



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Gustaf Strand

Upphandlingsrättsliga miljökrav – ett offentlighetsrättsligt skoskav?  
Om miljöhänsyn vid tilldelning av offentliga kontrakt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: HT15

# INNEHÅLL

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	6
1.3 Avgränsning	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Forskningsläge	8
1.6 Terminologi	8
1.7 Disposition	9
<b>2 EU-RÄTTEN</b>	<b>11</b>
2.1 Primärrätten	11
2.2 Sekundärrätten	15
2.2.1 Klassiska direktivet	16
2.2.2 Tilldelningsgrunder	18
2.2.3 Tekniska specifikationer	20
2.2.4 Särskilda villkor vid fullgörande av offentliga kontrakt	22
<b>3 MILJÖKRAV I LOU</b>	<b>23</b>
3.1 Inledning	23
3.2 Krav på leverantörer	23
3.3 Tilldelningsgrunder	24
3.4 Särskilda villkor vid fullgörande av offentliga kontrakt	25
3.5 Tekniska specifikationer	25
3.6 Miljömärken	28
<b>4 KOMMANDE LAGSTIFTNING</b>	<b>30</b>

<b>4.1</b>	<b>Nya direktivet</b>	<b>30</b>
4.1.1	Tilldelningsgrunder	31
4.1.2	Tekniska specifikationer	32
4.1.3	Särskilda villkor vid fullgörande av offentliga kontrakt	32
<b>4.2</b>	<b>Nya LOU</b>	<b>32</b>
4.2.1	Tilldelningsgrunder	33
4.2.2	Särskilda villkor vid fullgörande av offentliga kontrakt	33
4.2.3	Tekniska specifikationer	34
4.2.4	Miljömärken	34
<b>5</b>	<b>ANALYS OCH SLUTSATS</b>	<b>35</b>
5.1	Vad som kan anses vara klarlagt	35
5.2	Vad som ännu inte är klarlagt	36
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>37</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>40</b>

# Summary

The aim with this master thesis has been to structure, summarize and analyse environmental demands within the framework for public procurement according to LOU (the Swedish Public Procurement law (2007:1091)) and the classic directive (Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.)

After the first introducing chapter, a short introduction to applicable primary law follows. Then, the core of this work: a review of the environmental demands that contracting authorities can take into account within the framework for the classic directive. The focus lies on basis for award of contracts, technical specifications and the special terms for fulfilment of public contracts. The classic directive and its provisions and the focus here lies on a review of the case law of the Court of Justice of the European Union.

After that, a review of the Swedish law follows. As it is based completely on the classic directive, and the Court of Justice of the European Union case law is applicable in Sweden, the amount of Swedish case law is not too vast. The new directive (Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC) and the proposition for a new Swedish Public procurement law follows and is analysed.

Finally the work is concluded in an analysis where I reach the conclusion that the regulatory framework since long has been fairly generous for contracting authorities that want to take environmental demands into account in regards to public contracts. There are still some legal questions that are not tried yet.

# Sammanfattning

Uppsatsens syfte är att strukturera, sammanfatta och analysera miljökrav inom ramen för offentliga upphandlingar i enlighet med LOU och det klassiska direktivet.

Efter inledningen följer en kort introduktion till tillämplig primärrätt och därefter arbetets kärna: genomgång av de miljöhänsyn som kan beaktas inom ramen för det klassiska direktivet. Fokus ligger på tilldelningsgrunder, tekniska specifikationer och särskilda villkor vid fullgörande av offentliga kontrakt. Det klassiska direktivet och dess regler analyseras och fokus ligger här på genomgång av praxis från EU-domstolen.

Därefter följer genomgång av den svenska rätten. Då den bygger helt på det klassiska direktivet, och EU-domstolens domar äger giltighet även för svenska domstolar, är mängden svensk praxis inte särskilt stor.

Det nya direktivet och förslaget till ny svensk upphandlingslag följer därefter och analyseras.

Slutligen sammanfattas arbetet i en analys där jag når slutsatsen att regelverket sedan länge varit tämligen generöst för upphandlande myndigheter som vill beakta miljöhänsyn vid offentliga upphandlingar. Det finns dock ännu frågor som är oprövade och dessa berör jag i den slutliga analysen.

# Förord

Jag var tolv år när jag bestämde mig för att bli jurist. Två av mina klasskamrater hade ingått ett avtal som gick ut på att den ene sålde sin själ till den andre för 1 krona. Det dröjde inte länge innan säljaren ångrade sig men han begrep att avtal är till för att hållas. Att bara ångra sig fungerade inte utan han gick till mig för att få hjälp. Jag granskade avtalet och kom till slut fram till att köparen aldrig skulle kunna bevisa att säljaren faktiskt hade skrivit under avtalet själv. Jag gav således rådet till säljaren att påstå att det inte var han som signerat avtalet utan att blint hävda att det rörde sig om urkundsförfalskning. Min tes var att köparen då skulle inse att hans bevisläge var alldeles för svagt och att det skulle bli en situation där ord stod mot ord. Det var fullt spelat, men köparen insåg att han skulle få det svårt vid en rättslig prövning och gav då med sig. Prestationerna återgick och jag fick blodad tand. Jag skulle bli jurist!

Tretton år senare är jag nu nästan utexaminerad jurist från Lunds universitet och jag vill nu tacka för mig. Det har varit roliga år. När studierna känts träiga har studentlivet, med Sydsåkanska nationen i spetsen, alltid funnits där för att väga upp med roligheter. Tack!

Slutligen vill jag tacka Henrik Norinder. Du har varit en fantastisk handledare som under processen för detta arbete varit närvarande och gett mig råd och stöd och du har alltid gjort det med en anekdot eller lite kuriosas, för att det är roligt med sådant också. Stort tack!

Lund, den 7 januari 2016

Gustaf Strand

# Förkortningar

<i>Förkortning</i>	<i>Förklaring</i>
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Gamla direktivet	Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster
Gamla varudirektivet	Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
Klassiska direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster
LOU	lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
Nya direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
ÄLOU	lag (1992:1528) om offentlig upphandling

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Regeringen Löfvén med civilminister Shekarabi som ansvarig för upphandlingsrättsliga frågor har varit tydlig med att offentlig upphandling ska användas till mer än att göra bra affärer<sup>1</sup> inom offentlig verksamhet. Det framgår att regeringen vid inrättandet av Upphandlingsmyndigheten (som påbörjade sin verksamhet den 1 september 2015) avsåg använda offentliga upphandlingar som ett politiskt styrmedel för att uppnå ”ökad tillväxt och sysselsättning samt en hållbar utveckling med hänsyn till miljömässiga, sociala och etiska aspekter”.<sup>2</sup> Shekarabi har sedan han tillträdde skrivit såväl debattartiklar<sup>3</sup> som gett uppdrag till en utredning där han upprepat detta löfte.<sup>4</sup>

Det synes som att sociala, miljömässiga och etiska hänsyn kommer bli en allt större del av den offentliga upphandlingen framöver och det är i denna politiska kontext som denna uppsats tar avstamp.

