

JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Daniel Lorné Kjellqvist

Offentlig upphandling
– med fokus på miljön

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Professor Hans-Heinrich Vogel

Ämnesområde
Offentlig rätt - EG-rätt - miljö rätt

VT 2005

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Introduktion	4
1.1.1 En gammal företeelse	4
1.1.2 Offentlig upphandling idag	4
1.2 Syfte	5
1.3 Material och metod	5
1.4 Avgränsning	6
1.5 Disposition	6
2 GÄLLANDE UPPHANDLINGSLAGSTIFTNING	7
2.1 Gemenskapsrättsliga upphandlingsregler	7
2.1.1 De allmänna principerna	8
2.1.1.1 Principen om icke-diskriminering	8
2.1.1.2 Likabehandlingsprincipen	8
2.1.1.3 Proportionalitetsprincipen	8
2.1.1.4 Transparensprincipen	8
2.1.2 Regler i EU-fördraget med anknytning till offentlig upphandling	9
2.1.2.1 Den fria rörligheten av varor	9
2.1.2.2 Etableringsfriheten och den fria rörligheten av tjänster	10
2.1.3 Upphandlingsdirektiven	11
2.2 Internationella avtal	12
2.3 Svensk lagstiftning	12
2.3.1 Upphandlingsproceduren	13
2.3.1.1 Upphandlande enhet	13
2.3.1.2 Tröskelvärden och icke-direktivstyrd upphandling	13
2.3.1.3 Upphandlingsförfaranden	14
2.3.1.4 Affärsmässighet	14
2.3.1.5 Förfrågningsunderlaget	16
2.3.1.6 Kravspecifikationen	16
2.3.2 Kvalificeringsfasen	16
2.3.2.1 Bevismedel	17
2.3.2.2 Ekonomisk och finansiell ställning	17
2.3.2.3 Teknisk förmåga och kapacitet	18
2.3.2.4 Miljömärkning och miljödeklarationer	18
2.3.2.5 Uteslutningskriterier	19

2.3.3	Prövning av anbud	20
2.3.3.1	Utvärderingskriterier	21
2.3.4	Särskilda kontraktsvillkor	21
2.3.5	Utförandevillkor	23
2.3.6	Överprövning och skadestånd	23
2.3.7	Leverantörsuppföljning	23
2.4	Miljöbalkens påverkan på offentlig upphandling	24
3	MILJÖHÄNSYN I PRAKTIKEN	26
3.1	Lunds kommun upphandlar kollektivtrafik	26
4	AVSLUTANDE KOMMENTARER	29
	BILAGA A - FLÖDESSCHEMA	32
	BILAGA B - EXEMPEL PÅ KRITERIER, KRAV, VILLKOR OCH BEVISMEDEL	33
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	35
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	38

Sammanfattning

Den offentliga upphandlingen i Sverige och EU omsätter mycket stora värden. Dessa värden kommer direkt ifrån skattebetalarna och måste därför ”fördelas på bästa sätt”. De bestämmelser som reglerar offentlig upphandling är utformade för att bland annat upprätthålla en hög grad av affärsmässighet, konkurrens och öppenhet. Det svenska regelverket LOU bygger på EG-direktiv som täcker olika typer av upphandlingsområden så som varor, tjänster och byggentreprenad. Upphandlingsreglerna tillåter även olika typer av upphandlingsförfarande så som förenklad och förhandlad upphandling. Den upphandlande enheten, med andra ord köparen, kan även ställa upp olika typer av kriterier, krav och villkor för de olika faserna som ett upphandlingsförfarande består av. Dessa kriterier, krav och villkor kan ha med anbudsgivarens, det vill säga säljarens förmåga att tekniskt eller ekonomiskt kunna genomföra det som den upphandlande enheten begär, men de kan även vara riktade mot det som är föremålet för upphandlingen. Pris, kvalitet och estetiska egenskaper kan vara exempel på vad som kan innefattas i kriterierna eller kraven på till exempel en viss produkt som skall upphandlas. Vad som även kan innefattas bland dessa kriterier, krav och villkor är miljöhänsyn. Möjligheten att ställa upp miljökrav som har samband med en anbudsgivares organisation och produkter har på den senaste tiden fått ett starkt fotfäste inom gemenskapen men det råder fortfarande osäkerhet kring hur dessa får tillämpas och i vilken omfattning. En upphandling gjord av Lunds kommun angående stadstrafik visar exempel på den osäkerhet som finns. I vilken utsträckning miljöhänsyn kan tas beror på hur regelverken tolkas och det i sin tur påverkas av det rådande politiska klimatet. En ekologiskt hållbar utveckling och ekonomisk effektivitet kan uppnås, men med vilket medel? Miljölagstiftning eller offentliga myndigheters konsumentmakt?

Förord

Att skriva examensuppsats har varit mycket lärorikt. Jag har gått i nästan alla de fällor som jag så nogsamt varnats för av mina vänner. Jag tror dock inte att jag är speciellt unik i detta avseende och fällorna är en viktig del av den process som författandet av ett examensarbete innebär. Jag vill nu passa på att tacka alla de som velat bespara mig det extra arbete som vissa av de klassiska misstagen innebär och även de som lydigt lyssnat på mina utlägg om uppsatsämnet i fråga. Jag vill speciellt tacka, min familj, samt de vänner som jag haft mest kontakt med under denna process. Tack Bahare, Daniel, Henrik, Joachim, Martin, Moa, Matilda, Olof och Sandra för att ni orkat med mig under den här tiden och tydligen fortfarande vill veta av mig. Till sist vill jag tacka Hans-Heinrich för ett gott handledarskap och för att jag fått ta del av hans juridiska kunskaper men framförallt hans kunskaper i det svenska språket.

Förkortningar

EUT	Europeiska unionens officiella tidning
EKU	Ekologisk hållbar upphandling
EMAS	Eco Management and Audit Scheme
EU	Europeiska Unionen
GPA	Governmental Procurement Agreement
ISO	International Organisation for Standardization
LOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling
LIU	Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
PCP	Pentaklorfenol
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
WTO	World Trade Organisation

1 Inledning

1.1 Introduktion

Vad är offentlig upphandling? I förenklad form är det när offentliga myndigheter köper, hyr, hyrköper eller leasar varor, tjänster eller byggtreprenader som skall utnyttjas i myndigheters verksamheter. Eftersom myndigheter, vare sig de är statliga eller kommunala, verkar i det allmännas intresse och även finansierar sina upphandlingar med skattebetalarnas pengar är det av största vikt att de går till på rätt sätt. Det behövs därför regler som säkerställer att den offentliga upphandlingen utövas på ett korrekt sätt och ger ett så stort värde som möjligt.

1.1.1 En gammal företeelse

De första upphandlingsreglerna kan hittas så långt bak i tiden som i slutet på 1800-talet. Dessa regler var väldigt detaljrika och strävade efter att uppnå en hög affärsmässighet och att garantera objektivitet och offentlighet. Reglerna var vid denna tid protektionistiska och föreskrev företräde åt svenska varor. De ändringar av reglerna som gjordes i första delen av 1900-talet föranledde att myndigheterna nu skulle ta särskild hänsyn till om upphandlingen kunde medverka till att bevara en viss näring eller till att förhindra arbetslöshet i landet. I mitten av 1950-talet ändrades reglerna igen och nu gick man från den tidigare linjen att utnyttja upphandlingar för att uppnå politiska målsättningar. Man tryckte igen på vikten av affärsmässighet och svenska varors företräde togs bort. Den senaste ändringen före den lagstiftning vi har idag innebar att kravet på affärsmässighet fortfarande var den grundläggande principen men med en vidare tolkning. Denna tolkning tillät att hänsyn kunde tas i försvars-, sysselsättning, och försörjningshänseende. Myndigheterna skulle nu verka för att statsmaktens uppställda mål för samhällets utveckling uppnåddes.¹

1.1.2 Offentlig upphandling idag

Antalet myndigheter har i Sverige ökat med 17 procent sedan år 2000.² Detta innebär således en ökning av de potentiella upphandlande enheterna och upphandlingarna. Värdet på de offentliga upphandlingarna uppgick 1991 till 260 miljarder kronor per år.³ 1999 uppmättes denna siffra till 400 miljarder kronor per år. Det vill säga drygt 23 procent av den svenska bruttonationalprodukten.⁴ Tillsammans med övriga EU-länder växer

¹ Linder, Georg, Handbok i offentlig upphandling, 1996, s.13 ff.

² www.riksdagen.se/debatt/200405/prot/29/29s00117.asp 16 nov. 2004.

³ Hellgren, Offentlig upphandling – En handbok, 2002, s. 1:1.

⁴ SOU 1999:139 s. 13.

summan till mer än 1000 miljarder Euro vilket är ca 14 procent av den samlade bruttonationalprodukten inom EU.⁵

Det har sedan 1994 genom vårt inträde i EU blivit en angelägenhet och en rättighet för alla potentiella leverantörer/anbudsgivare inom EU att vara med och konkurrera på den svenska marknaden på lika villkor vilket gör upphandlingsprocessen både mer intressant och mer invecklad.

Reglerna om offentlig upphandling har en stark anknytning till konkurrenslagstiftningen vars huvuduppgift är att skydda den fria rörligheten av varor och tjänster inom EU.⁶ Att upprätthålla skyddet för den fria rörligheten har EU sett som sin huvuduppgift och genomsyrar EG-rätten på alla plan. En senare uppgift som EU tar mer och mer ansvar för är att värna om en ekologiskt hållbar utveckling. Att värna om båda dessa intressen kan bli problematiskt och processen fram till en lyckad fusion kräver en hel del kompromissande. Men möjligheterna att verka för en bättre miljö genom det offentliga upphandlingsförfarandet är stora och kan kanske ge bättre och snabbare resultatet än vad som kan åstadkommas genom gällande miljölagstiftning. Kommissionen har i ett av sina tolkningsmeddelade uttryckt sin syn på relationen mellan ekonomi och miljö:

”Det finns inte någon inre motsättning mellan ekonomisk tillväxt och bevarandet av en acceptabel miljö kvalitet. Det är således inte frågan om ekonomisk tillväxt kontra miljö utan det handlar snarare om att uppnå en samverkan mellan de båda[...]”⁷

1.2 Syfte

En offentlig upphandling består av olika faser som regleras på olika sätt och därmed ger olika utrymme för miljöhänsyn. Uppsatsens syfte är att ge en sammanfattad bild av i vilken omfattning miljöhänsyn kan tas vid offentlig upphandling men även att lyfta fram vilka effekter användandet av miljöhänsyn kan få.

1.3 Material och metod

Den offentliga upphandlingens regelverk är komplex och inte sällan svårtolkad. Att blanda in miljöhänsyn i detta också gör inte saken lättare. Idén om miljöhänsyn i offentlig upphandling är ganska ny vilket innebär att någon utbredd juridisk diskussion inte går att finna i litteraturen i dagsläget. De böcker som jag använt är enbart svenska. Jag har till största delen använt

⁵ Naturvårdsverkets tidning, Miljöaktuellt nr 6-7, 5 september, s. 10.

