Vid den europeiska gemenskapens födelse på 1950-talet betraktades miljöproblem ännu inte som allvarliga. Miljöskydd tillhörde därför inte de frågor som uttryckligen nämndes i EEG-fördraget. Både samhällets engagemang för miljöfrågor och utrymmet för miljö i EG-rätten har dock ökat i stadig takt. År 1973 antog gemenskapen sitt första handlingsprogram för miljön och sedan dess har ytterligare fem handlingsprogram antagits. Handlingsprogrammen för miljö lägger fast vilka mål som EU ska prioritera i sin miljöpolitik och vilken inriktning arbetet ska ha för att uppfylla målen. Det innevarande sjätte miljöhandlingsprogrammet gäller för åren 2002 till 2012.⁷⁵ Prioriterade områden i

⁷⁵ Europaparlamentets och rådets beslut nr 1600/2002/EG av den 22 juli 2002 om fastställande av gemenskapens sjätte miljöhandlingsprogram

programmet är klimatförändringar, natur och biologisk mångfald, miljö och hälsa, livskvalitet samt naturresurser och avfall. Trots att handlingsprogrammen inte är rättsligt bindande har de haft betydande inverkan på utvecklingen av miljölagstiftningen inom gemenskapen och i medlemsstaterna. Från och med tillkomsten av det femte miljöhandlingsprogrammet har fokus i större utsträckning än tidigare legat på tillämpning av styrmedel och marknadsbaserade instrument för att uppnå uttalade miljömål.⁷⁶ I kommissionens förslag till det sjätte miljöhandlingsprogrammet utpekades offentlig upphandling som ett område där det finns stor potential för grön marknadspåverkan genom offentliga upphandlare som för fram miljöprestanda bland sina upphandlingskriterier.⁷⁷

Redan 1996 uttalade kommissionen i ett tolkningsmeddelande att unionen borde möjliggöra att på bästa sätt kunna ta olika sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling och därmed bidra till en hållbar utveckling, dvs. till såväl ekonomisk tillväxt som sociala framsteg och hänsyn till miljön.⁷⁸ Det femte handlingsprogrammet⁷⁹ tilldelades titeln "Mot en hållbar utveckling". Hållbarhetsbegreppet vann allmänt erkännande genom FN konferensen om miljö och utveckling i Rio de Janeiro år 1992.⁸⁰ Hållbar utveckling saknar en definition i EG-fördraget, men har definierats som en utveckling som tillfredsställer den nuvarande generationens behov utan att äventyra kommande generations förmåga att tillfredsställa sina behov. Mer konkret är innebörden av att nå hållbarhet, en optimal återanvändning och återvinning för att undvika slöseri och förhindra att naturtillgångarna uttöms, en rationalisering av produktionen och energiförbrukningen och slutligen, att förändra samhällets konsumtions- och beteendemönster.⁸¹ Kärnan i begreppet finns numera i artikel 2 i EG-fördraget där det stadgas att stadgas att "*Unionen skall ha som mål att ... uppnå en väl avvägd och hållbar utveckling, särskilt genom att skapa ett område utan inre gränser, genom att stärka den ekonomiska och sociala sammanhållningen...*". Artikelns stadgande ger eftertryck till den allt viktigare roll miljön har kommit att spela för unionens politik. Även i preambeln till EU-fördraget hänvisas till "principen om hållbar utveckling". Ordvalet princip tyder på att hållbar utveckling utvecklats till en rättsprincip, vilket kan bidra till att se den som vägledande för allt arbete inom gemenskapen.⁸² De förändringar som EG-fördraget under senare år genomgått har givit miljöfrågor en stärkt ställning inom EU och det finns ett brett stöd för miljöhänsyn inom unionen. EU har ett uttalat intresse för företagens sociala ansvarstagande och har som mål att bli "*världens mest konkurrenskraftiga och dynamiska kunskapsbaserade ekonomi, med möjlighet till hållbar ekonomisk tillväxt...*".⁸³ Ett effektivt verktyg för att uppnå målet om en hållbar utveckling anses vara att påverka ekonomiska aktörers agerande genom offentliga inköp och främja företag som tar miljöhänsyn i sin verksamhet.

⁷⁶ Mahmoudi, *EU:s miljö rätt*, s. 35 f.

⁷⁷ Om Europeiska gemenskapens sjätte miljöhandlingsprogram Miljö 2010: Vår framtid – vårt val - Sjätte miljöhandlingsprogrammet KOM/2001/0031

⁷⁸ Kommissionens grönbok (1996) 583 slutlig, punkt 5.38 och 5.39 och Tolkningsmeddelande från kommissionen om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, KOM (2001) 566 slutlig, EGT nr C 333, 28.11.2001

⁷⁹ Antogs år 1993 och täckte perioden 1993-2000

⁸⁰ Begreppet lanserades först av Brundtlandkommissionen år 1990

⁸¹ Mahmoudi, *EU:s miljö rätt*, s. 42

⁸² Ibid, s. 50 f.

⁸³ Se Lissabonstrategin och exempelvis art. 2 i EG fördraget

I artikel 6 i EG-fördraget föreskrivs det att miljöskyddskraven skall *”integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling.”* Ordalydelsen i artikeln tyder på att den endast rör unionens institutioner och därmed lämnar medlemsstaternas miljörelaterade initiativ utanför artikelns räckvidd. I områden som ännu inte harmoniserats kan dock ett förbud mot att anta förhållningssätt som strider mot eller hindrar målen som uppställs i artikel 6, utläsas ur artikel 6 läst tillsammans med lojalitetsprincipen. Lojalitetsprincipen, i artikel 10 EG-fördraget, innebär att medlemsländerna skall vidta de åtgärder som behövs för att säkerställa att de kan uppfylla sina skyldigheter enligt EG-fördraget eller andra EG-resolutioner. Tolkar man artiklarnas innehåll tillsammans innebär det att initiativ från medlemsstaterna i syfte att främja en hållbar utveckling trots allt kan omfattas av bestämmelsen.⁸⁴

Av artikel 174 i EG-fördraget framgår de grundläggande gemenskapliga riktlinjerna vad gäller miljö och det framgår att miljöskyddskraven som stadgas i artikeln skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens övriga politik. I första stycket stadgas målen att bevara, skydda och förbättra miljön, skydda människors hälsa, att utnyttja naturresurser varsamt och rationellt och att främja åtgärder på internationell nivå för att lösa regionala eller globala miljöproblem. Det första målet, att bevara, skydda och förbättra miljön, innefattar både bevarande, förebyggande och återställande åtgärder. Det sista målet, att lösa regionala eller globala miljöproblem, tillkom genom Maastrichtfördraget och bekräftar endast en praxis som gemenskapen länge tillämpat, exempelvis i form av regionala och globala miljökonventioner.⁸⁵ I andra stycket befästs viktiga principer, såsom försiktighetsprincipen, *”förorenaren betalar principen”* och att miljöförstöring företrädesvis skall hejdas vid källan för föroreningen. I tredje stycket finner vi slutligen en skyldighet för gemenskapen att när den utarbetar sin miljöpolitik, ta i beaktning vetenskapliga och tekniska data, potentiella kostnader för åtgärder, miljöförhållanden och ekonomisk och social utveckling i olika regioner när den utarbetar sin miljöpolitik.

3.1.1 Integration av miljökrav för en hållbar utveckling

I klassiska direktivet hänvisas till att miljöskyddskrav i enlighet med artikel 6 i EG-fördraget skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling.⁸⁶ I linje med detta så är det uttalade syftet med vissa bestämmelser i direktivet att klargöra hur de upphandlande myndigheterna skall kunna bidra till att skydda miljön och främja en hållbar utveckling, samtidigt som de för sina kontrakt skall kunna erhålla det bästa vad gäller kvalitet och pris. Att välja anbud utifrån kriterier, såsom närproducerat, hänförliga till hållbar utveckling istället för ekonomiska ställningstaganden riskerar dock att motverka den fria rörligheten.

Integrationsprincipen i artikel 6 innebär att en tillämpning av artikel 30 i EGF bör vara möjlig. Artikel 30 EGF är ett undantag till artikel 28 och möjliggör ett hindrande av den fria rörligheten för varor i syfte att skydda människors, djurs och växters hälsa och liv. Listan i artikel 30 är dock uttömmande och miljö finns inte uppräknat som ett värde som kan tillåta

⁸⁴ Bladini, *The complications of formulating a national environmental plan*, s. 42 f.

⁸⁵ Mahmoudi, *EU:s miljö rätt*, s. 47 f.

⁸⁶ Direktiv 2004/18/EC, p.1-2 preambeln

diskriminerande åtgärder. Däremot bekräftade EG-domstolen i det "*Danska flaskmålet*"⁸⁷ att miljöskydd kan utgöra ett allmänintresse med tvingande hänsyn och därmed undantas från förbudet att hindra den fria rörligheten. I EG-domstolens praxis har undantagen enligt artikel 30 och undantag enligt doktrinen om tvingande hänsyn numera sammanblandats, vilket innebär att miljökrav som hindrar den fria rörligheten kan även kan legitimeras enligt artikel 30. Doktrinen om tvingande hänsyn innebär att i avsaknad av gemensamma regler skall hinder för den fria rörligheten inom gemenskapen, som uppstår på grund av skillnader mellan medlemsstaternas lagstiftningar, godtas i den mån bestämmelserna i fråga tillämpas utan åtskillnad på inhemska och importerade produkter. Reglerna måste dessutom anses vara nödvändiga för att tillgodose tvingande gemenskapsrättsliga hänsyn och stå i proportion till det avsedda ändamålet. Medlemsstaterna skall välja det medel som minst begränsar den fria rörligheten för varor för att uppnå sina ändamål.⁸⁸ I praxis har fastslagits att så länge en åtgärd syftar till att skydda miljön och att dess stränghet är nödvändig för att uppnå målsättningen med regleringen så har staten rätt att själv avgöra vilken nivå av miljöskydd den önskar, vilket innebär att åtgärderna därmed inte kan ifrågasättas under artikel 28 EGF.⁸⁹ Undantaget för tvingande hänsyn innebär således en möjlighet att hänsyn till miljö och åtgärder för att främja hållbar utveckling kan anses utgöra godtagbara handelsrestriktioner. En analog tillämpning av resonemanget på miljökriterier innebär att medlemsstaterna ges stort handlingsutrymme för att godkänna långtgående miljöskyddskriterier i offentlig upphandling.

Trots de uttryckliga hänvisningarna till miljöhänsyn i direktivet så har det ifrågasatts huruvida en verklig förändring vad gäller möjligheten att ta miljöhänsyn i upphandlingsprocessen ägt rum. Förändringarna i direktivet snarast en kodifikation av vad som redan har avgjorts i EG-domstolens praxis. Varken Klassiska direktivet eller LOU innehåller någon form av skyldighet eller rekommendation att ta särskild miljöhänsyn i upphandlingsprocessen, trots att det föreslogs i kommitténs slutbetänkande till den nya LOU.⁹⁰ På förslag låg att i kapitel 1 LOU införa en bestämmelse enligt vilken upphandlande myndigheter "*bör ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till utredningens art.*" Syftet med att införa en sådan bestämmelse skulle vara att markera betydelsen av att ställa miljökrav när det är befogat. Även om det inte skulle innebära någon rättslig förpliktelse att ställa miljökrav så skulle det kunna öka andelen av upphandlingar där miljökrav ställs och på så sätt bidra till att önskvärda miljömässiga och sociala mål uppnås. Jämförelser gjordes med länder såsom Danmark, Norge och Belgien där denna typ av incitament eller skyldigheter redan finns i olika utsträckning. Utredningen konkluderade med att en rekommendation var att föredra framför en ren skyldighet att ställa miljökrav.⁹¹ Någon specifik lydelse för att främja upphandlande myndigheter att ställa miljökrav kom dock aldrig att införlivas i den aktuella svenska upphandlingslagstiftningen.⁹² Det kan tänkas att detta beror på de svårigheter som skulle uppstå vid avgöranden huruvida det är förväntat eller särskilt befogat att ställa miljökrav från fall till fall. Många grupper var dock av annan uppfattning. Konsumentverket angav i förarbetena till LOU att de ansåg det befogat att ställa krav på att en upphandlande

⁸⁷ Mål 302/86 *Kommissionen mot Danmark*

⁸⁸ *ibid*, p. 6

⁸⁹ Se mål 227/82 *Brottmål mot Leendert van Bennekom*, REG. 1983 s. 3883, p. 37, 40

⁹⁰ Bladini, *The complications of formulating a national environmental action plan*, s. 13

⁹¹ Se prop. 2006/07:128, s. 199

⁹² SOU 2006:28 s. 351 och Bladini, *Complications of formulating a national environmental plan*, s. 51

myndighet skall ställa relevanta miljökrav och sociala krav. Även Naturvårdsverket framhöll att offentlig upphandling är en av de viktigaste drivkrafterna för att påverka företagens miljöarbete i riktning mot ständig förbättring av produkters och tjänsters miljöprestanda och anser därför att det alltid skall ställas för upphandlingen relevanta miljökrav.⁹³

3.2 Miljöhänsyn under upphandlingens olika faser

Var och en av de skilda faserna under upphandlingen styrs av skilda regler. Under respektive fas finns möjlighet att påverka upphandlingen på olika sätt. Miljöhänsyn kan prioriteras i olika skeden och skilda förutsättningar gäller beroende på hur miljökraven ställs. Miljöhänsyn kan tillämpas som teknisk specifikation, kvalificeringskrav, utvärderingskriterium eller särskilt villkor för fullgörande av kontrakt. En av huvudreglerna är att när en upphandling skall genomföras så skall skiljas mellan kvalificeringsfasen, där leverantören i sig skall bedömas, och utvärderingsfasen, där leverantörens anbud bedöms.⁹⁴ Jag kommer nedan att redogöra för de respektive faserna under upphandlingen och vilka möjligheter en upphandlande myndighet har att ta miljöhänsyn under respektive olika faser, speciellt under utvärderingsfasen.