Idén med att använda offentliga upphandlingar som politiskt styrmedel är inte ny.<sup>5</sup> Redan i förarbetet till äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU) öppnas för möjligheten att upphandla dyrare med hänvisning till miljökrav.<sup>6</sup> Vidare, i förarbetet till lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) avhandlas ”Villkor för fullgörande av kontrakt och om miljöhänsyn och sociala hänsyn” under egen rubrik.<sup>7</sup>

Utgångspunkten för denna uppsats återfinns i 1 kap. 9a § LOU.

*”Upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.”*

---

<sup>1</sup> 'Den goda affären' definieras i bl a SOU 2013:12, s. 74ff.

<sup>2</sup> Kommittédirektiv Inrättande av Upphandlingsmyndigheten, dir. 2014:161 s. 2.

<sup>3</sup> Shekarabi, Ardalan: *Stoppa social dumpning i offentliga upphandlingar*; Shekarabi, Ardalan: *Så ska den offentliga upphandlingen förbättras*.

<sup>4</sup> SOU 2015:78.

<sup>5</sup> Se t ex gamla LOU 1 kap. 22 § och 6 kap. 12 §.

<sup>6</sup> Prop. 1992/93:88 s. 71.

<sup>7</sup> Prop. 2006/07:128 s. 194.



## 1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med detta arbete är att undersöka och utreda vad som utgör gällande rätt avseende miljöhänsyn inom offentliga upphandlingar. Avsikten är att försöka sammanställa ett arbete som ligger i utvecklingens framkant, då sociala hänsyn och miljöhänsyn är något som såväl politiker och upphandlande myndigheter synes lägga mer och mer fokus på.<sup>8</sup> Eftersom ett nytt direktiv på området har trätt i kraft och ny svensk lagstiftning är på väg finns det också anledning att undersöka vad som nu utgör gällande rätt samt vart lagstiftningen är på väg.

Jag avser vidare utreda i vilken utsträckning en upphandlande enhet får eller kan ställa högre miljökrav än vad som gäller enligt lag.

De huvudsakliga frågeställningarna för detta arbete är:

- Vad är gällande rätt avseende miljöhänsyn inom offentlig upphandling?
- Vilket utrymme finns det för upphandlande myndigheter att ställa mer krav på miljöhänsyn som sträcker sig längre än vad som gäller enligt lag?

Förhoppningsvis kan en sammanställning som denna sammanfatta vad som utgör kärnan i vad som idag är gällande rätt avseende miljöhänsyn och kanske också utkristallisera vilka vägar som kan tänkas vara framkomliga att gå framöver på området.

## 1.3 Avgränsning

Uppsatsens fokus kommer ligga på att undersöka gällande rätt samt den borte gränsen för vilka miljöhänsyn som får tas vid genomförandet av offentliga upphandlingar enligt EU-rätten och LOU. Avsikten med uppsatsen är att utreda de generella bestämmelser som reglerar området. Av den anledningen kommer speciell upphandlingslagstiftning (t ex LUF) att i möjligaste mån hållas utanför uppsatsens ramar. Av utrymmesskäl har jag valt att fokusera på de övergripande regelsystem inom lagstiftningen, såsom

---

<sup>8</sup> I Göteborg görs exempelvis försök att använda offentliga upphandlingar som verktyg för att få grupper som står långt ifrån arbetsmarknaden in i arbete. EU-kommissionen har vidare meddelat att offentliga upphandlingar bör användas för att uppfylla EU:s 2020-strategi om smart och hållbar tillväxt. Från *Social hänsyn i upphandling som arbetsmarknadsverktyg*, Seminarium 2015-06-30.

de definieras av Konkurrensverket.<sup>9</sup> Fokus på dessa bidrar även till ett mer koncist och mindre spretigt arbete.

Frågeställningarna kommer utredas mot bakgrund av svensk och europarättslig lagstiftning. Jämförelser med övrig internationell eller utländsk nationell rätt sfaller således utanför framställningens ramar.

Uppsatsen bygger vidare på det rättspositivistiska<sup>10</sup> axiomet att hållbar utveckling är något som är positivt. Det faller således av såväl utrymmesmässiga som ämnesmässiga skäl utanför arbetets ramar att tolka och analysera miljövetenskapliga data och rön. Det är en juridisk uppsats, inte en miljövetenskaplig.

## 1.4 Metod och material

Jag kommer använda mig av en traditionell rättsdogmatisk metod under arbetet med denna uppsats för att utreda vad gällande rätt avseende miljökrav i offentliga upphandlingar är. Det innebär att jag kommer analysera gällande rättsläge utifrån systematisering och tolkning av normer av betydelse för samhället, det vill säga lagtext, förarbeten och praxis samt av doktrin.<sup>11</sup> Då de upphandlingsrättsliga regelverken grundar sig på EU-direktiv kommer såväl nationell svensk rätt som europarättsliga regelverk med författningstext, förarbeten, praxis och doktrin analyseras. I den mån det är möjligt kommer den svenska rätten få företräde i detta arbete.

EU-rätten både skiljer sig från, och påverkar, den svenska rätten. LOU bygger på EU:s sekundärrätt och det går därför inte att helt särskilja rättssystemen åt även om jag för att inte tappa överskådligheten i arbetet ämnar göra mitt bästa för att särskilja den EU-rättsliga och den svenska nationella rätten. Utmärkande för EU-rätten är användandet av rättsprinciper och den genomslagskraft de där har i såväl praxis från EU-domstolen som i doktrin vilken berör EU-rätten.<sup>12</sup> EU-rätten kan också beskrivas som att EU-domstolens praxis ofta är väldigt generellt hållen och med hänvisning till

---

<sup>9</sup> Konkurrensverkets rapport Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, s. 10.

<sup>10</sup> Simmonds, Nigel E: Juridiska principfrågor – Rättvisa, gällande rätt och rättigheter, Nordstedts juridik, Stockholm 1988, s. 83ff.

<sup>11</sup> Olsen, Lena: Rättsvetenskaplig perspektiv, Svensk juristtidning 2004 s. 105-145; Peczenik, Alexander: Juridikens allmänna läror, Svensk juristtidning s. 249-272.

<sup>12</sup> Reichel, Jan: "EU-rättslig metod" i Juridisk metodlära. Korling, Fredric – Zamboni, Mauro (red.), Uppl. 1:2, Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 125.

allmänna rättsprinciper samtidigt som sekundärrätten med direktiv, förordningar och beslut ofta är väldigt tekniska till sin natur.<sup>13</sup>

Vad avser EU-rätten kommer fokus ligga på analys av sekundärrätten och EU-domstolens praxis.