⁶ 81 artikeln i EG-fördraget stadgar att konkurrensbegränsande avtal mellan företag är förbjudna.

⁷ KOM(2001) 274 s, s. 5.

två böcker⁸ som exklusivt behandlar miljöaspekter vid offentlig upphandling. Böckerna är dock främst riktade mot praktiker vilket gör det svårt att hitta djupare rättsvetenskapliga analyser. De två böckerna är skrivna av författare som alla jobbar med miljöfrågor i olika sammanhang i samhället och detta kan därför färga deras slutsatser i vissa avseende, och därmed även min uppsats. Det övriga materialet utgörs av EG-rättsfall, offentliga tryck och diverse artiklar och utredningar.

Jag använder mig av en traditionell juridisk metod. Vilket innebär att jag använt mig av tillämpliga lagar och dess förarbeten samt tillämpliga rättsfall för att beskriva de delar av den offentliga upphandlingen som har anknytning till miljöhänsyn. Uppsatsen avslutas sedan med avslutande kommentarer kring innehållet i den deskriptiva delen.

1.4 Avgränsning

Denna uppsats har granskat vilka möjligheter som finns att ställa miljökrav vid offentlig upphandling ur ett svenskt perspektiv. Detta innefattar dock förutom den svenska lagstiftningen en granskning av EG-rättsliga regler så som de allmänna principerna och vissa tillämpliga regler i EG-fördraget. Jag kommer inte att ingående redogöra för upphandlingsdirektiven eftersom dess bestämmelser är införlivade i den svenska upphandlingslagstiftningen.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med en kort beskrivning av hur den offentliga upphandlingen i Sverige har utvecklats och vidare hur den offentliga upphandlingen ser ut idag. Efter detta följer en genomgång av den tillämpliga lagstiftningen på området. Detta innefattar EG-rättsliga principer, EG-direktiv, internationella avtal samt svensk lagstiftning. Denna genomgång av tillämplig lagstiftning kommer att beskriva hur den offentliga upphandlingens olika faser ser ut då fokus är satt på hur miljöhänsyn kan integreras i upphandlingsprocessen. Därefter presenteras en lokal upphandling av kollektivtrafik som visar på hur miljöhänsyn integrerats i denna process och vilka problem det gett upphov till. Uppsatsen avslutas med avslutande kommentarer. Uppsatsen innehåller två bilagor som kan underlätta för läsaren att förstå hur upphandlingsprocessen ser ut och som ger tydliga exempel på miljörelaterade kriterier, krav och villkor.

⁸ Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001 och Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004.

2 Gällande upphandlingslagstiftning

2.1 Gemenskapsrättsliga upphandlingsregler

EG-rätten innehåller regler av olika dignitet som är tillämpliga på den offentliga upphandlingen inom gemenskapen. Reglerna kan rangordnas som primärrättsliga och sekundärrättsliga. De primärrättsliga utgörs av de allmänna principerna så som principerna om icke-diskriminering, principen om likabehandling, proportionalitetsprincipen, transparensprincipen samt principen om ömsesidigt erkännande.⁹ Ytterligare primärrättsliga regler finns i EG-fördraget i artiklarna 28, 39, 43, 49 och 86. Dessa förbjuder kvantitativa importrestriktioner, säkerställer den fria rörligheten för personer, tjänster och kapital, säkerställer etableringsrätten, förbjuder inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen samt stadgar medlemsstaternas skyldighet att balansera dess offentliga myndigheters rättigheter så att de inte strider mot fördragsreglerna.¹⁰ De primärrättsliga reglerna är tillämpliga på all sorts upphandling inom gemenskapen.

Den viktigaste sekundärrättsliga lagstiftningen på upphandlingsområdet utgörs av fyra direktiv¹¹. Dessa direktiv behandlar upphandling av varor, tjänster, byggtreprenader, tjänster inom försörjningssektorerna så som vatten, energi, transporter och telekommunikation. Direktiven gäller för alla upphandlingar som överstiger ett visst, i respektive direktiv, uppställt tröskelvärde. De upphandlingar som understiger tröskelvärdena är endast underställda de primärrättsliga gemenskapsreglerna och kan i övrigt regleras på det sätt som de enskilda medlemsstaterna finner lämpligast.

⁹ SOU 1999:139 s. 58 ff.

¹⁰ Forsberg, Niclas, Offentlig upphandling i praktiken, 2001, s.167 f.

¹¹ Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, ersatt med direktiv 93/37/EEG, ändrat genom direktiv 97/52/EG.

Rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, ersatt av direktiv 93/36/EEG, ändrat genom direktiv 97/52/EG.

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, ändrat genom direktiv 97/52/EG.

Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, ändrat genom direktiv 98/04/EG.

2.1.1 De allmänna principerna

2.1.1.1 Principen om icke-diskriminering

Principen om icke-diskriminering förbjuder all diskriminering på grund av nationalitet. Detta förbud innefattar även indirekt diskriminering så som att kräva kortare leveranstider än motiverat utifrån upphandlingens natur. Denna princip omöjliggör dock inte krav som kan ha diskriminerande effekter så länge de är sakliga. Vid en upphandling av tillagad mat kan ett sådant krav vara att maten skall vara varm vid leverans vilket för en del personer kan förefalla diskriminerande gentemot alla leverantörer förutom de lokala leverantörerna. Likaså kan krav på vissa språkkunskaper vid upphandling av en tjänst förefalla diskriminerande men utan att bryta mot principen. Den finns nämligen inga regler för vad som får, eller vad som inte får upphandlas, utan ankommer endast den upphandlande enheten.¹² Det är i diskrimineringsfrågor av stor vikt att klargöra huruvida det är frågan om diskriminering, tillåten diskriminering eller ingen diskriminering alls. I fallet med leverans av varm mat bör man akta sig för att överhuvudtaget tala om diskriminering då värmen är en nödvändig del av den upphandlade produkten eller tjänsten.

2.1.1.2 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen innebär vid offentlig upphandling att alla leverantörer och deras produkter skall behandlas lika. Om ett förtydligande görs i förfrågningsunderlaget på uppmaning av en leverantör skall detta även komma till de övriga leverantörernas kännedom. Denna princip skall upprätthållas genom hela upphandlingsförfarandet.¹³

2.1.1.3 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen innebär vid offentlig upphandling att en upphandlande enhet inte får ställa högre eller andra krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kravet. En leverantörs ekonomiska situation är av intresse för en upphandlande enhet men inte till den grad att de kan kräva att leverantören skall ha en, i relation till företagets omsättning, stor summa pengar på banken. En leverantörs ekonomiska situation är endast intressant i relation till förmågan att genomföra ett upphandlingskontrakt.¹⁴

2.1.1.4 Transparensprincipen

Transparensprincipen eller principen om öppenhet och förutsebarhet innebär i detta sammanhang att alla leverantörer måste få tillgång till samma

¹² Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001 s. 34.

¹³ A. a. s. 34 ff.

¹⁴ A. a. s. 35.

information samtidigt. Utan detta krav skulle konkurrensen snedvridas och kunna ge vissa leverantörer otillbörliga konkurrensfördelar. Genom att annonsera i EUT förhindrar man en sådan situation.¹⁵

2.1.2 Regler i EU-fördraget med anknytning till offentlig upphandling

2.1.2.1 Den fria rörligheten av varor

Artikel 28 i EG-fördraget förbjuder alla kvantitativa importrestriktioner mellan medlemsstaterna, samt åtgärder med motsvarande verkan. Förtydligt innebär kvantitativa importrestriktioner användandet av importkvoter som är begränsande till såväl kvantitet som värde. Åtgärder med motsvarande verkan är sådana åtgärder som har samma effekt som en importrestriktion vilket fastslagits i Dassonville-domen¹⁶ där EG-domstolen konstaterade att alla nationella handelsregler som direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt hindrar samhandeln, är att ses som likställda med kvantitativa importrestriktioner. EG-domstolen har alltså definierat ”åtgärder” enligt sin verkan och inte sin karaktär. En kvantitativ importrestriktion kan i många fall både bryta mot fler än en förbudsregel inom EG-rätten. Ett exempel på detta är Storabelt-fallet¹⁷. Den upphandlande enheten hade i detta fall skrivit in en klausul i upphandlingskontraktet som innebar att entreprenörerna i största möjliga omfattning skulle använda danskt byggmaterial. Detta uppfattades vara diskriminerande och därmed i motsättning till icke-diskrimineringsprincipen men även en handelshindrande åtgärd på grund av det faktum att byggmaterial klassificeras som varor. EG-domstolen fann att den upphandlande enheten brutit mot artikel 28 i EG-fördraget.¹⁸

Handelshindrande åtgärder måste även ha ett direkt samband med en varas utseende, egenskaper, förpackning mm., såvida åtgärderna inte är direkt eller indirekt diskriminerande vilket fastslogs i Keck-Mithouard-målet¹⁹.

Även krav som har en handelshindrande effekt utan att vara diskriminerande faller under artikel 28. I Unix-fallet²⁰ hänvisade den upphandlande enheten till en amerikansk standard i sin specifikation. Detta ansåg EG-domstolen vara handelshindrande. För att den handelshindrande effekten skall undvikas menade EG-domstolen att ”eller likvärdig” skulle infogas i specifikationen.²¹

¹⁵ Forsberg, Niclas, Offentlig upphandling i praktiken, 2001, s. 167.

¹⁶ Mål 8/74, Benoit och Gustave Dassonville.

¹⁷ Mål C-243/89, Kommissionen mot Danmark.

¹⁸ Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001 s. 27 ff.

¹⁹ Mål C-267-268/91, Keck/Mithouard.

²⁰ Mål C-359/93, Kommissionen mot Nederländerna.

²¹ Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001 s. 28 ff.