3.2.1 Behovsanalysen

Behovsanalysen är den fas som inträder innan själva upphandlingen påbörjas. Här har myndigheten möjlighet att analysera sina behov och hur de kan tillgodoses på bästa sätt. Vad som föregår upphandlingen omfattas inte av upphandlingsreglerna men för att försäkra sig om att det planerade förfarandet kan äga rum på smidigast möjliga sätt bör regelverket beaktas redan under upphandlingens planeringsstadium. För att det eftersträvade syftet skall kunna uppnås utan att upphandlingsreglerna åsidosätts är det en förutsättning att upphandlaren har god kunskap om upphandlingslagstiftningen. Genom att välja hur behoven skall tillgodoses finns redan här stora möjligheter att ta miljöhänsyn, beroende på vad som prioriteras. Exempelvis kan en upphandlande myndighet som vill minimera miljöpåverkan vid personaltransport besluta att upphandla personalcyklar istället för bilar till personalen.⁹⁵

3.2.2 Leverantörskvalificering

Innan leverantören kvalificeras kan han komma att uteslutas under vissa i lagen angivna förutsättningar. I 10:1 LOU anges de omständigheter som medför en *skyldighet* att utesluta en leverantör från upphandlingen. En sådan skyldighet föreligger när den upphandlande myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom begått brott såsom bestickning, bedrägeri eller penninghäleri. Någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att utreda sådana omständigheter föreligger dock inte. Av 10:1, fjärde stycket framgår att uteslutningsskyldigheten inte är absolut, eftersom en myndighet får avstå från att utesluta en leverantör som dömts för ovannämnda brottslighet om det finns särskilda skäl.

⁹³ Prop. 2006/07:128, s.200

⁹⁴ Se mål C-532/06 *Emm. G. Lianakis and others* mot. *Dimos Alexandrou*, REG. 2008 s. I-0000, p. 26-28, 32 och mål 31/87 *Gebroederes Beentjes BV* mot *State of the Netherlands*, REG. 1998 s. 4635, p. 15-16

⁹⁵ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s.141

Enligt 10:2 LOU får en leverantör dessutom under vissa ytterligare omständigheter uteslutas från upphandlingen. Exempelvis finns denna möjlighet då leverantören är i konkurs eller likvidation, genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen eller inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker. Vad gäller brott i yrkesutövningen så omfattas även miljöbrott. Det är myndigheten som får undersöka huruvida något av ovanstående förhållanden föreligger och för det fall att myndigheten begär upplysningar så är det leverantören som har att visa att det inte råder några missförhållanden.

En leverantör som inte uteslutits på grund av någon av de omständigheter som anges i 10 kapitlet LOU skall dessutom prövas enligt bestämmelserna i 11 kapitlet. För att kvalificera sig måste leverantörernas lämplighet för att fullgöra kontraktet kontrolleras och ställning tas till om leverantörernas ekonomiska och finansiella kapacitet samt tekniska förmåga och kapacitet är tillräcklig för uppdraget. Enligt 11:1 LOU skall den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos leverantörer som ej uteslutits på grund av någon av de tidigare uteslutningsgrunderna. Kvalifikationskraven är omständigheter hänförliga till leverantören i egenskap av producent, och ger den upphandlande myndigheten en bild av leverantören. Tanken är att kvalifikationskraven skall fungera som ett såll, och ge den upphandlande myndigheten möjlighet att utesluta de leverantörer som har sämre förutsättningar än andra att uppfylla framtida leveranser. Kraven fungerar således som en "ribba", vilken leverantören måste passera för att gå vidare i upphandlingsförfarandet.

Leverantörens lämplighet granskas utifrån de krav som angivits i förfrågningsunderlaget avseende leverantörens ekonomiska ställning och tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Enligt 11:2 handlar det om krav på anbudsgivares ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet, vilka ur ett miljöperspektiv är av stort intresse. Vad gäller prövningen så sker ingen bedömning, utan antingen diskvalificeras leverantören eller så uppfyller han kraven och går vidare till anbudsutvärderingen. De krav som ställs under ifrågavarande fas får inte spela in i anbudsutvärderingen, utan har leverantören väl kvalificerat sig så har kvalifikationskraven så att säga spelat ut sin roll. Det bör av förfrågningsunderlaget tydligt framgå att ej uppfyllda krav under kvalificeringsfasen leder till diskvalificering av leverantören.

När den upphandlande myndigheten är intresserad av att ställa miljökrav på leverantörens miljöanpassning ställs dessa krav under kvalificeringsfasen. Vad som kan prövas är bland annat krav på leverantörens tillverkningsprocesser eller leverantörens allmänna agerande när det gäller miljö. Exempel på vad som avses med det sistnämnda kan vara huruvida leverantören har antagit en miljöpolicy eller om leverantörens administrativa avdelningar är miljöanpassade. En annan term för en organisations miljöpolicy, mål, rutiner och instruktioner, rörande miljöområdet är miljöledningssystem. Miljöledningssystemen kan certifieras enligt förordningen EMAS⁹⁶, ISO 14001⁹⁷ eller enligt likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom EU eller EES. Miljöledningssystemen är uppbyggda som kvalitetssystem och innehåller framförallt administrativa rutiner för att leverantörens

⁹⁶ Förordning nr 761/2001 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (EMAS)

⁹⁷ Se kommissionens förordning nr 196/2006/EG för att ta hänsyn till standarden ISO 14001

miljöarbete kontinuerligt skall förbättras. Tanken med systemen är att företag och myndigheter skall finna det önskvärt att välja miljömärkta produkter från företag med god miljöstyrning.⁹⁸ När en upphandlande myndighet ställer krav på miljöledningssystem handlar det om att genom sina inköp styra samhället mot ett mer miljömedvetet agerande genom att gynna de mer miljöanpassade företagen.

Ett företag som vill EMAS registreras måste till att börja med göra en miljöutredning för att analysera företagets nuvarande miljöpåverkan. Företaget måste därefter upprätta en miljöpolicy och ställa upp mål och ett handlingsprogram för miljöarbetet. Liknande krav gäller för en ISO 14001 registrering. En tredje oberoende part kontrollerar att företaget uppfyllt de krav som ställs för registrering innan företaget kan certifieras. Det skall dock observeras att systemen är relativa och inte direkt jämförbara, eftersom nivån och takten i företagens miljöarbete bestäms av deras egna åtaganden och miljölagarna i de respektive medlemsländerna skiljer sig åt. En annan nackdel är att systemen inte kräver att miljöarbetet förbättras i en viss takt, vilket innebär att ett företags miljöfrämjande åtaganden kan ta lång tid att realisera.

Eftersom miljöledningssystemen rör leverantören och inte produkten i sig bör en hänvisning till systemen ske under kvalificeringsfasen. Lämpligen bör registreringarna tillämpas som bevis för att en leverantör uppfyller ett ställt miljökrav, och inte tillämpas som ett krav i sig. Alla leverantörer skall ges en möjlighet att bevisa att de kan fullgöra villkoren som ställs under kvalifikationsfasen. I enlighet med 11:15 LOU kan den upphandlande myndigheten begära att leverantören intygar att de krav som ställts på åtgärder för miljöledning är uppfyllda. Av 11:15 2 st. framgår att även andra bevis på likvärdiga miljöledningsåtgärder som lämnas av leverantörer godtas. För att kräva en EMAS eller ISO registrering som bevismedel för miljöarbete krävs därmed ett tillägg av termen "eller likvärdig" för att kravet inte skall anses diskriminerande.⁹⁹

Kvalificeringskrav kan också röra sig om att den upphandlande myndigheten kräver att leverantören kan visa att vissa gränsvärden inte överskrids vid produkttillverkningen. Exempelvis kan den upphandlande myndigheten kräva att anbudsgivarna visar sin förmåga att minimera avfall, undvika läckage av miljöfarliga produkter eller reducera bränsleförbrukning. Även krav på rätt utrustning, kompetens och erfarenhet kan ställas under kvalificeringsfasen.

Många av kraven som kan ställas under kvalificeringsfasen kan också ställas under utvärderingsfasen, eftersom de kan ha betydelse för kontraktets ekonomiska värde. Analysen under kvalifikationsstadiet är dock av naturen annorlunda än under utvärderingsfasen eftersom det i det förstnämnda endast handlar om att avgöra om *anbudsgivaren* är kvalificerad eller ej. För den upphandlande myndigheten består fördelen med att ställa miljökrav under kvalificeringsfasen främst i att kunna sälla ut icke lämpade leverantörer redan på ett tidigare stadium. Nackdelen är att här fokuseras på leverantörens lämplighet och inte på produkten eller anbudet i sig. För att komma åt produktens miljöprestanda har allt fler krav istället kommit att ställas under utvärderingsfasen.¹⁰⁰

⁹⁸ Falk J, *Miljökrav vid upphandling*, s. 55

⁹⁹ Falk J., *Miljökrav vid upphandling*, s. 50

¹⁰⁰ Intervju med Maria Hedlund och Staffan Sjöholm, 2008

3.2.3 Kravspecifikationen

Efter leverantörskvalificeringen och före anbudsutvärderingen infaller anbudsprövningen, vilken i förfrågningsunderlaget brukar kallas kravspecifikation. Här kontrolleras att anbudsgivaren uppfyller de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven på anbudet. Eftersom det här är fråga om absoluta krav, så förkastas de anbud som inte uppfyller kraven.¹⁰¹ Myndigheten skall ange de krav som ställs på vad som skall upphandlas. Dock är det underförstått att grundläggande kvalitetskrav ska vara uppfyllda. Skall exempelvis en båt upphandlas behöver den upphandlande myndigheten inte ange att båten skall kunna flyta; det är en kärnegenskap som är så självklar att den är underförstådd. För att iaktta transparensprincipen så får en upphandlande myndighet inte bortse från uppställda krav eller i efterhand kräva något utöver vad som specificerats i förfrågningsunderlaget.

För att definiera det som skall upphandlas skall enligt 6:1 LOU skall även tekniska specifikationer ingå i förfrågningsunderlaget. Specifikationerna skall vara angivna som en standard eller i form av funktions- eller prestanda krav. Det framgår av art 6:3 1 st. LOU att upphandlande myndigheter har möjlighet att inkludera miljöegenskaper när de anger funktions- eller prestanda krav i de tekniska specifikationerna. Det framgår av direktivet att till skillnad från tidigare, finns i den tekniska specifikationen möjligheter att ställa krav på produktionsprocessen under förutsättning att produktionsprocessen har koppling till det som ska upphandlas.¹⁰² I 6:4 LOU anges att de tekniska specifikationerna dock inte får innehålla krav på ursprung, tillverkning eller framställningssätt om det leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Det exempel på godtagbart krav på produktionsprocess som ges i förarbetena är el hänförlig till förnyelsebara energikällor.¹⁰³ Med tanke på elens speciella egenskaper är det dock osäkert om detta innebär en allmän möjlighet att ställa krav på miljöhänsyn i produktionsprocessen. Enligt artikel 6:7 LOU får en upphandlande myndighet som anger miljöegenskaper som funktions- eller prestanda krav hänvisa till de specifikationer som används för miljömärken. En viss miljömärkning kan inte krävas, men däremot kan krav ställas på att varan uppfyller de krav som miljömärkningen innebär. Regleringen syftar till att undvika att krav ställs på specifika märkningar som inte kan erhållas eller är vedertagna av alla leverantörer inom unionen eller de länder som är anslutna till GPA-avtalet. Anges ett visst märke, såsom exempelvis Svanen, måste således termen "eller liknande" tilläggas till kravet för att det inte skall anses diskriminerande och stå i motsättning till den fria rörligheten enligt artikel 28 i EG-fördraget.¹⁰⁴ Även hänvisningar till klassificeringar från nationella yrkesorganisationer och liknande vilka kan ha en avskräckande effekt på anbudsgivare från andra medlemsstater som inte är bekanta med klassificeringen. Sådana klassificeringar kan innebära en indirekt diskriminering och är därmed anses otillåtna enligt upphandlingsreglerna.¹⁰⁵

Det skall framgå av kravspecifikationen vilka egenskaper det är som efterfrågas. Förutsättningar för att få använda specifikationer från miljömärken är att specifikationerna måste vara lämpliga för det som upphandlas, de ska bygga på vetenskapliga rön, kriterierna

¹⁰¹ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 115

¹⁰² Direktiv 2004/18/EC, p.29 och prop. 07:128 Del 2 s. 6

¹⁰³ Prop. 2006/2007:128, s. 345

¹⁰⁴ Se även utgången i mål C-359/93 *Kommissionen mot Nederländerna*, REG. 1995 s. I-157

¹⁰⁵ Se C-225/98 *Nord pas de calais*, p. 83

skall vara fritt tillgängliga och även andra lämpliga bevis än själva miljömärket skall godtas. Även i övrigt skall kraven i de tekniska specifikationerna ha koppling eller naturligt samband med föremålet för upphandlingen.¹⁰⁶ Krav som anses ha ett samband med föremålet för upphandlingen kan exempelvis vid upphandling av transporttjänster handla om krav på att ett fordon har en högsta angiven bränsleförbrukning.¹⁰⁷ Däremot är det inte lika självklart att sambandskravet är uppfyllt om upphandlingen istället gäller kaffe och kravet på bränsleförbrukning således handlar om transporten av kaffet. Kravens tillåtlighet beror alltså på vad som skall upphandlas och hur kraven ställs i förhållande till detta. För att kunna ställa krav exempelvis på att bilar är miljöbilar krävs en beskrivning av vad som krävs för detta. Lämpligare är troligen i detta fall att ange att bilen skall drivas med alternativa drivmedel, eftersom epitetet "miljöbil" kan skilja sig mellan medlemsländerna. Därefter kan exempelvis låg bränsleförbrukning komma in som utvärderingskriterium.

3.2.4 Fullgörandevillkor

Att en myndighet *får* ställa särskilda miljömässiga krav för hur ett kontrakt skall fullgöras framgår av artikel 26 i Klassiska direktivet. Enligt bestämmelsen får en upphandlande myndighet ställa särskilda krav på hur ett kontrakt skall fullgöras under förutsättning att dessa krav är förenliga med gemenskapsrätten och dessutom anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Kraven får bland annat omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn. Bestämmelsen, som inkorporerats i 6:13 LOU, tillkom inte minst för att kunna ställa krav på miljö- och sociala hänsynstaganden, som inte passar in bland övriga krav eller kriterier. Fullgörandevillkoren utgör förpliktelser som leverantören måste acceptera för att inte uteslutas ur upphandlingen, men dock måste villkoret inte uppfyllas rent praktiskt förrän kontrakt sluts mellan leverantören och den upphandlande myndigheten. Ett särskilt kontraktsvillkor kan därmed anses mindre ingripande än ett obligatoriskt krav eftersom leverantörer kan "fasas in" till bättre miljöprestanda. Kraven skall dock precis som övriga krav och villkor stå i överensstämmelse med de grundläggande principerna i 1:9 LOU och ha en koppling till föremålet för upphandlingen.