I största möjliga mån kommer material inhämtas på svenska för att underlätta jämförelser av innehållet i nationell svensk och europeisk rätt. I den mån svenska inte finns tillgängligt kommer i första hand engelska och i andra hand franska källor nyttjas.

## 1.5 Forskningsläge

Det finns väldigt lite forskning som tar sikte specifikt på miljöhänsyn inom offentlig upphandling. Såvitt jag funnit finns det ingen litteratur, inga uppsatser och inga avhandlingar från akademien att använda som utgångspunkt. Huvuddelen av den forskning som finns tar sikte på EU:s grundläggande principer och kopplar som en av många grenar då in miljöhänsyn som en aspekt det går att ta hänsyn till. Andrea Sundstrand har på det området mycket förtjänstfullt bidragit till forskningen med sin avhandling *Offentlig Upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt* som publicerades 2012.

Utöver Sundstrands avhandling finns det i synnerhet en rapport från Konkurrensverket,<sup>14</sup> men den syftar snarare till att tjäna som introduktion till ämnet och ytligt sammanställa huvuddragen snarare än att gå djupare in på området. Även Jörgen Hettne rapport *Strategic use of public procurement – Limits and Opportunities*<sup>15</sup> har varit värdefull för grundläggande förståelse för ämnet.

## 1.6 Terminologi

Det inte finnas någon allmänt vedertagen definition av vad som avses med miljöhänsyn.<sup>16</sup> Däremot ger EU-kommissionen i ett meddelande viss

---

<sup>13</sup> Reichel, Jan: ”EU-rättslig metod” i Juridisk metodlära. Korling, Fredric – Zamboni, Mauro (red.), Uppl. 1:2, Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 115-116.

<sup>14</sup> Konkurrensverkets rapport Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling.

<sup>15</sup> Hettne, Jörgen: Strategic Use of Public Procurement – Limits and Opportunities, European Policy Analysis, 2013:7epa, Sieps.

<sup>16</sup> Konkurrensverkets rapport Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, s. 7.

ledning för vad som skulle kunna utgöra miljöhänsyn i förhållande till offentliga upphandlingar.<sup>17</sup> Utgångspunkten är att miljöhänsyn ska leda till en mer hållbar användning av råvaror och naturresurser, vilket är positivt för miljön.<sup>18</sup> I EU-kommissionens meddelande formulerar de sig enligt följande för att beskriva vad miljöanpassad offentlig upphandling innebär.

*”...ett förfarande för de offentliga myndigheternas upphandling av varor, tjänster och arbeten med lägre miljöpåverkan över hela livscykeln, jämfört med varor, tjänster och arbeten med samma primärfunktion som annars skulle ha upphandlats.”<sup>19</sup>*

EU-kommissionen har vidare fastställt ett antal kriterier som kan användas vid miljöanpassad offentlig upphandling.<sup>20</sup> Kriterierna har delats upp i ett antal olika kategorier för att underlätta för upphandlande enheter att ta hänsyn till miljöpåverkan vid upphandlingar.<sup>21</sup> Kriterierna är uppdelade efter olika produkt- och tjänstekategorier, såsom mat, elektricitet, städmaterial och städtjänster och så vidare. Bland uppsatta målsättningar återfinns bland annat att minska klimatförändringar, minska påverkan på människors hälsa, minska utsläpp av kemikalier, växthusgaser och andra miljöskadliga gaser, minska giftutsläpp samt att minska påverkan på den biologiska mångfalden.

Avseende terminologin kring vem det är som genomför upphandlingar återfinns myndigheter, upphandlande myndigheter, det offentliga och upphandlande enheter på olika platser i det tryckta materialet och litteraturer. I denna uppsats kommer jag i största möjliga mån försöka använda samma begrepp som mina källor gör i varje enskilt fall då jag återger det, och i de fall jag kan välja kommer jag föredra *upphandlande enhet*, då det är begreppet som används i det nya direktivet som enligt min mening är det som täcker in mest. Det klassiska direktivet använder dock upphandlande myndighet som begrepp.

## 1.7 Disposition

Kapitel två beskriver gällande EU-rätt. I kapitlet framställs EU-rätten med en introduktion via primär- och sekundärrätten för att sedan landa i en beskrivning av det klassiska direktivet och de viktigaste reglerna som berör

---

<sup>17</sup> KOM(2008) 400.

<sup>18</sup> KOM(2008) 400, s. 3.

<sup>19</sup> KOM(2008) 400, s. 6.

<sup>20</sup> [http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\\_gpp\\_criteria\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm), hämtad 2016-01-07.

<sup>21</sup> [http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\\_gpp\\_criteria\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm), hämtad 2016-01-07.

miljöhänsyn inom offentlig upphandling. Kapitlet innehåller även genomgång av viktig praxis på området.

Tredje kapitlet speglar i stort kapitel två i sitt upplägg, med liknande rubriksättning och LOU beskrivs utifrån de viktigaste regelsystemen beträffande miljöhänsyn.

I kapitel fyra avser jag skildra den lagstiftning som är på väg. Inom EU-rätten har ett nytt direktiv trätt i kraft och i Sverige har det kommit både en SOU och en lagrådsremiss, vilka i kapitlet kommer beskrivas.

Kapitel fem innehåller analys och slutsats där jag återkopplar till frågeställningen som uppsatsen bygger på.

## 2 EU-rätten

### 2.1 Primärrätten

Sedan ikraftträdandet av Lissabonfördraget den 1 december 2009 finns det två primärrättsliga fördrag. EU-fördraget (EUF) och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Dessa två fördrag är, tillsammans med EU:s rättighetsstadga, de mest grundläggande rättskällorna inom Europeiska unionen.<sup>22</sup>

FEU innehåller primärt regler om EU:s målsättningar, syften och vilka unionens olika organ är samt dess funktion.<sup>23</sup> Av FEU följer exempelvis flera av EU:s mest grundläggande rättsprinciper, såsom likabehandlings-, lojalitets- och legalitetsprinciperna.<sup>24</sup>

Primärrätt som är av relevans för offentlig upphandling omfattar framför allt reglerna kring den inre marknaden och har sin utgångspunkt i de grundläggande friheterna om fri rörlighet för personer, varor, tjänster och kapital.<sup>25</sup> Av artikel 18 FEUF följer EU:s förbud mot diskriminering vilket är en grundläggande unionsfrihet. Inom upphandlingsrätten utgör artikel 18 grunden för likabehandlingsprincipen, som återfinns i såväl det klassiska direktivet<sup>26</sup> som i LOU.<sup>27</sup> Alla andra bestämmelser om diskrimineringsförbud inom EU följer av den artikeln men artikel 18 FEUF är sällan direkt tillämplig i sig själv utan enbart när andra regler är tillämpliga i enlighet med *lex specialis*. Artiklarna 34, 49 och 56 FEUF följer av artikel 18 och reglerar den fria rörligheten för varor, etablering och tjänster och är även harmoniserade i upphandlingsdirektiven. EU-domstolen har här uttalat att syftet med reglerna är ta bort hinder och på så vis underlätta för ekonomiska aktörer utan att ge fördelar eller företräde till anbudsgivare från någon särskild medlemsstat.<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders: *Europarättens grunder*, Nordstedts Juridik, Stockholm 2010, s. 16, s. 19.

