

Juridiska institutionen

Examensarbete 30 hp

Juristprogrammet höstterminen 2012

Handledare: Filip Bladini

Möjligheten att ställa miljökrav i  
offentliga upphandlingar som går längre än EU-  
lagstiftningen

David Schreiber



GÖTEBORGS UNIVERSITET  
HANDELSHÖGSKOLAN

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Förord</b> .....  | <b>4</b>  |
| <b>1 Inledning</b> .....   | <b>5</b>  |
| 1.1 Bakgrund och problemformulering .....  | 5         |
| 1.2 Syfte och frågeställning .....   | 5         |
| 1.3 Metod .....  | 6         |
| 1.4 Disposition .....  | 6         |
| 1.5 Avgränsning .....  | 7         |
| <b>2 Det upphandlingsrättsliga regelverket</b> .....                                   | <b>8</b>  |
| 2.1 Primärrätten .....   | 8         |
| 2.1.1 EU-rättsliga principer .....   | 8         |
| 2.2 Sekundärrätt .....   | 10        |
| 2.2.1 Direktiv .....   | 10        |
| 2.2.2 Soft Law .....   | 11        |
| 2.3 LOU .....  | 11        |
| 2.3.1 Upphandlingsprocessen (Öppet förfarande) .....                                   | 12        |
| <b>3 Miljöhänsyn vid offentlig upphandling</b> .....                                   | <b>14</b> |
| 3.1 Bakgrund .....   | 14        |
| 3.2 Lissabonfördraget ett steg framåt .....  | 15        |
| 3.3 Miljöhänsyn i förslaget till nytt direktiv .....                                   | 16        |
| <b>4 Exemplet djurskydd</b> .....  | <b>17</b> |
| 4.1 Bakgrund .....   | 17        |
| 4.2 Rättsviksmålet (Kammarrätten i Sundsvalls dom den 22 december 2011, 2091-11) ..... | 18        |
| 4.3 Sigtunamålet (Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2012, 2841-11) .....   | 19        |
| 4.4 Slutsatser och diskussion .....  | 22        |
| <b>5 Handelshinder och den fria rörligheten</b> .....                                  | <b>24</b> |
| 5.1 Bakgrund .....   | 24        |
| 5.2 Fri rörlighet .....  | 24        |
| 5.3 Marknadsreglerande myndighet .....   | 25        |
| 5.4 Marknadsaktör .....  | 27        |
| 5.4.1 Soft law .....   | 29        |
| 5.5 Slutsatser och diskussion .....  | 30        |
| <b>6 Koppling till kontraktsföremålet</b> .....  | <b>32</b> |

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| 6.1      | Bakgrund.....                                  | 32        |
| 6.2      | C-513/99 Concordia Bus .....                   | 32        |
| 6.3      | C-448/01 EVN/Wienstrom .....                   | 32        |
| 6.4      | C-234/03 Contse .....                          | 34        |
| 6.5      | C -368/10 - Dutch Coffee .....                 | 35        |
| 6.6      | Tilldelning.....                               | 36        |
| 6.7      | Urval .....                                    | 36        |
| 6.8      | Proportionalitet .....                         | 37        |
| 6.8.1    | <i>RÅ 2010 ref. 78 Triclosanmålet</i> .....    | 37        |
| 6.9      | Slutsatser och diskussion .....                | 39        |
| <b>7</b> | <b>Kontroll .....</b>                          | <b>42</b> |
| 7.1      | Bakgrund.....                                  | 42        |
| 7.2      | Tidigare domar.....                            | 42        |
| 7.3      | Likabehandling - Proportionalitet.....         | 43        |
| 7.3.1    | <i>Rimlig administrativ arbetsinsats</i> ..... | 44        |
| 7.4      | Slutsatser och diskussion .....                | 44        |
| <b>8</b> | <b>Sammanfattande slutsatser .....</b>         | <b>46</b> |
| <b>9</b> | <b>Källförteckning.....</b>                    | <b>52</b> |

## Förord

Den första terminen på juristprogrammet stod EU-rätten på schemat. Jag kommer väl ihåg att det var svårt att ta till sig rättsområdet eftersom jag då ens knappt visste hur det svenska rättssystemet fungerade. Fastän den första tiden var svår så uppskattade jag ämnet mycket och när jag hösten 2011 spenderade en utbytestermin i Köpenhamn var det givet att valet av kurser skulle ha EU-rättslig anknytning. Väl tillbaka i Göteborg läste jag fördjupningskursen i offentlig upphandling. Det var för mig ett sedan tidigare okänt rättsområde men kursens upplägg och nyfikenheten inför ämnet lockade mig. Regelverket kring offentlig upphandling bygger på EU-rätt och det var därför naturligt att mitt examensarbete under min sista termin skulle beröra just detta område och knyta ihop säcken på mina juridikstudier. Uppsatsämnet bestämdes i slutändan till möjligheten att ställa miljökrav i offentlig upphandling som går längre än EU-lagstiftningen. Ämnets aktualitet och dess intressanta samspel med EU-rätten fängade särskilt mitt intresse.

Det finns en del personer som jag vill tacka nu när uppsatsen väl är färdigställd. Först och främst vill jag tacka min handledare Filip Bladini för din guidning i hur man anlägger den trädgård som en uppsats och uppsatsskrivandet innebär. Tack för den tid du har tagit till möten och genomläsningar av mina utkast.

Jag vill också rikta ett stort tack till Roland Adrell på Gärde Wesslau Advokatbyrå som gett mig möjligheten att arbeta med min uppsats på byrån och få tillgång till den kompetens och det kunnande som finns där. Tack till samtliga medarbetare i kompetensgruppen för offentlig rätt på Gärde Wesslau och inte minst Robert Moldén som gett mig stöd i mitt arbete och agerat bollplank i alla möjliga juridiska frågor.

Ett sista tack går till Catherine Jaqueson, ansvarig för kursen i Advanced European Union Law vid Köpenhamns universitet. Utan dig hade EU-rätten i månt och mycket fortfarande varit en dimma.

*David Schreiber*

Göteborg den 21 december 2012

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund och problemformulering

Under senare tid har offentliga upphandlingar kommit att utnyttjas som politiskt styrmedel i hög utsträckning. Miljörelaterade krav ställs på leverantörer för att säkerställa de politiska ambitioner som finns hos det offentliga, dock uppstår problem då kraven i många fall utformas på sådana sätt att de kommer i konflikt med regelverket och hur det ska tolkas.

Det saknas i dagsläget koherens avseende förutsättningarna att i offentliga upphandlingar ställa miljökrav som går längre än EU-lagstiftningen och i två nyligen avgjorda kammarrättsavgöranden rörande djurskyddskrav vid upphandling av livsmedel sattes problematiken på sin spets.<sup>1</sup> Samtliga instanser i de båda målen valde till stor del olika utgångspunkter för sina bedömningar och kom till olika slutsatser. Av rättsfallen kan det urskiljas tre specifika problemområden med tillhörande frågeställningar. Ur det första problemområdet kan det urskiljas två olika bedömningsmodeller/frågeställningar. Den ena likställer upphandlande myndighet med medlemsstat/marknadsreglerare och innebär EU-rättsligt att de krav som ställs prövas med bakgrund i reglerna om fri rörlighet och således kan utgöra åtgärder med motsvarande verkan och otillåtna importrestriktioner. Det andra synsättet betraktar upphandlande myndighet som marknadsaktör vilket innebär större frihet att ställa miljökrav. Det två andra problemområdena, vilka till stor del hänger ihop med den första, rör huruvida kravet har en tillräcklig koppling till kontrakt föremålet och om det är möjligt att kontrollera.

Problematiken ligger således i det faktum att upphandlande myndighet i hög utsträckning vill ställa miljökrav som går längre än EU-lagstiftningen men att det i dagsläget är oklart under vilka förutsättningar detta är möjligt.

## 1.2 Syfte och frågeställning

Det övergripande syftet med uppsatsen är att utreda förutsättningarna för att ställa miljökrav i offentliga upphandlingar som går längre än EU-lagstiftningen. Uppsatsen syftar även till att utreda de bakomliggande orsakerna för problematiken inom området.

---

<sup>1</sup> Se nedan kapitel 4

Följande övergripande frågeställning ligger till grund för uppsatsens utredning.

*Under vilka förutsättningar kommer man i praktiken att kunna ställa miljökrav som går längre än EU-lagstiftningen?*

### **1.3 Metod**

Uppsatsämnet behandlar krav som går längre än den EU-rättsliga lagstiftningen och således har uppsatsen ett starkt EU-rättsligt fokus. Inledningsvis har dock utgångspunkt tagits i svenska rättsfall angående krav på djurskydd i livsmedelsupphandlingar. Rättsfallen belyser tillämpningsproblematiken på ett bra sätt och sätter redan i ett tidigt stadium de olika perspektiven och problemen i ett konkret sammanhang.

Det material som framförallt använts i arbetet med uppsatsen har utgjorts av det upphandlingsrättsliga regelverket inom EU och Sverige. På EU-nivå har den EU-rättsliga regleringen i form av fördragsbestämmelser, direktiv, EU-rättspraxis, soft law och doktrin studerats. Direktiv 2004/18/EG har undersökt särskilt samt relevant praxis inom området för fri rörlighet, harmonisering och offentlig upphandling. Soft law bl.a. i form av relevant information från kommissionen har även undersökts. Inom svensk rätt har jag i första hand studerat LOU med tillhörande förarbeten, samt den praxis som finns att tillgå avseende miljökrav och områden relaterade till dessa. Diverse rättsutlåtanden, både på EU-nivå och nationell nivå, har även använts i arbetet med uppsatsen.

### **1.4 Disposition**

Uppsatsen består av åtta kapitel. I varje kapitel ges en kort bakgrund, följt av en materiell del och kapitlet avslutas med en kortfattad slutsats och diskussion. I uppsatsens inledande kapitel presenteras ämnet genom en bakgrund och problemformulering. I uppsatsens första materiella del redogörs för relevant regelverk på EU-nivå och nationell nivå. Uppsatsens kapitel 3 redogör för miljöskyddets framväxt och ställning inom EU och i Sverige. Kapitel 4 sätter uppsatsämnet i ett konkret sammanhang genom två intressanta och belysande svenska rättsfall om djurskyddskrav i offentlig upphandling. I efterföljande kapitel 5 presenteras den centrala frågan om upphandlande myndighet som marknadsreglerare kontra marknadsaktör och kapitlet ligger till grund för uppsatsens fortsatta sammansättning. De två efterföljande kapitel 6 och 7 behandlar frågan om kopplingen till kontraktsföremålet och kontrollen av uppställda krav. Uppsatsen avslutas med en sammanfattande analys.

Jag är medveten om att dispositionen innebär att kapitel 4 och i viss mån även kapitel 5 kan

vara förhållandevis svårhanterligt för läsaren eftersom en hel del information som presenteras däri utvecklas mer utförligt först senare i uppsatsen. Jag anser emellertid att kapitlens placering fyller en viktig pedagogisk funktion. Kapitel 4 ska som ovan nämnts tjäna som ett konkret exempel på uppsatsämnets problematik och läsaren kan om denne anser det vara nödvändigt återknyta till kapitlet efter att ha fått en helhetsbild av uppsatsämnet. I kapitel 5 nämns vissa rättsfall och begrepp som presenteras mer utförligt först i kapitel 6 och 7. Det är ett medvetet val som gjorts eftersom problematiken i kapitel 5 utgör grunden för efterföljande kapitel. Jag har försökt underlätta för läsaren genom att tydligt hänvisa till de mer utförliga delarna i fotnoter vilket gör att läsaren kan få ytterligare information där det anses behövt.

## **1.5 Avgränsning**

Möjligheten att ställa krav som går längre än EU-lagstiftningen berör flertalet områden men framförallt har möjligheten att ställa miljö- och socialrelaterade krav varit föremål för störst diskussion. För att göra uppsatsen mer hanterbar och grundlig har jag valt att avgränsa uppsatsen att endast omfatta miljökrav.

Uppsatsen fokuserar på lagen (2007:1091) om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn (LOU). Upphandlingar enligt lagen (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) lämnas därhän.

## 2 Det upphandlingsrättsliga regelverket

### 2.1 Primärrätten

Primärrätt står över annan unionsrätt och utgörs av fördrag och tillhörande protokoll.

Den Europeiska unionen är uppbyggd på två grundfördrag med likvärdig juridisk status. Det ena, Unionsfördraget (FEU) tar sikte på EU:s värdegrund och mål samt dess institutionella struktur medan det andra, Funktionsfördraget (FEUF), går djupare in på unionens normstruktur och reglerar framförallt kompetensfördelningen mellan stater och unionen men också den inre marknaden samt valutasamarbetet. De båda fördragen utgör tillsammans Lissabonfördraget. Grunderna för regleringen om fri rörlighet som även berör offentlig upphandling återfinns i FEUF, närmare bestämt i Artikel 34 (fri rörlighet för varor), Artikel 49 (etableringsfrihet), Artikel 56 (frihet att tillhandahålla tjänster) och Artikel 18 (förbudet mot nationell diskriminering). Ett sätt att se på reglerna om offentlig upphandling är att de kan härledas från och även styrs av ovan nämnda bestämmelser samt de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.<sup>2</sup> Åsikterna går emellertid isär om reglernas inverkan på offentlig upphandling och om de bör tillmätas högre status än bestämmelser som tar sikte på politiska målsättningar t.ex. artiklarna 3-6 FEUF.<sup>3</sup>

#### 2.1.1 EU-rättsliga principer

De allmänna rättsprinciperna är av central betydelse inom EU-rätten och används vid tolkning av både primär och sekundärrätt. Principerna har stor betydelse för tillämpningen av reglerna om offentlig upphandling och i huvuddelen av EU-domstolens avgöranden om offentlig upphandling hänvisar domstolen till någon av de nedan nämnda rättsprinciperna.<sup>4</sup>

##### 2.1.1.1 Principen om likabehandling

Principen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.<sup>5</sup> Principen bör inte förväxlas med principen om icke-diskriminering, vars fokus ligger på nationell diskriminering, utan kan ses som ett uttryck för bestämmelsen i 18 FEUF i kombination med

---

<sup>2</sup> Skäl 2 i direktiv 2004/18

<sup>3</sup> Bruun, Rättsutlåtande om djurskyddskrav i offentlig upphandling. Miljöstyrningsrådet Rapport 2011:1, s. 5, de olika synsätten presenteras nedan i kapitel 5

<sup>4</sup> Sundstrand A, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure Förlag 2012 s. 43

<sup>5</sup> Se bl.a. de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom, p. 27



de grundläggande friheterna.<sup>6</sup> På upphandlingsområdet innebär principen att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt, information som är relevant för upphandlingen måste t.ex. ges vid samma tillfälle.<sup>7</sup> Likabehandlingen gäller i hela upphandlingsprocessen vilket även slagits fast i EU-rättspraxis.<sup>8</sup>

#### *2.1.1.2 Principen om icke-diskriminering*

Enligt principen om icke-diskriminering är det otillåtet med direkt eller indirekt diskriminering på grund av nationalitet. Principen som har sitt ursprung i Artikel 18 FEUF är ett förtydligande av principen om likabehandling och gäller vid särbehandling av nationaliteter eller geografiska områden. Om det är uppenbart att endast leverantörer från samma medlemsstat som upphandlande myndighet kan uppfylla ett ställt krav eller att det försvårar för dessa att uppfylla kravet så anses det strida mot principen. Principen gäller även om den upphandlande myndigheten inte förväntar sig några utländska anbud.<sup>9</sup>

#### *2.1.1.3 Principen om öppenhet*

Principen om öppenhet, i vissa fall även kallad principen om transparens, innebär att förfarandena måste ske på ett öppet sätt och insyn i processens olika skeden måste tillåtas. Tillika ska principen om likabehandling och icke-diskriminering beaktas för att principen om öppenhet ska kunna följas. Uttryck för en öppen process kan innebära insyn och kontrollerbarhet för inblandade parter.<sup>10</sup> Med transparens avses främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandling och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till informationen så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen.<sup>11</sup>

#### *2.1.1.4 Proportionalitetsprincipen*

Proportionalitetsprincipen genomsyrar hela EU-rätten och innebär att åtgärder som vidtas av medlemsstaterna ska vara lämpliga och effektiva för att nå målet, nödvändiga för att nå målet (mindre ingripande åtgärder för samma mål saknas) och proportionella i förhållande till målet.<sup>12</sup> Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad

---

<sup>6</sup> Se bl.a. Mål C-260/04, Kommissionen mot Italien, p. 23

<sup>7</sup> Pedersen K, Upphandlingens grunder, andra upplagan, Jure Förlag 2011 s. 34

<sup>8</sup> Mål C-87/94, Kommissionen mot Belgien, ”Wallonska bussarna”, p. 54

<sup>9</sup> Prop. 2006/07:128 s.132

<sup>10</sup> Mål C-324/98, Teleaustria, p. 60-62

<sup>11</sup> Prop. 2006/07:128 s. 132

<sup>12</sup> Mål C-55/94, Gebhard p. 37 och Mål C-212/97, Centros p. 34

som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.<sup>13</sup> Krav som ställs i offentliga upphandlingar måste således vara proportionerliga i den specifika upphandlingen i fråga och måste vara kopplade till föremålet för upphandlingen.<sup>14</sup>

#### **2.1.1.5 Principen om ömsesidigt erkännande**

Ursprunget till principen återfinns i det välkända rättsfallet *Cassis de Dijon* och bygger på ett resonemang om undvikande av dubbla bördor. Ett tillåtet certifikat, intyg, märkning eller annan kvalifikation i en medlemsstat ska anses vara tillräckligt även i de andra medlemsstaterna.<sup>15</sup> Vissa åtgärder kan ändå anses som tillåtliga om de är motiverade av ett tvingande hänsyn till allmänintresset. Förutom de undantag som finns uppräknade i Artikel 36 FEUF har olika undantag utvecklats i EU-praxis t.ex. effektiv skattekontroll, goda handels seder, konsumentskydd, biologisk mångfald, skydd för grundläggande mänskliga rättigheter och miljöskydd.<sup>16</sup> En upphandlande myndighet kan inte kräva att en leverantör har svensk utbildning eller innehar svenska certifikat om detta innehas redan i hemlandet.