I den svenska upphandlingskommitténs slutbetänkande, som föregick propositionen till LOU uppmanades regeringen att intensifiera arbetet med att försöka påverka medlemsländerna och kommissionen att möjliggöra ett större utrymme för miljöanpassad offentlig upphandling eftersom de nya direktivförslagen endast tillåter sådana miljöhänsyn som har en tydlig koppling till kontraktsföremålet.¹⁰⁸ Kravet på koppling till kontraktsföremålet kvarstår dock i lagstiftningen även vad gäller fullgörandevillkoren. Villkoren skall dessutom vara kontrollerbara och följas upp av den upphandlande myndigheten under kontraktstiden.¹⁰⁹

3.2.5 Anbudsutvärderingen

När en leverantör kvalificerat sig och anbudet prövats i enlighet med kravspecifikationen skall de kvarstående anbuden utvärderas. Under anbudsutvärderingen finns större valfrihet för upphandlaren att ställa krav eller kanske önskemål om såväl leverantörens som produktens egenskaper, eftersom det är anbudet i sig som utvärderas. Under denna fas

¹⁰⁶ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 142

¹⁰⁷ SOU 2006:28, s. 216

¹⁰⁸ SOU 2006:28 s 149

¹⁰⁹ Prop. 2006/07:128, s.200

skall utvärderas vilket anbud som skall antas, med hänsyn till den utvärderingsgrund som angetts i förfrågningsunderlaget. Redan vid utformningen av förfrågningsunderlaget har den upphandlande myndigheten således bundit sig till det förfarande som skall tillämpas under resten av upphandlingsprocessen. Som utvärderingsgrund kan, enligt 12:1 LOU, anges antingen det lägsta priset *eller* det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Att de två punkterna i paragrafen är sammankopplade med ordet "eller" betyder att de två prövningsgrunderna är likställda.

Är prövningsgrunden lägsta pris skall det anbud väljas som uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget och har lägst anbudspris. Är prövningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall det anbud antas som uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget och som vid en prövning utifrån angivna utvärderingskriterier är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Lägsta pris är givetvis den enklaste prövningsgrunden att tillämpa, men den ger samtidigt minst utrymme för bedömningar. Väljs lägsta pris som prövningsgrund skall också lägsta pris antas, utan att hänsyn tas till andra förutsättningar.

På grund av den preciserings- och bedömningsfrihet som tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ger, är detta den tilldelningsgrund som tillämpas vid de upphandlingar där myndigheten har anledning att utvärdera specifika kriterier, såsom miljöaspekter. Det framgår av preambeln till Klassiska Direktivet att den praxis från EG-domstolen som införts i direktivet särskilt avser tilldelningskriterier som möjliggör för den upphandlande myndigheten att tillgodose miljö och sociala hänsyn förutsatt att kriterierna är kopplade till kontraktets föremål, att de inte ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och att de uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget.¹¹⁰ Dessa ramar för miljökriteriernas tillåtlighet är hämtade från EG-domstolens praxis.¹¹¹ Av direktivet framgår också att tilldelningskriterierna måste överensstämma med grundprinciperna om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster. Upphandlande myndigheter är enligt 1:9 LOU även skyldiga att efterfölja principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen.¹¹² I LOU stadgas dessa principer i 1:9 LOU och de skall efterlevas i upphandlingens alla skeden (se ovan avsnitt 2.5). Även om det inte framgår uttryckligen av bestämmelserna i 12 kap. LOU så gäller samma begränsningar för användandet av utvärderingskriterier som enligt direktivet.

I Klassiska direktivet räknas kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, *miljöegenskaper*, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice, tekniskt stöd, leveranstid eller tid för fullgörandet upp som några exempel på vilka kriterier som kan uppställas under prövningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Varken i lagtexten eller i direktiven är dock exemplen uttömmande, vilket innebär att det är tillåtet att ställa andra kriterier utöver de i lagtexten angivna, så länge de har ett samband med föremålet för upphandling och de grundläggande principerna för upphandlingsförfarandet följs. Den upphandlande myndigheten måste i enlighet med 12:1 3 st. ange dessa kriterier antingen i meddelandet om upphandling eller i

¹¹⁰ Direktiv 2004/18/EC, p. 1-2 preambeln samt artikel 53.1 a

¹¹¹ Mål C-513/99 *Concordia*, p. 69

¹¹² Direktiv 2004/18/EC, p. 1-2 preambeln

kontraktshandlingarna, vilket innebär att den inte har rätt att senare byta tilldelningsgrund. Vill myndigheten trots detta byta tilldelningsgrund så måste upphandlingen avbrytas och en ny påbörjas.

Kvalifikationsfasen och utvärderingsfasen täcks av olika regler och skall särskiljas.¹¹³ Detta betyder att kriterier, som normalt hör hemma under kvalifikationsfasen inte kan ställas i utvärderingsfasen. Eftersom kriterier som hänför sig till leverantörens organisation eller kapacitet hänför sig till kvalificeringsfasen så skall i princip krav som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet inte användas som utvärderingskriterier.¹¹⁴ I de fall kvalitativa krav används i utvärderingen måste de vara *objektivt* kvantifierbara, annars garanteras den upphandlande myndigheten en okontrollerad frihet att välja anbud.¹¹⁵

Till skillnad från kvalifikationskraven och kravspecifikationen så handlar det under utvärderingen inte om obligatoriska krav, utan istället om kriterier som poängsätts. Eftersom den anbudsgivare som får flest poäng i anbudsutvärderingen (se avsnitt 4.1.1 för utvärderingsmodeller) är den som vinner kontraktet är det viktigt att kriterierna är tydligt formulerade och inte lämnar utrymme för tolkning. I *Sonera*-målet konstaterar dock Regeringsrätten att, även om det följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat så får även utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godtas, under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte åsidosätts.¹¹⁶ Trots att det i målet var ostridigt att såväl förfrågningsunderlaget som utvärderingsmodellen hade vissa brister var bristerna enligt Regeringsrätten inte av sådan art eller sådan omfattning att kravet på affärsmässighet har åsidosatts. Inte heller i övrigt kunde det visas att förfarandet strider mot de krav som uppställs i LOU, varför upphandlingen ifråga godtogs. Genom domen har Regeringsrätten visat att det finns ett visst handlingsutrymme för upphandlande myndigheter när det gäller utvärderingsfasen. Detta handlingsutrymme är emellertid starkt begränsat av de regler som uppställs i LOU och EG-rätten. Trots att upphandlande myndigheter regelmässigt kommit att åberopa domen till sitt försvar så kan den inte anses rättfärdiga alltför översiktligt beskrivna och bristfälliga förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som ger den upphandlande myndigheten obegränsat bedömningsutrymme.

3.2.5.1 Livskostnadsanalys

Ett verktyg för att beräkna en varas totala livskostnad, en s.k. LCC analys, kan användas både i kravspecifikationen och under anbudsutvärderingen. Analysen syftar till att klargöra den totala kostnaden för en produkt under den tid den kommer att användas. Det är därmed inte bara kostnaden för grundinvesteringen utan också drift- och underhållskostnader för framställan av produkten som beräknas. Andra kostnader som kan vara viktiga i sammanhanget är miljöskatter och avvecklingskostnader, men även inkomster såsom subventioner och restvärde kan förändra kostnadsbilden. LCC analyser har kommit att användas i allt större utsträckning för att analysera en produkts verkliga kostnad.

¹¹³ Mål C-31/87 *Beentjes*, p. 16

¹¹⁴ se Braun P., *Qualifications criteria: a note on T-4/01, Renco SPA v Council of the European Union*

¹¹⁵ *ibid*

¹¹⁶ RÅ 2002 ref. 50 *Sonera*

En LCC analys av en vara kan visa att det är vid tillverkningsprocessen och uttaget av råvaror som miljöpåverkan är som störst. Krav på produktionsmetoder vid upphandling är i princip tillåtet under förutsättning att de grundläggande EG-rättsliga principerna efterlevs kraven har koppling till kontrakt föremålet.¹¹⁷ Så länge förfrågningsunderlaget tydligt beskriver de parametrar som ska ingå i beräkningen av kostnaden samt den dokumentation och de mätmetoder som skall användas, så att det tydligt framgår vilken information anbudsgivaren skall tillhandahålla, så bör en LCC analys i princip vara tillåten i utvärderingen. Det kan dock vara en svår uppgift att förutse vilka faktorer som är relevanta för en produkts totala kostnad, vilket leder till resultat som svårigen kan förutses. En variant är att använda sig av de verktyg som Carbon Trust och andra företag erbjuder, för att på ett smidigt sätt kunna ställa upp lämpliga kriterier och kunna avgöra vilka avtryck anbudsgivarnas tillverkning lämnar på miljön.

Krav på en varas livskostnad får enligt 6:4 LOU i de tekniska specifikationerna inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Regleringen är ett utslag av icke-diskrimineringsprincipen i 1:9 LOU. Exakt var gränsen går för att krav skall verka diskriminerande framgår inte, men att ställa krav på exempelvis närproducerade varor är uteslutet eftersom det innebär en regional diskriminering. Det framgår inte heller uttryckligen att samma begränsning gäller vid tillämpning av LCC analys i utvärderingen, men det får dock antas, eftersom icke-diskrimineringsprincipen skall respekteras under hela upphandlingsprocessen.

3.2.6 Tilldelningsbeslut

När anbudsvärderingen genomförts skall den upphandlande myndigheten fatta ett s.k. tilldelningsbeslut. Beslutet ger besked om vilket anbud som skall antas i upphandlingen. Upplysningar om tilldelningsbeslutet och skälen för det skall enligt 9:9 LOU skriftligen lämnas till samtliga anbudssökande och anbudsgivare. För att principen om likabehandling skall garanteras är det viktigt att samma upplysningar lämnas till alla leverantörer. Upplysningarna bör av denna anledning lämnas eller skickas ut samtidigt till samtliga leverantörer som deltagit i upphandlingen.

Efter att upplysningar lämnats till samtliga deltagande leverantörer skall den upphandlande myndigheten, i enlighet med 16:1 LOU, avvakta tio dagar för att leverantörer skall kunna tillvarata sin rätt att ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet. Först sedan denna frist löpt ut kan upphandlingen avslutas och ett avtal mellan parterna ingås.¹¹⁸ Det bör observeras att tiodagarsperioden gäller trots att den normala överklagandefristen för ett myndighetsbeslut, liksom för en länsrättsdom, är tre veckor. Detta innebär att en leverantör som avser att överklaga ett tilldelningsbeslut måste se till att överklaga och begära ett interimistiskt beslut medan tiodagarsfristen ännu löper. Det är fastslaget i praxis att tidsfristen löper även under helgdagar, vilket innebär att tidsfristen i värsta fall kan vara endast sex arbetsdagar lång.¹¹⁹

¹¹⁷ Prop. 2006/07:128, s.198

¹¹⁸ Se även mål C-81/98, *Alcatel Austria AG m.fl mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, REG. 1999 s. I-7671, p. 43

¹¹⁹ Se RÅ 2007 ref. 28 *EMAX*

4. Utvärdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

EG-domstolen angav redan vid tillämpning av de äldre direktiven att utvärderingsgrunden ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” inte skall tolkas så att samtliga kriterier som den upphandlande myndigheten tillämpar måste vara av rent ekonomisk art.¹²⁰ Detta uttalande får anses vara det tydliga startskottet för många upphandlande myndigheter att uppställa icke rent ekonomiska kriterier i utvärderingsfasen. I detta kapitel behandlas först hur utvärderingskriterier viktas. Därefter beskrivs i korthet de skilda modeller som kan tillämpas för att vikta kriterierna sinsemellan. Eftersom få formkrav omgärdar ett förfrågningsunderlag finns möjlighet att tillämpa den viktningsmodell som myndigheten önskar. Jag kommer att beskriva de flitigast tillämpade modellerna, men gör inga anspråk på att beskriva en uttömmande lista av viktningsmodeller.

Efter att rankingen av de inbördes kriterierna presenterats behandlar jag miljökriteriers tillåtlighet och hur dess tillåtlighet successivt ökat. Jag definierar och analyserar därefter två begränsningar av miljökriteriers tillämpningsområde, nämligen kravet på koppling till kontrakt föremålet och kravet på kriteriers kontrollerbarhet.

4.1 Viktning av kriterierna

Ett problem för upphandlande myndigheter är att bedöma vilka kriterier som är viktigast och att värdera dessa sinsemellan.¹²¹ Det är en allmänt etablerad princip inom upphandlingslagstiftningen att anbud endast bör utvärderas enligt objektiva kriterier. Upphandlingsprocessen skall alltid utföras i enlighet med de grundläggande principerna som anges i 1:9 LOU och med den fria rörligheten i övrigt. Exempelvis kan ett illa formulerat och godtyckligt kriterium anses otillåtet eftersom det kan strida mot principen om öppenhet. Vidare kan ett kriterium, även om det är välformulerat, anses sakna den nödvändiga länken till objektet för upphandlingen och därmed anses otillåtet.¹²² För att undvika tolkningsutrymme skall tilldelningskriterier vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka dem på samma sätt.¹²³ Det är inte heller tillåtet att beakta krav som uppställts tidigare under förfarandet i utvärderingen. Har en leverantör väl passerat kvalificeringsfasen så har de krav som ställts på dennes kvalifikationer och lämplighet så att säga spelat ut sin roll.¹²⁴ Det allmänna kravet på transparens innebär att de utvärderingskriterier som anges i förfrågningsunderlaget måste tillämpas under hela processens gång. Inga kriterier som inte

¹²⁰ C-513/99 *Concordia*, p. 55

¹²¹ SOU 2006:28 s 195 ff. och Prop. 2006/2007:128 s 157

¹²² Henriksson, *Restrictive Use of Award Criteria in Public Procurement*'s. 159

¹²³ Mål C-19/00 *SIAC Construction*, p. 42

¹²⁴ Krüger K, *Non-economical "soft" and "green" considerations in public award procedures* s. 58

angivits får tillämpas och av detta följer också att de kriterier som angivits måste beaktas och utvärderas i linje med vad den upphandlande myndigheten fastställt i förfrågningsunderlaget.