<sup>23</sup> Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders: *Europarättens grunder*, Nordstedts Juridik, Stockholm 2010, s. 19.

<sup>24</sup> FEU artiklarna 4.2, 4.3 och 5.2.

<sup>25</sup> Sundstrand, Andrea: *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure förlag, Stockholm, 2012, s. 36.

<sup>26</sup> Direktiv 2004/18/EG.

<sup>27</sup> C-470/99, *Universale-Bau m.fl.* p. 91; C-315/01, *GAT* p. 73 och C-92/00, *HI* p. 45.

<sup>28</sup> C-380/98, *University of Cambridge* p. 16-17 och C-237/99, *Kommissionen mot Frankrike* p. 41-42.

Vad gäller allmänna rättsprinciper inom EU måste skillnad först göras mellan allmänna rättsprinciper<sup>29</sup> och självständiga allmänna rättsprinciper. De förstnämnda anses vara principer som återfinns i EU:s medlemsstaters rättssystem var för sig, men som inte är direkt tillämpliga. De sistnämnda är principer som följer direkt av EU-rätten och är direkt tillämpliga i medlemsstaterna.<sup>30</sup> De självständiga allmänna rättsprinciperna kan tolkas olika beroende på vilket rättsområde de ska tillämpas på. Exempelvis ser proportionalitetsprincipen olika ut beroende på om den tillämpas inom offentlig upphandling eller socialrätt.<sup>31</sup> Av särskild vikt för offentliga upphandlingar är principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och principen om ömsesidigt erkännande.<sup>32</sup>

EU-domstolen har uttalat att **likabehandlingsprincipen** (ibland även kallad nondiskrimineringsprincipen) utgör grunden för regelverken avseende offentlig upphandling.<sup>33</sup> Likabehandlingsprincipen utgår från att lika fall ska behandlas lika, och att olika fall ska behandlas olika.<sup>34</sup> Inom ramen för offentliga upphandlingar innebär det att alla leverantörer under ett upphandlingsförfarande, från anbud till utvärdering, ska behandlas likadant utan att diskrimineras.<sup>35</sup> Principen om icke-diskriminering följer av likabehandlingsprincipen. Den tar huvudsakligen sikte på att ingen diskriminering får ske på grund av nationalitet. En upphandlande enhet får alltså inte lov att utforma ett upphandlingsförfarande så att en leverantör från samma land som den upphandlande enheten gynnas på bekostnad av leverantörer från annat land.<sup>36</sup>

**Öppenhetsprincipen** följer även av likabehandlingsprincipen och existerar för att säkerställa att den senare efterföljs. Idén är att det måste finnas möjlighet att kontrollera så att upphandlingar genomförs i enlighet med likabehandlingsprincipen. För att den möjligheten ska finnas måste

---

<sup>29</sup> Exakt vilken terminologi som bör användas är inte givet. Generaladvokat Trstenjak problematiserar begreppet vidare i sitt förslag till avgörande i mål C-101/08, Audiolux m.fl. p. 67.

<sup>30</sup> Sundstrand, Andrea: Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure förlag, Stockholm, 2012, s. 41.

<sup>31</sup> Sundstrand, Andrea: Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure förlag, Stockholm, 2012, s. 42.

<sup>32</sup> Skäl 2 till direktiv 2004/18/EG.

<sup>33</sup> C-470/99, Universale-Bau m.fl. p. 91; C-315/01, GAT p. 73 och C-92/00, HI p. 45.

<sup>34</sup> Sundstrand, Andrea: Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure förlag, Stockholm, 2012, s. 43.

<sup>35</sup> Sundstrand, Andrea: Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure förlag, Stockholm, 2012, s. 44.

<sup>36</sup> Sundstrand, Andrea: Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure förlag, Stockholm, 2012, s. 46.

upphandlingar genomförs så att det under alla steg i förfarandet lämnas insyn och möjlighet att under processens gång kontrollera förfarandet.<sup>37</sup>

Två för denna uppsats högst relevanta avgöranden är *Beentjes* och *Concordia Bus*.<sup>38</sup>

I *Beentjes* från 1987 överklagades ett beslut vid en offentlig upphandling, då den överklagande parten hävdade att den lämnat in det anbud som kunde leverera enligt lägsta pris.<sup>39</sup> De hävdade att det därför var fel att anbudet som var näst lägst vann. Upphandlande myndighet hade bland annat uppställt som ett kriterium att de skulle beakta möjligheten hos anbudsgivarna att anställa långtidsarbetslösa. EU-domstolen uttalade där att upphandlande myndigheter får lov att själva fastställa vilka kriterier de vill ta hänsyn till vid en upphandling, så länge kriterierna inte har någon diskriminerande effekt samt tydligt annonseras i upphandlingsmeddelandet.<sup>40</sup> Att upphandlande myndighet får välja vilka kriterier de ska beakta vid prövning av anbud bekräftas även senare i avgörandet *Concordia Bus*.<sup>41</sup>

I *Concordia Bus* från 1999, tog EU-domstolen ställning till just miljökrav vid offentliga upphandlingar. När avgörandet kom var det fortfarande det gamla direktivet<sup>42</sup> som var tillämpligt. Målet gällde upphandling av busstrafik i Helsingfors där upphandlande myndighet som en del av utvärderingen av anbuderna gav extra poäng till de leverantörer som kunde leverera bussar med låg bullernivå och med låga kvävedioxidutsläpp. En av de anbudsgivarna (*Concordia*) som inte vunnit upphandlingen överklagade och hävdade att det var diskriminerande att ställa krav som bara en anbudsgivare kunde leva upp till.<sup>43</sup> De menade att extra poäng delades ut för en särskild busstyp, som bara anbudsvinnaren hade. När målet kom till HFD i Finland argumenterade *Concordia* även för att hänsyn inte skulle tas till miljöskyddskriterierna eftersom de saknade direkt samband med förmågan att bedriva kollektivtrafik i Helsingfors.

---

<sup>37</sup> Sundstrand, Andrea: Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure förlag, Stockholm, 2012, s. 46. Se även C-324/98, *Telaustria* och Telefonadress p. 61-62; C-275/98, *Unitron Scandinavia* p. 31, C-470/99, *Universale-Bau m.fl.* p. 91-92 samt C-454/06, presstext Nachrichtenagentur p. 32.

<sup>38</sup> C-31/87, *Beentjes* samt C-513/99, *Concordia Bus*.