## **2.2 Sekundärrätt**

### **2.2.1 Direktiv**

Regelverket om offentlig upphandling grundar sig först och främst på två EU-direktiv. De utgörs av det klassiska direktivet<sup>17</sup> och försörjningsdirektivet.<sup>18</sup> Direktiven saknar i regel direkt effekt, till skillnad från fördragstexterna, vilket betyder att de måste implementeras av medlemsstaterna själva för att kunna åberopas i nationell domstol. För Sveriges del har detta gjorts genom lagstiftning i LOU och LUF. Upphandlingsdirektiven är i huvudsak så kallade minimidirektiv, vilket betyder att medlemsstaterna själva har utrymme att utforma bestämmelser om oreglerade frågor så länge de är förenliga med unionsrätten och dess principer.<sup>19</sup> I vissa delar är emellertid upphandlingsdirektiven så detaljerade, att de i dessa delar får anses vara fullharmoniserade och som huvudregel är det inte möjligt för medlemsstaterna att avvika från bestämmelserna.<sup>20</sup> Ett avslutande konstaterande angående

---

<sup>13</sup> Prop. 2006/07:128 s. 132

<sup>14</sup> Mål C C-513/99, *Concordia Bus Finland*, p. 69. Mer om kopplingen till kontraktsföremålet se nedan kapitel 6

<sup>15</sup> Mål C-120/78 *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, mer om principen om ömsesidigt erkännande se nedan avsnitt 5.2

<sup>16</sup> Bernitz U, Kjellgren, A, *Europarättens grunder*, upplaga 4:1, Norstedts Juridik 2010s. 259

<sup>17</sup> Direktiv 2004/18/EG

<sup>18</sup> Direktiv 2004/17/EG

<sup>19</sup> Se Mål C-31/87 *Beentjes* p. 20

<sup>20</sup> Sundstrand s. 93

minimidirektiv är att de utgör en minsta bottennivå för vad som krävs av medlemsstaternas lagstiftning på området. Det rör sig vanligtvis om direktiv på områden av välfärdskaraktär, såsom arbetstagskydd, miljöskydd eller konsumentskydd.<sup>21</sup>

### 2.2.2 Soft Law

Inom EU-rätten förekommer en hel del soft law. Det faktum att denna normbildning inte är bindande innebär inte att den skulle sakna juridisk betydelse. Den klargör ofta hur man EU-rättsligt avser att agera eller bedöma olika situationer. Exempel på soft law inom EU-rätten är antagna resolutioner, åtgärdsprogram, uppförandekoder, kommunikéer och allmänna deklamationer. Kommissionen kompletterar även bindande rättsakter med tolkningsmeddelanden m.m.<sup>22</sup>

## 2.3 LOU

LOU utgör som ovan nämnts en implementering av upphandlingsdirektiven. I sammanställningen nedan kommer fokus att läggas enbart på denna lag och således lämnas LUF utan närmare redogörelse.

Lagen tillämpas vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner, 1 kap. 2 §. Med begreppet offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal, 2 kap. 13 §. I definitionen av upphandlande myndighet ryms även offentligt styrda organ som utgörs av bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av kommersiell eller industriell karaktär, 2 kap. 19 §. För att det ska röra sig om ett offentligt styrt organ i lagens mening krävs dessutom att ett av de tre följande kriterierna är uppfyllda. Det första hänför sig till kapital, hälften måste ha tillskjutits av stat, kommun, landsting eller annan upphandlande myndighet. Det andra kriteriet som rör kontroll kräver att organet ska stå under statlig eller kommunal kontroll alternativt av en annan upphandlande myndighet. Det sista kriteriet föreskriver att styrelsen till mer än hälften utses av staten, kommun, landsting eller upphandlande myndighet, 2 kap. 12 §. Både föremålet för upphandlingen och kontraktets värde avgör vilka upphandlingsregler som ska tillämpas. Vid varukontrakt gäller den så kallade överviktsprincipen som innebär att det största värdet av det som ska upphandlas bestämmer huruvida det rör sig om ett varu- eller tjänstekontrakt, 2 kap. 21 §. Gällande

---

<sup>21</sup> Bernitz s. 380

<sup>22</sup> Bernitz s. 34

upphandling av tjänster så skiljer man mellan A- och B-tjänster där A-tjänster är sådana tjänster som traditionellt sett ansetts väl anpassade för gränsöverskridande handel. Motsatsen gäller för B-tjänster där bland annat juridiska tjänster finns uppräknat.<sup>23</sup> B-tjänsterna faller i stort sett utanför direktivets tillämpningsområde, med undantag för några få bestämmelser, men innanför primärrätten vilket gör att de upphandlingsrättsliga principerna ändå är tillämpliga.<sup>24</sup> De s.k. tröskelvärdena har utarbetats för att filtrera bort kontrakt av mindre värde och som således inte har ett lika stort gränsöverskridande intresse, 3 kap. 1 §. Värdena revideras av EU vartannat år och är olika beroende på om det rör sig om varu-, tjänste- eller entreprenadkontrakt. Kontrakt under dessa värden omfattas inte av upphandlingsdirektiven men kan omfattas av primärrätten om de i det enskilda fallet påverkar handeln mellan medlemsstaterna.<sup>25</sup> Vid upphandlingar av B-tjänster och kontrakt vars värde understiger de så kallade tröskelvärdena tillämpas i stort sett endast reglerna i 15 kap. LOU nationellt.

Offentlig upphandling över tröskelvärdena genomförs enligt olika förfaranden. De förfaranden som används i Sverige är öppet förfarande, selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog, 4 kap. 1 §. De två huvudförfarandena som en upphandlande myndighet har att välja mellan är öppet förfarande och selektivt förfarande. Endast i undantagsfall används förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog.

### 2.3.1 Upphandlingsprocessen (Öppet förfarande)

Upphandlingsprocessen inleds med en annonsering från upphandlande myndighet, 7 kap. 1 §. Denna sker oftast online och i de flesta fall brukar förfrågningsunderlaget bifogas. Förfrågningsunderlaget är upphandlingens mest grundläggande dokument och ska innehålla en kravspecifikation på produkten som eftersöks, hur reglerna om uteslutning och förkvalificering av leverantörer kommer att tillämpas samt hur utvärderingen eller tilldelningen kommer att gå till. Eftersom förfrågningsunderlaget inte kan ändras under upphandlingens gång är det viktigt att det utformas korrekt och att det klart och tydligt framgår vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse.<sup>26</sup> I kravspecifikationen ska framgå vad som eftersöks i upphandlingen, kraven kan vara att produkten ska uppfylla vissa prestanda- och funktionskrav eller olika typer av standarder, 6 kap. 1 §. I nästa steg sker en uteslutning av de leverantörer som faller under någon av uteslutningsgrunderna. De

---

<sup>23</sup> Bilaga 3 till LOU Kategori 21

<sup>24</sup> Sundstrand s. 103

<sup>25</sup> ibid. s.100

<sup>26</sup> RÅ 2002 ref 50

obligatoriska uteslutningsgrunderna har funktionen att de utesluter aktörer som är direkt olämpliga som leverantörer och upphandlande myndighet är skyldig att utesluta dessa om de enligt en lagakraftvunnen dom är dömda för viss typ av brottslighet t .ex. organiserad brottslighet och bestickning, 10 kap. 1 §. Utöver de obligatoriska uteslutningsgrunderna kan upphandlande myndighet välja att tillämpa de valfria uteslutningsgrunderna som rör leverantörer i konkurs, som genom lagakraftvunnen dom är dömda för brott i yrkesutövningen, har gjort sig skyldiga till allvarliga fel i yrkesutövningen och detta kan visas, inte betalat sociala avgifter eller i något väsentligt hänseende låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga sådana, 10 kap. 2 §. Uteslutningen gäller även fel som begåtts av leverantörens företrädare, 10 kap. 1 och 2 §§ 2 st. När uteslutning genomförts görs en leverantörskvalificering där leverantörernas lämplighet kontrolleras, 11 kap. 1 §. De aspekter som kontrolleras är leverantörens ekonomiska ställning, tekniska och yrkesmässiga kapacitet och leverantörens yrkeskunnande, 11 kap. 2 §. Dessa krav fokuserar på huruvida leverantören verkligen kan leverera efterfrågad produkt och om det tekniska kunnandet finns hos leverantören för uppfylld leverans.

När upphandlande myndighet genomfört leverantörskvalificeringen utvärderas de anbud som klarat uppställda krav. För utvärdering av anbud finns två metoder, lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, 12 kap. 1 §. Metoden om lägsta pris innebär att upphandlande myndighet först prövar vilka leverantörer som klarar kraven i urvalet för att sedan välja det anbud med lägst pris. Vid metoden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utvärderas anbuden för att fastställa vilket som har det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris.<sup>27</sup> Den upphandlande myndigheten ska ange antingen hur de olika utvärderingskriterierna kommer att viktas eller ange dem i fallande prioritetsordning. Viktningen kan exempelvis, om kriterierna t.ex. är kvalitet och pris bestämmas till 70 procent respektive 30 procent.<sup>28</sup> Det är av central betydelse att stadierna i upphandlingsprocessen följs och framförallt att de inte sammanblandas eller förväxlas. Det är t.ex. inte förenligt med regelverket att utvärdera leverantörerna i tilldelningsfasen då det endast är anbudet som ska bedömas i detta skede.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Direktiv 2004/18, skäl 46 även 12 kap. 1 § 2st. LOU

<sup>28</sup> Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna, s. 25

<sup>29</sup> Se mål C-532/06 Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon och Nikolaos Vlachopoulos mot Dimos Alexandroupolis m.fl.

## 3 Miljöhänsyn vid offentlig upphandling

### 3.1 Bakgrund

För att få en helhetsbild av möjligheten att ställa miljökrav i offentliga upphandlingar underlättar det med en redogörelse för den politiska och rättsliga utvecklingen på området. Nedan följer en genomgång av arbetet med att integrera miljöhänsyn i offentliga upphandlingar på EU-nivå och nationell nivå.

Miljöskyddet fick starkare ställning inom EU vid millennieskiftet sedan den s.k. integrationsprincipen infördes i fördraget.<sup>30</sup> I Artikeln föreskrivs att miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, i syfte att bl.a. främja en hållbar utveckling.<sup>31</sup> I ett tillägg till den s.k. Lissabonstrategin från 2000 framhölls att ”ekonomisk tillväxt och social sammanhållning måste ske utan att miljön förstörs”.<sup>32</sup> Under 2001 lade EU-kommissionen även fram ett meddelande om möjligheterna att inom ramen för upphandlingsdirektiven kunna inkludera miljökrav i offentliga upphandlingar.<sup>33</sup> Samma år betonade även EU-domstolen miljöskyddets betydelse i mål C-379/98 Preussen Elektra.<sup>34</sup> Rättsfallet rörde en tysk delstats krav på att de inhemska elleverantörerna var tvungna att köpa lokalproducerad förnyelsebar el. Kravet var enligt EU-domstolen direkt diskriminerande då det gynnade inhemska leverantörer och var att anse som en åtgärd med motsvarande verkan enligt Artikel 34 i FEUF. Trots det faktum att miljöaspekter uttryckligen inte fanns med i undantagen för direkt diskriminerande åtgärder så kunde det ändå rättfärdigas enligt domstolen som betonade vikten av minskade utsläpp av växthusgaser.<sup>35</sup> EU-kommissionen rekommenderade EU:s medlemsländer att senast under 2006 utveckla nationella handlingsplaner för miljöanpassad offentlig upphandling<sup>36</sup> och det svenska arbetet utmynnade senare i en sådan handlingsplan.<sup>37</sup> Utvecklingen fortgick och 2008 sammanställde kommissionen ett meddelande om offentlig upphandling för en bättre miljö.<sup>38</sup> EU:s strävan efter en miljöanpassad offentlig upphandling framgår även konkret av preambeln till upphandlingsdirektivet, vilket gör det mer tydligt och mindre kontroversiellt att

<sup>30</sup> SOU 2011:73 s. 189

<sup>31</sup> Falk J-E, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, andra upplagan, Jure Förlag 2011 s. 34

<sup>32</sup> SOU 2011:73 s. 189

<sup>33</sup> ibid.

<sup>34</sup> Mål C-379/98, PreussenElektra AG mot Schleswig AG, i närvaro av Windpark Reußenköge III GmbH and Land Schleswig-Holstein

<sup>35</sup> Denna argumentation ifrågasattes dock av Generaladvokat Jacobs i förhandsavgörandet till domen se p. 220.

<sup>36</sup> SOU 2011:73 s. 189

<sup>37</sup> Skr. 2006/07:54 Miljöanpassad offentlig upphandling

<sup>38</sup> Kom(2008) 400

ställa miljörelaterade krav i den offentliga upphandlingen.<sup>39</sup> I svensk rätt framgår detta av bestämmelsen i 1 kap 9 a § LOU. Bestämmelsen styrker till viss del EU-domstolens praxis på miljöområdet och paragrafen har karaktären av ett målsättningsstadgande. Av paragrafen framgår att upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn om upphandlingens art motiverar detta. Diskussion fördes i förarbetena om att bestämmelsen skulle ha tvingande karaktär, vilket är fallet i Norge och Danmark<sup>40</sup>, men följaktligen blev utfallet annorlunda vid dess införande.<sup>41</sup>

### 3.2 Lissabonfördraget ett steg framåt

I och med Lissabonfördraget stärktes miljöskyddets ställning ytterligare inom EU-rätten. I Artikel 11 FEUF stadgas numera att ”miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja hållbar utveckling”. EU:s fortsatta arbete med miljöhänsyn i offentlig upphandling kan tydligt utläsas i kommissionens Grönbok - om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad.<sup>42</sup> En av målsättningarna som framgår av Grönboken är att ”möjliggöra för upphandlare att bättre använda offentlig upphandling för att nå gemensamma sociala mål: Dessa inbegriper skyddet av miljön”.<sup>43</sup> Grönboken hänvisar i sin tur till Europa 2020-strategin och upphandlingens bidragande roll i att uppnå strategins mål.<sup>44</sup> Europa 2020 är ett strategidokument framtaget av kommissionen med en vision för EU:s sociala marknadsekonomi under 2000-talet.<sup>45</sup> Ett specifikt huvudinitiativ som framhålls i strategin är ”främjandet av mer omfattande användning av miljöanpassad offentlig upphandling”.<sup>46</sup>

På nationell nivå har Sverige i klimatpropositionen beskrivit de styrmedel som behövs för att nå det nationella etappmålet för utsläpp 2020, där offentlig upphandling ingår. Regeringen gav Riksrevisionen i uppdrag att granska frågan om huruvida styrmedlet var effektivt för att uppnå målet. Riksrevisionens slutsats som delades av regeringen var att ”styrningen av arbetet med miljökrav i offentlig upphandling behöver stärkas i syfte att öka effektiviteten”.