När en upphandlande myndighet i en upphandling tillämpar utvärderingsgrunden "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" så handlar det om en utvärdering av anbuden där kriterier utöver priset kan komma att tillmätas betydelse. Vid tillämpning av denna utvärderingsgrund förekommer i praktiken ett stort antal utvärderingsmodeller och lagstiftningen ger inte någon annan ledning för hur dessa utvärderingsmodeller skall utformas, utöver att det i 12:1-2 stadgas att utvärderingskriterierna enligt huvudregeln skall viktas. Kravet på viktning av utvärderingskriterierna är en nyhet i Klassiska direktivet och för att uppfylla kravet på transparens skall varje kriteriums vikt anges redan i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. Viktningskravet är ett uttryck för den grundläggande principen om att utvärderingskriterierna måste vara utformade på ett sätt så att de inte ger den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet. För att leva upp till principen om transparens måste leverantörerna alltid från förfrågningsunderlaget kunna utläsa hur den upphandlande myndigheten ställer de olika kriterierna mot varandra, ekonomiska såväl som icke-ekonomiska kriterier. Så länge kriterierna är tydligt formulerade och inte lämnar utrymme för tolkning torde dock finnas stort utrymme för miljökriterier av alla de slag.

Undantag från viktningsskravet är endast tillåtna när viktning är omöjlig på grund av påvisbara skäl. Kriterierna skall i dessa fall rankas i fallande ordning med det viktigaste kravet högst rankat. Såväl LOU som Klassiska direktivet förblir dock tysta vad gäller frågan hur en brist av rankingen av kriteriers betydelse skall hanteras. En strikt tolkning av lagstiftningen kan betyda att kriterierna, i brist på ranking, skall anses väga lika mycket. Eftersom detta säkerligen inte alltid är tanken bör det i realiteten endast finnas två utvägar då kriterierna inte rankats inbördes i förfrågningsunderlaget. Ett alternativ är att upphandlingsprocessen inte fortsätter innan den upphandlande enheten uttryckt att alla kriterier bör viktas lika. Det andra alternativet är att upphandlingsprocessen ogiltigförklaras och måste påbörjas på nytt.¹²⁵

4.1.1 Viktningsmodeller

Vad gäller de olika viktningssmodellerna så finns flera metoder som tillämpas av upphandlande myndigheter. Dels kan *poäng tilldelas efter uppfyllelsegrad*, vilket innebär att en poängskala används och att varje anbudsgivare får en poäng inom skalan i förhållande till hur väl kriteriet uppfylls. Såväl poängskalan som vad som fordras för att erhålla varje poäng måste framgå av förfrågningsunderlaget. Metoden med poängsättning efter uppfyllelsegrad fordrar en hög kompetens hos beställaren eftersom att det är nödvändigt med kunskap om upphandlingsföremålet, marknaden och effekterna av vissa ställda kriterium. Saknas sådan kunskap är det svårt att bedöma huruvida ett anbud är bra eller mindre bra och vilken poäng som är rättvisande och riktig att tilldela för varje enskilt utvärderingskriterium. Denna utvärderingsmodell kan således lämna ett stort utrymme för skönsmässighet, vilket är vanligt förekommande kritik vid användning av mjuka kriterier som miljöhänsyn.

En annan variant som används för att vikta angivna kriterier är *poängsättning med poängavdrag*. Istället för att tilldela poäng efter uppfyllelsegrad utgår beställaren från full

¹²⁵ Henriksson, *Restrictive use of award criteria in Public Procurement*, s. 165

poäng och tillämpa poängavdrag i den mån anbudet inte lever upp till det aktuella kriteriet. Eftersom avdragsmodellen är en spegelvänd variant av uppfyllelsemodellen uppstår samma problem vid tillämpning av denna modell.

En tredje tillämpad viktningsmodell är en *matematisk beräkning av priset*. Det är vanligt att även i fall där uppfyllelsemodellen används, så tillämpas en matematisk formel för att räkna ut leverantörernas poäng. En grundläggande förutsättning är emellertid även här att det på ett klart och tydligt sätt framgår av förfrågningsunderlaget hur beräkningen kommer att gå till i praktiken och att den är förutsebar för leverantörerna. Även om en matematisk beräkning per definition kan te sig mindre skönsässig, så uppstår ofta liknande kritik här, beroende på hur de matematiska modellerna ser ut. Inte sällan är de matematiska modellerna onödigt komplicerade och innebär i praktiken en lika skönsässig bedömning som vid andra utvärderingsmodeller.

Generella prispåslag för vissa funktioner är en annan metod, där beställaren tillsätter vissa funktioner eller egenskaper ett visst ekonomiskt värde som är lika för samtliga anbudsgivare. Den största faran med denna metod är att det inte är det anbud som i verkligheten är det ekonomisk mest fördelaktiga som vinner eftersom vissa leverantörer kan tänkas uppfylla det ställda kravet med råge men trots detta inte få mer poäng än en leverantör som precis uppfyller kravet. På gott och ont sker vid denna metod alltså ingen reell utvärdering. Motiveringen för att trots avsaknaden av utvärdering uppställa ett kriterium under utvärderingsfasen, måste vara att villkoret inte anses så grundläggande att den upphandlande myndigheten vill uppställa det som ett krav tidigare i upphandlingen, eftersom ett icke uppfyllande då utgör direkt grund för uteslutning.

Oavsett vilken metod som tillämpas för utvärdering så är i praktiken de poängskalor som används ofta mycket vagt uttryckta i förfrågningsunderlaget. Oklara utvärderingsmodeller medför att leverantörer kan ha svårigheter att förutse och förstå hur beställaren kommer att bedöma de skiftande utvärderingskriterierna. Eftersom en upphandlande myndighet enligt praxis inte får ges en obegränsad valfrihet vid tilldelning av ett kontrakt måste alltför löst formulerade kriterier eller utvärderingsmodeller anses otillåtna och direkt i strid med principen om transparens.¹²⁶ En upphandlande myndighet som önskar prioritera miljökritier i utvärderingen måste således noggrant formulera kriterierna, hur de skall uppfyllas och hur de skall utvärderas. För att på ett enkelt och förutsebart sätt kunna utvärdera de miljökritier som definierats i förfrågningsunderlaget är valet av utvärderingsmodell viktigt. Av de olika modeller som kan tillämpas är det mest vitala att myndigheten klarar av att tillämpa den modell den väljer och att utgången av upphandlingen inte kan ifrågasättas på grund av en otydlig utvärderingsmodell.

I och med en ökad andel uppställda miljökrav i offentliga upphandlingar har verktyg utvecklats för att företag som önskar lämna anbud på offentliga kontrakt skall kunna beräkna exempelvis de koldioxidutsläpp de står för. Verktygen är till hjälp både för den upphandlande myndigheten och för anbudsgivarna eftersom de skapar förutsebarhet vad gäller granskningen av kraven. Exempelvis erbjuder företaget "Carbon trust"¹²⁷ på sin

¹²⁶ C-513/99 *Concordia*, p. 64 och RÅ 2002 ref 50 *Sonera*

¹²⁷ Carbon Trust är ett företag som grundats av Storbritanniens regering med huvudsyfte att säkra att företag och offentlig sektor klarar sina koldioxidmål.

hemsida företag att räkna ut verksamhetens sammanlagda utsläppsmängder.¹²⁸ Genom att hänvisa till företagets hemsida kan upphandlande myndigheter därmed ställa specifika krav på tillåtna utsläppsmängder som enkelt kan anges av leverantörerna och värderas av myndigheten. Ett annat problem är att ett sådant krav möjligen inte anses ha tillräcklig koppling till föremålet för upphandlingen ifråga. För att avgöra hur stark koppling kravet måste ha till kontrakt föremålet kan ledning sökas i praxis. Gränserna är dock oklara och bl.a. i målet *Concordia* uttrycktes att kriterierna på utsläppsmängder och bullernivåer hade *direkt koppling* till föremålet för upphandlingen, d.v.s. bussarna.¹²⁹

4.2 Miljökriteriers tillåtlighet

Frågan om miljökriteriers tillåtlighet i utvärderingen har utvecklats i takt med att samhället blivit alltmer miljömedvetet. Den tidigare förhärskande principen inom EU har varit att offentliga upphandlingar endast skall baseras på ekonomiska avvägningar och att upphandlande myndigheter inte skall ta social eller politisk hänsyn. Denna princip härrör från en av kommissionens rekommendationer från 70-talet.¹³⁰ I utvärderingsfasen kunde miljöfaktorer enligt kommissionen spela en roll endast om hänvisningen till dessa faktorer gjorde det möjligt att mäta en ekonomisk fördel som var avhängig av den prestation som är föremål för upphandling och som direkt tillföll den upphandlande myndigheten.¹³¹

På grund av den praxis som vuxit fram från EG-domstolen, de nya direktiven och lagarna på området så är en sådan syn, åtminstone i en strikt tillämpning, i dagsläget förlegad. Av Kommissionens grönbok¹³² från 2004 angående miljöhänsyn i upphandling framgår tydligt att kommissionens åsikt numera är i linje med den praxis och lagstiftning som utvecklats på området. Enligt grönboken har upphandlande myndigheter ett ansvar för hur de använder skattemedel och hur de bör agera utifrån principerna "Bäst valuta för pengarna" och "Rättvist handlande".¹³³ Kommissionen klargör att få bäst valuta för pengarna inte nödvändigtvis innebär att välja anbudet med lägst pris. Det är inte nödvändigt att varje enskilt utvärderingskriterium ger en ekonomisk fördel till den upphandlande myndigheten, utan det är istället bäst valuta för pengarna som skall avgöras genom utvärdering av de ekonomiska kriterierna och miljökriterierna sammantaget.¹³⁴ Det innebär att myndigheten har att välja det bästa anbudet mot bakgrund av de parametrar som uppställts i förfrågningsunderlaget. Miljöhänsyn kan vara en sådan parameter och utesluts alltså inte av principen om bäst valuta för pengarna. Det anges i grönboken att exempelvis energieffektivitet, miljöeffekter vid avfallshantering och möjligheter till återanvändning är viktiga aspekter att ta hänsyn till eftersom det kan vara miljömässigt fördelaktigt att välja en produkt av högre kvalitet med längre livslängd framför en med lägre kvalitet och kortare livslängd.¹³⁵ Med rättvist handlande menas att följa de principer på den inre marknaden som formar del av de offentliga upphandlingsdirektiven och de nationella lagar som

¹²⁸ <http://www.carbontrust.co.uk>

¹²⁹ Mål C-513/99 *Concordia*, p. 83

¹³⁰ Henriksson, *Restrictive use of award criteria in Public Procurement*, s. 158

¹³¹ Kommissionens Grönbok, Offentlig Upphandling inom EU: Överväganden inför framtiden, KOM 96 (583)

¹³² Europeiska kommissionens tolkningsmeddelande [2004:1050] "Att köpa grönt",

¹³³ *ibid*, s. 12

¹³⁴ *ibid*, p.5.1

¹³⁵ *ibid*, s. 16

baseras på direktiven. Den viktigaste av dessa principer är principen om likabehandling och principen om transparens, som är en förutsättning för den förstnämnda.¹³⁶

I målen *Beentjes*¹³⁷ och *SIAC*¹³⁸ har EG-domstolen visserligen uttryckt att utvärderingskriterier är begränsade till att avgöra vilket som är det *ekonomiskt* mest fördelaktiga budet. I *Beentjes* konstaterade EG-domstolen dock samtidigt att det är möjligt att ställa krav på att leverantörerna utför arbetet med en viss andel långtidsarbetslösa eller funktionshindrade anställda. En förutsättning för att få ställa ett sådant villkor är att det anges i annonsen om upphandling så att leverantörerna får kännedom om villkoret redan i inledningen av upphandlingsprocessen. Ytterligare en förutsättning är att villkoret inte direkt eller indirekt hade någon diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater och att det är förenligt med bestämmelserna om fri etablering och rätten till fri rörlighet av varor och tjänster. Målet gällde visserligen tillämpning av sociala kriterier, men ingenting tyder på att en annorlunda bedömning skulle göras vid tillämpning av miljökriterier eller andra s.k. mjuka värden i utvärderingen. I efterföljande praxis rörande miljökriteriers tillåtlighet har även hänvisats till målet.¹³⁹ Ett villkor som innebär att endast anbudsgivare från den aktuella staten kan uppfylla villkoret eller det faktum att anbudsgivare från andra stater har svårigheter att uppfylla kravet innebär en diskriminering på grund av nationalitet, vilket inte är tillåtet. Villkoret får inte heller ge den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet att välja anbud, vilket innebär att kriteriet måste vara välformulerat och inte lämna utrymme för tolkning.¹⁴⁰

I målet *Renco*¹⁴¹ skulle Europeiska rådet upphandla hjälp med renovering och underhåll av sina byggnader. Som utvärderingsgrund användes det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och ett antal utvärderingskriterier, bl.a. erfarenhet och kompetens, angavs. *Renco*, vars anbud inte blev antaget, överklagade upphandlingen då de ansåg att oklara utvärderingskriterier som inte annonserats hade använts i utvärderingen av anbudet. Förstainstansrätten svarade att då det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används som utvärderingsgrund är det tillåtet med kvalitativa och kvantitativa sub-kriterier. Med hänvisning till domen i *Concordia*¹⁴² (se nedan, avsnitt 4.6) angav förstainstansrätten att kriterierna inte nödvändigtvis behöver vara av ekonomisk natur och att kriterier såsom erfarenhet och kompetens kan tillämpas objektivt och otvivelaktigen är relevanta för att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga budet, vilket ledde till att kriterierna godkändes.¹⁴³

4.2.1 Krav på koppling till föremålet för upphandling

Vid tillämpning av utvärderingsgrunden "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" måste ett kriterium för att vara tillåtet ha en *koppling till föremålet för upphandlingen*. Enligt kommissionen innebär denna koppling att krav på produktionsmetoder skall påverka eller bidra till produktens, synliga eller osynliga, egenskaper för att de skall kunna ingå som

¹³⁶ *ibid* s. 12

¹³⁷ Mål 31/87 *Beentjes*

¹³⁸ Mål C-19/00 *SIAC Construction*

¹³⁹ Bl.a. i C-513/99 *Concordia*

¹⁴⁰ Mål 31/87 *Beentjes*, p.26-27

¹⁴¹ T-4/01 *Renco SpA mot Europeiska unionens råd*

¹⁴² C-513/99 *Concordia*

¹⁴³ T-4/01 *Renco SpA mot Europeiska unionens råd*, p. 66-67

kriterier för att avgöra vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.¹⁴⁴ Denna snäva tolkning har dock kritiserats från vissa håll och kommissionens tolkning är inte nödvändigtvis den enda riktiga. En mer extensiv och samhällsekonomisk tolkning av begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” leder till möjligheter att ta hänsyn till ekonomiska fördelar för samhället i stort. Detta skulle innebära att exempelvis företags utsläppsmängder i stort kan utvärderas och ge högre poäng till anbudsgivare som i större utsträckning tar allmän miljöhänsyn. En sådan tolkning kan te sig som mer överensstämmande med vad som stadgas i artikel 6 och 174 EG-fördraget och möjliggöra miljökriterier för att främja hållbar utveckling. Samtidigt kan ett accepterande av vilka externa kriterier som helst under utvärderingen kan leda till svårigheter att förutspå utgången av upphandlingen och därmed innebära risk för diskriminering och skönsmässiga utvärderingar.