<sup>39</sup> Det bör poängteras att avgörandet gällde direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, men att EU-domstolen senare hänvisat till målet vid avgöranden för det gamla direktivet såväl som för det klassiska direktivet.

<sup>40</sup> C-31/87, *Beentjes* p. 37 (iii).

<sup>41</sup> C-513/99, *Concordia Bus* p. 45

<sup>42</sup> Direktiv 92/50/EEG.

<sup>43</sup> Se C-513/99, *Concordia Bus* p. 71-72 för vidare förståelse för argumentationen.



EU-domstolen uttalar i målet att de kriterier som uppställs inte måste vara av rent ekonomisk art och godtar därmed miljömässiga kriterier som en grund för att öka ett anbuds värde.<sup>44</sup> De kriterier som uppställs måste dock vara förenliga EU:s grundläggande principer i allmänhet och med icke-diskrimineringsprincipen i synnerhet, samt ha direkt samband med kontraktets föremål. De måste också tydligt framgå av meddelandet om upphandling vilka dessa kriterier är.<sup>45</sup> Slutligen konstaterar EU-domstolen att det inte står i strid med likabehandlingsprincipen att ställa krav på miljökriterier även om få potentiella anbudsgivare har faktisk möjlighet att leva upp till dem, så länge kraven är objektivt utformade och tillämpas lika på alla anbudsgivare samt har direkt samband med kontraktets föremål.<sup>46</sup>

**Proportionalitetsprincipen** återfinns i artikel 5.1 och 5.4 FEU och är en ändamålsstyrd princip som tar sikte på att alla åtgärder som vidtas ska fylla ett syfte och inte vara onödig eller överflödigt med hänsyn till vad avsikten med åtgärden är. Alla åtgärder ska vara så lämpliga som möjligt för att nå uppsatta mål men innebära så lite hinder som möjligt att nå dit.<sup>47</sup> Inom ramen för offentlig upphandling innebär detta att upphandlande enheter inte får ställa mer långtgående krav än vad som är nödvändigt i varje enskild upphandling. Kraven får ej heller gå utöver föremålet för upphandlingen.<sup>48</sup>

**Principen om ömsesidigt erkännande** är relevant för att den inre marknaden ska fungera utan hinder. Den innebär att det i nationell rätt inte får finnas regler som direkt eller indirekt hindrar varor från andra länder utan att alla varor som finns inom EU i varje enskild rättsordning ska behandlas som om de vore nationellt inhemska. Principen kommer från målet *Cassis de Dijon* där EU-domstolen uttalade att en vara eller produkt som tillverkas och säljs i ett EU-land inte från förbjudas i ett annat.<sup>49</sup>

För detta arbete är även artikel 11 FEUF relevant. Artikelns stadgar att *”Miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja hållbar utveckling.”* Detta stadgande fångas upp i såväl det klassiska som i det nya direktivet.<sup>50</sup>

---

<sup>44</sup> C-513/99, Concordia Bus p. 54-55.

<sup>45</sup> C-513/99, Concordia Bus p. 69.

<sup>46</sup> C-513/99, Concordia Bus p. 83-86.

<sup>47</sup> Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders: Europarättens grunder, Nordstedts Juridik, Stockholm 2010, s. 118-120 samt Sundstrand, Andrea: Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure förlag, Stockholm, 2012, s. 46-47.

<sup>48</sup> C-513/99, Concordia Bus p. 69.

<sup>49</sup> C-120/78, Cassis de Dijon.

<sup>50</sup> Skäl 5 till direktiv 2004/18/EG samt skäl 91 till 2014/24/EU. Intressant är däremot att notera att gamla direktivet inte ens innehåller ordet 'miljö'.

## 2.2 Sekundärrätten

Utöver primärrätten, som reglerar de övergripande dragen i EU:s lagstiftning, finns sekundärrätten. Genom förordningar, direktiv och beslut kan EU lagstifta inom de områden lagstiftningskompetens finns. Dessa rättsakter är bindande för medlemsstaterna och medlemsstaterna måste i enlighet med artikel 291.1 FEUF vidta alla nödvändiga åtgärder för att införliva bindande rättsakterna i den nationella rätten. Utöver bindande rättsakter finns även rekommendationer och yttranden.<sup>51</sup>

**Förordningar** är i enlighet med artikel 288 2 st. FEUF direkt bindande och direkt tillämpliga i medlemsstaterna. Med direkt bindande avses att de gäller alla medlemsstater och att de ska likställas med nationell rätt. Direkt tillämpliga betyder att de inte behöver, eller ens får, inkorporeras i den nationella rätten utan ska tillämpas så som de är utformade.<sup>52</sup>

På området för offentlig upphandling finns ett par förordningar som är relevanta, men någon vidare analys av dem faller utanför avgränsningen för detta arbete.<sup>53</sup>

**Direktiv** är en annan EU-rättsakt och av artikel 288 3 st. följer att de är målstyrda såtillvida att direktivet anger vilket eller vilka resultat som ska uppnås men att det är upp till varje medlemsstat att själva avgöra hur lagstiftningen ska se ut för att uppnå dessa mål. Rättsområdet för offentlig upphandling regleras i stor utsträckning av direktiv vilka kommer återges mer i detalj. Av stor relevans för direktiven är även de villkor som finns i Government Procurement Agreement (GPA)<sup>54</sup> som är upprättat inom ramen för världshandelsavtalet. Dessa villkor är inarbetade direkt in i direktiven.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> Artikel 288 5 st. FEUF.

<sup>52</sup> Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders: Europarättens grunder, Nordstedts Juridik, Stockholm 2010, s. 31-32.

<sup>53</sup> Se bl.a. Kommissionens genomförandeförordning (EU) nr 842/2011 av den 19 augusti 2011 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling, och om upphävande av förordning (EG) nr 1564/2005 samt Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV.

<sup>54</sup> Rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994 om ingående, på Europeiska gemenskapens vägnar - vad beträffar frågor som omfattas av dess behörighet - av de avtal som är resultatet av de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (1986-1994).

<sup>55</sup> Sundstrand, Andrea: Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure förlag, Stockholm, 2012, s. 57.

Sedan 1971 har ett antal direktiv på det upphandlingsrättsliga området antagits. Även om det nya direktivet<sup>56</sup> ersatt det klassiska direktivet<sup>57</sup> är all gällande svensk nationell lagstiftning på området för offentlig upphandling baserad på det klassiska direktivet, varför det kommer behandlas såsom gällande rätt. Det nya direktivet kommer avhandlas under kapitel 3 i detta arbete.

Det finns även direktiv för försörjningssektorn<sup>58</sup> och ett direktiv för upphandling på försvars- och säkerhetsområdet<sup>59</sup> samt tre rättsmedelsdirektiv.<sup>60</sup> Dessa direktiv faller utanför avgränsningen för detta arbete och kommer därför inte analyseras närmare.