---

<sup>39</sup> Direktiv 2004/18, skäl 5

<sup>40</sup> I dansk rätt genom cirkulære nr. 26 af 7.2.1995 - Om miljø- og energihensyn ved statslige indkøb 2 §, se även Nielsen R Udbud af offentlige kontrakter, fjärde upplagan, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2010 s. 340

<sup>41</sup> Prop. 2006/07:128 s. 199

<sup>42</sup> Kom(2011) 15

<sup>43</sup> s. 5

<sup>44</sup> s. 35

<sup>45</sup> Kom(2010) 2020

<sup>46</sup> s. 16

Angående det fortsatta arbetet nämns i Finansutskottets betänkande angående rapporten att de ”instämmer i regeringens bedömning att det inför det vidare arbetet med styrmedlet är av vikt att beakta de ändringar i upphandlingslagstiftningen som görs på unionsnivå och att invänta betänkanden i de utredningar<sup>47</sup> som för närvarande genomförs på upphandlingsområdet”.<sup>48</sup>

### 3.3 Miljöhänsyn i förslaget till nytt direktiv

I det av Finansutskottet ovan åsyftade förslaget till nytt direktiv på EU:s upphandlingsområde berörs främjandet av miljöanpassad offentlig upphandling redan i motiven till förslaget och i preambeln hänvisas till Artikel 11 FEUF.<sup>49</sup> Miljömärken och miljöledningsstandarder omnämns särskilt.<sup>50</sup> I den föreslagna Artikel 54 förskrivs att ”en upphandlande myndighet får besluta att inte tilldela ett kontrakt till den anbudsgivare som lämnar in det mest fördelaktiga anbudet när den har fastställt att anbudet inte åtminstone på likvärdigt sätt uppfyller de skyldigheter som unionen har fastställt på det social- och arbetsrättsliga området, i miljölagstiftningen eller i de internationella sociala eller miljörelaterade bestämmelser som anges i bilaga XI”.<sup>51</sup> Föreslagna Artikel 66 om tilldelningsgrunder nämner även miljöegenskaper som ett exempel på ett möjligt tilldelningskriterium. I föreslagna Artikel 70 förskrivs dessutom att ”en upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet ska fullgöras under förutsättning att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Dessa krav får i synnerhet omfatta sociala och miljörelaterade hänsyn”.<sup>52</sup>

Sammanfattningsvis kan det konstateras att det i dagsläget förs ett pågående arbete att på direktivnivå integrera ytterligare miljöhänsyn i offentliga upphandlingar. Hur regleringen slutligen kommer att utformas är emellertid oklart och det slutliga förslaget på direktiv samt den utredning som i samråd med upphandlingsutredningen har att granska en implementering i svensk lagstiftning får således inväntas.<sup>53</sup>

---

<sup>47</sup> Bl.a. upphandlingsutredningen 2010

<sup>48</sup> Finansutskottets betänkande 2012/13:FiU7 - Riksrevisionens rapport om miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv? s. 12

<sup>49</sup> Kom(2011) 896, skäl 5

<sup>50</sup> Skäl 28 och 36

<sup>51</sup> Artikel 54 (2)

<sup>52</sup> I nuvarande direktiv 2004/18 förskrivs att ”dessa krav får *bland annat* omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn [egen kursivering]”

<sup>53</sup> Kommittédirektiv Genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, Dir. 2012:96



## 4 Exemplet djurskydd

### 4.1 Bakgrund

Ett tydligt exempel på där oklarheten angående miljökrav visat sig i praktiken är offentliga inköp av livsmedel där kommuner och landsting i många fall valt att ställa miljökrav i form av djurskydd i sina upphandlingar. Eftersom kraven stundtals varit mer långtgående än gällande EU-lagstiftning och samtidigt varit svåra att kontrollera har flertalet ärenden blivit föremål för överprövningar.

I två avgöranden från Kammarrätten i Göteborg<sup>54</sup> ställde de upphandlande myndigheterna krav på att produktion skulle ske i enlighet med svensk lag. I båda fallen bedömde kammarrätten kraven mot principen om ömsesidigt erkännande och konstaterade att kraven var att klassa som importrestriktioner eftersom kommunerna inte lyckats motivera kraven.

Kammarrätten i Stockholm avgjorde nyligen ett mål (Sigtunamålet)<sup>55</sup> liknande ett som Kammarrätten i Sundsvall tidigare avgjort (Rättviksmålet)<sup>56</sup>. Huvudfrågan i de båda målen rörde huruvida kommunernas krav på antibiotikaanvändning, transporttid till slakt och slaktmetod stod i strid mot någon bestämmelse i LOU. De bägge domarna ledde emellertid till olika rättsföljder, dels eftersom en del omständigheter skiljde sig åt men också för att domstolen gjort olika tolkningar av gällande bestämmelser. Att två kammarrätter inte gör samma bedömning och tolkning är inte fel i sig eftersom de inte är bundna av varandras domar men det är ändå anmärkningsvärt. Rättviks kommun begärde dessutom ett förhandsavgörande av EU-domstolen men beviljades inte prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen vilket betyder att avgörandena står fast.<sup>57</sup>

För att sätta problematiken i ett konkret sammanhang redogörs nedan kortfattat för de båda målen.

---

<sup>54</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 december 2010 i mål nr 2216-2221-10 och 2921-2922-10

<sup>55</sup> Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2012 i mål nr 2841-11

<sup>56</sup> Kammarrätten i Sundsvalls dom den 22 december 2011 i mål nr 2091-11

<sup>57</sup> Högsta Förvaltningsdomstolens beslut den 9 maj 2012 i mål nr 158-12

## 4.2 Rättsviksmålet (Kammarrätten i Sundsvalls dom den 22 december 2011 i mål nr 2091-11)

Rättsviks kommun hade genomfört en upphandling av livsmedel och ställt upp djurskyddskrav baserade på Miljöstyrningsrådets rekommendationer. Förvaltningsrätten avslög överprövningen och anförde att det var tillåtet att ställa strängare krav på djurskydd än EU-lagstiftningen om dessa kunde motiveras av upphandlande myndighet och var förenliga med de EU-rättsliga principerna. Förvaltningsrätten utelämnade en uttrycklig diskussion kring principen om ömsesidigt erkännande. Istället betonades inledningsvis förhållandet mellan principerna om fri rörlighet för varor och tjänster och upphandlande myndighets frihet att bestämma föremålet för upphandlingen. Förvaltningsrätten valde en linje där de konstaterade att ett motiverat djurskyddskrav som går längre än EU:s minimireglering kan vara tillåtligt om det är icke-diskriminerande och proportionerligt. För att applicera avgörandet i en kontext om fri rörlighet kan utläsas att förvaltningsrätten ansett att kraven kan motiveras med tvingande hänsyn men inte blir föremål för en prövning om ömsesidigt erkännande. Gällande kontrollen gjordes bedömningen till fördel för Rättsviks kommun. Enligt förvaltningsrätten hade klagande part inte lyckats visa att kraven inte var kontrollerbara och kommunen gavs frihet att där det var behövt begära in bevis i form av leverantörsförsäkran och skriftliga redogörelser på att kraven uppfylls.

I kammarrätten övergav klagande part till viss del sin linje om ömsesidigt erkännande och höll med om att mer långtgående krav är tillåtna förutsatt att dessa går att kontrollera. Föremålet för prövningen i kammarrätten blev således endast möjligheten till effektiv kontroll. Bakgrunden till det ändrade ställningstagandet var att det mellan parterna i målet förekom intensiv skriftväxling inför förhandlingen där klagande part i sitt yttrande framförde att de ”medger [*sic!*] att kommunen hade rätt att ställa högre djurskyddskrav, om dessa går att kontrollera”.<sup>58</sup> De anförde även i ett annat yttrande i målet att deras anledning till överprövningen inte rörde sakfrågan om förhöjt djurskydd utan kontrollfrågan.<sup>59</sup>

Kammarrätten inledde följaktligen domskälen med att konstatera att ”det är ostridigt [*sic!*] i målet att kommunen kan ställa upp strängare djurskyddskrav än de som används i EU:s regelverk”. Därefter utredde kammarrätten endast kontrollerbarheten av ställda krav och anförde att varken leverantörsförsäkran eller inspektioner ansågs som tillräckliga

<sup>58</sup> Servera R&S AB:s yttrande i mål 2091-11, aktbilaga 33

<sup>59</sup> Servera R&S AB:s yttrande i mål 2841-11 bifogade till handlingarna i mål 2091-11, aktbilaga 37

kontrollmekanismer eftersom de inte var tillräckligt effektiva. Leverantörsförsäkran skulle endast vara tillförlitlig om den företagits av en fristående aktör och inspektionerna garanterade inte efterlevnaden av kraven bakåt i tiden i tillräcklig utsträckning. Inte heller kravet på ett visst miljömärke ansågs tillräckligt eftersom andra relevanta bevismedel alltid måste godtas och att kravet borde framgått redan av förfrågningsunderlaget. Avslutningsvis slog kammarrätten fast att bevisbördan för att kontrollen var tillräcklig föll på kommunen som i detta fall inte gjort detta sannolikt.

Sammanfattningsvis verkar kammarrätten ha valt att inte tillämpa principen om ömsesidigt erkännande, så som den tillämpas i mål om handelshinder för den fria rörligheten, gällande djurskyddskrav som ställs i offentliga upphandlingar. Rättsfallet visar även på funktionen i rättegångsprocessen då prövningen i stor utsträckning verkar ha påverkats av parternas skriftväxling.

#### *Kommunens överklagande till Högsta förvaltningsdomstolen*<sup>60</sup>

Rättviks kommun överklagade kammarrättens avgörande till Högsta förvaltningsdomstolen och yrkade om ändring av domen samt en begäran om förhandsavgörande från EU-domstolen. Högsta förvaltningsdomstolen valde att varken bevilja prövningstillstånd eller inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Domstolen motiverade kortfattat beslutet om att inte inhämta förhandsavgörande med att det i första hand ankom på de nationella domstolarna att göra proportionalitetsbedömningen angående vad som anses utgöra en rimlig administrativ arbetsinsats<sup>61</sup> (dvs. vad som ska krävas av upphandlande myndighet i form av kontroller, egen anm.).

### **4.3 Sigtunamålet (Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2012 i mål nr 2841-11)**

Sigtuna kommun hade i sin upphandling av livsmedel ställt krav avseende antibiotikaanvändning, transport och slaktmetod. Förvaltningsrätten bedömde uppställda krav var för sig med bakgrund i kravens förenlighet med unionsrätten inom harmoniserade områden.

---

<sup>60</sup> HFD 158-12

<sup>61</sup> Mer om begreppet se nedan avsnitt 7.3.1

Förvaltningsrättens utgångspunkt var något svårtolkad men det framstår som att de ansåg att krav som upphandlande myndighet ställer är att likställa med nationella åtgärder. Resonemanget kan utläsas genom att fokus hamnade på regelverkets harmonisering och huruvida kraven utgör importrestriktioner. Gällande kraven på antibiotika och transport anförde förvaltningsrätten att kraven visserligen inte var diskriminerande men att de stred mot unionsrätten eftersom kravområdena var harmoniserade. Kravet på bedövning vid slakt bedömdes enligt förvaltningsrätten som en importrestriktion på den grund att det var identiskt med svensk lagstiftning och således gynnade svenska leverantörer, kommunen hade inte lyckats visa att tvingande hänsyn förelåg och förvaltningsrätten anförde avslutningsvis angående kravet att kommunen inte visat att det kunde bli föremål för en verklig och likabehandlande kontroll. Två av kraven ansågs således vara oförenliga med EU-rätten då de var mer långtgående än gällande förordningar. Det sista kravet utgjorde enligt förvaltningsrätten en otillåten importrestriktion då det inte kunde motiveras. Förvaltningsrätten ansåg även att det sistnämnda kravet stred mot likabehandlingsprincipen då det inte gick att kontrollera p.g.a. avsaknaden av gemensamma certifierings- och kontrollsystem inom EU.

Kammarrätten gjorde en annan bedömning än förvaltningsrätten och betonade att det inte finns något generellt förbud mot att i en offentlig upphandling ställa mer långtgående krav än vad som följer av unionsrätten. De prövade kravens tillåtlighet i förhållande till principerna om icke-diskriminering, likabehandling och proportionalitet och sedan kravens kontrollerbarhet separat. De inledde sina domskäl med att klargöra utgångspunkterna för prövningen:

”att EU-regleringen på ett område är helt harmoniserad innebär att en enskild medlemsstat i sin lagstiftning inte kan upprätthålla mer långtgående krav än vad som följer av unionsrätten. Däremot finns det inte något generellt förbud mot att vid en offentlig upphandling ställa upp produktkrav som är mer långtgående än vad som följer av tillämplig unionslagstiftning, oavsett om regleringen är helt harmoniserad eller inte.”

Kammarrätten anförde vidare att:

”när en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. Enligt kammarrättens mening kan djurskyddshänsyn, på motsvarande sätt som t.ex. miljöhänsyn, utgöra skäl att ställa upp krav på produktens egenskaper. Kraven måste dock vara kopplade till det som ska upphandlas och får inte strida mot de

grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, t.ex. principerna om icke-diskriminering och proportionalitet ”.

Enligt Kammarrätten kunde kommunens krav om antibiotika, transport till slakt och slaktmetod motiveras av djurskyddshänsyn och de hade även en *koppling* till de aktuella produkterna som skulle upphandlas.

Efter den kortfattade inledande bedömningen redogjordes sedan för de specifika kraven i upphandlingen. Kammarrätten bedömde att samtliga krav var objektivt utformade och att klagande part inte lyckats visa att de stred mot de upphandlingsrättsliga principerna. Till sist bedömdes möjligheten att *kontrollera* ställda krav och kammarrätten uttalade att bevisbördan för att kraven inte var möjliga att kontrollera föll på den som ansöker om överprövning och de kontrollmöjligheter som kommunen ställt upp var tillräckliga. Kammarrätten anförde avslutningsvis att ”en upphandlande myndighet inte är skyldig att vid utvärderingen kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende kraven på det upphandlade föremålet är riktiga, när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta detta”. I förevarande fall hade kommunen begärt in bevis från vinnande anbudsgivare före tilldelningsbeslutet som lämnats in i form av särskilt intygande samt policy om egenkontroll. Kammarrätten ansåg därför att ytterligare kontrollåtgärder inte behövts från kommunens sida.

En ledamot var skiljaktig i domen. Den skiljaktiga mening som hon gav uttryck för går mer i linje med förvaltningsrättens argumentation, med undantag för tolkningen av harmoniseringens betydelse.

Hon delade majoritetens bedömning i fråga om möjligheten till kontroll men gjorde en annan bedömning angående produktkraven. Mer specifikt ansåg hon att samtliga krav var objektiva till sin utformning samt att djurskyddshänsyn utgör ett tvingande allmänintresse som kan motivera inskränkningar i den fria rörligheten för varor så länge de är proportionerliga. Hon erinrade emellertid om EU-praxis på området där domstolen valt att tolka undantagen restriktivt samt det faktum att kommunen har bevisbördan för att kraven stämmer överens med bestämmelserna om fri rörlighet. Kravet på bedövning före slakt var enligt ledamoten det

enda krav som var proportionerligt, de övriga kraven avseende antibiotika och transport var däremot att anse som otillåtna importrestriktioner.<sup>62</sup>

I domen kan följaktligen utläsas tre olika synsätt på möjligheten att ställa mer långtgående krav i offentliga upphandlingar. Förvaltningsrätten likställde krav från upphandlande myndighet med uppställda nationella regler. Den skiljaktiga ledamoten gav upphandlande myndighet något större frihet med undantag i en potentiell begränsning av den fria rörligheten. Kammarrätten gav i sin tur upphandlande myndighet full frihet att ställa krav så länge de var kopplade till kontraktsföremålet och var förenliga med de upphandlingsrättsliga principerna. Kammarrätten ställde dessutom relativt låga krav på möjligheten för upphandlande myndighets kontroll.