Skyddsvärdet för den fria varurörelsen är stort, men inte större än att undantag får göras. Enligt artikel 30 i EG-fördraget tillåts vissa begränsningar i varors fria rörlighet. En medlemsstat kan till exempel förbjuda försäljning av en viss vara. Men bara om medlemsstaten kan visa att den begränsande åtgärden grundas på hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller säkerhet eller intresset av att skydda människors eller djurs hälsa och liv etc. Förutom detta får åtgärden inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning för samhandeln. Åtgärdens omfattning får inte heller var oproportionerlig i förhållande till dess syfte.²² Den tyska lagstiftningen förbjuder användandet av PCP-behandlat virke, på grund av att PCP anses utgöra ett skadligt miljögift. Detta är ett undantag från gällande gemenskapslagstiftning. En upphandlande enhet i Tyskland får inte eller behöver inte upphandla PCP-behandlat virke trots att det är lagligt och tillgängligt i övriga medlemsstater.²³ Detta kan naturligtvis uppfattas som diskriminerande mot de leverantörer som i sitt land helt lagligt producerar och säljer PCP-behandlat virke men undantagen från den annars fria rörligheten av varor är få.²⁴

Vid de fall då gemenskapslagstiftning saknas får medlemsstaterna i vissa fall tillämpa egna regler. Detta fastställdes i Cassis de Dijon-fallet²⁵ och tillåter rimliga nationella åtgärder som medför handelshinder, under förutsättning att de är oundgängligen nödvändiga, och utgör ett tvingande hänsyn för skyddet av ett väsentligt, allmänt intresse. För att en åtgärd skall anses rimlig skall den också vara proportionerlig i förhållande till sitt syfte.²⁶ Tvingande hänsyn för skyddet av ett väsentligt allmänt intresse innefattar även miljöskyddsåtgärder vilket bekräftades av det danska flaskmålet²⁷. Danmark fick behålla bestämmelser som föreskriver att producenter och importörer endast får sälja öl och läskedrycker i behållare som ingår i ett retursystem. Detta innebär att det inte finns något hinder för exempelvis svenska upphandlande enheter att ställa samma krav på sina leverantörer. Kravet kan också ställas på andra typer av emballage.²⁸

2.1.2.2 Etableringsfriheten och den fria rörligheten av tjänster

EG-fördragets artikel 43 och artikel 49 reglerar etableringsfriheten och den fria rörligheten av tjänster. Upphandlande enheter är förpliktade subjekt och faller under begreppet staten och måste därför i enlighet med artikel 86 upprätthålla dessa regler samt övriga fördragsregler. Detta innebär en rättighet för individer eller företag inom EU att etablera sig i en vilken

²² Mahmoudi, Said, EU:s miljö rätt, 2003, s.70 ff.

²³ Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001, s. 30.

²⁴ Mahmoudi, Said, EU:s miljö rätt, 2003, s.72.

²⁵ Mål 120/78, Rewe Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.

²⁶ Mahmoudi, Said, EU:s miljö rätt, 2003, s.73.

²⁷ Mål 302/86, Kommissionen mot Danmark.

²⁸ Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001, s. 31.

medlemsstat som de önskar och även rättigheten att fritt tillhandahålla sina tjänster inom gemenskapen.

Ett krav som går ut på att en tjänsteutövare skall vara av en viss nationalitet är alltså förbjudet vilket följer av artikel 39 som stadgar att fri rörlighet för arbetstagare skall säkerhetsställas inom gemenskapen. Att tjänsteutövaren däremot skall kunna tala svenska behöver inte vara förbjudet så länge kravet har direkt betydelse för utövandet av tjänsten. Ett krav på en tjänsteutövare att exempelvis vara tillgänglig vid brådskande service medför de facto att endast lokala tjänsteutövaren kan utföra tjänsten på ett tillfredställande sätt men bör inte heller vara oförenligt med regeln då kravet kan anses sakligt.²⁹

En stark indikation på att EU vill hitta en balans mellan det starka skyddet för handeln inom gemenskapen och miljöskyddet är artikel 6 i EG-fördraget. Den föreskriver att miljöskyddskrav skall integreras i alla delar av gemenskapspolitiken. I Preussen Elektra-målet³⁰ hänvisade EG-domstolen direkt till artikel 6, när rätten tillät en tysk region att tillämpa en lag som stadgar att nätoperatörer skall köpa förnybar el från lokala källor.

2.1.3 Upphandlingsdirektiven

Direktivens huvudsyfte är att främja den fria rörligheten av varor och tjänster, samt att främja den fria konkurrensen och undanröja nationella handelshinder.³¹ Direktiven innehåller inte några uttryckliga hänvisningar till miljöskydd eller miljöhänsyn. Det har dock skett en del sedan dessa direktiv antogs, vilket artikel 6 i EG-fördraget är ett bra exempel på. Även Kommissionen har genom ett av sina tolkningsmeddelanden³² fastslagit att miljörelaterade krav är godtagbara under vissa förutsättningar vilket sedan bekräftats av EG-domstolen i Concordia-målet³³. Dessa omständigheter tillsammans visar på en ny hållning kring miljöhänsyn vid offentlig upphandling och två nya direktiv³⁴ har antagits och ersatt de nu gällande. Dessa skall vara implementerade i nationell rätt senast den sista januari 2006.

I direktivens ingress kan man läsa att de bygger på rådande rättspraxis och då särskilt på den praxis som rör tilldelningsfasen och möjligheterna för den upphandlande enheten att ställa exempelvis miljökrav. Andra nyheter är exempelvis möjligheten att utesluta en leverantör vid miljöbrott, användandet av miljöegenskaper i tekniska specifikationer, användandet av

²⁹ Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001, s. 31.

³⁰ Mål C-397/98, Preussen Elektra AG mot Schleswag AG.

³¹ Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001, s. 27.

³² KOM (2001) 274 s.

³³ Mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy AB.

³⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

kvalitets- och miljöledningssystem som bevis för teknisk förmåga och kapacitet samt användandet av kriterier för miljömärken för att beskriva miljöegenskaper.³⁵

2.2 Internationella avtal

EU samt Kanada, Hong Kong Kina, Island, Israel, Japan, Korea, Liechtenstein, Nederländska Aruba, Norge, Singapore, Schweiz och USA är avtalsparter till Government Procurement Agreement (GPA).³⁶ Detta avtal är skrivit inom ramen för Världshandelsorganisationens (WTO) arbete för att minska antalet handelshinder och diskriminerande bestämmelser vid offentliga upphandlingar mellan avtalsparterna. GPA-bestämmelserna är införlivade i avtalsparternas respektive lagstiftning på upphandlingsområdet.³⁷ Ingressen till avtalet saknar i likhet med de nu gällande direktiven någon direkt hänvisning till miljöskydd eller miljöhänsyn. GPA har dock tolkats på ett sätt som ger de upphandlande enheterna stora möjligheter att använda miljökriterier.³⁸

2.3 Svensk lagstiftning

Den svenska upphandlingslagstiftningen består av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) samt lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU). LIU är tillämplig då en upphandlande enhet betar sig otillbörligt vid en upphandling, så som att diskriminera en leverantör i förhållande till en annan, vilket även innefattar leverantörer i enhetens egen regi. Miljöbalkens (1998:808) regler gäller liksom för all verksamhet även för upphandlande enheter. Nämnas bör även konkurrenslagen (1993:20) som har en stark koppling till den offentliga upphandlingen i Sverige och skall följas av de upphandlande enheterna.³⁹ LOU är ett resultat av upphandlingsdirektivens införlivande i svensk rätt och genom att de upphandlande enheterna i Sverige följer LOU, följer de också upphandlingsdirektiven och GPA.⁴⁰ Om en bestämmelse i direktiven inte skulle vara införlivad i nationell rätt eller nationell rätt strider mot bestämmelsen, kan bestämmelsen vara tillämplig och åberopbar under förutsättning att den har så kallad direkt effekt och tiden för införlivandet har gått ut.⁴¹ En bestämmelse har direkt effekt om den innehåller en individuell rättighet samt är klar, precis och ovillkorlig, vilket EG-domstolen för många år sedan kom fram till i Van Gend en Loos-

³⁵ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004 s. 41 f.

³⁶ http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm 21 mars 2005

³⁷ SOU 1997:111, s. 459 f

³⁸ OECD, The Environmental Performance of Public Procurement - Issues of Policy Coherence, 2003, s. 158.

³⁹ Forsberg, Niclas, Offentlig upphandling i praktiken, 2001, s. 13.

⁴⁰ Nämnden för offentlig upphandling, Kort om lagen om offentlig upphandling, s 5.

⁴¹ SOU 1997:111, s. 61.

målet⁴². EG-domstolen har även kommit fram till att en bestämmelse enbart kan åberopas av en individ gentemot staten, vilket även innefattar de enheter som LOU är tillämpligt på, vilket kallas vertikal direkt effekt.⁴³ I Beentjes-fallet⁴⁴ har det framkommit att de flesta artiklarna i upphandlingsdirektiven har direkt effekt och kan således åberopas om övriga förutsättningar är uppfyllda. Även de bestämmelser som inte anses ha direkt effekt i upphandlingsdirektiven skall enligt principen om fördragskonform tolkning⁴⁵ speglas i de nationella domstolarnas tolkning av den nationella rätten.

2.3.1 Upphandlingsproceduren

LOU består av sju kapitel. Den bygger på upphandlingsdirektiven som tidigare nämnts men med ett tillägg i form av kapitel 6 som reglerar upphandlingar även under tröskelvärdena. Lagen disponeras så här:

- 1 kap. gemensamma regler och definitioner,
- 2 kap. varuupphandling över tröskelvärdena,
- 3 kap. upphandling av byggtreprenörer över tröskelvärdena,
- 4 kap. upphandling inom försörjningssektorerna (vatten-, energi, transport- och telekommunikation) över tröskelvärdena,
- 5 kap. upphandling av A-tjänster över tröskelvärdena,
- 6 kap. upphandling som understiger de tröskelvärdena som anges i 2-5 kap. m.m.,
- 7 kap. överprövning och skadestånd.

2.3.1.1 Upphandlande enhet

Vad som är en upphandlande enhet definieras i första kapitlet i LOU. Här uppräknas statliga, kommunala, och andra myndigheter. Under vissa förutsättningar ingår även beslutande församlingar i kommuner och landsting samt bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, samt att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

2.3.1.2 Tröskelvärden och icke-direktivstyrd upphandling

Som tidigare nämnts är valet av upphandlingsregler olika beroende på om upphandlingens värde överstiger eller understiger ett visst tröskelvärde. Skilda regler för värdering gäller för de olika upphandlingsområdena; varor, byggtreprenad, tjänster osv. och kan hittas i respektive kapitel för de olika

⁴² Mål 26/62, Van Gend en Loos samt Mål 103/88 Fratelli Costanzo.

⁴³ Mål 152/84, Marschall.

⁴⁴ Mål 31/87, Beentjes.

⁴⁵ Mål 14/83, von Colson samt Mål 157/86 Murphy.

upphandlingsområdena. En upphandling kan bestå av många olika delar och kan därför också delas upp för att uppnå bästa konkurrens då leverantörerna kan koncentrera sig på de områden där de är bäst. Detta är tillåtet enligt LOU men det förekommer dock ett generellt förbud mot att dela upp upphandlingar om avsikten är att komma under tröskelvärdena och detta stoppas av att samtliga värden i en upphandling sammanräknas till ett tröskelvärde.⁴⁶

De upphandlingar som understiger tröskelvärdena omfattas inte av upphandlingsdirektiven och kallas därför icke-direktivstyrda upphandlingar. De regleras istället i lagens sjätte kapitel men är fortfarande underställda de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Handlingsutrymmet för medlemsstaterna är därför större och Sverige kan som ett exempel tillåta mer långtgående miljöhänsyn än direktiven tillåter så länge de grundläggande principerna beaktas.⁴⁷ GPA bestämmelserna är inte heller tillämpliga på upphandlingar enligt sjätte kapitlet.⁴⁸

2.3.1.3 Upphandlingsförfaranden

För de upphandlingar som överstiger tröskelvärdena finns tre upphandlingsförfaranden; öppen, selektiv och förhandlad upphandling.