**Beslut** är en tredje form av EU-rättsakt vilken regleras i artikel 288 4 st. FEUF. Dessa används vanligen för att reglera konkreta rättsfrågor.<sup>61</sup>

## 2.2.1 Klassiska direktivet

Det klassiska direktivet är det direktiv som LOU implementerar. EU-domstolen har uttalat att alla krav på deltagande, samt alla bedömningskriterier, i princip per definition utgör inskränkningar av EU:s grundläggande friheter. Dessa krav är trots allt godtagbara så länge de inte bryter mot diskrimineringsförbudet och proportionalitetsprincipen.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> Direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>57</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.

<sup>60</sup> Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten; Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna samt Europaparlamentets och Rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

<sup>61</sup> Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders: Europarättens grunder, Nordstedts Juridik, Stockholm 2010, s. 34.

<sup>62</sup> C-234/03, Contse p. 25.

Generaladvokaten Kokott sammanfattar i målet *Max Havelaar*<sup>63</sup> problemet, eller knäckfrågan, med miljöhänsyn vid offentliga upphandlingar.

*”Om och i vilket mån miljömässiga och sociala hänsyn kan beaktas i upphandlingsförfaranden och framför allt huruvida det är tillåtet att hänvisa till miljömärken och rättvisemärkta varumärken är en fråga som är av grundläggande betydelse för vidareutvecklingen av lagstiftningen om offentlig upphandling. Vid besvarandet av denna fråga står domstolen 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 avskärmas. Å andra sidan måste upphandlande myndigheter ha möjlighet att med en rimlig administrativ arbetsinsats förvärva miljövänliga ekologiska och rättvisemärkta produkter.”*<sup>64</sup>

I det klassiska direktivet finns det ett antal målsättningar som har med miljö och hållbar utveckling att göra. Det klassiska direktivet arbetades fram mot bakgrund av EU-domstolens praxis, i synnerhet den praxis som berör tilldelningskriterier och då beaktades även miljöhänsyn.<sup>65</sup> I det klassiska direktivet har miljöskydds krav integrerats för att ta hänsyn till de mål som återfinns i artikel 3 FEU.<sup>66</sup> Det klassiska direktivet ger möjlighet att inkludera tekniska specifikationer som avser bidra till att sätta miljökrav kan följas.<sup>67</sup> Det framgår även av skälen att villkor vid fullgörandet av kontrakt får formuleras för att skydda miljön så länge villkoren är formulerade i enlighet med diskriminerings- och öppenhetsprinciperna.<sup>68</sup> Det finns vidare regler som tar sikte på entreprenadupphandling och leverantörens miljöledningssystem.<sup>69</sup> Hållbar utveckling pekas också i det klassiska direktivet ut som något som bör kunna genomsyra alla upphandlingar, så länge genomförandet inte står i strid med FEU eller FEUF.<sup>70</sup>

---

<sup>63</sup> C-368/10, Max Havelaar.

<sup>64</sup> Generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i mål C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar) p. 3.

<sup>65</sup> Skäl 1 till direktiv 2004/18/EG.

<sup>66</sup> Skäl 5 till direktiv 2004/18/EG.

<sup>67</sup> Skäl 29 till direktiv 2004/18/EG.

<sup>68</sup> Skäl 33 till direktiv 2004/18/EG.

<sup>69</sup> Skäl 44 till direktiv 2004/18/EG.

<sup>70</sup> Skäl 6 till direktiv 2004/18/EG.

## 2.2.2 Tilldelningsgrunder

I artikel 53 i det klassiska direktivet regleras tilldelningsgrunder för offentliga kontrakt. Det finns i grunden två varianter: antingen genom att låta lägsta pris eller genom att låta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avgöra vilken leverantör som ska väljas. Lägsta pris används vanligen för enklare upphandlingar där kvaliteten inte skiljer sig nämnvärt mellan olika produkter och leverantörer.<sup>71</sup> För att avgöra vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt i enlighet med artikel 53.1. a) kan upphandlande myndighet ställa upp krav på till exempel kvalitet, tekniska fördelar och miljöegenskaper.

Målet *Wienstrom* handlade om ett ramavtal avseende elförsörjning. Redan i upphandlingsmeddelandet angavs att det ekonomiskt mest fördelaktiga budet skulle vinna och att det skulle avgöras på tjänsternas miljöpåverkan. Den upphandlande myndigheten ställde krav på att den el som inhandlades, så långt det var tekniskt möjligt, inte fick komma från kärnkraft utan enbart från förnyelsebara källor. Det är strängt taget omöjligt att garantera att den el som köps kommer från en särskild källa och detta var den upphandlande myndigheten medveten om. Upphandlingen utformades på så vis att kriteriet ”pris” skulle viktas mot kriteriet ”el från förnyelsebara energikällor”. Anbudsgivarna skulle i upphandlingen kunna bevisa att de under den senaste tvåårsperioden hade köpt eller producerat, eller skulle köpa eller producera, förnyelsebar el till en i upphandlingsmeddelandet specificerad mängd. Om bevis på detta inte inkom med anbudet skulle anbudet komma att underkännas.<sup>72</sup>

Vid överklagan anförde de klagande parterna att flera av kraven var olagliga, däribland upphandlingskriteriet ”el producerad från förnyelsebara energikällor” samt kravet om att inkomma med bevisning avseende köp eller produktion av förnyelsebar energi under den senaste tvåårsperioden.

Målet avgjordes när det gamla varudirektivet var gällande och tog avstamp i frågan om det var förenligt med direktivet att anse att ett kriterium som tog hänsyn till förnyelsebar energi kunde anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga, i enlighet med tilldelningskriterierna i artikel 26.<sup>73</sup> I målet framgår att principfrågan rör huruvida miljöskydd kan anses utgöra ett sådant ekonomiskt värde som, i likhet med driftkostnader och kvalitet, kan

---

<sup>71</sup> Hettne, 2013, s. 3.

<sup>72</sup> Mål C-448/01, *Wienstrom* p. 15-18.