4.2.2 Krav på kontrollerbarhet

För att garantera transparens i upphandlingsprocessen måste alla krav och kriterier som uppställs måste vara kontrollerbara. Kravet på kontrollerbarhet innebär i praktiken att den upphandlande myndigheten måste ha kapacitet att övervaka villkorens efterlevnad för att kravet skall anses tillåtet.¹⁴⁵ Kostnaden för sådan kontroll kan ofta ses som ett av de största hindren med att ställa miljökrav. Ett bra sätt att underlätta kontrollarbetet är att kräva av leverantörerna att de redogör för vilka produktionsanläggningar varorna kommer från, med namn och adresser till alla led i tillverkningen. Ett av leverantören garanterat och *externt* verifierat arbete med att leva upp till de krav som ställs kan vara en tillräcklig uppföljning. För att garantera en kontroll av kriteriernas uppfyllande kan exempelvis EMAS eller ISO registreringar användas som bevis för att en leverantör når upp till krav på leverantörens miljöarbete. De kvalitativa krav som ställs måste dock vara objektivt kvantifierbara för att möjliggöra en effektiv kontroll.

Genom att en upphandlande myndighet upprättar en tydlig policy angående miljöhänsyn och redogör för hur en oberoende kontroll av uppställda krav och kriterier skall genomföras så kan överprövningar p.g.a. bristande transparens undvikas. För att undvika oklarheter på ett senare stadium bör även rätten att utföra miljörevisioner regleras i avtalet med den vinnande parten. På så sätt kan säkerställas att kontraktsparten uppfyller de krav och kriterier som bidragit till att denne fått kontraktet. Besitter inte myndigheten själv nödvändiga resurser och/eller kunskap för att verifiera anbudens riktighet får de ta extern hjälp. Gäller det en upphandling av varor eller av en tjänst som sträcker sig över lång tid bör granskning av handlingar och stickprov på plats genomföras för att kontrollera att anbudsgivaren lever upp till de miljökrav denne sagt sig uppfylla. Verifikation av att ställda krav och kriterier uppfylls kan antingen begäras in tillsammans med anbudet eller efterfrågas vid en uppföljning. Verifikationer och intyg kan utfärdas på olika nivåer och de skall vara spårbara till de produkter som upphandlas. Den säkraste och mest trovärdiga verifikationen är en tredjepartsverifikation, t.ex. miljömärkning i enlighet med ISO 14024 eller certifiering enligt miljöledningssystemet ISO 14001. I annat fall kan exempelvis en egedeklaration, t ex deklARATIONER i enlighet med ISO 14021 eller likvärdiga former av verifikation, eller ett företagsintyg vara tillräckligt.

¹⁴⁴ Europeiska kommissionens tolkningsmeddelande [2004:1050] ”Att köpa grönt”, s. 11, 24-25

¹⁴⁵ Prop. 2006/07:128, s.200

5. Rättsfallsanalys

5.1 Beentjes och Nord de pas de Calais – Särskilda kontraktsvillkor eller utvärderingskriterium

Begreppet ”särskilda kontraktsvillkor” eller ”fullgörandevillkor” myntades av EG-domstolen i målet *Beentjes* vid tillämpning av de äldre upphandlingsdirektiven.¹⁴⁶ De dåvarande direktiven innehöll inga bestämmelser som kunde tillämpas för samhällliga hänsynstaganden, men EG-domstolen uttryckte att det låg i gemenskapens intresse att sådana villkor trots allt kunde uppställas bl. a för att främja jämställdhet, motverka arbetslöshet och för att skydda miljön.¹⁴⁷ EG-domstolen slog fast att villkoret om arbetsstyrkans sammansättning varken hade med kvalificeringen av leverantörerna, den tekniska kapaciteten eller med anbudsutvärderingen att göra. Villkoret var istället att se som ett särskilt tilläggs villkor som trots allt måste finnas med i annonsen om upphandling. Däremot gav domen inte svar på vad som gör ett villkor till *särskilt* och vad som gör det till ett tilläggs villkor, men en tolkning är att särskilda tilläggs villkor utgörs av krav som inte har direkt bäring på leverantörens förmåga att genomföra kontraktet. En sådan tolkning innebär att myndigheter kan ställa krav på leverantörerna som särskilda tilläggs villkor som går utöver vad som är tillåtet under kvalificeringsfasen.¹⁴⁸ Exempelvis kan det här handla om krav på jämställdhet, anställande av handikappade eller långtidsarbetslösa eller annan positiv särbehandling.¹⁴⁹

Att döma av domen tycks det sociala kriteriet ha behandlats som en egen kategori vid sidan av de kriterier som används för att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Något samband med kontraktsföremålet har inte berörts i målen, trots att detta enligt övrig praxis är en förutsättning för godkända krav och kriterier.¹⁵⁰ Detta tyder på att det finns stort utrymme för att ställa sociala och etiska krav i upphandlingen, trots avsaknad av en tydlig koppling till kontraktsföremålet. Positiv särbehandling verkar vara tillåten, så länge ingen särskillnad görs mellan olika medlemsstater.¹⁵¹ Som en formalisering av domens utgång stadgas numera i artikel 23(1) i Klassiska Direktivet att de tekniska specifikationerna bör fastställas för att ta hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för funktionshindrade eller formgivning med tanke på samtliga användares behov.

Det har rått skiljda meningar huruvida kravet i *Beentjes* faktiskt utgjort ett tillkommande kontraktsvillkor eller de facto ett utvärderingskriterium. I efterhand har EG-domstolen slagit fast att eftersom det i *Beentjes* aktuella villkoret att sysselsätta långtidsarbetslösa utgjorde grund för att förkasta ett anbud måste det med nödvändighet ha utgjort ett utvärderingskriterium och inte ett tillkommande kontraktsvillkor.¹⁵² Med detta menas

¹⁴⁶ Mål 31/87 *Beentjes*, p. 36

¹⁴⁷ Se mål 31/87 *Beentjes*, p. 29 och C-225/98 *Nord pas de Calais*, p. 50

¹⁴⁸ Falk J., *Miljökrav vid upphandling*, s. 55

¹⁴⁹ Se Direktiv 2004/18/EC, p. 22

¹⁵⁰ Se exempelvis mål C-513/99 *Concordia*, p. 69

¹⁵¹ Se exempelvis målet C-243/89 *Stora Bält*, p.23 och 45

¹⁵² Krüger K., *Non-economical "soft" and "green" considerations in public award procedures*, s 18 and Mål C-225/98 *Nord Pas de Calais*, p 52-53

troligen att eftersom tillkommande kontraktsvillkor inte måste uppfyllas rent praktiskt förrän en leverantör tilldelas kontraktet, så kan ett icke uppfyllande av ett sådant villkor inte leda till ett förkastande av ett anbud. Ett icke uppfyllt utvärderingskriterium kan dock endast indirekt utgöra grund för uteslutning p.g.a. att anbudet får lägre poäng. Att uppfylla alla utvärderingskriterium är således inte obligatoriskt för att kunna vinna ett anbud. Oavsett om kravet i *Beentjes* är att se som ett tillkommande kontraktsvillkor eller som ett utvärderingskriterium så har det möjliggjort för upphandlande myndigheter att beakta icke-ekonomiska aspekter i upphandlingen, och dessutom vidgat möjligheterna att ställa krav som inte har en direkt och tydlig koppling till kontraktsföremålet.

I fallet *Nord Pas de Calais*¹⁵³ framhöll EG-domstolen återigen att det är möjligt att ange ett kriterium vars syfte är att bekämpa arbetslöshet, så länge kriteriet inte står i strid med grundläggande gemenskapsrättsliga principer. Målet ifråga gällde upphandling och utförande av skolbyggnader i Frankrike. EG-domstolen fann att det var möjligt att vid tilldelningen av ett upphandlingskontrakt uppställa ett kriterium som var knutet till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslösheten. I domen uttrycktes ännu en gång att det faktum att ett kriterium inte direkt identifierar det *ekonomiskt* mest fördelaktiga anbudet inte gör att det per definition står i motsats till upphandlingsdirektiven. EG-domstolen betonade dock att även för det fall att ett sådant kriterium var förenligt med gemenskapsrätten måste de riktlinjer som uppges i direktiven följas. Framförallt skall kriteriet uppges uttryckligen i meddelandet om upphandling så att alla anbudsgivare får reda på det. När det gäller tillämpningen av ett tilldelningskriterium avseende kampen mot arbetslösheten preciserades i domen att det inte fick inverka, direkt eller indirekt, på anbudsgivare från andra EU-medlemsstater och att kriteriet uttryckligen skulle anges i meddelandet om upphandling så att entreprenörerna skulle få kännedom om villkoret.¹⁵⁴ Målet har varit omdiskuterat och kommissionen har tolkat domen som att särskilda tilläggsvillkor endast kan användas i utvärderingen i det fall de upphandlande myndigheterna är tvungna att överväga två eller flera ekonomiskt likvärdiga anbud. Med tanke på att det i praktiken torde vara mycket sällan eller aldrig som anbud är precis ekonomiskt likvärdiga är det ändå tveksamt om inte villkorens tillämpningsområde måste anses vidare.

Målen *Beentjes* och *Nord pas de Calais* visar att upphandlingskontrakt som förbehålls vissa samhällsgrupper, till exempel funktionshindrade och arbetslösa, kan tillåtas. Med tanke på kravet på koppling till föremålet för upphandling kan det tyckas motsägelsefullt att denna typ av krav och kriterier godtagits av EG-domstolen. Tydligt så har även skydd för dessa svagare samhällsgrupper utgjort ett godtagbart undantag från en sträng tillämpning av kopplingskravet. Frågan är om andra typer av positiv särbehandling därmed också kan uppställas som utvärderingskriterium, och i vilken utsträckning offentlig upphandling kan användas som ett politiskt styrmedel för att bekämpa oönskade sociala och miljömässiga förhållanden. En generell tolkning av rättsfallen öppnar upp för möjligheten att ge bonuspoäng till företag som exempelvis har jämn könsfördelning eller handikappade anställda. Gränsen ligger dock i att denna typ av åtgärder inte får innebära en direkt eller indirekt diskriminering gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater, och inte heller utgöra ett oerättigat handelshinder enligt artikel 28 EGF. Så länge samma möjligheter ges till de särskilda verkstäderna eller minoritetsgrupperna i de olika medlemsländerna torde

¹⁵³ Mål C-225/98 *Nord Pas de Calais*

¹⁵⁴ Mål C-225/98 *Nord Pas de Calais*, p. 50-51

detta dock inte medföra något problem. Så som framgått syftar diskrimineringsförbudet i offentlig upphandling framförallt till att säkerställa konkurrens och fri rörlighet. Är deltagandet i upphandlingsförfarandet även öppet för skyddade verkstäder i de övriga medlemsstaterna bör det därmed inte anses som ett fall av diskriminering, utan snarare som ett fall av tillåten positiv särbehandling.

5.2 Preussen Elektra

I målet *Preussen Elektra*¹⁵⁵ berördes tillåtligheten av en nationell reglering enligt vilken privata elförsörjningsföretag ålades en skyldighet att köpa den el de producerade, från förnyelsebara energikällor. Domen inleddes med ett konstaterande att en skyldighet att till minimipriser köpa el från förnyelsebara energikällor ger de producenter som tillverkar s.k. grön el en klar ekonomisk fördel. Dessa producenter garanteras nämligen, utan varje risk, en högre inkomst än vad de skulle kunna uppnå utan nämnda reglering.¹⁵⁶ I den tyska regleringen angavs uttryckligen att elförsörjningsföretagens inköpsskyldighet enbart avsåg el från förnyelsebara energikällor. Vid bedömningen av om en sådan inköpsskyldighet är oförenlig med artikel 28 i EG-fördraget och hindrar handeln inom gemenskapen uttryckte EG-domstolen att hänsyn bör tas såväl till målet med ifrågavarande reglering som till elmarknadens speciella egenskaper.¹⁵⁷

Målet med regleringen var att genom främjande av användande av förnyelsebara energikällor för elproduktion tjäna ett miljöskyddsändamål. Genom att minska utsläppen av växthusgaser kan de klimatförändringar som Europeiska gemenskapen och dess medlemsstater har föresatt sig att motverka stävjas. Att utveckla användningen av förnyelsebara energikällor hör till de främsta mål som gemenskapen och dess medlemsstater har ställt upp för att uppfylla de skyldigheter som de har åtagit sig genom Förenta nationernas ramkonvention om klimatförändring¹⁵⁸ och Kyotoprotokollet.¹⁵⁹ Denna politik syftar även till att skydda människors och djurs hälsa och liv samt till att bevara växtlivet.¹⁶⁰

Med hänvisning till det som numera är artikel 6 i EG-fördraget framförde EG-domstolen att miljöskyddskraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens övriga politik. Det ligger i elens natur att det är svårt att bestämma dess ursprung och särskilt dess källa, när den en gång har matats in i ett överförings- eller distributionsnät. Kommissionen har därför uttryckt att det är absolut nödvändigt att medlemsstaterna inför ett system med ursprungscertifikat¹⁶¹ för el från förnyelsebara energikällor. För att göra handeln med denna typ av el tillförlitlig och praktisk genomförbar bör certifikaten vara föremål för ömsesidigt erkännande. Sammanfattningsvis ansågs regleringen ifråga förenlig

¹⁵⁵ Mål C-379/98 *Preussen Elektra*

¹⁵⁶ Mål C-379/98 *Preussen Elektra*, p. 54

¹⁵⁷ *ibid*, p. 71-72

¹⁵⁸ Godkändes genom rådets beslut 94/69/EG

¹⁵⁹ av den 11 december 1997 från konventionsstaternas tredje konferens, undertecknat den 29 april 1998 av EG

¹⁶⁰ Mål C-379/98 *Preussen Elektra*, p. 73-75

¹⁶¹ Direktiv 2000/C 311 E/22 om främjande av el från förnyelsebara energikällor på den inre marknaden för el

med artikel 30 i fördraget och således kunde undantas från förbudet mot kvantitativa handelsrestriktioner som uppställs i artikel 28 EGF.¹⁶²

Trots att målet *Preussen Elektra* inte berörde upphandlingsreglerna har inte sällan hänvisats till domen för att rättfärdiga miljökrav i upphandlingar. EG-domstolens yttrande att hänsyn skall tas till syftet med regleringen (eller upphandlingen) innebär att medlemsstaterna ges stora friheter att ställa miljökrav så länge de är i linje med unionens gemensamma politik och målsättningar. EG-domstolen visar vägen för nationella domstolar i hur långt de kan gå i sin tolkning av miljövänliga lagar och hur de kan grunda sig på de allmänna principer som kommer till uttryck i artikel 174 och i inledande artiklar i fördraget. Att EG-domstolen för första gången hänvisar till integrationsprincipen i artikel 6 som en av de viktigaste grunderna för sitt ställningstagande visar möjligheten att ta hänsyn till miljö framför andra intressen.¹⁶³ Det handlar helt klart om en ny trend i EG-domstolens praxis och en utvidgning av utrymmet för tillåtna utvärderingskriterium. Det kan således argumenteras för att domens utgång möjliggör för att tillämpa utvärderingskriterier som inte har ett samband med kontraktsföremålet, om de syftar till att värna om en hållbar utveckling.