Det öppna upphandlingsförfarandet innebär att den upphandlande enheten infodrar anbud genom annonsering i EGT. Enheten prövar sedan inkomna anbud och fattar ett beslut om vilket anbud som skall antas utan föregående förhandling.

Har ett selektivt förhandlingsförfarande valts annonserar man även här i EGT om ansökan att inkomma med anbud. De inkomna ansökningarna kvalificeras och väljs ut för att sedan inbjudas att avge ett anbud. Enheten prövar anbuden och fattar sedan beslut på samma sätt som vid det öppna förfarandet.

Det tredje förfarandet kallas förhandlat upphandlingsförfarande och får endast användas undantagsvis. I varje kapitel för de olika upphandlingsområdena finns undantagsfallen uppräknade. Detta förfarande går till på samma sätt som det selektiva förfarandet med undantag av att en förhandling sker innan upphandlingsbeslutet fattas.⁴⁹

2.3.1.4 Affärsmässighet

I första kapitlet hittas den regel som utgör grunden för den offentliga upphandlingen ända sedan den första lagstiftningen kom till – nämligen

⁴⁶ EKU-Delegationen, Arbetsgrupp J-Livsmedel, Slutrapport april 2001, bilaga 7 s. 17.

⁴⁷ SOU 2001:31 s. 164.

⁴⁸ Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001, s. 27.
Forsberg, Niclas, Offentlig upphandling i praktiken, 2001, s. 48.

regeln om affärsmässighet. Denna regel föreskriver att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt, samt att anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn⁵⁰. I både upphandlingsdirektiven och LOU⁵¹ uttrycks affärsmässigheten bland annat genom kravet på att grunden för antagandet av ett anbud skall vara att anbudet avser det lägsta priset, alternativt det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet.⁵²

För att bedöma vilket anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt skall den upphandlande enheten ta hänsyn till omständigheter så som pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Denna uppräkningslista är inte uttömmande för tillåtna bedömningsgrunder och som Beentjes-fallet⁵³ visat bör även sociala hänsyn räknas till listan. Att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling är som nämnts tidigare ingen ny företeelse och möjligheten fanns redan innan LOU antogs.⁵⁴ Det råder idag en omfattande debatt kring i vilken mån sociala hänsyn och miljöhänsyn kan tas utan att tumma på affärsmässigheten vid offentliga upphandlingar. I konstaterade i sitt tolkningsmeddelande att miljöhänsyn inte kan tas utan en närmre precisering av begreppet. Genom att översätta miljöhänsynen till specifika och mätbara kriterier kan de också medföra en ekonomiskt mätbar fördel för den upphandlande enheten och på så vis innefattas i affärsmässighetsbegreppet. Tolkningsmeddelandet lämnade dock frågan huruvida den ekonomiska fördelen måste komma den upphandlande enheten tillgodo direkt eller om man kan se ekonomiska fördelar i ett längre perspektiv. Frågan besvarades i Concorida-målet då EG-domstolen konstaterade att någon direkt ekonomisk fördel inte tvunget måste föreligga för att miljökriterier skall få användas i offentliga upphandlingar. Resultatet av detta avgörande är av stor vikt för det fortsatta arbetet med ”gröna upphandlingar” då de ekonomiska fördelarna av miljövärande åtgärder oftast inte går att mäta i direkt anknytning till upphandlingen.

I förarbetena kan man också läsa att den upphandlande enheten skall ge uttryck för affärsmässigheten genom att få ”värde för pengarna”. Det konstateras också att affärsmässighetsbegreppet därför kan ha olika innebörd från fall till fall och därför också från upphandlande enhet till upphandlande enhet.⁵⁵ En uppfattning är att den upphandlande enheten skall ta vägledning i den privata sektorns sätt att köpa varor och tjänster. Detta går dock inte att genomföra fullt ut då de upphandlande enheterna inte är

⁵⁰ Se kapitel 2.1.1.2 Likabehandlingsprincipen.

⁵¹ 1 kap. 22 §, 6 kap. 12 § LOU.

⁵² Prop. 2001/02:142, s. 38.

⁵³ EG-domstolen fann att det var förenligt med direktivet att i ett upphandlingskontrakt ta in krav på leverantören att anställa långtidsarbetslösa under förutsättning att kravet inte hade en direkt eller indirekt diskriminerande effekt för anbudsgivare från andra medlemsstater och under förutsättning att dessa speciella krav redan ställts i förfrågningsunderlaget.

⁵⁴ Se kapitel 1.1.1

⁵⁵ SOU 2001:31 s. 69 f

vinstdrivande verksamheter utan styrs av politiska mål och av regler som förbjuder diskriminerande handlingar gentemot leverantörer.⁵⁶

2.3.1.5 Förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlaget utgör själva grunddokumentet i upphandlingen och bör innehålla administrativa bestämmelser, kommersiella villkor och en kravspecifikation med kvalifikationskriterier och utvärderingskriterier. Detta dokument ligger till grund för anbudsgivarnas prissättning och måste därför vara klart och tydligt utformat. Ett oklart förfrågningsunderlag kan leda till att anbudsgivarna uppfattar kraven olika och detta kan medföra problem vid en utvärdering då anbud för upphandling över tröskelvärden inte får kompletteras. Detta skulle i så fall kunna äventyra de principer som är inbyggda i regeln om affärsmässighet så som likabehandlingsprincipen.⁵⁷ Om en upphandlande enhet känner sig nödgad att ändå göra förändringar eller kompletteringar måste i regel upphandlingen göras om.⁵⁸

2.3.1.6 Kravspecifikationen

Häri skall den upphandlande enheten beskriva vad den avser att upphandla. Detta görs genom att ställa upp olika typer av kriterier, krav och villkor. Den första typen av krav är obligatoriska och anbudet måste uppfylla dessa för att över huvudtaget beaktas av den upphandlande enheten. Dessa benämns som kvalifikationskriterier och skall-krav och rör både anbudsgivaren och anbudet. Kvalifikationskriterierna syftar till de obligatoriska krav som anbudsgivaren måste uppfylla medan skall-kraven är de obligatoriska krav som anbudet (produkten eller tjänsten) måste uppfylla. Den andra typen av krav benämns ibland som bör-krav⁵⁹ vilket är missvisande då ett bör-krav egentligen inte lämnar något utrymme för någon utvärdering eller rättvis jämförelse av anbuden. Bör-krav är något av en motsägelse inom den offentliga upphandlingen då något antingen skall uppfyllas eller utvärderas. Dessa bör-krav bör således istället rubriceras som utvärderingskriterier och skall tillämpas vid bedömning av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt.

2.3.2 Kvalificeringsfasen

Kvalificeringsfasen innebär att den upphandlande enheten gör en bedömning av leverantörernas förmåga att genomföra ett upphandlingskontrakt. Bedömningen görs genom att uppställa kvalifikationskriterier som måste uppfyllas av leverantörerna. Dessa

⁵⁶ SOU 2001:31 s. 70

⁵⁷ Forsberg, Niclas, Offentlig upphandling i praktiken, 2001, s. 99.

⁵⁸ A. a. s. 100.

⁵⁹ Jfr Forsberg, Niclas, Offentlig upphandling i praktiken, 2001, s. 109 och Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001, s. 58.

kriterier bör vara tydligt formulerade och får endast inriktas på en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Det måste också finnas en koppling mellan kriterierna som uppställs och föremålet för upphandlingen. Kriterierna får inte heller komma i konflikt med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Då det inte finns någon förteckning i LOU eller i de bakomliggande direktiven som anger vilka kriterier som kan ställas på leverantörerna kan de upphandlande enheterna ställa vilka kriterier som helst inom angivna ramar.⁶⁰ Däremot är de möjligheter som en upphandlande enheten har att införskaffa bevis för att leverantören faktiskt uppfyller ställda kriterier reglerad. Detta sätter i praktiken gränser för vilka kriterier som kan ställas.

2.3.2.1 Bevismedel

I förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling finns kataloger med bevismedel som kan begäras in av den upphandlande enheten avseende leverantörernas ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Det är viktigt att upphandlarna gör en klar åtskillnad mellan vad som är ett kvalificeringskriterium och vad som är ett bevis för att kriteriet eller kriterier uppfyllts. Tillämpningen av ett specifikt miljöledningssystem kan i vissa fall tjäna som ett bevismedel, men kan inte vara ett kvalificeringskriterium i sig.⁶¹ På samma sätt som miljöledningssystem kan tjäna som bevismedel för att en anbudsgivare och dess organisation uppfyller vissa kriterier kan miljömärkning som exempelvis Svanen och EU-blomman uppfylla samma syfte vad gäller anbud och produkter.⁶²

2.3.2.2 Ekonomisk och finansiell ställning

En leverantörs ekonomiska ställning har stor betydelse för den upphandlande enheten då genomförandet av en upphandling tar mycket tid och personal i anspråk. Ett upphandlingskontrakt som går till ”fel” leverantör är inte önskvärt.

Industriverksamheter bedrivs ofta med kostnader för sin miljöpåverkan då till exempel tillståndsvillkor enligt miljöbalken ställer krav på bästa möjliga teknik som kan innebära temporära men stora ekonomiska påfrestningar. En sådan situation kan även uppkomma vid sanering av tomtmark då miljöbalken ställer upp en oavvislig plikt för fastighetsägare att återställa förstörd mark.⁶³ Sådana omständigheter bör vägas in i den ekonomiska

⁶⁰ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s. 62.

⁶¹ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s. 62 f.

⁶² A. a. s 80.

⁶³ Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001, s. 40 f

bedömningen för att säkerställa att leverantörerna kan genomföra ett eventuellt upphandlingskontrakt på ekonomiska grunder.

2.3.2.3 Teknisk förmåga och kapacitet

Ett krav som till exempel syftar till en leverantörs kunskap eller utbildning i miljöledning som inte har med det som skall upphandlas är inte godtagbart som ett kvalifikationskriterium.⁶⁴ Inte heller är det tillåtet att ställa upp ett kvalifikationskriterium som kräver att leverantörer är certifierade enligt ett specifikt miljöledningssystem, så som ISO 14001⁶⁵ eller EMAS⁶⁶. De minimikrav som uppställs i dessa miljöledningssystem kan uppnås av leverantörer utan certifiering eller som är certifierade enligt något annat system. Ett sådant kriterium skulle därför vara diskriminerande.