<sup>73</sup> Artikel 26 i det gamla varudirektivet har sin motsvarighet i artikel 53 i det klassiska direktivet och är även till sitt innehåll närmast identisk med artikel 36 i det gamla direktivet.

konstituera ekonomisk fördelaktighet trots att det är värden som inte ”omedelbart och objektivt” kan värderas ekonomiskt.<sup>74</sup>

EU-domstolen hänvisade i sitt avgörande till målet Concordia Bus och konstaterar att alla kriterier som en upphandlande myndighet fäster avseende vid inte nödvändigtvis måste vara av rent ekonomisk art. EU-domstolen skriver vidare i domen att miljökriterier kan och får beaktas, givet att de har samband med kontraktetsföremålet och att den upphandlande myndigheten respekterar alla de grundläggande rättsprinciperna, och i synnerhet icke-diskrimineringsprincipen, vid tilldelning av kontrakt. Miljökriteriet måste också utformas på så sätt att det inte ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet samt att kriteriet uttryckligen anges antingen i meddelandet om offentlig upphandling eller i kontraktshandlingarna.<sup>75</sup>

Ytterligare en fråga som avhandlas i domen är frågan om huruvida det är tillåtet för en upphandlande myndighet att tillämpa tilldelningskriterierna efter eget tycke. Domstolen konstaterar att det är tillåtet men att kriterierna måste utformas på så vis att det dels är möjligt att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, dels att den upphandlande myndigheten genom utformningen av kriterierna inte ger sig själva en obegränsad möjlighet att själv välja.<sup>76</sup>

Domstolen skriver vidare i domen att den viktning av kriterierna som den upphandlande myndigheten valt i förevarande fall (där 55% skulle viktas på pris och 45% på tillgången på förnyelsebar energi) inte är oskälig. Domstolen poängterar att annan EU-lagstiftning kan påverka huruvida de krav som upphandlande myndigheter ställer faller inom eller utom laglighetens gräns. Just miljöområdet är ett område som EU tydligt pekat ut som ett prioriterat område, till vilket hänsyn ska tas även vid genomförandet av andra politiska områden.<sup>77</sup> I Wienstrommålet ville den upphandlande myndigheten öka användningen av förnyelsebar energi vilket får anses ligga i linje med vad EU önskar ska ske på miljöområdet. Domstolen skriver att eftersom det finns ”betydelsefulla syften” bakom tilldelningskriteriet som i målet var omtvistat så är det också godtagbart att låta kriteriet i fråga vara värt 45% i viktningen av tilldelningskriterierna.

---

<sup>74</sup> Mål C-448/01, Wienstrom p. 30.

<sup>75</sup> Mål C-448/01, Wienstrom p. 33-34.

<sup>76</sup> Mål C-448/01, Wienstrom p. 37.

<sup>77</sup> Kom(2010) 2020 slutlig, s. 5, artikel 11 FEUF.

## 2.2.3 Tekniska specifikationer

I artikel 23 i det klassiska direktivet återfinns regler om tekniska specifikationer.<sup>78</sup> Artikel 23.3 b) ger upphandlande myndigheter en möjlighet att ställa krav på prestanda eller funktionskrav, där miljöegenskaper kan ingå. Dessa krav måste formuleras så precist att anbudsgivare klart och tydligt kan förstå vad som åsyftas.

Artikel 23.6 ger upphandlande myndigheter en möjlighet att förklara eller specificera sina krav (i enlighet med 23.3 b)) med hjälp av miljömärken. Ett miljömärke är ett varumärke som kan användas av leverantörer för att enkelt visa att de uppfyller de krav som krävs för att få använda märket.<sup>79</sup> Fördelen med miljömärken är att de är enkla att hänvisa till. Istället för att upphandlande myndigheter själva skriver ner vilka krav de kan tänkas vilja ställa kan de hänvisa till färdiga kravlistor som en extern part tagit fram. För att miljömärken ska kunna användas måste de först och främst vara relevanta i förhållande till upphandlingsobjektet, bygga på vetenskapliga rön, framtagits genom ett öppet förfarande samt vara tillgängliga för samtliga potentiella leverantörer. Här återkommer alltså proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen.

I målet *Max Havelaar* hade en provins i Nederländerna initierat en upphandling av kaffeautomater, där vinnande leverantör både skulle leverera och sköta driften av dem. Provinsen i fråga avsåg med upphandlingen beakta miljöhänsyn genom att öka användningen av ekologiska och rättvisemärkta produkter, vilket framgick av meddelandet om upphandlingen.<sup>80</sup> I förfrågningsunderlaget framgick att hållbarhet och funktionalitet var av betydelse vilket specificerades enligt följande.

*”Provinsen Noord-Holland kräver inom ramen för hållbara inköp och företagens sociala ansvar att leverantören uppfyller kriterierna avseende hållbara inköp och företagens sociala ansvar. Hur uppfyller leverantören kriterierna avseende hållbara inköp och företagens sociala ansvar[?] Det ska dessutom anges huruvida leverantören bidrar dels till att förbättra kaffemarknaden ur hållbarhetssynpunkt, dels till en miljötekniskt, socialt och ekonomiskt ansvarig kaffeproduktion. ...”<sup>81</sup>*

---

<sup>78</sup> Se bilaga VI i det klassiska direktivet för definition av vissa tekniska specifikationer.

<sup>79</sup> En restaurang kan exempelvis bli KRAV-certifierad genom att uppfylla de villkor som ställs av KRAV och får då använda KRAV-märket i sin marknadsföring.

<sup>80</sup> C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar) p. 15. (Försökt hitta till EUT 16/8 2008 utan framgång).

<sup>81</sup> C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar) p. 26.

Ett av de krav som ställdes var att de ingredienser (t ex kakao, socker, mjölk) som skulle användas i möjligaste mån skulle motsvara de krav som ställdes enligt Max Havelaar och EKO.<sup>82</sup> De två varumärkena var två nederländska miljömärken som arbetade för främjande av rättvis handel och ekologisk produktion. Under tiden för upphandlingen förtydligade provinsen att det inte var nödvändigt för anbudsgivarna att ha just någon av de två märkningarna men att ingredienserna skulle vara av sådan art att de ändå skulle omfattas av de kriterier som ställdes för att få Max Havelaars eller EKOs miljömärkning.<sup>83</sup>

EKOs miljömärkning ansågs i målet uppfylla sambandskravet i artikel 43 i det klassiska direktivet. Däremot vann Kommissionen ändå bifall eftersom provinsen inte tydligt nog i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget angett att det var de bakomliggande kriterierna, och inte EKO-märkningen i sig, som var av relevans.<sup>84</sup> EU-domstolen skriver vidare i avgörandet att det i sig är acceptabelt att som tilldelningskriterium ställa upp krav som inte direkt rör produktens beskaffenhet utan som snarare tar sikte på fullgörande av kontraktet i enlighet med artikel 26 i det klassiska direktivet. I målet anses den typen av rättvisemärkning som Max Havelaar utgör vara ett sådant exempel. Domstolen hänvisade i avgörandet till Wienstrommålet<sup>85</sup> och konstaterade att krav på rättvis handel inte stod i strid mot EU-rätten utan att ett sådant krav kunde anses vara kopplat till föremålet för upphandlingen.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Se C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar) p. 33-38 för Kommissionens beskrivning av de två märkena.

<sup>83</sup> C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar) p. 31.

<sup>84</sup> C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar) p. 61-70.

<sup>85</sup> Mål C-448/01, Wienstrom.

<sup>86</sup> C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar) p. 91-92.