5.3 Concordia

I det omtalade målet *Concordia* från 2002 fann EG-domstolen att en upphandlande myndighet, som vid offentlig upphandling av lokala busstransporttjänster hade beslutat att kontraktet i fråga skulle tilldelas en anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, kunde beakta sådana miljökrav som bussarnas kväveoxidutsläpp och deras bullernivå. Helsingfors stad hade bestämt sig för att övergå till anbudsförfarande vid en omorganisation av stadens bussnät. Kontraktet skulle tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och i förfrågningsunderlaget angavs att tilläggspoäng i utvärderingen tilldelades den anbudsgivare som kunde lova låga kväveoxidutsläpp och låga bullernivåer. Anbudsförfarandet avslutades med att den statliga bussorganisationen, HST, tilldelades kontraktet då de på grund av sina naturgasdrivna bussar erhöll högsta poäng i utvärderingen. Anbudsgivaren, Concordia Buss Finland, valde att överklaga beslutet eftersom de ansåg sig diskriminerade och hävdade att miljöskyddskriterierna inte hade något samband med föremålet för upphandlingen. Den nationella domstolen vände sig till EG-domstolen för att begära ett förhandsavgörande angående miljökravens förenlighet med EG-rätten, särskilt då de enstaka naturgasstationerna gjorde att endast det statliga bussbolaget kunde erbjuda naturgasdrivna bussar i praktiken.

EG-domstolen erinrade om att upphandlande myndigheter, när ett kontrakt skall tilldelas den som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, kan tillämpa olika kriterier beroende på kontraktets art. Exempelvis kan värdering ske av kriterier såsom kvalitet, teknisk förtjänst, estetiska och funktionella förtjänster, tekniskt bistånd och kundservice, leveransdatum och leveranstid eller tid för fullgörande samt pris.¹⁶⁴ Med beaktande av artikel 6 EG-fördraget är det inte uteslutet att den upphandlande myndigheten kan tillämpa

¹⁶² Mål C-379/98 *Preussen Elektra*, p. 76-81

¹⁶³ Mahmoudi, *EU:s miljö rätt*, s. 92

¹⁶⁴ Mål C-513/99 *Concordia*, p. 53

miljöskyddskriterier vid bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.¹⁶⁵ Detta konstaterande innebär emellertid inte att den upphandlande myndigheten kan tillämpa alla kriterier av detta slag. Även om den upphandlande myndigheten får välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet, kan valet nämligen endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Eftersom ett anbud med nödvändighet avser föremålet för upphandlingen skall kriterierna för tilldelning av kontraktet enligt nämnda bestämmelse likaså ha ett samband med detta föremål.¹⁶⁶

I syfte att fastställa huruvida, och i så fall på vilka villkor, en upphandlande myndighet kan beakta miljökriterier konstaterar EG-domstolen för det första att listan av tillåtna krav i direktiven som kan tillämpas vid tilldelning av ett offentligt kontrakt inte är uttömmande. För det andra, så bör inte reglementet tolkas så att samtliga kriterier som den upphandlande myndigheten tillämpar för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall vara av rent ekonomisk art. Det kan nämligen inte uteslutas att faktorer som inte är av rent ekonomisk art kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten.¹⁶⁷ Det är dock inte är förenligt med upphandlingsreglerna att ett tilldelningskriterium har sådan verkan att den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt.¹⁶⁸ Tillämpningen av de kriterier som valts för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall dessutom offentliggöras med iakttagande av tillämpliga förfaranderegler. Dessa kriterier skall slutligen vara förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten.¹⁶⁹ Sammanfattningsvis så kan en upphandlande myndighet beakta miljöskyddskriterier under förutsättning att dessa kriterier har ett samband med kontraktets föremål, inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna, eller i meddelandet om upphandling, och är förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen.¹⁷⁰

Vad gäller frågan om diskriminering på grund av att endast statens egna bussar uppfyllde kraven så uttrycktes i domen att det faktum att endast ett fåtal eller en anbudsgivare kan uppfylla de ställda kraven inte per definition innebär att upphandlingen varit diskriminerande. EG-domstolen ansåg därmed att kriterierna angående utsläpp och bullernivå hade samband med föremålet för upphandlingen, att kriterierna hade angivits på ett riktigt sätt och dessutom tillämpats objektivt och icke-diskriminerande. Inget brott mot upphandlingsreglerna var således i fråga.¹⁷¹ Det ligger nära till hands att misstänka att en upphandlande myndighet som uppställer sådana krav eller kriterier som endast en eller ett fåtal leverantörer kan uppfylla i själva verket riktar upphandlingen till någon viss leverantör och därmed bryter mot upphandlingsrättens diskrimineringsförbud. I enlighet med resonemanget i målet är uppenbarligen så inte fallet, utan även krav som endast någon eller några leverantörer på marknaden kan uppfylla kan tillåtas. Högre miljökrav på leverantörerna leder så gott som alltid till att färre leverantörer kan uppfylla den

¹⁶⁵ *ibid*, p. 57

¹⁶⁶ *ibid*, p. 56-59

¹⁶⁷ *ibid*, p. 54-55

¹⁶⁸ *ibid*, p. 64

¹⁶⁹ *Ibid*, p. 60-63

¹⁷⁰ *ibid*, p. 69

¹⁷¹ *ibid*, p. 64

upphandlande myndighetens behov. Det beror dock på *syftet* med kriteriet om de kan godkännas eller ej. Kan beställaren visa att man har goda skäl som är objektiva och som grundar sig på beställarens behov, så bör det vara tillåtet med miljökrav även om endast ett fåtal leverantörer kan uppfylla dem. Detta innebär att det skulle kunna vara möjligt att upphandla exempelvis varor som bara produceras exempelvis på den svenska marknaden, utan att det för den skull skulle strida mot principen om icke diskriminering.¹⁷² En förutsättning torde dock vara att varan inte är ersättningsbar av liknande varor i övriga medlemsländer, vilket i de flesta bör vara svårt att bevisa. En variant är dock att lägga till lydelsen "eller motsvarande" efter kriteriet. Att förbjuda miljökrav för att endast ett fåtal leverantörer för tillfället kan uppfylla standarden vore dock oskäligt. Tvärtom, tycks det naturligt att upphandlande myndigheter, precis som privata aktörer, skall kunna utnyttja teknologitvecklingen och därmed motivera leverantörer till en framåtskridande miljöanpassning.

EG-domstolen tog i *Concordia* ställning till ett flertal principiellt intressanta frågor. Frågan huruvida utvärderingskriterier måste vara av rent ekonomisk natur och frågan om koppling till kontraktets föremål kan förvisso anses ganska självklara, men även om det är klart att de upphandlande myndigheterna får använda sig av andra kriterier än priset så är det inte alltid lätt att avgöra var gränsen går. Vad gäller kriterier som rör exempelvis leverantörers miljöpolicy så är det långt från säkert att ett sådant krav anses ha den nödvändiga kopplingen till föremålet för kontraktet. Här gäller det inte sällan att den kommun- eller landstingsfullmäktige fattat beslut om att vissa kriterier alltid skall uppställas då upphandlande myndigheter inom kommunen genomför sina upphandlingar. Detta förändrar dock inte att kriterierna från ett juridiskt perspektiv kan hamna på fel sida gränsen för det juridiskt tillåtna. Den upphandlande myndigheten måste i varje enskilt fall bedöma vilka krav och kriterier som kan uppställas baserat på det aktuella upphandlingsföremålet. I vissa fall går det utmärkt att använda sig av exempelvis miljö- och jämställdhetskriterier som inte alls fungerar i andra upphandlingar. Allt beror på vad som upphandlas.¹⁷³ EG-domstolens resonemang i *Concordia* visar vilken genomslagskraft de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna har på tillämpningen av de specifika reglerna. Genom att alltid tolka upphandlingsrättens enskilda regler i ljuset av de upphandlingsrättsliga grundprinciperna så minskar risken för att råka ut för överprövningar på grund av otillåtna krav i upphandlingen.

5.4 EVN och Wienström

I målet EVN och Wienström¹⁷⁴ från 2003 behandlades frågan om lagligheten av ett upphandlingskriterium, vilket värderade elproduktionen från förnyelsebara energikällor. I det aktuella målet beslutade staten Österrike att upphandla el till samtliga statliga organisationer i en av delstaterna i landet. Som tilldelningskriterier angavs dels nettopriset per kWh med 55 % och dels el från förnyelsebara energikällor, med 45 %. Anbudsgivarna förpliktigade sig att så långt möjligt använda el från förnyelsebara energikällor och att inte under några omständigheter använda el som de visste producerats med kärnkraft. I

¹⁷² P. Norman, *Utvärdering i offentlig upphandling – konsten att behålla verklighetsanknytningen*, s. 5

¹⁷³ P. Norman, *Utvärdering i offentlig upphandling – konsten att behålla verklighetsanknytningen*, s. 4 f.

¹⁷⁴ Mål C-448/01 *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich*, REG. 2003 s. I-14527

förfrågningsunderlaget angavs att myndigheterna var medvetna om att anbudsgivarna inte kunde garantera att elen kom från förnyelsebara källor och att leverantörerna inte heller var tvungna att visa några dokument eller annan bevisning på varifrån de köpte elen. Anbudsgivare som inte kunde visa att de någon gång under de senaste två åren producerat, köpt eller skulle komma att producera eller köpa el från förnyelsebara energikällor skulle dock inte få några poäng i utvärderingen. Det föreskrevs dessutom ett avtalsvite samt en hävningsrätt för den upphandlande myndigheten för det fall att elleverantören åsidosatte sin skyldighet att leverera el ur förnyelsebara energikällor respektive sin skyldighet att inte leverera el som producerats ur kärnkraft.

EVN och Wienstrom väckte talan vid nationell domstol eftersom de ansåg kriteriet avseende förnyelsebara energikällor oförenligt med upphandlingsreglerna. Den nationella domstolen valde att genom en begäran om förhandsavgörande till EG-domstolen hänvisa frågan om ett upphandlingskriterium rörande förnyelsebara energikällor är lagligt, då inget krav ställs på att lämnad information är korrekt. EG-domstolen hänvisade till *Concordia* och konstaterade först och främst att samtliga kriterier för att fastslå det ekonomiskt mest fördelaktiga budet inte måste vara av ekonomisk art. I domen angavs vidare att ingenting hindrade myndigheten att använda förnyelsebara energikällor som upphandlingskriterium så länge kriteriet har *samband med kontraktets föremål* och är förenligt med gemenskapsrättsliga principer, speciellt med principen om icke-diskriminering. I likhet med målet *Preussen Elektra* hänvisades till det betydelsefulla syfte som låg bakom kriteriet på förnyelsebar energi och en viktning av kravet på 45 % ansågs därmed inte utgöra hinder för att avgöra det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.¹⁷⁵ I domen pekades även på de unika karaktärsdragen för elektricitet, som innebär att el konsumeras i takt med att den produceras, vilket innebär att produktionen av elen kan ses som en del av produkten i sig, snarare än som en fristående produktionsprocess.¹⁷⁶

Det framgår av domen att ett tilldelningskriterium alltid måste förenas med krav som gör det möjligt att kontrollera att den information som lämnas i anbudet är korrekt för att anses förenligt med icke-diskrimineringsprincipen. Upphandlingskriterierna måste dessutom formuleras tillräckligt klart för att kunna uppfylla de krav på likabehandling och insyn som ställs på offentliga upphandlingar. Ett icke verifierbart kriterium är således dömt att stå i motsats till EG-rätten.¹⁷⁷ En myndighet som uppger att den varken är beredd eller i stånd att kontrollera huruvida leverantörerna i det avseendet har lämnat korrekt information i sina anbud kan inte genomföra en objektiv och öppen beslutsprocess. Kan en upphandlande myndighet inte kontrollera verifierbarheten av de krav den ställt så saknas garanti för att ett tilldelningskriterium tillämpas objektivt och enhetligt på alla anbudsgivare.¹⁷⁸ EG-domstolen angav dock att det är upp till den nationella domstolen att bestämma huruvida ett utvärderingskriterium är tillräckligt klart formulerat för att tillfredsställa de krav på likabehandling och transparens, som uppställs för tilldelande av offentliga kontrakt, trots den upphandlande myndighetens misslyckande att stipulera en specifik utbudsperiod.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Mål C-448/01 *EVN och Wienstrom*, p. 66

¹⁷⁶ Henriksson, *Restrictive use of award criteria in public procurement*, p. 183

¹⁷⁷ Mål C-448/01 *EVN och Wienstrom*, p. 44-52

¹⁷⁸ Förslag till avgörande i mål Generaladvokat Mischo i mål C-448/01 *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich*, REG. 2003 s. I-14527, p. 41,44

¹⁷⁹ Mål C-448/01 *EVN och Wienstrom*, p. 44-52, 72

5.5 Sammanfattning

Praxis ger inget entydigt svar för var gränsen går för vilka miljöhänsyn som är tillåtna respektive otillåtna i offentlig upphandling. Det kan dock konstateras att det från EG-domstolens praxis, såväl som från de uttryckliga hänvisningarna i de nya direktiven och lagarna, är tydligt att upphandlande myndigheter har möjlighet att ta miljöhänsyn vid upphandling. De centrala rättsfallen på området har medfört större möjlighet att tillämpa miljökriterier i utvärderingen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av schemat nedan framgår de principer som tydliggjorts i de centrala rättsfall som här behandlats.