#### 4.4 Slutsatser och diskussion

Det får av ovan nämnda rättsfall anses ostridigt att krav på djurskydd som direkt hänvisar till, eller helt baseras på, svensk lagstiftning med största sannolikhet bedöms oförenliga med upphandlingslagstiftningen enligt EU-rätten. I de fall där upphandlande myndigheter gjort sådana hänvisningar har domstolen, i första hand med stöd av principen om ömsesidigt erkännande, gjort bedömningen att upphandlingen strider mot principen mot icke-diskriminering. Om upphandlande myndighet inte angett hur eller om har kontrollen av ställda krav ska genomföras har domstolen gjort bedömningen att likabehandlingsprincipen satts ur spel. Det framgår också att domstolen i vissa fall valt att benämna oförenliga krav som otillåtna importrestriktioner, samt att de bedömt att kraven saknat koppling till kontraktsföremålet. Vad som ändå går att konstatera med bakgrund i rättsfallen är att domstolarna uttryckt att djurskyddskrav som går längre EU:s minimiregler åtminstone inte per automatik är otillåtna.

Angående djurskyddskravens koppling till kontraktsföremålet kan det utläsas av tidigare praxis att djurskyddskrav vanligtvis inte bedömdes ha en sådan koppling. I de två senare avgörandena ansågs dock så vara fallet. Kammarrätten uttalade kortfattat i Sigtunamålet att kraven kunde motiveras av djurskyddshänsyn och att de hade koppling till de ställda produkterna. Slutsatsen som således skulle kunna dras är att djurskyddskrav enligt svensk praxis numera verkar ha en tillräcklig koppling till kontraktsföremålet vid upphandling av livsmedel.

---

<sup>62</sup> Kammarrättsråd Eva Edwardssons skiljaktiga mening i KamR 2841-11

Vad som framkommit särskilt i de två senaste avgörandena är att det är kontrollerbarheten av ställda krav som hamnat i fokus och behandlats olika av domstolarna. I Rättviksmålet ansåg kammarrätten att en fristående person bör kontrollera uppställda krav samt att intyg inte var tillräckliga medan kammarrätten i Sigtunamålet menade att intyg och policydokument utgjorde tillräcklig kontroll såvida anledning inte gavs att kräva ytterligare bevisning. Det verkar som om domstolarna i de båda fallen valt att lägga olika innebörder i begreppet ”möjlighet till verklig kontroll”. Kammarrätten i Rättviksmålet valde att gå så långt som att försöka utreda begreppet verklig kontroll medan kammarrätten i Sigtunamålet verkade fokusera på helhetsbegreppet d.v.s. möjligheten till verklig kontroll.

Jag anser framförallt att avgörandet i Sigtunamålet går i rätt riktning när det gäller tolkningen av EU-lagstiftningen och möjligheten att ställa långtgående miljökrav i offentliga upphandlingar. Kammarrätten ansåg att det var tillåtet att ställa sådana krav såvida de är kopplade till kontraktsföremålet, är förenliga med de EU-rättsliga principerna och går att kontrollera. I deras bedömning nämns varken principen om fri rörlighet eller importrestriktioner, vilket kan tyda på att de inte heller valt en sådan utgångspunkt i sin bedömning, huruvida det är ett medvetet val är emellertid oklart. Det bör visserligen tilläggas att kammarrätten i Rättviksmålet inte alls förde en diskussion kring kravens tillåtlighet med bakgrund i fördraget eftersom parterna var överens i denna del vilket är lite olyckligt i sammanhanget.

I efterföljande kapitel kommer de tre huvuddragen i domarna om djurskydd studeras särskilt med en inledande redogörelse för bakgrunden kring tillämpningen av reglerna om fri rörlighet på miljökrav i offentlig upphandling.

## 5 Handelshinder och den fria rörligheten

### 5.1 Bakgrund

Av rättsfallen ovan framgår att det är av central betydelse för bedömningen av kravens tillåtlighet huruvida domstolen väljer att tillämpa reglerna om fri rörlighet för uppställda krav och således bedömer dem som potentiella handelshinder/importrestriktioner. Det är också i denna del som åsikterna hos juridiska debattörer och rättstillämpare ofta går isär. För att konkretisera problematiken och var den grundar sig i redogörs nedan för regelverket kring fri rörlighet och utgångspunkterna avseende upphandlande myndighet som marknadsaktör kontra marknadsreglerare.

### 5.2 Fri rörlighet

EU:s grundläggande regler om fri rörlighet återfinns som ovan nämnts i artiklarna 18, 34, 49 och 56 FEUF.<sup>63</sup> Det rör sig om fördragsbestämmelser dvs. primärrätt där EU-domstolen har utvecklat en långtgående praxis gällande den fria rörligheten avseende varor, tjänster och företagsetableringar och upphandlingsreglerna bygger även till stor del på denna regelkonstruktion.

Artikel 34 som behandlar den fria rörligheten för varor föreskriver att kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan inte är tillåtna såvida de inte faller under något av undantagen i Artikel 36. Undantagen är i stort sett uttömmande<sup>64</sup> och utgörs av allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt. Undantagen ska dock enligt EU-domstolen tolkas restriktivt och prövas mot proportionalitetsprincipen.<sup>65</sup>

Vad som faller under begreppet åtgärder med motsvarande verkan konstaterade domstolen i mål C-8/74 Dassonville och enligt den s.k. Dassonville-doktrinen ska alla handelsregler antagna av medlemsstater som kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom gemenskapen anses som åtgärder med motsvarande verkan.<sup>66</sup> Domstolen utvecklade sitt resonemang angående vad som kunde anses vara en icke-

---

<sup>63</sup> Se ovan avsnitt 2.1

<sup>64</sup> Med hänsyn till bl.a. utgången i Preussen Elektra där miljöhänsyn accepterades som ett undantag mot en direkt diskriminerande åtgärd

<sup>65</sup> Bernitz s. 250

<sup>66</sup> Dassonville p. 5



diskriminerande åtgärd men likväl handelshindrande i mål C-120/78 Cassis de Dijon. I fallet konstaterade domstolen att en nationell regel som är icke-diskriminerande men som ger dubbla bördor eller drabbar producenten i ursprungslandet hårdare i utgångspunkt inte är tillåten. Resonemanget utgör grunden för principen om ömsesidigt erkännande. Sådana åtgärder som var icke-diskriminerande men likväl handelshindrande kunde dock enligt domstolen rättfärdigas genom undantagen i Artikel 36 eller doktrinen om tvingande hänsyn och allt eftersom har olika hänsynstaganden accepterats av EU-domstolen, däribland miljöskydd<sup>67</sup>. Undantagen enligt doktrinen kan dock bara tillämpas om de är proportionerliga vilket fastslogs i mål C-55/94 Gebhard. Rättsfallet har gett upphov till det s.k. Gebhard-testet. Testet innehåller fyra förutsättningar för att icke-diskriminerande men likväl handelshindrande åtgärder ska vara tillåtna. De ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, vara motiverade av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, vara ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med dem uppnås och ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet.<sup>68</sup>

I Dassonville och Cassis de Dijon hänvisar EU-domstolen till ”regler antagna av medlemsstater” eller ”nationella regler”. Det är således av avgörande betydelse för doktrinernas tillämplighet att det rör sig om nationella regler och det är framförallt vid begreppsförklaringen av upphandlande myndighet som åsikterna går isär. Att offentliga upphandlingar berörs av reglerna om fri rörlighet och de allmänna rättsprinciper som följer av dessa får ses som givet ur det perspektiv att upphandlingsreglerna är en del i ett större EU-rättsligt sammanhang. I vilken utsträckning reglerna är tillämplbara på olika upphandlingsrättsliga situationer är emellertid oklart. Nedan redogörs för den skilda syn som finns angående krav i offentlig upphandling och den fria rörligheten.

### 5.3 Marknadsreglerande myndighet

Utgångspunkten för ett av synsätten är att upphandlande myndighet likställs med medlemsstat och att de krav och kriterier som ställs behandlas på ett liknande sätt som en medlemsstats regelverk för import eller handelsregler. Jörgen Hettne menar att upphandlande myndighet utgör en integrerad del av medlemsstaten och därför gäller samma regler och principer för de

---

<sup>67</sup> Mål 302/86, Kommissionen mot Danmark

<sup>68</sup> Gebhard p. 37

båda subjekten.<sup>69</sup> Ett miljökrav skulle enligt detta synsätt behöva uppfylla Gebhard-testet för att vara tillåtligt, vilket i sin tur betyder att ett icke-diskriminerande men likväl handelshindrande kriterium eller krav måste motiveras med tvingande hänsyn och vara ägnat att säkerställa att det mål som eftersträvas uppnås och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet. Avseende testets tillämplighet på upphandlingsområdet har det i doktrin som stöd för ett sådant resonemang först och främst hänvisats till EU-rättsfallet Contse.<sup>70</sup>

Andrea Sundstrand förespråkar en sådan linje och menar att:

”oavsett vilket regelverk som är tillämpligt, måste de krav och kriterier som upphandlande myndigheter uppställer vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt, vara ägnade att säkerställa förverkligandet av det mål som eftersträvas och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. Slutsatsen blir därmed att samtliga urvals- och tilldelningskriterier ska vara utformade i enlighet med principen om icke-diskriminering och stå i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen, även vid tilldelningar av kontrakt i primärrätten”.<sup>71</sup>

En sådan tolkning som den av Sundstrand förespråkade delas även av Ulf Bernitz.<sup>72</sup>

Hettne menar även att det av utgången i Contse kan urskiljas en särskild bedömningsmodell från EU-domstolen, där det först görs en allmän bedömning i förhållande till EU-rätten angående de villkor som den upphandlande myndigheten ställt ”makro-bedömning”. Denna bedömning är enligt Hettne ”i grunden samma test som utförs när nationella åtgärder medför handelsrestriktioner på den inre marknaden [egen översättning]”. Det andra steget i bedömningen utgörs av en prövning om huruvida kraven är kopplade till föremålet för kontraktet ”mikro-bedömning”.<sup>73</sup> Hettne drar angående detta resonemang slutsatsen att ”EU: s lagstiftning är fullt tillämplig på alla beslut av upphandlande myndigheter som påverkar den fria rörligheten för varor och tjänster på den inre marknaden och som har ett gränsöverskridande intresse [egen översättning]”.

---

<sup>69</sup> Hettne J, Legal analysis of the possibilities of imposing requirements in public procurement that go beyond the requirements of EU law, på uppdrag av Upphandlingsutredningen 2010, 19/4 2012, <http://upphandlingsutredningen.se/analys-av-mojligheten-att-stallakrav-i-upphandlingar>, 2012-10-24 s. 1

<sup>70</sup> Hettne s. 30 och Sundstrand s. 153, Contse se nedan avsnitt 6.4

<sup>71</sup> Sundstrand s. 154

<sup>72</sup> Rättsutlåtande Ulf Bernitz i Kammarrätten i Sundsvalls dom den 26 oktober 2011 i mål nr 1985-11 ”Osynligt ljus”, s. 3

<sup>73</sup> Hettne s. 31

Hettne menar sammanfattningsvis att:

”krav som går utöver den nivå som fastställts av EU:s lagstiftning endast kan utgöra tilldelningskriterier. Sådana kriterier har en mindre restriktiv inverkan på handeln och exkluderar inte aktörer från att delta i upphandlingen. Ett tilldelningskriterium får dock inte utformas så att det i praktiken utgör en förtäckt teknisk specifikation eller liknande och särskild försiktighet krävs när krav ställs högre än harmoniserade standarder inom EU [egen översättning]”.<sup>74</sup>

Andra aktörer lägger principen om ömsesidigt erkännande och synen på EU-rättens harmonisering som grund för sina resonemang. Enligt Carl Bokwall lyder upphandlande myndigheter under det upphandlingsrättsliga regelverket just för att de är en del av staten och har att ta även andra hänsyn än rent industriella och kommersiella vid sina inköp, samt för att deras inköp över tröskelvärdena påverkar den gränsöverskridande handeln inom EU.

Det skulle enligt Bokwall:

”förmodligen ställa harmoniseringsansträngningarna på ända om upphandlande myndigheter tilläts låta de egna preferenserna avseende produktkrav diktera kretsen av leverantörer som ska få konkurrera om kontraktet. Det hindrar inte att man kan utvärdera kvalitet/ funktion/prestanda i syfte att få fram den produkt som bäst möter behovet”.<sup>75</sup>

Enligt Bokwalls resonemang, liksom Hettnes och Sundstrands, kan upphandlingskrav som går längre än fullharmoniserad unionslagstiftning aldrig vara tillåtliga eftersom det anses vara utfärdade av medlemsstaten och således anses som en nationell åtgärd. Krav som går längre än minimiharmoniserade regler bedöms enligt detta synsätt mot principen om ömsesidigt erkännande, vilket betyder att strängare krav än de som tillämpas i andra medlemsstater inte får ställas, såvida de inte kan motiveras av Artikel 36 eller tvingande hänsyn och är proportionerliga.

#### 5.4 Marknadsaktör

Argument finns, i motsatts till de som redovisats för ovan, att betrakta upphandlande myndighet som en marknadsaktör snarare än marknadsreglerare. Sue Arrowsmith, och Peter Kunzlik, argumenterar utförligt i denna riktning.<sup>76</sup> Deras argumentation bygger på den

---

<sup>74</sup> Hettne s. 1-2

<sup>75</sup> Överkrav i upphandling på harmoniserade områden, Bokwall, JP Infontet 2011-11-21, s. 5

<sup>76</sup> Arrowsmith S, Kunzlik P, Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions, Cambridge University Press 2009

grundläggande tanken om att ”buying decisions” från den upphandlande myndigheten faller utanför en bedömning i förhållande till den fria rörligheten. Sådana beslut definierar marknaden snarare än hindrar tillträdet till den.<sup>77</sup>

Kunzlik anser mer specifikt att EU-domstolens tidigare avgöranden tyder på att upphandlande myndigheter bör ses som marknadsaktörer. Han menar att domstolen medvetet valt att inte tillämpa Dassonville-doktrinen i de fall där upphandlande myndighet ställt krav och kriterier som är nödvändiga för att säkerställa föremålet för upphandlingen. Han hänvisar bl.a. till EU-rättsfallet Concordia där EU-domstolen enligt hans uppfattning uttalat att tillämpningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska ses ur upphandlande myndighets perspektiv.<sup>78</sup> Således kan upphandlande myndighet ställa ett visst miljökrav vid tilldelningen såvida detta är icke-diskriminerande i sin utformning och kopplat till kontrakt föremålet eftersom det hjälper upphandlande myndighet att säkerställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ur dennes perspektiv.<sup>79</sup> Ytterligare ett tecken på att EU-domstolen inte valt att tillämpa Dassonville-doktrinen hämtar Kunzlik från EU-rättsfallet EVN där domstolen uttalade att trots det faktum att de ställda kraven på förnyelsebar el i realiteten inte bidrar till en ökad produktion av förnybara energikällor så betyder det inte att de nödvändigtvis strider mot gemenskapsrätten endast på den grund att det avsedda syftet inte uppnås.<sup>80</sup> Kunzlik menar att EU-domstolen i och med sitt uttalande inte ansåg att en proportionalitetsbedömning var nödvändig i denna del, vilket enligt honom dels visar på upphandlande myndighets autonomi men också på att de inte utfört en prövning om eventuellt handelshinder.<sup>81</sup>

Angående resonemanget om ömsesidigt erkännande menar Arrowsmith att principen utvecklades för att bedöma regleringar i en stat mot bakgrund av regleringar på andra håll och den passar enligt henne inte för att bedöma upphandlingsbeslut vilka är av en helt annan karaktär. ”Krav i offentlig upphandling syftar till att få produkter som motsvarar myndighetens behov för en speciell användning i en speciell situation, antagandet att det allmänna måste upphandla varje vara som har släppts ut på marknaden är helt enkelt felaktigt