För att den upphandlande enheten skall kunna säkerställa att en leverantör har och behåller ett godtagbart miljökunskande under avtalsperioden kan de däremot ställa upp krav på att leverantören upprätthåller ett tredjepartskontrollerat miljöledningssystem som uppfyller sådana krav⁶⁷ som återfinns i exempelvis ISO 14001 eller EMAS. Kvalifikationskriteriet är då inte att leverantören måste vara certifierad enligt ett specifikt miljöledningssystem utan att leverantören måste ha ett miljöledningssystem med tredjepartskontroll som uppfyller vissa krav med hänvisning till de krav som uppställs i ett specifikt miljöledningssystem.⁶⁸

2.3.2.4 Miljömärkning och miljödeklarationer

Det är fullt möjligt för en upphandlande enhet att hänvisa till kriterier i ett miljömärke när de ställer upp kvalifikationskrav eller utvärderingskrav. I likhet med krav på specifika miljöledningssystem kan krav på en specifik miljömärkning inte ställas upp men däremot tjäna som ett bevismedel för att vissa kriterier uppfylls. Det är inte heller tillåtet att hänvisa till alla kriterier som ett miljömärke utgörs av. Vissa kriterier har koppling till tillverkningsprocesser och råvarors ursprung vilket kan innebära handelshinder och därmed bryta mot LOU och den fria varurörelsen. De kriterier som ingår i EU-blomman innehåller dock inte några kriterier som anses handelshindrande, trots att vissa kriterier hänför sig till tillverkningsprocessen, eftersom miljömärket grundar sig på en EU-förordning och är direkt tillämplig och bindande för alla medlemsländer.⁶⁹

⁶⁴ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s. 62.

⁶⁵ ISO 14001 är en kravspecifikation för miljöledningssystem vilket fastställts av International Organisation for Standardization.

⁶⁶ EMAS är EU:s frivilliga miljöstyrnings- och miljörevisionsordning. EMAS står för Eco Management and Audit Scheme. EMAS är en EU-förordning och baseras på ISO 14001.

⁶⁷ För mer information om kraven i ISO 14001 och EMAS se Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s. 120 ff.

⁶⁸ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s. 76 ff.

⁶⁹ A. a. s. 81.

Förekomsten av miljödeklarationer och miljövarudeklarationer kan inte heller utgöra ett kriterium som måste uppfyllas av leverantörer utan dessa kan istället också utgöra ett bevis för att verifiera uppfyllandet av miljörelaterade produktkrav.⁷⁰

2.3.2.5 Uteslutningskriterier

Före kvalificeringsfasen kan en leverantör, trots att han skulle uppfylla kvalificeringskriterierna, uteslutas från fortsatt deltagande i en upphandling om leverantören uppfyller något eller några av de uteslutningskriterierna som en upphandlande enhet kan åberopa. Uteslutningskriterierna finns uppräknade i 1 kap. 17 § LOU. De inryms i sex punkter och är uttömmande.

En leverantör kan uteslutas om han: är i konkurs eller likvidation eller föremål för ansökan om samma; är dömd för brott avseende yrkesutövning enligt lagakraftvunnen dom; har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta; inte har betalt socialavgifter eller skatt; har underlåtit att lämna begärda uppgifter eller lämnat felaktiga uppgifter.

Bevisbördan är placerad på leverantören som måste visa att uteslutningskriterierna inte är tillämpliga på honom förutom i de fall då leverantören misstänks ha gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen.

En leverantörs brister i sin yrkesutövning kan leda till uteslutning. Då en leverantör gjort sig skyldig och dömts till brott avseende sin yrkesutövning bör detta leda till uteslutning. De leverantörer som gjort sig skyldiga till miljöbrott enligt nationell miljölagstiftning kan således uteslutas. Men i det fall en upphandlande enhet anser att en leverantör gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövning blir situationen svårare. Kammarrätten i Stockholm⁷¹ hade att pröva huruvida en upphandlande enhet med fog kunde utesluta en leverantör på grund av misstänkt utsläpp av kvicksilver samt bedrivande av verksamhet utan tillstånd enligt miljöbalken. Då anklagelserna om kvicksilverutsläppen var under utredning ansåg kammarrätten att det inte kunde klargöras om detta kunde anses vara ett allvarligt fel i leverantörens yrkesutövning. Däremot ansågs verksamhetens bedrivande utan tillstånd utgöra fel i yrkesutövningen men inte av den art att det kunde anses utgöra allvarligt fel som krävs för uteslutning då tillstånd hade erhållits vid tidpunkten för domens avkunnande. Detta fall visar på svårigheten för en upphandlande enhet att utesluta en leverantör på denna grund. Fallet utgör enligt min mening dock inte tillräcklig grund för att utesluta möjligheten att utesluta en leverantör på grunden att leverantören

⁷⁰ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s. 82.

⁷¹ Kammarrätten i Stockholm, avd. 5, dom 1996-12-11, mål nr 8647-1996.

saknar tillstånd. Jan-Erik Falk⁷² menar att innebörden av allvarliga fel i yrkesutövningen inte är klar, men att yrkesfusk så som att måla med felaktig färg och metod samt lagbrott som ännu inte kommit under domstols bedömning torde kunna falla under regelns tillämpning.⁷³

2.3.3 Prövning av anbud

Den upphandlande enheten skall efter kvalificeringsfasen pröva eller utvärdera de anbud som återstår. Det finns två möjligheter för en upphandlande enhet att utvärdera de återstående anbuden. Antingen väljs anbudet med det lägsta priset eller så väljs det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt.⁷⁴

Om anbudet med lägsta pris skall väljas kan endast detta kriterium prövas. Ett anbud som anses orimligt lågt kan dock förkastas om det i förhållande till den ekonomiska bedömningen av leverantören finns en risk för att uppdraget inte kan fullgöras på ett tillfredställande sätt. Om den upphandlande enheten vill ställa miljökrav måste detta ske i kvalifikationsfasen och svårigheten att lägga sig på en nivå som både säkerställer att önskade miljökrav uppfylls samt att tillräckligt många anbudsgivare skall kvalificeras så att en tillfredställande konkurrenssituation bibehålls är påtaglig.⁷⁵

Vilken anbuds metod samt det eller de utvärderingskriterier som kommer att användas skall anges i förfrågningsunderlaget eller i annonsen. Om en upphandlande enhet bortser från att ange vilka utvärderingskriterier som kommer att beaktas vid val av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet får den upphandlande enheten endast beakta priskriteriet vid prövningen.⁷⁶ Den upphandlande enheten skall i det fall flera kriterier skall beaktas, ange deras inbördes rangordning.⁷⁷ Enligt de nya upphandlingsdirektiven skall kriterierna även viktas i förhållande till varandra vilket innebär ytterliggare precisering.⁷⁸ Detta leder till en minskad risk för godtyckliga bedömningar av den upphandlande enheten och i slutändan en minskad risk för överprövningar och skadeståndstalan.

⁷² Jan-Erik Falk är jurist och verksam inom Silf Competence AB med lång erfarenhet av bland annat utbildning om miljöanpassad upphandling. Han är medlem av Rådet för offentlig upphandling (ROU) och European Public Procurement Group.

⁷³ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s 167.

⁷⁴ Se 1 kap. 22 § LOU.

⁷⁵ Se Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001, s. 59.

⁷⁶ Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001, s. 58.

⁷⁷ SOU 2001:31 s. 133

⁷⁸ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s. 57.

2.3.3.1 Utvärderingskriterier

Om metoden har valts att välja anbud efter det som är mest ekonomiskt fördelaktigt får den upphandlande enheten därmed beakta ett flertal kriterier så som pris, leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella samt tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd samt miljöhänsyn.⁷⁹ Som nämnts tidigare avser utvärderingskriterierna, till skillnad från uteslutningskriterierna och kvalifikationskriterierna, endast anbudet och inte anbudsgivaren.⁸⁰ De utvärderingskriterier som räknas upp i LOU är inte en uttömmande uppräkningslista vilket innebär att den upphandlande enheten kan göra egna tillägg. För att ett kriterium skall vara tillåtet måste det ha ett samband med föremålet för upphandlingen samt vara icke-diskriminerande, proportionerligt, jämförbart och relevant.⁸¹ Trots att uttrycket ekonomiskt mest fördelaktigt i sin ordalydelse förutsätter en ekonomiskt mätbar fördel kan miljökriterier som tillsynes inte ger någon direkt ekonomisk fördel vara tillåtna då de kan tjäna samhället i ett större och långsiktigare perspektiv.⁸²

I det nyligen avgjorda Concordia-målet, konstaterade domstolen att i likhet med det tillåtna kriteriet i form av estetiska förtjänster kan miljökriterier utan en direkt ekonomisk fördel innebära en förtjänst som påverkar anbudets värde för en upphandlande enhet.⁸³ Domstolen konstaterade också att miljökriterier får tillämpas under förutsättning att de har ett samband med föremålet för upphandlingen och att de uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget eller i annonsen och är förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten. Domstolen underströk dock att den upphandlande myndigheten inte kan ges en obegränsad valfrihet vad gäller valet av miljökriterier.

2.3.4 Särskilda kontraktsvillkor

Möjligheten att uppställa särskilda kontraktsvillkor för hur ett leverantörsuppdrag skall genomföras infördes i 1 kap. 18b § LOU vilket gjordes möjligt så sent som 2002. Denna möjlighet har även införts i de nya direktiven⁸⁴. Vilken typ av villkor som är godtagbart har dock diskuterats flitigt utan entydigt resultat.

Enligt den formulering som används i LOU och i de nya direktiven kan särskilda kontraktsvillkor uppställas för hur den vinnande anbudsgivaren skall genomföra kontraktet. En förutsättning är att villkoren är förenliga med grundläggande gemenskapsrättsliga principer samt att det säkerställs att anbudsgivarna får kännedom om dessa i anbudsförfarandet.⁸⁵ För

⁷⁹ 1 kap. 22 § LOU.

⁸⁰ SOU 2001:31 s. 133.

⁸¹ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s. 71.

⁸² A. a. s. 70 f.

⁸³ Mål C-513/99 Concordia Bus Finland Oy AB, p. 55 ff.

⁸⁴ Se art. 26 i direktiv 2004/18/EG.

⁸⁵ Prop. 2001/02:142, s. 19 f.

upphandlingar över tröskelvärde skall villkoren anges redan i annonsen och för upphandlingar under tröskelvärde skall villkoren anges senast i förfrågningsunderlaget.⁸⁶

Möjligheten att ställa särskilda villkor ställdes på sin spets i Beentjes-fallet⁸⁷. Domen innebar att en upphandlande enhet fick rätt att utesluta en leverantör som inte kunde uppfylla kravet att rekrytera 70 % av arbetsstyrkan från långtidsarbetslösa i och för utförande av ett visst anläggningsarbete. Domstolen kom fram till att villkoret om arbetsstyrkans sammansättning varken hade att göra med kvalificeringen av leverantörer med hänsyn till ekonomisk ställning eller teknisk kapacitet eller med anbudsutvärderingen. Domstolen kom trots detta fram till att villkoret var godtagbart eftersom det inte stred mot direktivet eller var direkt eller indirekt diskriminerande i förhållande till anbudsgivare från andra medlemsländer och att det var proportionerligt.⁸⁸ Domen kan inte tolkas på ett sätt som endast medger socialt hänsynstagande utan bör även kunna innefatta andra områden så som miljöskydd.⁸⁹

Kommissionens tolkning av Beentjes-fallet är att särskilda villkor i form av sociala hänsyn är tillåtna att uppställa så länge de inte påverkar tilldelningen av kontraktet utan endast är ett tillkommande villkor som skall uppfyllas utanför anbudstävlingen. Denna tolkning har EG-domstolen inte ansett vara korrekt och har i det liknande målet Nord-Pas-de-Calais⁹⁰ försökt klargöra rättsläget då de konstaterade att ett villkor med sociala hänsyn, som inte kan anses ha någon direkt koppling till föremålet för upphandlingen, var tillåtet även om villkoret var ett tilldelningskriterium och inte bara ett särskilt utförandevillkor. Domstolen påpekar att det framgår av domen i Beentjes-fallet att villkoret inte kunde vara något annat än ett tilldelningskriterium.