Beentjes 31/87 och
Nord de pas de Calais C-225/98

Målen visar att upphandlingskontrakt som förbehålls vissa samhällsgrupper, till exempel funktionshindrade och arbetslösa, kan tillåtas. Målen innebär ett avsteg från endast ekonomiska kriterier.

Concordia C-513/99

EG-domstolen godkänner miljökriterier i utvärderingen under förutsättning att de har samband med föremålet för kontraktet, inte ger myndigheten obegränsad valfrihet samt uttryckligen anges och är förenliga med alla EG-rättsliga principer, särskilt principen om icke-diskriminering. Återigen togs hänsyn med syftet med kriterierna, att sänka utsläppsnivåerna.

Preussen Elektra C-225/98

EG-domstolen hänvisar till art. 6 EGF och godkänner krav på inköp av el *producerad* med förnyelsebara källor, trots att kraven innebär handelshinder. Hänsyn tas till det betydelsefulla syftet med regleringen, att öka användningen av förnyelsebar energi.

EVN & Wienström C-448/01

EG-domstolen godkänner ett utvärderingskriterium hänförligt till elkraft från förnyelsebara källor, så länge kriteriets uppfyllande kan *kontrolleras*. Även här hänvisas till det betydelsefulla syftet med förnyelsebar energi. Att myndigheten uppger att kraven inte kan kontrolleras innebär dock att de inte kan godkännas.

Det faktum att EG-domstolen i *Preussen Elektra* motiverade sitt ställningstagande med hänvisning till artikel 6 EGF, FN:s klimatkonvention och Kyotoprotokollet, har bidragit till ett bredare accepterande av miljökriterier i upphandlingar för att främja gemenskapens miljömål. Den tyska statens mål att med hjälp av marknadskrafter medverka till en ökning av förnyelsebara energikällor har även hänvisats till i senare avgörande.¹⁸⁰ Givet Kyotoprotokollets bindande verkan så har EU inget annat alternativ än att sänka sina koldioxidutsläpp. Under senare år har större fokus legat på marknadsbaserade styrmedel som hjälp för att uppnå målen. EU har framförallt valt att använda sig av handel med utsläppsrätter för att sänka utsläppsnivåerna, men genom att även använda offentlig upphandling som ett styrmedel kan utsläppsnivåerna sänkas i snabbare takt.¹⁸¹

Varken nyheten i *Concordia* att miljökriterier är tillåtet i utvärderingen, eller möjligheten att hänvisa till vetenskapligt grundad miljömärkning som en teknisk specifikation har inneburit

¹⁸⁰ Se mål C-448/01 *EVN och Wienström*, p. 41

¹⁸¹ WWF report, *The Impacts of the European Emissions Trading Scheme on Competitiveness and Employment in Europe – a Literature Review*

några större rättsliga möjligheter för svenska upphandlande myndigheter att ta miljöhänsyn. Redan i den tidigare svenska upphandlingslagstiftningen stadgades nämligen regler som tillät offentliga myndigheter att väga in miljöhänsyn som ett av flera utvärderingskriterier.¹⁸² Att ta miljöhänsyn i utvärderingen blev dock fullt ut accepterat i unionen först genom domen.¹⁸³ Domen skapade inte bara möjligheter för att ta miljöhänsyn i utvärderingsfasen, utan ställde dessutom upp ramar inom vilka sådana hänsyn är möjliga. Enligt domen får miljökriterier endast tillämpas under förutsättning att de har samband med föremålet för kontraktet, att de inte ger myndigheten obegränsad valfrihet samt att de uttryckligen anges och är förenliga med alla principer i gemenskapsrätten, särskilt principen om icke-diskriminering.

I *EVN och Wienstrom* godkändes miljökriterier med hänvisning till en varas produktionsprocess, el producerad med hjälp av förnyelsebara energikällor. Genom att det i domen hänvisas särskilt till elens särskilda egenskaper och dessutom till medlemsstaternas viktiga arbete att använda sig av alternativa energikällor för att minska utsläppsnivåerna är det osäkert om utgången i domen kan appliceras analogt för värdering av produktionsprocess vid upphandling av helt andra produkter, och i doktrinen på området hävdar de flesta motsatsen.¹⁸⁴ Godkännandet av grön elektricitet som ett utvärderingskriterium kan således inte per automatik betraktas som ett allmänt godkännande av produktionsprocess som utvärderingskriterium. EG-domstolen lyfter i sitt resonemang fram både de speciella karaktärsdragen för el och det betydelsefulla syfte som låg bakom kriteriet på förnyelsebar energi. Argumentationen tyder på att domarna vill särskilja produktion av el från produktion av övriga varor, och därmed undvika att ta ställning till om villkor som rör produktionen av varor generellt är tillåtet under utvärderingen av anbud.

Även om hänsyn kan tas till produktionsprocessen i utvärderingen så återstår problemet att det ställda kravets uppfyllande måste vara kontrollerbart. Trots att EG-domstolen godkände grön el som utvärderingskriterium i *EVN och Wienström* så bedömdes ett sådant kriterium inte tillåtet då det förenas med krav som omöjliggör en kontroll av att den information som lämnats i anbudet är korrekt. Det måste således finnas en möjlighet att få insyn i förfarandet och kontrollera att anbudet prövats objektivt och enhetligt. Ett krav som den upphandlande myndigheten inte avser att kontrollera, eller inte kan kontrollera, strider mot likabehandlingsprincipen då det inte är förenligt med ett öppet och objektivt upphandlingsförfarande. Det är därför viktigt att de krav och kriterier som uppställs av den upphandlande myndigheten också kan kontrolleras och följas upp för att garantera deras efterlevnad.¹⁸⁵

¹⁸² Se art. 1:22 och 6:12 i den upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

¹⁸³ Hane J., *De nya upphandlingsdirektiven*, s. 64 f.

¹⁸⁴ Se exempelvis Henriksson, *Restrictive use of award criteria*, s. 167

¹⁸⁵ Se bl.a. mål C-448/01 ”*EVN och Wienström*”, p. 52

6. Diskussion och slutsatser

Trots att en upphandlande myndighet i princip är fri att bestämma vilka varor och tjänster den vill upphandla, så innebär det upphandlingsrättsliga regelverket begränsningar av myndigheternas valfrihet. Framförallt så måste utvärderingskriterierna vara kopplade till kontraktets föremålet, inte ge den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges och överensstämmer med grundläggande gemenskapsrättsliga principer.

De bestämmelser om integrering av miljöhänsyn och sociala hänsyn som införts i Klassiska direktivet och LOU har inte i någon större utsträckning ökat de rättsliga möjligheterna att tillämpa miljökrav i utvärderingen. Praktiker på området upplever dock att materialiseringen av praxis i form av tydligare formuleringar i direktiv och lagtext har skapat större legitimitet till miljökrav och kriterier i offentliga upphandlingar.¹⁸⁶ Trots att någon skyldighet eller rekommendation att ta miljöhänsyn i upphandlingsprocessen aldrig kom att införlivas i LOU så har förändringarna i direktiv och lagtext således inte varit betydelselösa.

Vad gäller de begränsningar EG-domstolen formulerat för tillämpningen av miljökrav så har lagen inte medfört någon förändring. De suddiga gränserna för dessa begränsningar medför att myndigheter drar sig för att tillämpa långtgående miljökrav. Begränsningarna riskerar således att försvåra unionens strävande mot en ekologisk och social hållbar utveckling och trots det nya regelverket så har EU-kommissionen gjort bedömningen att miljöarbetet går för långsamt i unionen. På olika sätt skall därför de länder som fortfarande är tidigt i utvecklingsstadiet av gröna upphandlingar uppmuntras till att upphandla mer miljövänligt.¹⁸⁷ Kommissionens uttalade mål är att 50 % av all offentlig upphandling inom EU ska vara grön år 2010. Detta innebär att den andel gröna upphandlingar som genomfördes i de sju länder inom EU som ligger längst fram inom området för gröna upphandlingar klarade redan år 2006, skall uppnås av alla medlemsländer senast år 2010. För att klara målet krävs en tydlig europeisk lagstiftning som tillåter långtgående krav och kriterier till skydd för miljön.

En av de begränsande faktorerna som debatterats mycket i doktrin och praxis är kravet på samband till kontraktets föremålet. Sambandskravet begränsar möjligheten att ställa krav som är relaterade till sekundära grunder. När det gäller kriterier som syftar till att främja unionens målsättningar så har dock EG-domstolen en mer liberal syn på sambandskravet. I målen *Concordia* och *EVN & Wienström* godkände EG-domstolen kriterier rörande koldioxidutsläpp respektive grön el. EG-domstolen motiverade sitt ställningstagande med att kriterierna stod i överensstämmelse med EU:s mål att sänka koldioxidutsläppen och att använda förnyelsebara energikällor. Utvärderingskriteriernas syfte verkar i dessa fall så att säga "helga ändamålen" och sambandskravet ter sig mindre strikt.

Det var i målet *Preussen Elektra* som EG-domstolen för första gången uttryckligen tog hänsyn till det bakomliggande syftet med den ifrågasatta regleringen. Det beaktansvärda syftet att öka andelen förnyelsebara energikällor beaktades och bidrog till att regleringen, som de facto innebar en begränsning av den fria rörligheten, godkändes. Trots att målet inte

¹⁸⁶ Intervju med Maria Hedlund och Staffan Sjöholm, 2008

¹⁸⁷ www.ec.europa.eu/environment/gpp

rörde upphandling har EG-domstolen hänvisat till målet i senare upphandlingsmål för att legitimera krav och kriterier med beaktansvärda miljösyften. Den successiva utvecklingen av EG-domstolens praxis innebär att upphandlande myndigheter numera har stora möjligheter att uppställa särskilt långtgående miljökriterier när de bidrar till att förverkliga ett i fördraget angivet miljömål.¹⁸⁸ Detta möjliggör en tillämpning av offentlig upphandling som ett effektivt politiskt styrmedel i strävandet mot en hållbar utveckling. En bred tolkning av EG-domstolens resonemang vad gäller miljökriteriers syfte möjliggör långtgående hänsyn även till även andra prioriterade miljöaspekter än sänkta koldioxidutsläpp och förnyelsebara energikällor. Det innevarande sjätte miljöhandlingsprogrammet prioriterar områden såsom klimatförändringar, natur och biologisk mångfald, miljö och hälsa, livskvalitet samt naturresurser och avfall. Långtgående kriterier med syfte att skydda något av dessa områden skulle därför förmodligen accepteras av EG-domstolen., så länge de är tydligt formulerade och inte är diskriminerande.

Kravet på samband med kontrakt föremålet ställs på sin spets när det gäller tillåtligheten av krav relaterade till produktion eller leverans av en produkt, vilka endast i sekundär mening kan anses ha den nödvändiga kopplingen till kontrakt föremålet. EG-domstolens liberala tolkning av sambandsbegreppet i målet *Concordia* innebär att den upphandlande myndigheten trots allt har möjligheter att upphandla varor och tjänster som är mindre skadliga för miljön. I *Concordia* godkändes kriterier hänförliga till bussarnas bullernivå och utsläppsmängder. Detta innebär dock inte att samma kriterier per automatik skulle godkännas om upphandlingen gällde exempelvis apelsiner och kriterierna hänförde sig till apelsinernas transport. Kriterierna skulle då kunna ses som en förtäckt diskriminering av utländska leverantörer med längre transportsträcka, och därmed större utsläppsmängder. Kriterier som på så vis kräver att leverantören är nationell kan aldrig tillåtas.

Något definitivt förbud mot kriterier hänförliga till en varus produktionsprocess existerar dock inte. I förarbetena till LOU refereras till grön el som exempel på produktionsprocess som är tillåten att kräva i upphandling. Eftersom EG-domstolen i *EVN & Wienström* redan godkänt denna typ av kriterier så är det dock mer intressant i vilken mån övriga krav på produktionsprocessen kan anses tillåtna. En allmän omsorg om att en leverantör har en viss process torde inte utgöra ett godkänt krav eller kriterium, vare sig under kvalifikationsfasen eller senare under utvärderingen, eftersom det ger myndigheten alltför stort bedömningsutrymme. Tydligt utformade kriterier gällande produktionen, i form av krav gällande miljögifter mm torde dock kunna tillämpas. Även kriterier rörande utsläppsmängder av koldioxid vid produktionen av en vara bör kunna inräknas i utvärderingen. Särskilt med beaktande av EG-domstolens argumentation rörande EU:s antaganden att minska utsläppen av koldioxid enligt Kyotoprotokollet.

De kriterier som uppställs måste vara proportionerliga, vilket framgår av både EG-fördraget och 1:9 LOU. Att endast någon eller några leverantörer på marknaden kan uppfylla de miljökriterier som uppställs innebär dock inte per definition att de är oproportionerliga.¹⁸⁹ Det är en naturlig följs av att det ställs högre krav på leverantörens eller produktens miljöpåverkan att färre leverantörer kan uppfylla kraven. Kan beställaren visa att det finns goda skäl som är objektiva och som grundar sig på beställarens behov för att uppställa

¹⁸⁸ Se exempelvis C 448/01 *EVN och Wienström*, p.41-42

¹⁸⁹ Se mål C-513/99 *Concordia*

miljökriterier, så finns inga skäl att inte godta kriterierna även om endast ett fåtal leverantörer kan uppfylla dem. Följaktligen är det möjligt att upphandla varor som endast produceras på den svenska marknaden, utan att det för den skull skulle strida mot principen om icke diskriminering, så länge syftet inte är att upphandla nationella varor.¹⁹⁰ En förutsättning är att varan inte är ersättningsbar av liknande varor i övriga medlemsländer, vilket kan vara svårt att bevisa. En variant är att lägga till lydelsen "eller motsvarande" efter miljökriteriet för att undvika eventuell regional diskriminering. Att förbjuda miljökrav för att endast ett fåtal leverantörer för tillfället kan uppfylla standarden är dock oskäligt. Upphandlande myndigheter, precis som privata aktörer, måste kunna utnyttja teknologiutvecklingen och därmed motivera leverantörer till en framåtskridande miljöanpassning.