---

<sup>77</sup> *ibid.* s. 61

<sup>78</sup> Concordia se nedan avsnitt 6.2

<sup>79</sup> Kunzlik P, Comment on Professor Jörgen Hettne’s Legal analysis of the possibilities of imposing requirements in public procurement that go beyond the requirements of EU law and Professor Roberto Caranta’s commentary, 2012-08-27, <http://upphandlingsutredningen.se/en-till-kommentar-pa-jorgen-hettnes-analys-prof-p-kunzlik>, 2012-10-24, s.2

<sup>80</sup> EVN se nedan avsnitt 6.3

<sup>81</sup> Kunzlik s.3

[egen översättning]”.<sup>82</sup> Sammanfattningsvis bör enligt Arrowsmith och Kunzlik krav och kriterier som i och för sig är nödvändiga för att fastställa vad som ska upphandlas men som är direkt diskriminerande inte vara tillåtliga eftersom de då antingen strider mot likabehandlingsprincipen eller icke-diskrimineringsprincipen. Sådana krav på kontrakt föremålet som däremot är icke-diskriminerande bör dock inte klassas som handelshindrande, trots att de har större påverkan på utländska leverantörer, och behöver heller inte rättfärdigas genom proportionalitetsprincipen så som den tillämpas enligt Dassonville-doktrinen. Samma resonemang gäller både urvalskriterier och tilldelningskriterier. Krav som däremot ställs i upphandlingen och som inte rör ”buying decisions” och som potentiellt utesluter leverantörer helt från upphandlingen kan endast rättfärdigas genom reglerna om fri rörlighet vilket framgår av huvuddragen i Contse.<sup>83</sup>

I polemik till det synsätt som bl.a. Bokwall förespråkar ovan finns en del svenska aktörer som hävdar att svensk domstol i vissa fall blandat ihop EU:s regler med vad som får saluföras inom EU och reglerna för offentlig upphandling.<sup>84</sup> Mathias Sylwan menar att ett synsätt där de krav som ställs av upphandlande myndighet som går längre än andra ställda krav inom EU skulle falla in under Cassis-doktrinen leder till långtgående konsekvenser. Som exempel nämner han att krav på att el som ska komma från förnybara energikällor utesluter el från fossila energikällor, krav på mager falukorv utesluter fet eller normalfet falukorv och krav att suturer ska vara fria från triclosan utesluter suturer som innehåller triclosan, och kraven skulle i sin tur enligt Cassis-doktrinen endast kunna motiveras med tvingande hänsyn. Sylwan hävdar att synsättet som presenterats av Bokwall flyttar den offentliga upphandlingen 30 år tillbaka i tiden.<sup>85</sup>

#### 5.4.1 Soft law

Synsättet från Roberto Caranta bygger inte i lika stor utsträckning direkt på EU-rättsfall som t.ex. Kunzliks och Arrowsmiths, utan hans argumentation grundar sig till stora delar på andra rättsnormer. Enligt Caranta är Contse inte ett särskilt betydelsefullt upphandlingsrättsfall då det bl. a. inte hänvisats till av EU-domstolen i någon större utsträckning (endast vid två

---

<sup>82</sup> Arrowsmith S, *The Law of Public and Utilities Procurement* Thomson Reuters 2010, s. 1112

<sup>83</sup> Kunzlik s. 4

<sup>84</sup> Ljung M, Sylwan M, *Angående produktkrav i offentlig upphandling – analys*, 2011-12-21, JP Infonet, s. 2

<sup>85</sup> *ibid.* s. 3

tillfällen beträffande tjänstekoncessioner).<sup>86</sup> Caranta menar att det finns andra indikationer på vad som gäller angående krav och kriterier som går längre än EU-rätten. Grunderna till detta resonemang återfinns enligt Caranta bl. a. i skäl 2 till direktiv 2004/18/EG angående principen om fri rörlighet och där tillhörande principer, likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande och proportionalitet och skäl 6 om undantagen till principen om fri rörlighet. Han betonar dock att de mest relevanta principerna återfinns i direktivets Artikel 2 (principer för tilldelning av kontrakt) som föreskriver att ”upphandlande myndigheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt”.

Caranta menar att samtliga principer om den inre marknaden inte är av relevans i offentliga upphandlingar, vissa är mer relevanta än andra och de mest relevant återfinns i dokument utfärdade av kommissionen bl. a. i Kom(2001) 274 om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling.<sup>87</sup> I tolkningsmeddelandet kan det utläsas att ”upphandlingsdirektiven föreskriver inte på något sätt vad de upphandlande enheterna ska upphandla och är därmed neutrala när det gäller själva föremålet för kontraktet. Om det finns olika sätt att uppfylla ett behov får de upphandlande enheterna själva utforma kontraktsföremålet på det enligt deras uppfattning miljömässigt bästa sättet”.<sup>88</sup> Vägledning återfinns enligt Caranta även i ett annat tolkningsmeddelande från kommissionen, som också det betonar principerna vid kontraktstilldelningen, men en prövning av förenligheten med den inre marknaden föreskrivs inte.<sup>89</sup> Han framhäver även annan soft law och menar sammanfattningsvis att bestämmelserna om den inre marknaden visserligen utgör basen för direktivet men att upphandlande myndighet pressas närmare miljökraven i offentlig upphandling<sup>90</sup>

## 5.5 Slutsatser och diskussion

Redogörelsen för de olika synsätten ovan visar på den rådande oklarheten avseende möjligheten att ställa miljökrav som går längre än EU:s regelverk. Vad som tydligt framgår är

---

<sup>86</sup> Caranta R, Commentaries on Jörgen Hettne’s Legal analysis of the possibilities of imposing requirements in public procurement that go beyond the requirements of EU law, 2012-07-05, <http://upphandlingsutredningen.se/kommentar-pa-jorgen-hettnes-analys>, 2012-10-24 s. 1-2

<sup>87</sup> ibid. s. 3

<sup>88</sup> Kom(2001)274 s. 8

<sup>89</sup> 2006/C 179/02 om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis omfattas av direktiven om offentlig upphandling

<sup>90</sup> Buying Green. A handbook on green public procurement, Kom (2008) 400, ”offentlig upphandling för en bättre miljö”, Europa 2020

dock att det är av högsta relevans hur upphandlande myndighet betraktas men också synen på den offentliga upphandlingen som sådan.

Enligt min mening är ett genomgående marknadsreglerande synsätt problematiskt och särskilt det sistnämnda där utgångspunkt tas i principen om ömsesidigt erkännande. Om upphandlande myndighet likställs med medlemsstat i alla lägen betyder det att långtgående krav aldrig kan ställas inom ett harmoniserat område. Det vore heller inte rimligt att upphandlande myndighet ska tänka och agera som en medlemsstat när de ställer krav oavsett hur och vad det är som ska upphandlas, däremot är det viktigt att de upphandlingsrättsliga principerna följs i hela upphandlingsprocessen, vilket gör att reglerna inte överskrids och tillämpas på ett korrekt sätt. Det är enligt min mening istället rimligare att, i motsats till att klassa upphandlande myndighet som marknadsreglerare, betrakta den som en marknadsaktör, i den bemärkelsen att föremålet för upphandlingen och krav hänförliga till dessa definierar marknaden snarare än sätter upp hinder för den. Genom en uppdelning i krav som antingen fokuserar på föremålet för upphandlingen eller krav som rör tillträdet till upphandlingen kan det således göras skillnad på krav som potentiellt kan utgöra handelshinder. Allmänna krav som däremot inte har denna koppling bör dock genomgå en sådan prövning. Argumentationen bygger framförallt på Arrowsmiths och Kunzliks teorier och avgöranden från EU-domstolen där krav som ställts vid tilldelningen inte explicit bedömts med bakgrund i reglerna om fri rörlighet. De EU-rättsliga principerna, framförallt proportionalitetsprincipen, får i sådana fall en annan betydelse än vid en prövning med bakgrund den fria rörligheten.<sup>91</sup>

Som ovan nämnts kan även det även argumenteras utifrån soft law. Den enskilda rättsliga statusen beträffande soft law i form av t.ex. tolkningsmeddelanden m.m. kan diskuteras, rättsakterna är som ovan nämnts inte bindande, men det innebär dock inte att normerna skulle sakna juridisk betydelse. Soft law klargör ofta hur man EU-rättsligt avser att agera eller bedöma olika situationer och i kombination med annan typ av argumentation så kan den enligt min mening användas för att på ett bra och ändamålsenligt sätt underbygga ett resonemang.

---

<sup>91</sup> Se nedan avsnitt 6.8 och 6.9

## 6 Koppling till kontraktsföremålet

### 6.1 Bakgrund

För att en upphandlande myndighet ska kunna ställa miljökrav som går längre än EU-lagstiftningen förutsätts att kravet är kopplat till kontraktsföremålet. Nedan redogörs för begreppets grunder och närmare innebörd.

### 6.2 C-513/99 Concordia Bus

Mål C-513/99 Concordia Bus behandlade möjligheten att i en offentlig upphandling tillämpa icke-ekonomiska argument som tilldelningskriterier. Helsingfors Stad genomförde en upphandling av dess lokala busstrafik. De tolkningsfrågor som ställdes till EU-domstolen var huruvida det ansågs förenligt med EU-rätten att ge poäng i utvärderingen för låg bullernivå och utsläpp från bussarna och om det spelade någon roll att stadens egna bussbolag var ett av få som klarade av dessa krav.

Domstolen påpekade först och främst att utvärderingskriterier nödvändigtvis inte måste vara av ren ekonomisk karaktär. De hänvisade även till EU:s miljömålsättningar och att miljökrav principiellt är tillåtna så länge de är kopplade till kontraktsföremålet, inte ger myndigheten obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna samt är förenliga med gemenskapsrättens grundläggande principer, särskilt principen om icke-diskriminering. Det faktum att stadens egna bussbolag var en av få aktörer som kunde möta ställda krav bedömde domstolen med utgångspunkt i principen om icke-diskriminering och konstaterade att kraven i det konkreta fallet var objektiva och tillämpades utan åtskillnad, ingick i ett poängsystem som inkluderade flera andra kriterier samt att de hade ett direkt samband med kontraktsföremålet, i detta fall bussarna.

### 6.3 C-448/01 EVN/Wienstrom

I ovan nämnda Preussen Elektra<sup>92</sup> slog domstolen fast att miljöskydd prioriteras i EU-rätten, vilket även framgick av Concordia Bus där miljökrav tilläts som tilldelningskriterium. Domstolen byggde vidare på ett liknande resonemang i mål C-448/01 EVN/Wienstrom (EVN).

---

<sup>92</sup> Se ovan avsnitt 3.1



Den Österrikiska delstaten Kärnten skulle upphandla ett ramavtal avseende el om ca 22,5 GWh per år. Kraven som ställdes var att elen så långt det var tekniskt möjligt skulle vara förnyelsebar och bevis på inköp eller produktion av minst 22,5 GWh/år skulle visas. Kravet skulle viktas i anbudsutvärderingen med 45 %, dessutom skulle extrapoäng delas ut för den el som gick utöver 22,5 GWh.

Huvudfrågan i målet var om kravet på el från förnyelsebara källor stod i strid mot direktivet. Denna huvudfråga delades av domstolen upp i två underfrågor om huruvida det i första hand är principiellt tillåtet att i en upphandling ställa krav på el från förnyelsebara källor. I andra hand om det i det konkreta fallet stred mot gemenskapsrätten. Den första frågan besvarade domstolen med en hänvisning till Concordia och upphandlande myndighets rätt att ställa krav som inte är av ren ekonomisk karaktär, såvida det har en koppling till kontraktsföremålet, inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna, eller i meddelandet om upphandling, och är förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten och särskilt icke-diskrimineringsprincipen.

När det gäller den andra frågan gjorde domstolen en bedömning avseende viktningskriteriet, möjligheten till kontroll, leverans och tilldelningen av extrapoäng. Angående viktningskriteriet på 45 % hänvisade domstolen till Preussen Elektra och konstaterade att viktningsprocenten får anses som förenlig med gemenskapsrätten med bakgrund i det betydelsefulla bakomliggande syftet med kriteriet, d.v.s. minskade utsläpp av växthusgaser. Domstolen underströk även att det faktum att de ställda kraven på förnyelsebar el i realiteten inte bidrar till en ökad produktion av förnybara energikällor inte nödvändigtvis gör att det strider mot gemenskapsrätten endast på den grund att det avsedda syftet inte uppnås. Avslutningsvis fastslog domstolen att det inte var tillåtligt att dela ut extrapoäng för den el som gick utöver 22,5 GWh eftersom den inte avsåg den tjänst som är föremål för kontraktet, det vill säga leveransen till den upphandlande myndigheten av sådana mängder el som motsvarar den inom ramen för upphandlingen förväntade årliga konsumtionen (22,5 GWh). Den extra mängden avsåg istället den mängd som anbudsgivarna levererat eller ska leverera till andra kunder än den upphandlande myndigheten och således inte kontraktsföremålet.

Sammanfattningsvis konstaterades det i EVN att kravet på att el skulle producerats från förnyelsebara källor med en viktning om 45 % var tillåtligt om det förenats med krav om en

verklig kontroll.<sup>93</sup> Den mängd el som angavs i kriteriet utgjorde ramen för upphandlingen vilket betydde att produktionen utöver denna mängd inte hade ett samband med kontraktsföremålet och således inte var tillåtligt.

#### 6.4 C-234/03 Contse

Mål C-234/03 Contse rörde en upphandling av tjänster avseende hemrespiratorbehandlingar i två spanska provinser. De leverantörskrav som den upphandlande myndigheten, det spanska förvaltningsorganet för hälso- och sjukvårdstjänster, hade ställt upp krävde att anbudsgivaren skulle förfoga över lokaler som var öppna för allmänheten i den provinshuvudstad där tjänsten skulle utföras. Tilläggspoäng skulle utdelas för de anbud som vid anbudets ingivande hade egna anläggningar för tillverkning, beredning och påfyllning av syrgas som var belägna högst 1 000 km från respektive provins eller lokaler som var öppna för allmänheten på andra givna orter i provinsen. Företräde gavs till företag som tidigare tillhandahållit tjänsten om flera anbud fick samma poäng. De klagande hävdade att villkoren stred mot fördragsbestämmelserna i synnerhet den fria rörligheten av tjänster.

Domstolen inledde sin motivering med att understryka betydelsen av proportionalitetsbedömningen enligt det s.k. Gebhard-testet vilket innebär att:

”nationella åtgärder som kan utgöra hinder för eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget, i enlighet med fast rättspraxis, ska uppfylla fyra villkor för att vara förenliga med artiklarna 43 EG och 49 EG (Nuvarande Artikel 49 och 56 FEUF). De ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de ska motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, de ska vara ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med dem uppnås, och de ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål”.<sup>94</sup>

Domstolen prövade både urvalskriterierna och tilldelningskriterierna enligt Gebhard-testet och konstaterade sedan att urvalskriteriet beträffande tillhandahållande av lokal visserligen var icke-diskriminerande och kunde motiveras med tvingande hänsyn men var oproportionerligt. Domstolen uttalade att ”även om man antar att förekomsten av en sådan lokal kan anses lämplig för att säkra patienternas hälsa, anser domstolen att kravet på att inneha en sådan vid anbudets avgivande är uppenbart oproportionerligt”.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> Mer om kontrollkriteriet se nedan kapitel 7

<sup>94</sup> Contse p. 25

<sup>95</sup> ibid. p. 43

Beträffande tilldelningskriteriet avseende produktionsanläggningarna uttalade domstolen att:

”villkoret avseende produktionsanläggningarna i målet vid den nationella domstolen varken avser tjänsten som upphandlingen gäller, det vill säga tillhandahållande av syrgasbehandlingar i hemmet och således kan inte bedömningskriterierna, vilka i detta fall rör tilldelning av tilläggspoäng för en allt större produktion, anses ha ett samband med målet med kontraktet och än mindre vara lämpliga för att säkra dess genomförande.”<sup>96</sup>

Avslutningsvis konstaterade domstolen även att det var diskriminerande och således inte tillåtet att företräde gavs till företag som tidigare tillhandahållit tjänsten om flera anbud fick samma poäng.<sup>97</sup>

## 6.5 C -368/10 - Dutch Coffee

I mål C-368/10 genomförde provinsen Noord-Holland en upphandling avseende leverans och drift av kaffeautomater. Enligt en bilaga till förfrågningsunderlaget angavs att produkterna i möjligaste mål skulle uppfylla kraven enligt två varumärken, EKO och MAX HAVELAAR, vars syften är att främja ekologiskt jordbruk respektive rättvis handel.