Kommissionens tolkning av Beentjes-fallet har uppenbart fått stå som modell för utformningen av bestämmelsen i både LOU och i de nya upphandlingsdirektiven vad gäller särskilda kontraktsvillkor.⁹¹ Enligt min mening visar EG-domstolens domar i de fall som diskuterats ovan, ett visst utrymme för att sociala hänsyn och miljö hänsyn kan tas genom uppställande av villkor, och då även i form av tilldelningsvillkor som inte har direkt koppling till föremålet för upphandlingen. Detta utrymme är i varje fall väsentligt större än det som kommissionen medger.

⁸⁶ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s. 67.

⁸⁷ Mål 31/87, Beentjes.

⁸⁸ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s. 67 f.

⁸⁹ Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001, s. 49.

⁹⁰ Mål C-225/98 Nord-Pas-de-Calais, p. 52 f.

⁹¹ SOU 2001:31 s. 129.

2.3.5 Utförandevillkor

Utöver de särskilda kontraktsvillkoren kan de upphandlande enheterna uppställa villkor som är kopplade till hur kontraktet skall utföras. Dessa villkor får endast röra utförandet av kontraktet och måste särskiljas från tilldelningsvillkoren. Alla anbudsgivare måste vara i stånd att fullgöra dessa villkor om de skulle tilldelas kontraktet, det vill säga villkoret måste inte vara uppfyllt förrän uppdraget skall genomföras. Utförandevillkor är varken reglerade i de nya eller gamla direktiven eller LOU men som övriga villkor och krav får de inte strida mot de allmänna gemenskapsrättsliga principerna och i synnerhet inte mot principen om icke-diskriminering. Dessa villkor skall i likhet med särskilda kontraktsvillkor meddelas anbudsgivarna i ett tidigt stadium av upphandlingen. Då någon närmre reglering saknas finns det dock inte något tvingande krav på detta. Ett godtagbart utförandevillkor kan vara att varorna som är föremål för upphandlingen skall kunna levereras i återanvändningsbara behållare.⁹²

2.3.6 Överprövning och skadestånd

Möjligheten att överpröva en upphandling finns till för leverantörer som anser att de inte kan delta i en upphandling på grund av det sätt som den genomförs. Dessa situationer kan vara att en leverantör anser att annonsen är felaktigt utformad med resultatet att han inte kan delta, eller att kvalifikationskriterierna är formulerade på ett sätt som inte säkerställer en reell anbudstävlan. Överprövningen kan begäras under pågående upphandling vilket minimerar eller förhindrar eventuella skador i ett tidigt stadium. Efter leverantörs begäran prövar länsrätten om den upphandlade enheten brutit mot någon bestämmelse i LOU. Efter att avtal mellan vinnande leverantör och upphandlande enhet undertecknats bortfaller möjligheten att överpröva.⁹³

Efter avslutad upphandling kan en leverantör som anser sig lidit skada begära skadestånd genom att stämma den upphandlande enheten i allmän domstol. Förutsättningen för att erhålla skadestånd är att det skett fel i upphandlingen och att detta medfört att leverantören lidit skada i form av att han inte erhållit upphandlingskontraktet.⁹⁴

2.3.7 Leverantörsuppföljning

Leverantörsuppföljning är inte reglerad i lag men förtjänar att nämnas då denna del av upphandlingsprocessen kan sägas utgöra den upphandlande enhetens ”tillsyn” över det ingångna avtalet. Den upphandlande enheten har dock inga befogenheter som sträcker sig utöver de som ges inom ett

⁹² KOM(2001) 274 s, s. 22.

⁹³ Forsberg, Niclas, Offentlig upphandling i praktiken, 2001, s. 153 f.

⁹⁴ Forsberg, Niclas, Offentlig upphandling i praktiken, 2001, s. 156 f.

civilrättsligt avtal, om inget annat avtalats. Om inte denna ”tillsyn” görs på ett noggrant och tillfredställande sätt kan detta påverka både de övriga anbudsgivarnas och skattebetalarnas tilltro till den upphandlande enheten. I de fall upphandlingskontraktet innehåller utförandevillkor måste den upphandlande enheten försäkra sig om att dessa efterlevs under avtalsperioden.⁹⁵ För att underlätta delar av uppföljningsarbetet vad gäller uppställda miljökrav kan en upphandlande enhet till exempel kräva att leverantören har ett tredjepartskontrollerat miljöledningssystem.

2.4 Miljöbalkens påverkan på offentlig upphandling

Miljöbalkens regler gäller inte bara för de situationer som direkt regleras därav, så som tillstånd till miljöfarlig verksamhet vilket kan ha betydelse för hur en leverantörs tekniska kapacitet bedöms.⁹⁶ De gäller även för andra situationer som kan ha betydelse för att miljöbalkens mål skall uppnås. Då en upphandling sker skall miljöbalkens hänsynsregler följas av den upphandlande enheten för att på så sätt främja en hållbar utveckling och uppnå det i miljöbalkens 1 kap. 1 § uppställda mål.⁹⁷

De allmänna hänsynsreglerna som finns i miljöbalkens andra kapitel gäller parallellt med LOU och skall tillämpas vid varje åtgärd som kan komma att inverka på miljön eller på människors hälsa, under förutsättning att åtgärden inte är av försumbar betydelse. De hänsynsregler som har störst betydelse vid offentlig upphandling är:

- hushållnings- och kretsloppsprincipen som innebär att man skall hushålla med råvaror och energi samt utnyttja möjligheter till återanvändning och återvinning – detta skulle kunna innebära att den upphandlande enheten bör välja produkter som ingår i ett återvinningssystem;
- produktvalsprincipen som innebär att man skall välja de kemiska produkter och biotekniska organismer som är minst skadliga för människors hälsa och miljön;
- bevisbörderegeln innebär att verksamhetsutövaren, eller i upphandlingsärenden leverantören, har bevisbördan och skall visa att en produkt inte är skadlig;

⁹⁵ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s. 74.

⁹⁶ Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, 2001, s. 41.

⁹⁷ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s. 14.

- försiktighetsprincipen innebär att det finns en skyldighet att vidta skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått redan när risk för negativ miljöpåverkan föreligger.

Hänsynsregler skall följas i den utsträckning det är rimligt och relevant och tillämpningen skall avvägas i förhållande till de miljö- och hälsorisker som finns och kan komma att uppstå. Avvägningen bör också stå i proportion till den tjänst eller produkt som är föremål för upphandlingen.⁹⁸ Den svenska miljölagstiftningen kan i vissa fall innehålla förbud som innebär att vissa ämnen inte får användas på grund av att de är skadliga för miljön, vilka således inte heller får upphandlas. Miljölagstiftningen kan också sätta maxinivåer för vissa ämnen vilket kan förhindra en upphandlande enhet att välja produkter som innehåller för höga halter av något dessa ämnen.⁹⁹ Detta föranleder sällan problem vid upphandlingar där endast svenska leverantörer deltar eftersom de också måste följa samma bestämmelser. Detta problem kan snarare uppstå för leverantörer från andra medlemsstater som saknar samma förbud eller maximinivå i deras miljölagstiftning.

Varken LOU eller upphandlingsdirektiven reglerar vad som får eller vad som inte får upphandlas. Miljölagstiftningen fyller i detta sammanhang en viss funktion då den kan tvinga en upphandlande enhet att välja exempelvis en viss typ av produkt före en annan. Miljölagstiftningen kan också påverka vilka miljöhänsyn som skall tas vid en förestående upphandling.

⁹⁸ Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, 2004, s. 14 f.

⁹⁹ Nilsson, Annika och Henrik Norinder, En Integrerad Produktpolicy i EU - något om de EG-rättsliga förutsättningarna, s. 73.

3 Miljöhänsyn i praktiken

3.1 Lunds kommun upphandlar kollektivtrafik

Det nu gällande avtalet med Bussföretaget Arriva gäller fram till den sista april 2005. Med anledning av detta har Lunds kommun genomfört en ny upphandling av stadsbusstrafik med avtalsstart den 1 maj 2005. Upphandlingen genomfördes som en förhandlad upphandling enligt 4 kap. LOU som reglerar upphandling av transport.

Upphandlingen delades in i två etapper som kommunen kallade prekvalificering och anbud. I prekvalificeringsetappen valdes de anbudssökande ut som uppfyllt kvalificeringskriterier så som formella, tekniska och finansiella krav. De godkända anbudsgivarna fick sedan i anbudsetappen ett komplett förfrågningsunderlag för att kunna inlämna en fullständig offert. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet valdes därefter ut med hjälp av kriterierna pris, fordon, kvalitet, kompetens och miljö.¹⁰⁰

Anbudsgivarna erhöll tillsammans med förfrågningsunderlaget en fordons- och teknikbilaga för stadsbussar, även kallad FTS-bilaga, som specificerade de skall-krav som ställts på fordonsparken. Kraven är standardiserade och används av Skånetrafiken för alla stadsbussar. Kraven är indelade i miljökrav för fordon med särskilda avsnitt för exempelvis drivmedel, avgaser och bulleremissioner samt tekniska krav på fordon med fokus på möjligheterna till av och påstigning och handikappsanpassning. Dessa krav måste uppfyllas av anbudsgivarna men då det i detta fall var en förhandlad upphandling kunde vissa av kraven bli föremål för förhandling om någon av anbudsgivarna begärde detta samt motiverade varför.

De anbud som kvalificerat sig prövades sedan utefter de ovan nämnda prövningskriterier. Kriterierna var rangordnade samt viktade men även indelade i huvudkriterier samt underkriterier då detta var möjligt.

- **Pris** 70 %
- **Fordon** 15 % → *Emissioner* → kväveoxider 30 %
koloxid 5 %
osv. upp till totalt 70 %
Buller → 10 %
Egenskaper i övrigt → 20 %

¹⁰⁰ Lunds kommun, Tekniska förvaltningen, Kollektivtrafikkontoret, Tekniska nämnden, Tjänsteskrivelse 2004-02.

- **Kvalitet** 10 % → *Redovisade arbetssätt* 50 %
Externa referenser 50 %
- **Kompetens** 2,5 % → *Trafikföretagets kompetens* 50 %
Trafikföretagets organisation 50 %
- **Miljö** 2,5 % → *Trafikföretagets sätt att arbeta med miljöfrågor*
100 %

Det vinnande anbudet gavs av Bergkvarabuss som enligt kommunen hade det den bästa kombinationen av faktorerna pris och miljö. Den fordonspark som nu i Arrivas regi består av 70 % naturgasdrivna och 30 % dieseldrivna bussar kommer att bytas ut till enbart naturgasdrivna bussar. Naturgasdrivna bussar sänker både utsläppen och bullernivån men kostar något mer än dieseldrivna.¹⁰¹

Två av de övriga anbudsgivarna, Arriva¹⁰² och Swebus, ansökte, var för sig, hos länsrätten om överprövning av upphandlingsbeslutet.