Det framgår av artiklarna 2 och 6 i EG-fördraget, av det sjätte miljöhandlingsprogrammet samt av andra policydokument att miljö- och sociala hänsyn måste införlivas i all EU politik och att offentlig upphandling ska användas för att nå målet om en hållbar utveckling. För att unionens miljömål skall uppnås måste alla marknadens aktörer bidra och förändra sina rutiner för att minska belastningen på miljön. Det faktum att EG-domstolen har tagit fasta på artiklarna 6 och 174 i sina avgöranden, innebär att de fått ytterligare styrka och legitimitet.¹⁹¹ Oavsett om artiklarna anses ha direkt effekt eller inte så har deras innehåll kommit att få allt större betydelse. I inledningen till fördraget om EU hänvisas till "*principen om hållbar utveckling*". Genom att betrakta hållbar utveckling som en rättsprincip ges större möjligheter att se principen som mätbar till den grundläggande principen om fri rörlighet, och ett godtagbart undantag därtill. Varken ur LOU eller ur upphandlingsdirektiven kan utläsas att syftet är att använda offentlig upphandling som ett politiskt styrmedel för att uppnå, av unionen, stadgade mål, men med hänsyn till EG-domstolens resonemang så verkar dock till viss del en sådan ändamålsenligt tillämpning av upphandlingar för att främja samhällsmål godtagbar.

Ekonomisk liberalism är en grundsten för EU. Trots detta så beaktas miljöskydd och miljöhänsyn som ett undantag som måste respekteras. EG-domstolen har tydligt klargjort att offentliga myndigheter kan beakta miljökriterier i sina upphandlingar. Så länge kraven är välformulerade och inte lämnar utrymme för tolkning så finns möjligheter att ta långtgående hänsyn i syfte att främja unionens miljömål. I brist på tydligare direktiv i lagstiftningen är det bästa sättet att ta reda på var gränsen går för tillåtna utvärderingskriterier att noggrant formulera dem i förfrågningsunderlaget och låta domstolarna avgöra var gränsen går.

6.1 Avslutande kommentarer

När väl frågan om vilka begränsningar upphandlande myndigheter ställs inför vid tillämpning av miljökriterier i offentlig upphandling är besvarad kan det vara på sin plats att se frågan i en vidare kontext. Jag har redan redogjort för begränsningarna av tillämpning av miljökriterier ser ut, och hur de kan tolkas. Det finns en poäng i att därmed lyfta blicken och fundera över hur färre begränsningar av myndigheternas valfrihet kan bidra till unionens

¹⁹⁰ P. Norman, Utvärdering i offentlig upphandling – konsten att behålla verklighetsanknytningen, s. 5

¹⁹¹ Se mål C-379/98 *Preussen Elektra*, p. 76

mål om en hållbar utveckling. En framgångsrik väg att nå dit är troligen genom ett tillägg i den svenska lagstiftningen om krav att ta miljöhänsyn när det är befogat. En rekommendation att ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till utredningens art, skulle markera betydelsen av att myndigheter tar miljöhänsyn vid sina inköp. En mer vidsträckt integrering av miljöfrågor i offentlig upphandling skulle dessutom stå i linje med integrationsprincipen i artikel 6 EG-fördraget. Även om en rekommendation inte innebär någon rättslig förpliktelse att ta miljöhänsyn skulle det kunna bidra till en ökad andel upphandlingar där miljökrav ställs och på så sätt bidra till att önskvärda miljömässiga och sociala mål uppnås i snabbare takt. Genom att öka myndigheters möjlighet att ta miljöhänsyn kan det bidra till ett "race to the top" där såväl privata och offentliga myndigheter som inhemska och utländska leverantörer tävlar om kontrakten på andra värdegrunder än lägsta pris.

Jag har diskuterat sambandskravet och hur EG-domstolen valt att tolka kravet i skilda fall. Med tanke på att proportionalitetsprincipen i sig innebär att krav och kriterier som tillämpas i upphandlingen måste vara relaterade till upphandlingen kan sambandskriteriet te sig överflödigt. Jag anser att det vore lämpligare, och mindre begränsande, om lagen istället hänvisade till ett relevanskriterium för ställda krav och kriterier. Detta skulle tydliggöra vilka möjligheter upphandlande myndigheter har att tillämpa miljö- och andra sociala kriterier.

Det finns inga skäl för Sverige att ligga efter våra grannländer eller andra EU länder vad gäller miljöbaserad offentlig upphandling. Rädsla för att ställa långtgående miljökrav och kriterier riskerar att bidra till ett socialt och miljömässigt B-lag av leverantörer i den offentliga sektorn. Det är inte lämpligt att staten i mindre utsträckning än den privata sektorn bidrar till en ekologiskt och ekonomiskt hållbar utveckling. För att med trovärdighet kunna uppmuntra företag och andra aktörer att ta miljömässigt ansvar i sina verksamheter är det nödvändigt att även statliga aktörer vågar ställa långtgående miljökrav. Det är grundläggande att statens egna institutioner lever upp till en hög nivå av miljömässigt och socialt ansvarstagande och staten bör ta på sig ledartröjan vad gäller arbetet för att nå en hållbar utveckling. Genom att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling trots högre ekonomiska kostnader, kan offentliga myndigheter bidra till större efterfrågan av miljöanpassade produkter. Den offentliga sektorn kan därmed vara med och fungera som motor för att påverka marknaden, och öka efterfrågan av miljömärkta produkter och påskynda arbetet mot en ekonomiskt, social och ekologiskt hållbar utveckling.

Källförteckning

Artiklar och litteratur

- Allgårdh Olof och Norberg Sven, *EU och EG-rätten*, Nordstedts Juridik (2004), 4.e uppl.
- Arnould J., *Environmental criteria and the EC procurement directives: a note on the Concordia bus Finland case* (2003 (1) Public Procurement Law Review, s. 3-8)
- Bernitz Ulf och Kjellgren Anders, *Europarättens grunder*, Nordstedts Juridik (1999), 1.a uppl.
- Bladini Filip, *The complications of formulating a national environmental action plan*, Swedish Studies in European Law. v 2 (Hart förlag, Oxford 2007)
- Braun Peter, *The use of qualitative award criteria and the difference between award and qualification criteria: a note on T-4/01, Renco SPA v Council of the European Union* (2003), Public Procurement Law Review, s. 116-119)
- Craig, P and de Búrca, G, *EU Law, Text, Cases, and Materials* (3.e upplagan, Oxford University Press 2003)
- Dahlström Linda, Sundbom Per-Arne, *Miljökrav i Offentlig Upphandling*, (Konkurrensverket 2008)
- Dhont, N, *The Integration of Environmental Protection into other EC Policies* (Groningen, Europa Law Publishing, 2003).
- Falk JE, 'Miljökrav vid upphandling' Europarättslig Tidskrift nr. 1, 2002
- Falk JE, *Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling*, JURE förlag (2004)
- Hane J., *De nya upphandlingsdirektiven*, Europarättslig Tidskrift s. 64 f nr.1, 2005
- Henriksson, L, 'Restrictive Use of Award Criteria in Public Procurement' (2006) (1) *Swedish Studies in European Law* (Oxford and Portland Oregon, Hart, 2006).
- Krüger K., Non-economical "soft" and "green" considerations in public award procedures, Europarättslig tidskrift nr. 1, 2002, s. 57-67
- Mahmoudi Said, *EU:s miljö rätt*, Norstedts Juridik AB (2003), 2 uppl.
- Nord Eskil, lagkommentarer till Lagen (2007:1091) om Offentlig Upphandling
- Norman P, *Utvärdering i offentlig upphandling – konsten att behålla verklighetsanknytningen*, Europarättslig tidskrift nr. 4/2008, s. 967 ff.
- Pedersen Kristian, *Upphandlingens grunder*, Jure Förlag (2008)

Slavicek, M, 'Upphandlingens olika ansikten', Europarättslig Tidskrift nr. 1, 2002

Van den Bossche, P, The Law and Policy of the World Trade Organization, Text, Cases and Materials, Cambridge University Press (2005).

Vedder, H, *Competition Law and Environmental Protection in Europe; Towards Sustainability?*, Groningen, Europa Law Publishing (2003).

Intervjuer

Intervju med Ofelia Hendar, upphandlingsansvarig Göteborgs Stadskansli, oktober 2008

Intervju med Maria Hedlund och Staffan Sjöholm, Göteborgs Universitets Upphandlingsenhet, 20 nov 2008

Lagar och förordningar

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

Lag (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Offentligt tryck

Proposition 2001/02:143 ”*samverkan för en trygg, effektiv och miljövänlig energiförsörjning*”

Regeringens proposition 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*

SOU 2006:28 *Nya upphandlingsregler 2*

EG sekundärrätt

Direktiv

Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/C 311 E/22 om främjande av el från förnyelsebara energikällor på den inre marknaden för el

Europaparlamentets och rådets direktiv 70/50 av den 22 december 1969

Europaparlamentets och rådets direktiv 89/665/EG Rättsmedelsdirektiv Klassiska sektorn

Europaparlamentets och rådets direktiv 92/13/EG Rättsmedelsdirektiv Försörjningssektorn

Tjänsteupphandlingsdirektivet 92/50/EEG

Varuupphandlingsdirektivet 93/36/EEG

Bygg- och anläggningsdirektivet 93/37/EEG

Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/C 311 E/22 om främjande av el från förnyelsebara energikällor på den inre marknaden för el

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (Försörjningsdirektivet)

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (Klassiska direktivet)

Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling

Förordningar

Kommissionens förordning (EG) nr 196/2006 av den 3 februari 2006 om ändring av bilaga I till Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 761/2001 för att ta hänsyn till den europeiska standarden EN ISO 14001:2004 och om upphävande av beslut 97/265/EG

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1980/2000 av den 17 juli 2000(1) om ett reviderat gemenskapsprogram för tilldelning av miljömärke

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 761/2001 av den 19 mars 2001 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (EMAS)

Förordning, (EG) nr 2083/2005, om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17 EG och 2004/18/EG avseende tröskelvärdena

Beslut och tillkännagivanden:

Rådets beslut 94/69/EG av den 15 december 1993 om slutande av Förenta nationernas ramkonvention om klimatförändring

Europaparlamentets och rådets beslut nr 1600/2002/EG av den 22 juli 2002 om fastställande av gemenskapens sjätte miljöhandlingsprogram

Tillkännagivande 2008:32 av tröskelvärden vid offentlig upphandling

Övriga officiella dokument

Brundtlandrapporten” Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, FN:s världskommission för miljö och utveckling, 1987

Europeiska gemenskapens sjätte miljöhandlingsprogram Miljö 2010: Vår framtid – vårt val - Sjätte miljöhandlingsprogrammet KOM/2001/0031

Kommissionens Grönbok, Offentlig Upphandling inom EU: Överväganden inför framtiden, KOM 96 (583)

Kommissionens tolknings meddelande om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling
/* KOM/2001/0566

Kommissionens handbok vid offentlig upphandling ”Att köpa grönt” SEC (2004) 1050

Miljöstyrelsen og Energistyrelsen *Handlingsplan för en offentlig grön inköbspolitik*, Danmark 1994, www.mst.dk

Miljöstyrningsrådets vägledning, Juridik och rättspraxis 2008-02-20,

Naturvårdsverket, rapport 4508, *Offentlig upphandling med miljöhänsyn*, 1995

Naturvårdsverkets rapport 5807 *Miljöanpassad upphandling i praktiken*, 2007

World Wide Fund for Nature (WWF) report; *The Impacts of the European Emissions Trading Scheme on Competitiveness and Employment in Europe –a Literature Review*, Ulrich Oberndorfer, Klaus Rennings and Bedia Sahin, Centre for European Economic Research Mannheim, May 2006

Praxis

Marknadsdomstolen

MD 1991:11

Regeringsrätten

RÅ 1996 ref. 50 *Upplands lokaltrafik*

RÅ 2002 ref 50 *Sonera*

RÅ 2007 ref. 28 *Emax*

Generaladvokatens förslag till avgörande

Generaladvokat Jacobs i mål C-19/00 *SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo*, REG. 2001 s. I-7725

Generaladvokat Mischo i mål C-448/01 *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich*, REG. 2003 s. I-14527

EG-domstolen

Mål 26/62 *Van Gend en Loos*, REG. 1963 s.1

Mål 6/64 *Costa mot E.N.E.L.*, REG. 1964 s. 585

Förenade målen 21-24/72 *International fruit company mot Produktschap voor Groenten en fruit*, REG. 1972 s. 1219

Mål 41/74 *Van Duyn mot Home office*, REG. 1974 s.1337

Mål 120/78, *Rewe-Centrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, REG. 1979 s.649

Mål 227/82 Brottmål mot *Leendert van Bennekom*, REG. 1983 s. 3883

Mål 14/83 *von Colson och Kamann*, REG. 1984 s. 1891

Mål 302/86 *Kommissionen mot Danmark*, REG. 1988 s. 4607

Mål 31/87 *Gebroederes Beentjes BV mot State of the Netherlands*, REG. 1998 s. 4635

Mål C-3/88 *Kommissionen mot Italien*, REG. 1989 s. 4035

Mål C-188/89 *A. Foster m.fl. mot British Gas plc.*, REG. 1990 s. I-03313

Mål C-243/89, *Kommissionen mot Danmark*, REG. 1993 s. I-3353

Mål C-91/92 *Faccini Dori mot Recreb S .r.l.*, REG. 1994 s. I-3325

Mål C-359/93 *Kommissionen mot Nederländerna*, REG. 1995 s. I-157

Mål C-149/96 *Republiken Portugal mot Europeiska unionens råd*, REG. 1999 s. I-8395

Mål C-360/96 *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden mot BFI Holding BV*, REG. 1998 s. I-6821

Mål C-225/98 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike ”Nord Pas de Calais”*, REG. 2000 s. I-7445.

Mål C-81/98, *Alcatel Austria AG m.fl mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, REG. 1999 s. I-7671

Mål C-379/98 *Preussen Elektra AG mot Schleswig AG*, REG. 2001 s.I-2099

Mål C-513/99 *Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL- Bussiliikenn ”Concordia”*, REG. 2002 s. I-7213

Mål C-19/00 *SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo*, REG. 2001 s. I-7725

Mål C-448/01 *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich*, REG. 2003 s. I-14527

C-532/06 *Emm. G. Lianakis and others mot. Dimos Alexandrou*, REG. 2008 s. I-0000

Internetsidor

<http://www.ec.europa.eu/environment/gpp>

<http://www.carbontrust.co.uk>