EU-domstolen anförde gällande EKO-märket, som fanns angivet i de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget, att provinsen Noord-Holland genom att i förfrågningsunderlaget ställa krav på att vissa varor som ska levereras måste ha ett visst miljömärke, i stället för att använda de detaljerade tekniska specifikationer som fastställts för detta miljömärke, uppställt en teknisk specifikation som är oförenlig med upphandlingsdirektivet.<sup>98</sup> Enligt domstolen var specifikationen nödvändig bl.a. för att anbudsgivarna inte skulle utsättas för risken att söka information om eventuella förändringar över tiden av kriterierna för ett visst miljömärke.

Provinsen hade även använt märkena som tilldelningskriterier i upphandlingen. Domstolen uttalade inledningsvis, med hänvisning till Concordia och EVN, att tilldelningskriterier inte enbart behöver vara av ren ekonomisk karaktär. Miljöegenskaper och sociala krav är tillåtna om de är kopplade till kontraktsföremålet, är objektiva till sin utformning samt är förenliga med de upphandlingsrättsliga principerna.

---

<sup>96</sup> ibid. p. 69-70

<sup>97</sup> ibid. p. 78

<sup>98</sup> Dutch Coffee p. 70

Angående kravens koppling till kontraktetsföremålet gjorde domstolen bedömningen att kraven som märkena baserats på rörde ingredienserna i det som upphandlas och inte anbudsgivarnas allmänna inköpspolicy. Kriterierna avsåg enligt domstolen följaktligen de varor som ska levereras och som utgjorde föremålet för upphandlingen.<sup>99</sup> EU-domstolen prövade sedan huruvida tilldelningskriteriet var förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna och gjorde en liknande bedömning som den avseende de tekniska specifikationerna. De uttalade att ”de tekniska specifikationerna måste vara så pass specifika att anbudsgivarna kan bilda sig en uppfattning om föremålet för upphandlingen och att miljömärket endast kan användas för att presumera att de varor som har detta märke har de fastställda egenskaperna, men all annan lämplig bevisning ska vara möjlig”.<sup>100</sup> Kriteriet var således enligt domstolen oförenligt med direktivet.

## 6.6 Tilldelning

I Concordia och EVN behandlade EU-domstolen möjligheten att vid tilldelningen av kontrakt ställa miljökrav förutsatt att dessa är kopplade till kontraktetsföremålet. Direktiv 2004/18 bygger särskilt på denna praxis, vilket kan utläsas i preambeln till direktivet.<sup>101</sup> Det anges i direktivets Artikel 53 att vid tilldelningen av kontrakt på grundval av metoden om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet så ska kriterierna vara kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet. I svensk rätt där direktiv 2004/18 implementerats genom LOU anges i 12 kap. 1 § 2 st. att vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet.

## 6.7 Urval

Det är vanligt att krav som ställs på en produkt utgörs av s.k. ”skall-krav”<sup>102</sup> och dessa krav utformas som tekniska specifikationer, vilket även var fallet i Contse och Dutch Coffee (både tilldelning och urval). När det gäller urvalskriterierna kan det utläsas av Artikel 44 i direktiv 2004/18 att ”omfattningen av den information som åsyftas i artiklarna 47 (ekonomisk och finansiell ställning) och 48 (tekniskt och/eller yrkesmässig kapacitet) samt miniminivåerna för den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt ska ha samband med kontraktetsföremålet och stå i proportion till detta”. Vidare kan utläsas av Artikel 23.3 b att krav på kontraktetsobjektet i form av prestanda eller funktionskrav kan innefatta miljöegenskaper om dessa är så specifika

---

<sup>99</sup> *ibid.* p. 89-90

<sup>100</sup> *ibid.* p. 94-95

<sup>101</sup> Direktiv 2004/18 skäl 1

<sup>102</sup> Svensk benämning på krav som måste uppfyllas, Pedersen s. 94

att anbudsgivarna kan bilda sig en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen. Uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningsförfarande måste motiveras av föremålet för upphandlingen enligt Artikel 23.8. Mer specifikt kan av direktivet utläsas att en upphandlande myndighet som vill fastställa miljökrav i de tekniska specifikationerna för ett bestämt kontrakt får föreskriva särskilda miljöegenskaper, t.ex. en viss produktionsmetod, och/eller särskilda miljöeffekter för grupper av varor eller tjänster.<sup>103</sup> I LOU har lagstiftaren valt att utforma bestämmelsen i 6 kap. 3 § så att ”kraven ska vara så utformade att föremålet för upphandlingen klart framgår”.

## 6.8 Proportionalitet

Proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU innebär som ovan nämnts att kraven på leverantören och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas.<sup>104</sup> Intressant ur ett upphandlingsperspektiv är hur proportionalitetsbedömningen görs angående huruvida ett krav anses ha en tillräcklig koppling till kontraktsföremålet. En möjlighet är att ett krav som anses ha tillräcklig koppling till kontraktsubjektet även är att anse som proportionerligt. Ett annat sätt att se på saken är att ett krav som har tillräcklig koppling även måste vara proportionerligt.

### 6.8.1 RÅ 2010 ref. 78 Triclosanmålet

Ett svenskt rättsfall av intresse för möjligheten att ställa miljökrav i upphandlingar är RÅ 2010 ref. 78. Frågan i målet var huruvida det var tillåtet för ett landsting att i förfrågningsunderlaget ställa krav på att de suturer som upphandlades inte fick innehålla det miljöskadliga ämnet triclosan. Centralt för rättsfallet var domstolens tillämpning av proportionalitetsprincipen.

Länsrätten menade att kravet inte stred mot proportionalitetsprincipen och anförde att:

”de åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar i något hänseende får normalt inte gå utöver vad som kan anses nödvändigt för att man ska få vad som efterfrågas. Uppställda krav får vara effektiva i den meningen att de ska vara möjliga att kontrollera och dessutom ägnade att uppnå det syfte som avses med dessa krav. Det måste sålunda finnas ett rimligt förhållande mellan de mål som eftersträvas och de åtgärder som vidtas för att nå dessa mål. Samtidigt får de olägenheter som kan drabba en leverantör inte vara orimliga i förhållande till nyttan för den upphandlande myndigheten”.

---

<sup>103</sup> Direktiv 2004/18 skäl 29

<sup>104</sup> Konkurrensverkets hemsida, [http://www.kkv.se/t/Process\\_\\_\\_2231.aspx](http://www.kkv.se/t/Process___2231.aspx), 2012-12-07

Kravet utgjorde sammanfattningsvis enligt länsrätten inte ett ”omotiverat hinder” för att landstinget skulle erhålla efterfrågad produkt.

Kammarrätten gjorde bedömningen att kravet på suturer fria från triclosan hade samband med det som skulle upphandlas och att det i för sig låg i linje med landstingets miljömål att undvika att upphandla produkter som innehåller miljöfarliga ämnen. De framhöll emellertid att det kan anses som tveksamt om kravet medför någon egentlig vinst ur miljöhänseende. De menade att landstingets krav inte framstod som ett lämpligt och effektivt sätt att uppnå det eftersträlvade syftet och således stred mot proportionalitetsprincipen.

Regeringsrätten inledde med att påpeka att upphandlande myndighet har stor frihet när den bestämmer upphandlingsföremålet. De framhöll dock att kraven som ställs måste ha koppling till föremålet som upphandlas men att miljöegenskaper samtidigt har en sådan koppling. De anförde vidare att de krav som myndigheten ställer upp måste vara förenliga med unionsrätten och inte får strida mot principen om icke-diskriminering samt den fria rörligheten för varor och tjänster. Slutligen konstaterade Regeringsrätten att de krav som landstinget ställt var objektivt utformade, inte diskriminerar någon leverantör och att det vid ett sådant förhållande saknats anledning att pröva om det medför någon egentlig vinst för miljön att undvika suturer behandlade med triclosan.

I Triclosanmålet fastslog således Regeringsrätten att ett ställt krav ska avse och påverka just den efterfrågade produkten och att ett krav med innebörden att produkten av miljöskäl inte får innehålla ett visst ämne har en sådan koppling och därför inte behöver prövas enligt proportionalitetsprincipen.

Ett annat svenskt ”belysande” exempel rörde en upphandling av trafikutrustning där krav hade ställts på att utrustningen endast fick projicera för ögat osynligt ljus. Enligt kammarrätten ansågs kravet vara kopplat till kontraktetsföremålet.<sup>105</sup> I ett annat fall rörande upphandling av miljökonsulter genomförd av Försvarsmakten ansågs de krav som ställdes på tidigare erfarenheter av undersökningar på flygfält m.m. ha ett naturligt samband med det som skulle upphandlas och var således tillåtna. De krav som ställdes på tidigare erfarenhet av

---

<sup>105</sup> KamR 1985-11 ”Osynligt ljus”

undersökningar på just militära flygfält, anläggningar m.m. var enligt kammarrätten inte lämpliga och effektiva dvs. oproportionerliga.<sup>106</sup>

## 6.9 Slutsatser och diskussion

EU-domstolen gav redan i Preussen Elektra miljökrav hög status inom EU-rätten genom att dels betona EU:s miljömålsättningar i domen men också genom att konstatera att miljöhänsyn kan utgöra ett undantag mot direkt diskriminerande åtgärder. I Concordia Bus godkände domstolen miljöhänsyn som ett i vart fall tillåtligt tilldelningskriterium så länge det är kopplat till kontraktsföremålet, inte ger myndigheten obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna samt är förenliga med gemenskapsrättens grundläggande principer. När frågan om el-försörjning återigen prövades av EU-domstolen i EVN hade i och med Preussen Elektra och Concordia till viss del grunden för avgörandet redan lagts men domstolen betonade även betydelsen av möjligheten att kontrollera ställda krav för att likabehandlingsprincipen inte skulle åsidosättas. Contse får anses som något udda i sammanhanget då rättsfallet inte rörde miljökrav utan i första hand försvårande villkor för deltagande, bl.a. i och med urvalskriterierna om tillhandahållande av lokal och i andra hand en prövning av tilldelningskriterierna avseende extrapoängen. Anledningen till att Contse ändå nämns är framförallt för att rättsfallet tjänat som ett av huvudargumenten för att se upphandlande myndighet som marknadsreglerare när krav ställs i offentliga upphandlingar.<sup>107</sup>

När svensk domstol i Triclosanmålet tillämpade EU-rättspraxis på ett av upphandlande myndighet ställt urvalskriterium kom instanserna till tre olika slutsatser. Länsrätten beaktade proportionalitetsprincipen i förhållande till den produkt som efterfrågats. Kammarrätten var tydligare i sin referens till Concordia och kravets koppling till kontraktsföremålet. De ansåg emellertid att kravet inte var proportionerligt d.v.s. lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet. Regeringsrätten gjorde i sin tur ett EVN-slut och anförde att en proportionalitetsbedömning avseende den reella miljövinsten inte var nödvändig eftersom kravet var kopplat till kontraktsföremålet. Skillnaden mellan målen var dock att det i Triclosanmålet rörde sig om urvalskriterier, inte tilldelningskriterier som i EVN, vilket potentiellt stänger ute leverantörer istället för att premiera dem för deras miljöhänsyn i tilldelningsfasen. Det finns således enligt min mening indikationer på att Regeringsrättens bedömning gjordes med utgångspunkt i upphandlande myndighet som marknadsaktör och att

---

<sup>106</sup> Kammarrätten i Stockholms dom den 13 januari 2009 i mål nr 8457-08

<sup>107</sup> Se ovan avsnitt 5.3

en utpräglad prövning enligt Dassonville-doktrinen lämnats därhän. Regeringsrättens avgörande i Triclosanmålet och Kammarrättens avgörande i ”Osynligt ljus” har fått utstå viss kritik i doktrin. Det har bl.a. framförts att domstolens proportionalitetsbedömning i Triclosanmålet inte varit korrekt<sup>108</sup> samt att konsekvenserna av domstolarnas bedömningar i de båda målen potentiellt leder till ett hämmande av konkurrensen.<sup>109</sup>

Avgörandet i Dutch Coffee var inte särskilt uppseendeväckande i sig. Det bekräftade snarare EU-domstolens linje om att miljökrav i upphandlingar är tillåtliga. I målet betonades dock vikten av öppenhetsprincipen och att ställda miljökrav ska vara specificerade, endast märkning är således enligt avgörandet inte tillåtlig.

Kopplingen till kontrakt föremålet är alltså relevant för samtliga delar av upphandlingsprocessen. Var gränsen går exakt för vad som anses ha denna koppling går inte att säga med säkerhet. Av EU-rättspraxis och inte minst EVN kan tolkas att miljökrav som ställs som tilldelningskriterier och har koppling till kontrakt föremålet kan vara långtgående samt att en reell effekt i förhållande till syftet inte är nödvändig, vilket domstolen uttalade angående viktningsprocenten. Däremot framgår det även av EVN att poäng för kapacitet som går utöver det specifika upphandlingsföremålet inte anses ha en sådan koppling. Av Dutch Coffee framgick att ett krav inte behöver röra varans egenskaper som sådana eller utgöra en del av dem och eftersom kraven i det konkreta fallet rörde varan i fråga och inte anbudsgivarnas allmänna inköspolicy var de enligt EU-domstolen tillåtna på denna grund.

Direktivet ger som ovan nämnt även utrymme att ställa miljökrav i den tekniska specifikationen och det får anses relativt oproblematiskt att ställda krav som relaterar till produktens egenskaper och som samtidigt definierar upphandlingsobjektet även har koppling till föremålet för kontraktet. Sådana egenskaper som är relaterade till miljöhänsyn skulle t.ex. kunna utgöra krav på lågenergilampor eller returpapper.<sup>110</sup> Det kan således handla om att skilja mellan valet av kontrakt föremål och beskrivningen av densamma.<sup>111</sup> Upphandlande myndighet har stor frihet att köpa en viss miljövänlig produkt men har att ta viss hänsyn när de istället väljer att ställa krav hänförliga till produkten. Krav på produktionsmetod har t.ex. inte

---

<sup>108</sup> Sundstrand s. 156

<sup>109</sup> Moldén R, Public Procurement and Competition Law From a Swedish Perspective – Some Proposals For Better Interaction, Europarättslig tidskrift 4/2012, s. 593

<sup>110</sup> Arrowsmith s. 1273

<sup>111</sup> Sundstrand rättsutlåtande i KamR 1985-11



en lika tydlig koppling till kontraktsföremålet men har som ovan nämnts beaktats i preambeln till direktivet. Som domstolen fastslog i Dutch Coffee måste dock miljökraven specificeras. Kontrasten till vad som anses ha en koppling till föremålet för kontraktet kan tydligt utläsas av Contse där krav ställdes på tillhandahållande av lokaler och tidigare utbredd produktion vilket uppenbarligen inte hade en sådan koppling.

Som nämnts ovan är det intressant att studera de fall där proportionalitetsbedömningen har ett nära samband med just kopplingen till kontraktsföremålet. I ”Osynligt ljus” anförde kammarrätten att ”kravet på osynligt ljus är kopplat till föremålet för upphandlingen. Kravet framstår inte som godtyckligt eller uppenbart osakligt utan har tagits med av trafiksäkerhetsskäl vid samtliga betalstationer för att undvika visuella störningar vid stationerna för närboende och trafikanter”. Domstolen för således inte ett resonemang om mindre ingripande åtgärder, reell påverkan etc. Av framförallt EVN, Triclosanmålet och ”Osynligt ljus” kan det enligt min mening utläsas att proportionalitetsprincipen inte tillämpats på det sätt som görs enligt reglerna om fri rörlighet. Det betyder inte att bedömningen är felaktig eller skett i strid med 1 kap. 9 § LOU utan den är istället utförd på ett annat sätt än vid mål om potentiella handelshinder.