Arriva yrkade att upphandlingen skulle göras om samt att länsrätten omedelbart skulle besluta att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat har beslutats. Som grund för sin talan anförde bolaget att kommunen inte agerat affärsmässigt i enlighet med 1 kap. 4 § LOU. Arriva menade bland annat att det faktum att skall-kraven i FTS-bilagan kunde bli föremål för förhandling stred mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen och därmed även mot huvudregeln om affärsmässighet. Kommunen menade att dess ambition var att upphandla fordon som uppfyllde samtliga fordonskrav i FTS-bilagan men att dessa krav kunde bli föremål för förhandling om avvikelser från kraven angavs av anbudsgivaren i föreskriven ordning. Kommunen menade vidare att genom att öppet se vad avvikelserna innefattade skulle den under prövningen av anbuderna på ett affärsmässigt sätt avgöra huruvida sådana avvikelser skulle kunna vara acceptabla eller inte. Kommunen ansåg att detta var tillåtet då det skedde inom den förhandlade upphandlingens förhandlingsmoment. Kommunen reagerade även på att Arriva inte inkommit med några frågor kring FTS-bilagan då tillfälle gavs i god tid före utgången av anbudstiden. Arriva menade att det saknade relevans huruvida bolaget framfört någon kritik eller inte. Arriva ansåg också att det var praktiskt taget omöjligt att förstå vilka krav som var skall-krav och vilka som var bör-krav och att skall-krav i sin tur inte är föremål för någon utvärdering. Arriva var också kritisk mot att kommunen uppställde olika miljökrav på olika ställen i förfrågningsunderlaget. Länsrättens konstaterade i sin kortfattade bedömning att varken förfrågningsunderlaget eller kriterierna var tillräckligt otydliga för att på de grunder Arriva åberopat ingripa med stöd av bestämmelserna i LOU. Länsrätten avslog Arrivas ansökan om

¹⁰¹ Tobias Rydin, Alla bussar blir gasdrivna - Kommunen byter entreprenör och stärker sin miljöprofil, Sydsvenska dagbladet, sida C01, 040618.

¹⁰² Länsrätten i Skåne län, dom 2004-07-30, mål nr 7541-04 E.

överprövning. Arriva ansökte därefter om prövningstillstånd i Kammarrätten vilket inte beviljades.

4 Avslutande kommentarer

Det framgår med önskvärd tydlighet av de nya direktiven att miljöhänsyn är tillåtet vilket ligger väl i linje med EU:s ambition att integrera miljöskydd i gemenskapens politikområden.¹⁰³ Lagstiftaren har även skrivit in möjligheten att använda miljöegenskaper som ett tilldelningskriterium vid offentlig upphandling.¹⁰⁴ Uppsatsens syfte har varit att visa i vilka skeenden dessa kriterier kan uppställas och även ge exempel på hur miljökritier kan utformas och användas. Det är för mig uppenbart att offentlig upphandling kräver mycket stor kunskap om regelverken samt föremålet för en upphandling. I de fall miljökritier används anser jag att det finns ett behov av ytterliggare kunskap hos både upphandlare och leverantörer. Kriterier som är svårtolkade och dåligt motiverade leder inte sällan till överprövning eller skadeståndstalan. I de fall en upphandlande enhet inte har tillräcklig kunskap om föremålet för upphandlingen är det troligt att anta att den upphandlande enheten inte uppställer tillräckligt kvalificerade kriterier och krav för att få den bästa produkten, och i synnerhet inte den miljövänligaste, vilket ur ett annat perspektiv inte heller är ett önskvärt scenario.

En del av dessa problem skulle kunna lösas med ökade resurser för utbildning av de tjänstemän som vanligtvis sysslar med upphandling på sin myndighet och fler jurister bör anställas. Dessa åtgärder kan bli mycket kostsamma och i vissa kommuner omöjliga på grund av en stram budget. Man skulle därför kunna argumentera för att staten skall finansiera utbildning samt erbjuda juridisk hjälp till de kommuner som trots detta saknar tillräcklig kompetens. Man kan i samma andetag fråga sig varför skall staten bemedla kommuner för dessa ändamål? Om staten har ambitionen att en ekologisk hållbar framtid skall säkras samt att uppnå socialpolitiska mål - är offentlig upphandling en effektiv metod att uppnå dessa syften. I detta sammanhang måste man ändå ställa frågan om de upphandlande enheterna, det vill säga statliga och kommunala myndigheter med fler, bör utnyttja sin konsumentmakt för att uppnå dessa syften? De som anser att statens inflytande och makt bör minska tycker nog inte att det är en bra idé medan de som är förespråkare för en stat med större makt nog tycker att det är precis som det skall vara. Relationen mellan ekonomisk effektivitet, i vart fall kortsiktig sådan, och miljöhänsyn är allt annat än smärtfri och dessa två intressens inbördes balans är snarare en politisk fråga än en rent juridisk. Denna fråga är i och med EU inte enbart en nationell fråga utan en fråga som placerat sig på den europeiska gemenskapens dagordning.

De upphandlande enheternas förmåga att genomföra en upphandling på bästa sätt beror enligt mig huvudsakligen på två faktorer - regelverkens kvalitet och enhetliga tolkning samt upphandlande enheters juridiska och sakspecifika kompetens.

¹⁰³ Ingressen p. 5 i Direktiv 2004/18/EG.

¹⁰⁴ Art. 56 i Direktiv 2004/18/EG.

I fallet om upphandlingen av stadstrafik i Lund ansåg Arriva att det inte gick att säkert veta om de kriterier som Lunds kommun uppställde var kvalificeringskriterier eller tilldelningskriterier i och med att vissa av kriterierna som hade karaktären av kvalificeringskriterier inte behövde uppfyllas. Länsrättens domskäl var mycket kortfattat vilket man kan tolka på två sätt, antingen att den ansåg att Arrivas grunder för sin talan inte kunde anses innehålla någon som helst substans eller att Länsrätten faktiskt själv inte är helt säkra på hur de olika typerna av kriterierna och krav får användas och därför inte kunnat ge ett tydligare domskäl.

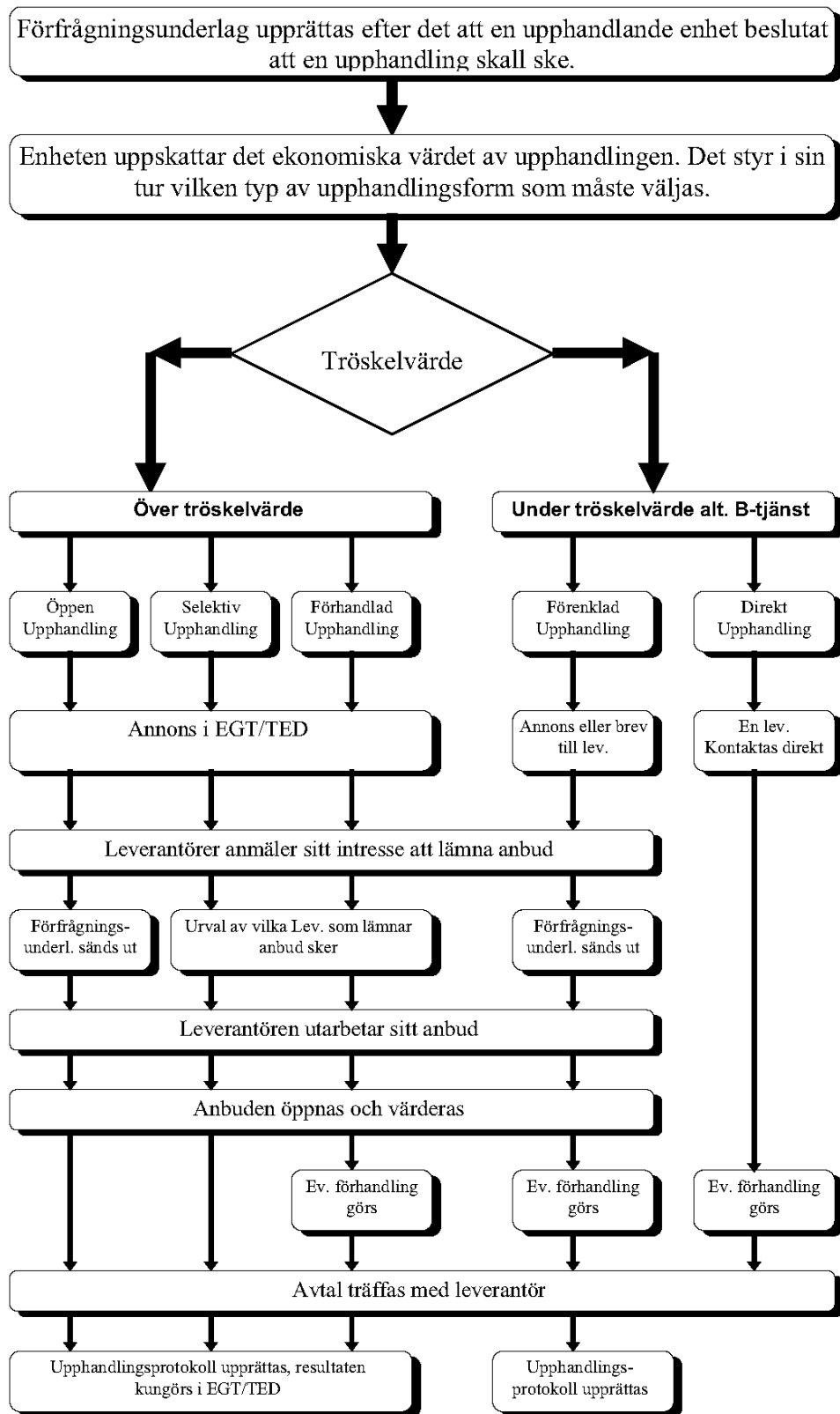
Arriva var även kritisk till att miljökriterier var inskjutna i olika delar av förfrågningsunderlaget. Man kunde exempelvis hitta kriterier för fordonsparken som kunde sägas vara miljöbaserade men sedan även ett mer generellt kriterium med fokus på företagets miljöarbete. Utan att generalisera för mycket så kan detta till viss del visa på hur en del företag ser på hur miljöarbetet i sin organisation skall gå till. Arriva verkar ha svårt att acceptera att miljöhänsyn inte är något som kan ses som en isolerad faktor utan måste integreras i företagets alla processer. Ett sätt att genomföra en sådan strukturförändring är att införa ett miljöledningssystem i sin organisation. Idag kan en upphandlande enhet även ställa samma typer av kriterier och krav som innefattas i exempelvis EMAS och ISO 14001. Företaget behöver inte vara certifierat enligt något av dessa två miljöledningssystem men om så är fallet, kan detta faktum att komma att tjäna som bevis för att företaget uppfyller vissa kriterier. Det är frivilligt att certifiera sitt företag enligt dessa två standarder. Men om miljökriterierna mer och mer baseras på de kriterier som uppställs av exempelvis EMAS och ISO 14001 så kommer de företag som inte är certifierade i relation till dem som är certifierade behöva lägga ner mer tid och således mer pengar för att bevisa sina kvalifikationer. Detta kan komma att innebära att användandet av miljöledningssystem faktiskt kommer att bli en nödvändighet för att företag skall kunna vara konkurrenskraftiga gentemot andra anbudsgivare.