## 7 Kontroll

### 7.1 Bakgrund

För att krav de krav som ställs ska vara förenliga med likabehandlingsprincipen krävs att de är möjliga att kontrollera. Detta betonades särskilt av EU-domstolen i EVN som uttalade att ”principen om likabehandling innebär [...] en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas. Denna skyldighet syftar bland annat till att garantera att det är möjligt att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska”. Domstolen konstaterade sedan att ”ett upphandlingskriterium som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt strider mot principerna i gemenskapsrätten om offentlig upphandling”.

Det finns väldigt lite vägledning angående frågan om vad som anses utgöra tillräcklig kontroll. Kommissionen har avseende livsmedel uttryckt att ”produkter som anbudsgivaren på lämpligt sätt kan bevisa uppfyller relevanta nationella frivilliga standarder som går längre än den obligatoriska lagstiftningen, t.ex. certifiering från ett erkänt organ, ska anses uppfylla kraven. Alternativt ska anbudsgivaren på annat lämpligt sätt styrka att djurskyddsstandarderna uppfylls”.<sup>112</sup>

### 7.2 Tidigare domar

Möjligheten att kontrollera andra krav i offentliga upphandlingar än sådana hänförliga till miljöhänsyn har behandlats vid ett antal tillfällen av svensk domstol. I en upphandling av kopiatorer och skrivare hade en av leverantörerna anfört att vinnande anbudsgivare inte uppfyllde ett ställt ”skall-krav” avseende vissa drivrutiner.

Angående upphandlande myndighets skyldighet att kontrollera ställda krav uttalade kammarrätten att:

”varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga. Enligt kammarrättens mening kan en sådan kontrollskyldighet i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget”.<sup>113</sup>

<sup>112</sup> Europeiska kommissionens utbildningspaket i miljöanpassad offentlig upphandling – Modul 3: Inköpsrekommendationer s. 5

<sup>113</sup> Kammarrätten i Jönköpings dom den 27 september 2011 i mål nr 1472-1474-11

I ett annat upphandlingsmål avseende mattransporter använde sig kammarrätten av samma formulering.<sup>114</sup> I en upphandling avseende trygghetstelefoner uttalade kammarrätten att ”en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende kraven på det upphandlande föremålet i sig är riktiga, när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta detta”.<sup>115</sup> Det bör uppmärksammas att det i förevarande fall inte ställts krav i förfrågningsunderlaget på intyg eller liknande vilket hade förändrat situationen något eftersom sådana krav inte kan framställas bara för överprövningens skull men däremot i ett senare skede för uppfyllande av avtalet. Det är även intressant att kammarrätterna varken diskuterat likabehandlingsprincipen eller öppenhetsprincipen i förhållande till kontrollen. Vid ett tillfälle nämns att upphandlade myndighet inte får frångå ställda ”skall-krav” vilket skulle strida mot principen och kammarrätten konstaterar sedan att inga bestämmelser i LOU åsidosatts. Det bör dock sammanfattningsvis nämnas att möjligheten till kontroll inte blivit föremål för prövning i fallen utan endast upphandlande myndighets skyldighet att kontrollera ställda krav.

### 7.3 Likabehandling - Proportionalitet

I Rättvik- och Sigtunamålen hamnade kontrollerbarheten av ställda krav i fokus och behandlades olika av domstolarna. Den intressekonflikt som uppstår vid bedömningen av kontrollerbarheten av ställda krav är till stor del den mellan likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen (även öppenhetsprincipen som till stor del hänger ihop med likabehandlingsprincipen<sup>116</sup>). För att ett krav ska vara förenligt med likabehandlingsprincipen krävs att det är kontrollerbart men frågan blir sedan följaktligen hur långtgående kontrollen måste vara. I Rättviksmålet ansåg kammarrätten att en fristående person bör kontrollera uppställda krav samt att intyg inte var tillräckliga medan kammarrätten i Sigtunamålet menade att intyg och policydokument utgjorde tillräcklig kontroll såvida anledning inte gavs att kräva ytterligare bevisning. Det verkar som om domstolarna i de båda fallen valt att lägga olika innebörder i begreppet ”möjlighet till verklig kontroll”. Kammarrätten i Rättviksmålet valde att gå så långt som att försöka utreda begreppet verklig kontroll medan kammarrätten i Sigtunamålet verkade fokusera på helhetsbegreppet d.v.s. möjligheten till verklig kontroll. Avseende intyg för att styrka uppställda krav kan nämnas en upphandling av läkarkonsulter där Västra Götalandsregionen (VGR) ställt krav på att leverantören skulle inneha ett visst kvalitetssystem och att detta system i sin tur skulle vara kvalitetssäkrat av tredjepart.

---

<sup>114</sup> Kammarrätten i Jönköpings som den 10 juni 2011 i mål nr 981-11

<sup>115</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 juli 2011 i mål nr 6417-6422-10

<sup>116</sup> Se ovan avsnitt 2.1.1.3

Kammarrätten anförde i målet att:

”eftersom VGR i förfrågningsunderlaget ställt upp kvalifikationskravet att leverantörens kvalitetsledningssystem ska vara tredjepartscertifierat och således inte godtagit andra bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder, t.ex. leverantörens eget intyg [...] har VGR brutit mot såväl 11 kap. 14 § LOU som proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU”.<sup>117</sup>

### 7.3.1 Rimlig administrativ arbetsinsats

I generaladvokat Kokotts förslag till förhandsavgörande i Dutch Coffee anförde hon gällande miljöhänsyn i offentlig upphandling att:

”domstolen står inför utmaningen att hitta en jämvikt mellan den inre marknadens behov och miljö- och socialpolitiska mål utan att därför försumma praktiska krav vad gäller upphandlingsförfaranden. Å ena sidan får potentiella anbudsgivare inte diskrimineras och marknaden avskämmas. Å andra sidan måste upphandlande myndigheter ha möjlighet att med en rimlig administrativ arbetsinsats förvärva miljövänliga ekologiska och rättvisemärkta produkter”.<sup>118</sup>

Uttalandet kan och har i vissa fall tolkats som att den kontroll som upphandlande myndighet har att företaga ska utgöra en rimlig administrativ arbetsinsats. Vad som menas exakt med denna formulering är dock oklar och den nämndes inte heller av EU-domstolen i det slutliga avgörandet. I överklagandet av kammarrättens dom i Rättviksmålet framhöll kommunen att höga krav på kontroll underminerar det syfte som generaladvokaten framhävde i sitt förslag men Högsta förvaltningsdomstolen uttalade att en sådan proportionalitetsbedömning faller på nationell domstol.<sup>119</sup>

## 7.4 Slutsatser och diskussion

Det är framförallt i livsmedelsupphandlingarna som diskussionen kring kontroll av ställda krav har förts. Om kraven på djurskydd i form av transport, slaktmetod m.m. inte följs upp i någon högre utsträckning av upphandlande myndighet finns utrymme för leverantörer att påstå att kraven uppfylls men att de i själva verket inte gör det. Samtidigt kan upphandlande myndighets ansvar inte vara alltför omfattande eftersom det skulle leda till orimliga konsekvenser, framförallt skulle det bli en väldigt resurskrävande process att ständigt inspektera slakterier, föra avancerade transportloggar m.m. Intressant i denna bedömning är som ovan nämnts konflikten mellan likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen.

---

<sup>117</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom den 13 december 2011 i mål nr 7680-11

<sup>118</sup> Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, 15 december 2011

<sup>119</sup> HFD 158-12

För att anbudsgivarna ska behandlas på ett likvärdigt sätt krävs ändå att anbuden åtminstone kan kontrolleras, annars finns risk att oseriösa anbudsgivare hävdar att kraven uppfylls men att de i själva verket inte gör det. På samma sätt måste upphandlande myndighets skyldighet att kontrollera vara proportionerlig i den bemärkelsen att de t.ex. inte kan avsätta alltför stora resurser på kontroll.

Beträffande framförallt livsmedelsupphandlingar är det följaktligen svårt att utröna vad som verkligen gäller eftersom kammarrätten kommer till två olika slutsatser i Sigtuna- och Rättviksdomen och det finns rimliga argument som framförs i dem båda. En del omständigheter skiljde sig dock åt i domarna bl.a. hade kommunen i Rättviksmålet i ett senare skede anfört att de skulle avtala om inspektioner medan kommunen i Sigtunamålet fått ett löfte om att i avtalet skriva in en rätt att genomföra egna inspektioner. Det är emellertid den principiella frågan om bevisbördan för kontroll som är viktig där kammarrätten i Sigtunadomen uttalade att kontroll endast var nödvändig om det fanns omständigheter som talade för sådan och där kammarrätten i Rättviksdomen uttalade att kontrollen var tvungen att utföras av någon fristående och kommunen inte gjort sannolikt att en effektiv kontroll kunnat ske. I ovan nämnda VGR-domen ansågs dessutom, i motsats till i Rättviksmålet, att tredjepartscertifiering i det konkreta fallet var oproportionerligt. Sammanfattningsvis visar utgångarna i målen på den osäkerhet som råder angående omfattningen av kravet på kontroll.

Förslag på lösningar av problemet kring kontroll kan vara ett gemensamt kontrollsystem inom EU eller gemensamma certifieringar. Ett sådant system finns emellertid inte i dagsläget och jag tror därför att det är angeläget att upphandlade myndigheter och leverantörer för en dialog avseende frågan och på så sätt kommer fram till en rimlig lösning. Ett förhandsavgörande eller en prövning i Högsta Förvaltningsdomstolen vore även att föredra men som nämnts ovan valde domstolen att avslå kommunens ansökan i Rättviksmålet.

## 8 Sammanfattande slutsatser

Uppsatsen har behandlat möjligheterna att ställa miljökrav i offentliga upphandlingar som går längre än EU:s lagstiftning. Efter en studie av relevanta regler och praxis på området anser jag att det är fullt möjligt för upphandlande myndigheter att ställa sådana krav under vissa förutsättningar. Framförallt måste kravet ha en koppling till kontraktsföremålet och vara möjligt att kontrollera. Det underlättar att ha ett tydligt definierat kontraktsföremål och att de krav som ställs avser produkten i fråga. I sådana fall behöver kraven inte ha en bevisad reell påverkan på exempelvis miljön. Gällande kontrollerbarheten får det ändå anses som angeläget för upphandlande myndighet att kontrollera ställda krav eftersom det garanterar att det verkligen är det efterfrågade upphandlingsföremålet som levereras. Det är dock av central betydelse att kraven åtminstone är möjliga att kontrollera. Det är visserligen inte helt klarlagt var den tydliga gränsen går varken gällande kopplingen till kontraktsföremålet eller frågan om kontroll men jag anser emellertid att tolkningsproblematiken framförallt finns i ett tidigare stadium, angående synen på upphandlande myndighet och denna fråga måste först och främst utredas särskilt.

”Europarätten kom till Sverige sent [...] Den svenska juristkåren synes ännu befinna sig i ett stadium av lärande och det kan inte uteslutas att europarättsliga problemställningar ibland blir förbisedda i rättstillämpningen eller att det kan ha funnits ett visst tyst motstånd mot aktiv tillämpning av EU-rätten [...] Förklaringen torde delvis ligga i skillnaderna i rättskultur och juridisk metod.”<sup>120</sup>

Problematiken avseende den bristande koherensen i synen på upphandlande myndighet kan enligt min mening härledas till den grundläggande synen på EU-rättens tillämpning, funktion och syften i synnerhet. Jag menar mer specifikt (i likhet med Bernitz i not 115 ovan) att synen på upphandlande myndighet och EU-rättens koppling till upphandlingsreglerna förmodligen består i de olikheter som finns mellan svensk rätt och EU-rätt. Europarätten kom till Sverige förhållandevis sent (1995) i jämförelse med många andra europeiska stater och Svenska juridiska aktörer är helt enkelt inte fullt bekanta eller bekväma med det EU-rättsliga tankesättet inom vissa rättsområden.

Den svenska rättskulturen har under 1900-talet präglats av rättspositivismen och framförallt Axel Hägerströms och Uppsalaskolans ideologiska teorier.<sup>121</sup> Rättspositivismens idé om att

---

<sup>120</sup> Bernitz s. 230

<sup>121</sup> Strömberg T, Rättsfilosofins historia i huvuddrag tredje upplagan, Studentlitteratur 1989, s. 65

rätten inte är bindande av någon annan anledning än att den består av bindande normer förefaller attrahera svenska jurister<sup>122</sup> och inom svensk rätt finns en tydlig bild av hur rättstillämpning bör se ut. Det är med hjälp av den klassiska rättskälleläran som rättsfrågan angrips. En normhierarki där lag, förarbeten, praxis och doktrin i tur och ordning undersöks för att finna svar. Systematiken inom EU-rätten är dock inte utformad på samma sätt och när svenska regler ska tolkas med bakgrund i EU-rätten är det viktigt att ha skillnaderna i åtanke. Fastän det självklart är en stark typ av normhierarki som tillämpas så är gränserna inte lika tydliga och systemet mer dynamiskt och något öppnare. De EU-rättsliga principernas funktion bör här nämnas som en av de stora skillnaderna i tillämpningen. Principerna ska genomsyra samtliga delar av EU-rätten och underlätta för tolkning. Inom svensk rätt har rättsprinciper historiskt inte använts på ett sådant sätt vilket gör att tolknings- och tillämpningsproblem uppstår. När man väl kommit underfund med vad principerna innebär inom ett område är det inte säkert att de betyder exakt samma sak inom ett annat. Förändringar i principernas tillämpning inom olika områden är i mitt tycke rätt naturligt. Vid en närmare studie av LOU kan man enligt min mening utläsa att det i största avseende är en lag bestående av procedurregler, visserligen uppbyggd av direktiv men den bestämmelse som utgör själva kärnan i lagen och som är av påtaglig betydelse är just regeln i 1 kap. 9 § d.v.s. uppräkningsprincipen av de mest relevanta EU-rättsliga principerna. Det är därför av stor vikt att rättstillämparen har god kännedom avseende regelverkets mest centrala beståndsdel. När det gäller t.ex. proportionalitetsprincipen var den fram till 1990-talets mitt knappast erkänd som en allmänt tillämplig rättsprincip i svensk rätt, även om den tillämpades i vissa sammanhang.<sup>123</sup>

Av uppsatsen framgår att det råder viss oenighet avseende vilka konkreta fördragsbestämmelser som är tillämpbara inom offentliga upphandlingar och särskilt i de fall där långtgående krav ställs på upphandlade produkter. Jag skulle återigen vilja koppla denna problematik till det ovan anförda och den skiftande syn som uppenbarligen finns angående EU-rättens syften och funktion. För att förtydliga min argumentation ytterligare följer en återblick över EU:s utveckling.

I ett historiskt perspektiv så grundades EU (EG) med den huvudsakliga tanken om att handel mellan stater förebygger väpnade konflikter. För att utveckla den nybildade unionen konstruerades ett regelverk för att stimulera handeln och undvika nationell protektionism i de

---

<sup>122</sup> Bertilsson B, Förändringstendenser i svensk rättskultur, SvJT 2010 s. 25

<sup>123</sup> Bernitz s. 223

fall där det ansågs nödvändigt. Fokus lades således på den inre marknaden där den fria rörligheten av varor stod i tydligt fokus. I och med utvidgningen av EU, framförallt runt millenniumskiftet tog tanken på EU-medborgaren fart. Den fria rörligheten för unionsmedborgaren inkluderar en medborgare som har friheter men också rättigheter. Vid Lissabonfördragets ikraftträdande stärktes aspekten samt EU:s övriga målsättningar ytterligare. Det EU vi ser idag är självklart en produkt av denna utveckling och nu ligger fokus på den sociala marknadsekonomi, en union med sociala och miljömässiga målsättningar.<sup>124</sup> Enligt min mening verkar det emellertid som att en hel del aktörer och debattörer till viss del lever kvar i det förflutna och enbart fokuserar på principen om den fria rörligheten och dess betydelse för den inre marknaden. Jag hävdar inte att principen saknar relevans, tvärtom, den är av högsta relevans för tillämpningen av EU-rätten men det är i mitt tycke ett alltför smalt synsätt på EU, EU-rätten i sig och upphandlingsreglerna i synnerhet. I ett större EU-rättsligt perspektiv mister man vid ett sådant synsätt den dynamik som EU-rätten innebär. Arbetet med EU är en ständigt pågående process där politiska målsättningar bygger och formar unionen. EU fungerar dels som ett instrument för att främja utvecklingen i unionen men också som en större samlad aktör i ett globalt perspektiv.