Enligt min mening finns det en stor osäkerhet kring de olika typer av villkor eller kriterier som är tillåtna. Något som jag fick kämpa med under skrivandet av denna uppsats var att hålla isär begreppen. I litteraturen och de offentliga trycken talas det om kvalificeringskriterier, tilldelningskriterier, utvärderingskriterier, skall-krav, bör-krav, tillkommande villkor, utförande villkor och särskilda kontraktsvillkor. Ibland byts även kriterier ut mot villkor så att exempelvis tilldelningskriterier blir tilldelningsvillkor. Jag anser att detta föder en rättsosäkerhet hos många av dem som berörs av offentlig upphandling. Så länge kommissionen och EG-domstolen inte kan enas om tolkningen av regelverken så som Beentjes-fallet och Nord-Pas-de-Calais-målet visat kan det vara mycket begärt av både upphandlare och anbudsgivare att de skall kunna tolka upphandlingsreglerna på rätt sätt. EG-domstolen har med Concordia-målet och Nord-Pas-de-Calais-målet visat att upphandlingsreglerna lämnar stort utrymme för både sociala hänsyn och

miljöhänsyn. Ett miljökriterium behöver enligt min tolkning av EG-domstolens hållning varken resultera i en direkt mätbar ekonomisk fördel eller vara direkt kopplad till föremålet för upphandlingen. Detta kanske är en alldeles för extensiv tolkning som skulle kunna resultera i att leverantörer ständigt uppfattar kriterier som oproportionerliga, subjektiva och irrelevanta. Vilket skulle försvåra genomförandet snabba upphandlingar och därmed öka kostnader för alla inblandade parter. Lagstiftarna till de nya upphandlingsdirektiven har trots EG-domstolens försök att klargöra rättsläget valt att följa kommissionens syn på saken och ger inget utrymme för användandet av kriterier som saknar direkt koppling till föremålet för upphandlingen. För att klarhet ska skapas i detta avseende krävs enligt mig ett nytt avgörande i denna sak.

Som en avslutande kommentar vill jag påpeka att ett flitigt användande och en ständig utveckling av miljökriterier kan innebära att den nationella miljölagstiftningen i många fall får ingen eller liten betydelse för många företag. Med detta menar jag att miljökraven i en upphandling kan vida överstiga de minimikrav som uppställs av den gällande miljölagstiftningen. En del företag är kanske beroende av att ha kommunen eller staten som kunder för att överleva och är mer eller mindre tvungna att uppnå de miljökrav som uppställs av den upphandlande enheten trots att de följer alla regler och nivåer som uppställs av miljölagstiftningen. Bör inte miljölagstiftningen vara tillräcklig för att uppnå målet om en ekologisk hållbar utveckling?

Bilaga A - Flödesschema



Bilaga B - Exempel på kriterier, krav, villkor och bevismedel

Kvalificeringskriterier anbudsgivaren (organisationen)

- Producentansvaret för elektriska och elektroniska produkter uppfylls för offererade produkter genom att anbudsgivaren eller att anbudsgivarens leverantörer i tidigare led är anslutna till El-retur eller genom ett eget fungerande system (varor)
- Leverantören skall ha miljörutiner för att säkerställa att de krav som ställs i miljöspecifikationen kan upprätthållas under kontraktstiden

Särskilda villkor vid kvalificering (främst tjänsteupphandling)

- Ovanlig utbildning inom miljöområdet
- Krav på ovanlig maskinell utrustning
- Speciella åtgärder för kvalitetssäkring inom miljöområdet
- LCA-kunskaper (livscykelanalys) vid upphandling av projektering

Kvalificeringskriterier/skall-krav anbudet (produkten/tjänsten)

- Bensinförbrukning hos fordon med vikten xxx skall vara maximalt xx liter/100 km
- Batterier, klassificerade som miljöfarliga enl. Kommissionens direktiv 91/157/EEC skall inte ingå i produkten
- Datorer möter energisparkraven enligt ENERGY STAR
- Elektricitet skall vara genererad från förnybara energikällor enligt definitionen i Direktiv 2001/77/EEC art 2
- Fordon som används för tjänsten skall drivas med miljöklass 1 bensin/diesel eller miljömässigt bättre drivmedel

Utvärderingskriterier (varor)

- Bensinförbrukning, halten av HA-oljor i däck eller hållbarhet för lampor
- Mängden dispersionsfärgämnen som är klassificerade som allergiframkallande i textilier.

Utförandevillkor (särskilda villkor)

- Leverantörer skall ansvara för att samtliga ordinarie förare har genomgått utbildning i sparsam körning senast 6 månader efter trafikstart. Leverantören skall även ha rutiner för att bibehålla förarens kunskaper kring sparsam körning under hela avtalsperioden.

- Leverantören skall ha påbörjat ett miljöarbete som till exempel innehåller rutiner för miljöanpassning av verksamheten, användning av ekologiska produkter, säsongsanpassning inom vissa angivna månader från avtalsstart (måltidstjänster)
- Fordonen skall vara försedda med HA-oljefria däck då uppdraget genomförs (transporttjänst)
- Allrengöringsmedel skall klara vissa kriterier för Svanen när städuppdraget utförs (städtjänst)

Bevismedel

- Vid kvalificering (organisationsrelaterade): EMAS, ISO 14001 eller likvärdiga rutiner, anslutningsavtal till REPA/el-kretsen eller beskrivningar av ett eget fungerande system
- Obligatoriska krav/ eller vid anbudsutvärdering (produktrelaterade): Miljömärkningslicens (Svanen, EU-blomman, TCO, Bra Miljöval, med flera), certifierade miljövarudeklarationer (EPD), egen deklarerationer, mätprotokoll från testlaboratorier, företagsinterna verifikat, myndighetsintyg med flera

Käll- och litteraturförteckning

LITTERATUR

Falk, Jan-Erik, Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat, Stockholm, 2001

Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, Stockholm, 2004

Forsberg, Niclas, Offentlig upphandling i praktiken, 2 uppl., Stockholm, 2001

Hellgren, Offentlig upphandling – En handbok, supplement 10, 2002, s. 1:1

Linder, Georg, Handbok i offentlig upphandling, sjunde uppl., 1996

Mahmoudi, Said, EU:s miljö rätt, 2:a uppl., 2003

ARTIKLAR

Tobias Rydin, Alla bussar blir gasdrivna - Kommunen byter entreprenör och stärker sin miljöprofil, Sydsvenska Dagbladet, avdelning: Lund, sida C01, 040618

OFFENTLIGA TRYCK

Propositioner

Prop. 2001/02:142, Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.

Statens offentliga utredningar

SOU 2001:31, Förslag till lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

SOU 1999:139, Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt

SOU 1997:111, Branschsanering och andra metoder mot ekobrott

EG-RÄTTSLIGT MATERIAL

Tolkningsmeddelande

KOM(2001) 274 slutlig, Tolkningsmeddelande från Kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling

Direktiv

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

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

Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, ändrat genom direktiv 98/04/EG

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, ändrat genom direktiv 97/52/EG

Rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, ersatt av direktiv 93/36/EEG, ändrat genom direktiv 97/52/EG

Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, ersatt med direktiv 93/37/EEG, ändrat genom direktiv 97/52/EG

ÖVRIGA KÄLLOR

EKU-Delegationen, Arbetsgrupp J-Livsmedel, Slutrapport april 2001, bilaga 7

Lunds kommun, Tekniska Förvaltningen, Kollektivtrafikkontoret, Tekniska nämnden, Tjänsteskrivelse 2004-02

Naturvårdsverkets tidning, Miljöaktuellt nr 6-7, 5 september, 2001

Nilsson, Annika och Norinder, Henrik, En Integrerad Produktpolicy i EU - något om de EG-rättsliga förutsättningarna

Nämnden för offentlig upphandling, Kort om lagen om offentlig upphandling, oktober 2002

OECD, The Environmental Performance of Public Procurement - Issues of Policy Coherence, 2003

INTERNETKÄLLOR

Snabbprotokoll 2004/05:29, Måndagen den 15 november-Kl. 12.00 - 20.21.
<http://www.riksdagen.se/debatt/200405/prot/29/29s00117.asp> 16 nov 2004

Government procurement - plurilateral committee members, observers.
http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm 21 mars 2005

BILAGOR

Bilaga A är tagen med författarens tillstånd från Henrik, Blad, Upphandlingslagens rättsmedel – En studie av lagen om offentlig upphandling överprövnings- och skadeståndsregler, examensarbete HT-04, bilaga 1

Bilaga B är ett utdrag ur från boken: Falk, J-E, Frenander, C, Nohrstedt, P, Ryding, S-O, Miljöledning vid upphandling och inköp, s. 68 f.

Rättsfallsförteckning

Kammarrätt

Kammarrätten i Stockholm, avd. 5, dom 1996-12-11, mål nr 8647-1996

Länsrätt

Länsrätten i Skåne län, dom 2004-07-30, mål nr 7541-04 E

EG-domstolen

Mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland oy Ab mot Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne, dom 17.9.2002, REG 2002, s. I-07213.

Mål C-397/98, Preussen Elektra AG mot Schleswag AG, dom 8.3.2001, REG 2001, s. I-02099.

Mål C-225/98, Europeiska kommissionen mot Franska republiken "Nord-Pas-de Calais", dom 26.9.2000, REG 2000, s. I-07445.

Mål C-359/93, Europeiska gemenskapernas Kommissionen mot Nederländerna, dom 24.1.1995, REG 1995, s. I-0157.

Mål C-267-268/91, Brottmål mot Bernard Keck och Daniel Mithouard, dom 24.11.1993, REG 1993, s. I-06097.

Mål C-243/89, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark, dom 22.6.1993, REG 1993, s. I-03353.

Mål 103/88, Fratelli Costanzo SpA mot Milano kommun, dom 22.6.1989, REG 1989, s. 01839.

Mål 31/87, Gebroeders Beentjes BV mot Nederländska staten, dom 20.9.1988, REG 1988, s. 04635.

Mål 302/86, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark, dom 20.9.1988, REG 1988, s. 04607.

Mål 157/86, Mary Murphy m.fl. mot An Bord Telecom Eireann, dom 4.2.1988, REG 1988, s. 0067.

Mål 152/84, M. H. Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching), dom 26.2.1986, REG 1986, s. 00723.

Mål 14/83, Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen, dom 10.4.1984, REG 1984, s. 01891.

Mål 26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen, dom 5.2.1963, REG Svensk specialutgåva I, s. 00161.