När det gäller den fria rörligheten på upphandlingsområdet är det av synnerlig vikt att denna upprätthålls för att systemet ska fungera, upphandlingar rör i många fall omfattande handel med varor och tjänster av gränsöverskridande intresse men det bör betonas att det inte enbart den fria rörligheten som är av relevans i offentlig upphandling. Syftet med reglerna om fri rörlighet kan även ses ur t.ex. ett skattebetalarperspektiv eller ett konkurrensutsättningsperspektiv. Det kan t.ex. hävdas att tanken bakom reglerna om offentlig upphandling är att öppna upp för ett konkurrensvänligt klimat för att på så sätt skapa ”value for money”<sup>125</sup> samt att ett av upphandlingsreglernas primära syften är just effektiv konkurrens.<sup>126</sup> I direktiv 2004/18 nämns betydelsen av konkurrens i offentlig upphandling i tre av skälen i preambeln samt i två av direktivets artiklar.<sup>127</sup> Det finns följaktligen andra perspektiv än enbart den fria rörligheten. Det finns enligt min mening tendenser på att det övergripande målet om marknadsintegration i viss mån tynar bort vilket således lämnar plats för andra typer av hänsyn och arbetet med den inre marknaden verkar ha kommit så långt att

---

<sup>124</sup> Monti M, En ny strategi för den inre marknaden 2010-05-09

<sup>125</sup> Indén m.fl., Offentlig upphandling på rätt sätt och till rätt pris, Studentlitteratur 2011, s. 15, 41-42 och 50.

<sup>126</sup> Albert Sanchez Graells, Public Procurement and the EU competition rules, Hart publishing 2011, s. 98-99

<sup>127</sup> Skäl 2, 4, 36 och Artikel 23.2, 32.2



den sociala marknadsekonomi prioriteras, vilket i fallet med offentlig upphandling gör att vissa andra värden får ge vika.<sup>128</sup>

Det finns i dagsläget en del framstående aktörer på EU-rättsområdet som hävdar att upphandlande myndighet bör likställas med medlemsstat vid tillämpningen av regelverket och att krav som ställs i upphandlingen därför ska ses som nationella åtgärder.<sup>129</sup> De argument som framförallt kan framföras till stöd för en sådan tolkning är att det finns en rik praxis avseende den fria rörligheten för bl.a. varor och tjänster i EU-domstolen. I ett sådant avseende blir tillämpningen av EU-rätten konsekvent och förutsebar. Det finns emellertid flertalet faktorer som jag tycker är problematiska med ett sådant synsätt. Den bristande flexibilitet som det innebär att samtliga myndigheter, stora som små likställs med medlemsstat underminerar till viss del EU-rättens dynamiska funktion särskilt i förhållande till dess nuvarande målsättningar och syften. Den offentliga upphandlingen bör kunna användas som politiskt styrmedel, självklart inom vissa gränser, men att enbart bedöma regelverket med bakgrund av den fria rörligheten gör den offentliga upphandlingen till ett uddlöst instrument i detta avseende vilket i viss mån går emot EU:s nuvarande målsättningar.<sup>130</sup>

Ur ett rättighetsperspektiv bör nämnas Artikel 37 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna som föreskriver miljöskydd. En avvägning mellan miljöskyddet å ena sidan och den fria rörligheten är därför även i detta avseende relevant. Det är i och för sig svårt att i ett sådant hänseende klargöra vad som väger tyngst men samtidigt är det kanske heller inte nödvändigt att göra den avvägningen utan istället konstatera att miljön åtnjuter ett likväl starkt skydd som många andra friheter och rättigheter. Angående den fria rörligheten så ser jag heller inte rent konkret att EU-domstolen använt sig av det synsätt som t.ex. Hettne och Sundstrand vill hävda. Det finns snarare flera indikationer på att EU-domstolen inte explicit har tillämpat principen om fri rörlighet enligt Dassonville-doktrinen i sina domar avseende miljökrav i offentlig upphandling. Från domstolens sida nämns inte principen om fri rörlighet i varken Concordia eller EVN vilket i alla fall leder till slutsatsen att domstolen inte uttryckligen gjort en sådan bedömning avseende tilldelningskriterier. Om så inte vore fallet, d.v.s. att upphandlande myndigheters krav även vid tilldelningen av kontrakt måste genomgå en bedömning enligt Dassonville-doktrinen skulle de nationella domstolarna få en hel del

---

<sup>128</sup> För ett liknande resonemang se även Graells s. 394-395

<sup>129</sup> Se ovan avsnitt 5.3

<sup>130</sup> Monti M, En ny strategi för den inre marknaden

proportionalitetsbedömningar på sitt bord och effektiviteten av upphandlingsprocessen samt skattebetalarperspektivet skulle i sådana fall helt undermineras. Angående miljökrav vid urvalet av leverantörer är läget inte lika klart men samtidigt kan jag inte utläsa på vilket sätt det skulle vara otillåtet att ställa ett krav i en teknisk specifikation som är kopplat till kontraktsubjektet om det uppfyller de upphandlingsrättsliga principerna.

Det brukar i sammanhanget talas om att upphandlande myndighet definierar marknaden snarare än begränsar den och jag är beredd att hålla med om detta synsätt. På så sätt kan upphandlande myndighet vara med och skapa en efterfrågan på produkter med positiv inverkan på miljön vilket även går i linje med EU:s målsättningar samt de nationella. Den offentliga upphandlingen kan och ska inte heller lösa alla världens problem och jag kan ha viss förståelse för att leverantörer och även upphandlande myndigheter, ifall där de t.ex. genom politiska direktiv ska föra in vissa politiska målsättningar, tycker att det ställs krav som kan bedömas som alltför långtgående i förhållande till vad det är som ska upphandlas. Det är å andra sidan upp till den upphandlande myndigheten att bestämma det kontraktsföremål som de anser nödvändiga för att uppnå de målsättningar som finns och som beskrivits ovan är miljön en viktig del av dessa, både på EU- och nationell nivå men det EU-rättsliga principerna bör här återigen betonas. Att som Malmö stad t.ex. gjort vid upphandling av vaktbolag ställa som krav på leverantören att den inte får vara verksam i en specifik del av världen (i det konkreta fallet Israel) är att agera som utrikespolitiska företrädare vilket är alltför långtgående.<sup>131</sup>

Som läget ser ut idag är det problematiskt när svenska rättstillämpare ska bedöma miljökrav i upphandlingar eftersom de uppenbarligen tolkar regleringen på olika sätt. Föremålet för denna osäkerhet har blivit djurskydds krav vid upphandling av livsmedel där det av praxis i princip finns lika många tillämpningar och tolkningsmetoder som det finns domar. Det ska även tilläggas att Regeringsrättens avgörande i Triclosanmålet inte underlättade situationen eftersom domstolen i mitt tycke inte motiverade sin bedömning särskilt utförligt. Avseende andra typer av miljökrav finns bristfällig praxis och det skulle därför vara angeläget med ett prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen eller ett inhämtat förhandsavgörande i frågan. Högsta förvaltningsdomstolen valde dock som ovan nämnts en annan väg i Rättviksmålet. Vad som däremot kan tolkas ur förslaget till nytt direktiv är i vart fall att

---

<sup>131</sup> Pedersen, Malmö kräver svar från G4S, 2012-10-02, Sydsvenskan, <http://www.sydsvenskan.se/Pages/ArticlePage.aspx?id=662947&epslanguage=sv>, 2012-12-07

miljöskyddets ställning i offentliga upphandlingar kommer att stärkas ytterligare vilket verkar vara den linje som EU fört under en relativt lång period.

De flesta akademiska texter rörande offentlig upphandling brukar inledas med ett försök till att beskriva ämnets relevans med hjälp av ekonomisk statistik. Våldiga summor som ska påvisa vilken betydande del av den europeiska ekonomin som utgörs av just offentliga kontrakt. Jag väljer istället att avsluta med ett konstaterande, utan att nämna varken exakta miljardbelopp eller BNP-procentsatser.

Den offentliga upphandlingen utgör en betydande del av EU:s och Sveriges ekonomi och den kan innebära stora vinster, både för det offentliga, det allmänna, samt skapa gynnsammare förutsättningar för ett gott konkurrens klimat i unionen. Detta förutsätter dock att tillämpningen sker på ett effektivt och korrekt sätt. Det vore bra om de aktörer som håller hårt i den fria rörligheten på den inre marknaden kunde släppa taget lite grann för att göra plats åt andra hänsynstaganden vilket bidrar till utvecklingen av det upphandlingsrättsliga regelverket och den europeiska sociala marknadsekonomin.

För att stilla debattörerna inom offentlig upphandling något kan även ett citat från en välkänd public-serviceföreteelse tjäna som en bra avslutning. ”Ta det lugnt - att saker och ting (även de rättsliga förutsättningarna för att ställa miljökrav i offentliga upphandlingar red. anm.) förändras med tiden – Det är helt normalt”.<sup>132</sup>

---

<sup>132</sup> Bullen var ett ungdomsprogram som sändes i SVT under perioden 25 oktober 1987-17 april 2000, <http://sv.wikipedia.org/wiki/Bullen>

## 9 Källförteckning

### *Offentliga tryck*

#### *Sverige*

SOU 2011:73. På jakt efter den goda affären - analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen

Proposition 2006/07:128 - Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Betänkande 2012/13:FiU7 - Riksrevisionens rapport om miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv?

Skrivelse 2006/07:54 - Miljöanpassad offentlig upphandling

Kommittédirektiv 2012:96 - Genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling,

#### *EU*

Förslag, Kom(2011) 896 – Förslag till Europaparlamentet och rådets direktiv om offentlig upphandling

Kommissionens grönbok, Kom(2011) 15 – Om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare upphandlingsmarknad

Meddelande från kommissionen, Kom(2010) 2020 – Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla

Meddelande från kommissionen, Kom(2008) 400 – Offentlig upphandling för en bättre miljö

Tolkningsmeddelande från kommissionen, 2006/C 179/02 - Om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis omfattas av direktiven om offentlig upphandling

Tolkningsmeddelande från kommissionen, Kom(2001) 274 – Om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling

Produktblad - Europeiska kommissionens utbildningspaket i miljöanpassad offentlig upphandling

### *Litteratur*

Arrowsmith S, Kunzlik P, Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, Cambridge 2009

Arrowsmith S, The Law of Public and Utilities Procurement, Second Edition, Thomson Reuters 2010

Bernitz U, Kjellgren, A, Europarättens grunder, upplaga 4:1, Norstedts Juridik 2010

Falk J-E, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, andra upplagan, Jure Förlag 2011

Graells A S, Public Procurement and the EU Competition Rules, Hart Publishing 2011

Indén m.fl., Offentlig upphandling på rätt sätt och till rätt pris, Studentlitteratur 2011

Nielsen R Udbud af offentlige kontrakter, fjärde upplagan, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2010

Pedersen K, Upphandlingens grunder andra upplagan, Jure Förlag 2010

Sundstrand A, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure Förlag 2012

### *Artiklar och rapporter*

Bertilsson B, Förändringstendenser i svensk rättskultur, SvJT 2010 s. 23

Bokwall C, Håkansson L, ÖverkraV i upphandling på harmoniserade områden – analys, 2011-11-21, JP Infonet

Bruun N, Externt rättsutlåtande om djurskyddskrav i offentlig upphandling, Miljöstyrningsrådet Rapport 2011:1

Caranta R, Commentaries on Jörgen Hettne's Legal analysis of the possibilities of imposing requirements in public procurement that go beyond the requirements of EU law, 2012-07-05, <http://upphandlingsutredningen.se/kommentar-pa-jorgen-hettnes-analys>, 2012-10-24

Hettne J, Legal analysis of the possibilities of imposing requirements in public procurement that go beyond the requirements of EU law, på uppdrag av Upphandlingsutredningen 2010, 19/4 2012, <http://upphandlingsutredningen.se/analys-av-mojligheten-att-stallakrav-i-upphandlingar>, 2012-10-24

Kunzlik P, Comment on Professor Jörgen Hettne's Legal analysis of the possibilities of imposing requirements in public procurement that go beyond the requirements of EU law and Professor Roberto Caranta's commentary, 2012-08-27, <http://upphandlingsutredningen.se/entill-kommentar-pa-jorgen-hettnes-analys-prof-p-kunzlik>, 2012-10-24

Ljung M, Sylwan M, Angående produktkrav i offentlig upphandling – analys, 2011-12-21, JP Infonet

Moldén R, Public Procurement and Competition Law From a Swedish Perspective – Some Proposals For Better Interaction, *Europarättslig tidskrift* 4/2012

Monti M, En ny strategi för den inre marknaden, 2010-05-09

Pedersen, Malmö kräver svar från G4S, 2012-10-02, *Sydsvenskan*, <http://www.sydsvenskan.se/Pages/ArticlePage.aspx?id=662947&epslanguage=sv>, 2012-12-07

Strömberg T, Rättsfilosofins historia i huvuddrag tredje upplagan, Studentlitteratur 1989

## *Övrigt*

Konkurrensverket – Upphandlingsreglerna, en introduktion

Rättsutlåtande av Ulf Bernitz i Kammarrätten i Sundsvalls dom den 26 oktober 2011 i mål nr 1985-11

Rättsutlåtande av Andrea Sundstrand i Kammarrätten i Sundsvalls dom den 26 oktober 2011 i mål nr 1985-11

Cirkulære nr. 26 af 7. februar 1995 - Om miljø- og energihensyn ved statslige indkøb

## *Praxis*

### *Svenska domstolar*

#### *Högsta förvaltningsdomstolen*

Högsta Förvaltningsdomstolens beslut den 9 maj 2012 i mål nr 158-12

#### *Regeringsrätten*

RÅ 2010 ref. 78

RÅ 2002 ref .50

#### *Kammarrätten*

Kammarrättens i Stockholms dom den 23 februari 2012 i mål nr 2841-11

Kammarrättens i Sundsvalls dom den 22 december 2011 i mål nr 2091-11

Kammarrätten i Göteborgs dom den 13 december 2011 i mål nr 7680-11

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 26 oktober 2011 i mål nr 1985-11

Kammarrätten i Jönköpings dom den 27 september 2011 i mål nr 1472-1474-11

Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 juli 2011 i mål nr 6417-6422-10

Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juni 2011 i mål nr 981-11

Kammarrättens i Göteborgs dom den 16 december 2010 i mål nr 2216-2221-10

Kammarrättens i Göteborgs dom den 16 december 2010 i mål nr 2921-10

Kammarrättens i Göteborgs dom den 16 december 2010 i mål nr 2924-10

Kammarrätten i Stockholms dom den 13 januari 2009 i mål nr 8457-08

## EU-domstolen

Mål C- 368/10, Kommissionen mot Nederländerna

Mål C-368/10, Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, 15 december 2011

Mål C-532/06, Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon och Nikolaos Vlachopoulos mot Dimos Alexandroupolis m.fl.

Mål C-260/04, Kommissionen mot Italien

Mål C-234/03, Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), tidigare Instituto Nacional de la Salud (Insalud)

Mål C-21/03 och C-34/03, Fabricom SA mot État belge

Mål C- 448/01, EVN AG och Wienstrom GmbH mot Österrike

Mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy AB, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne

Mål C-379/98, PreussenElektra AG mot Schleswag AG, i närvaro av Windpark Reußenköge III GmbH and Land Schleswig-Holstein

Mål C-379/98, Förslag till avgörande av generaladvokat av generaladvokat Francis G. Jacobs, 26 oktober 2000

Mål C-324/98, Teleaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG

Mål C-212/97, Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

Mål C-55/94, Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano

Mål C-87/94, Kommissionen mot Belgien



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

Mål 302/86, Kommissionen mot Danmark

Mål 120/78, Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)

Mål 8/74, Procureur du Roi mot Dassonville

### *Internetkällor*

Konkurrensverkets hemsida, [http://www.kkv.se/t/Process\\_\\_\\_\\_\\_2231.aspx](http://www.kkv.se/t/Process_____2231.aspx), 2012-12-07

Registrerad på kursen: Hötterminen 2012

Examinationstillfälle: Januari 2013