## **2.2.4 Särskilda villkor vid fullgörande av offentliga kontrakt**

I artikel 26 i det klassiska direktivet finns en regel om att särskilda krav får ställas vid fullgörande upphandlingskontraktet och det specificeras särskilt att kraven får ta sikte på miljöhänsyn. Vid tillämpning av denna regel är öppenhetsprincipen av särskild vikt, då kraven måste framgå tydligt redan i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

En upphandlande myndighet får även enligt artikel 48 i det klassiska direktivet ställa krav på bevis avseende en ekonomisk aktörs tekniska kapacitet. Det kan avse såväl referenser från tidigare utförda arbeten, uppgifter om vilken teknisk utrustning eller maskiner som kommer användas vid fullgörandet men framför allt, vid upphandling av byggtreprenader eller tjänster, uppgift om vilka miljöskyddsåtgärder som ska komma att tillämpas vid genomförandet av kontraktet. Det sista kravet får endast ställas i de fall det är lämpligt, vilket regleras i artikel 48.2 f). I artikel 50 i det klassiska direktivet framgår att krav på miljöskyddsåtgärder antingen måste uppfylla EU:s egna miljölednings- och miljörevisionsordning eller andra likvärdiga standarder. Det framgår också att ekonomiska aktörer inte måste inneha ett miljöledningscertifikat men att de, om de inte har det, måste kunna visa att de ändå uppfyller de krav som ställs. Om krav ställs i enlighet med artikel 48 måste dessa enligt artikel 44.2 andra stycket stå i proportion till kontraktsföremålet.

# 3 Miljökrav i LOU

## 3.1 Inledning

Inledningsvis kan konstateras att de allmänna principerna (se avsnitt 2.1.1) återfinns i 1 kap. 9 § LOU och de ska alltid beaktas vid offentliga upphandlingar.

I 1 kap. 9a § LOU framgår att upphandlande myndigheter och enheter bör beakta miljöhänsyn vid genomförandet av offentliga upphandlingar, givet att upphandlingen till sin natur motiverar detta. Paragrafen är att betrakta som en målsättningsparagraf snarare än en direkt bindande bestämmelse.<sup>87</sup> Även om möjligheten att ta miljöhänsyn funnits länge har miljöfrågorna genom artikel 11 FEUF fått allt högre prioritet inom EU.<sup>88</sup> Syftet med artikel 11 FEUF synes vara att ge upphandlande enheter en möjlighet att ta hänsyn till miljön när de genomför upphandlingar, för att exempelvis minska negativ miljöpåverkan.

Det finns ett par olika metoder för att genom LOU ställa miljökrav vid upphandlingar. Dessa kan i praktiken sammanfattas i tre huvudrubriker.<sup>89</sup>

- a) *Krav på leverantörer,*
- b) *Kriterier vid tilldelning av kontrakt,*
- c) *Särskilda kontraktsvillkor* som vid fullgörandet av kontrakt måste beaktas.

Precis som i det klassiska direktivet finns det även i enlighet med 6 kap. 3 § LOU möjlighet för den upphandlande myndigheten att ställa krav på prestanda eller funktion, vilka kan innefatta miljöegenskaper.

## 3.2 Krav på leverantörer

I 10 kap. LOU återfinns regler för uteslutning av leverantörer. Reglerna innehåller såväl obligatoriska (1 §) som fakultativa (2 §) uteslutningsgrunder. De obligatoriska uteslutningsgrunderna tar sikte på att

---

<sup>87</sup> Nord, Eskil: [Lag (2007:1091) om offentlig upphandling, kommentaren till 1 kap. 9a §, not 11], i Karnov, internet 2015-11-06.

<sup>88</sup> Prop. 2006/07:128, s. 196, som i och för sig hänvisar till artikel 6 i det som tidigare var EG-fördraget men som ersatts av artikel 11 i FEUF.

<sup>89</sup> Konkurrensverkets rapport Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, s. 10.

stävja organiserad brottslighet samt ekonomisk brottslighet<sup>90</sup> och är således inte aktuella här.

Även de fakultativa uteslutningsgrunderna tar i stor utsträckning sikte på ekonomiska tveksamheter hos leverantören, såsom konkurs och konkursliknande förhållanden samt utebliven betalning av socialförsäkringsavgifter och skatt. Som grund för fakultativ uteslutning finns också brott inom ramen för yrkesutövningen samt allvarligt fel i yrkesutövningen. Det finns ingen fakultativ uteslutningsgrund som tar direkt sikte på något som har med miljö att göra, varför inte heller dessa grunder är aktuella för detta arbete.

I 11 kap. LOU återfinns regler om kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m. I 11 kap. 1 § framgår att en kontroll av leverantörer ska ske innan de tilldelas kontrakt.

Av 11 kap. 2 § LOU följer att upphandlande myndigheter får ställa krav på leverantörers ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Här kan upphandlande enheter bland annat ställa krav på teknisk kapacitet som anknyter till miljöhänsyn. I 11 kap. 11 § 7 punkten LOU finns det en möjlighet för den upphandlande enheten att ställa krav på uppgifter om de miljöskyddsåtgärder som leverantören kommer tillämpa vid en byggtreprenad, om sådana åtgärder behövs.

### **3.3 Tilldelningsgrunder**

Bestämmelsen i 12 kap. 1 § LOU motsvarar artikel 53.1 i det klassiska direktivet. Upphandlande myndighet kan välja att avgöra vilken anbudsgivare som ska vinna kontraktet antingen genom att anta det anbud som innehåller det lägsta priset eller det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga finns det möjlighet att ta hänsyn till miljöegenskaper kopplade till kontraktets föremål. Oavsett vilka krav som ställs ska de vara objektivt formulerade.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> I 10 kap. 1 § LOU listas organiserad brottslighet, bestickning, bedrägeri och penningtvätt, alla i enlighet med så som de definieras av EU-lagstiftning.

<sup>91</sup> Prop. 2006/07:128, s. 405.

### 3.4 Särskilda villkor vid fullgörande av offentliga kontrakt

6 kap. 13 § LOU motsvarar artikel 26 i det klassiska direktivet och ger upphandlande myndigheter möjligheten att ställa särskilda miljömässiga villkor vid fullgörandet av offentliga kontrakt. Villkoret måste ha ett samband, en koppling, till kontraktsvillkoret och som framgår ovan av avsnitt 2.2.4 ökar möjligheten att det krav som ställs är tillåtet om det tar sikte på att uppfylla något större politiskt mål, som till exempel främjande av hållbar utveckling. Villkoren ska också vara möjliga att kontrollera.<sup>92</sup> Som framgår av målet Concordia Bus, är maxkrav på olika typer av utsläpp ett exempel på vad som kan utgöra ett särskilt kontraktsvillkor.

Särskilda kontraktsvillkor är inte tydligt definierade vare sig i svensk rätt eller i EU-rätten. Det framhålls till och med att likheterna mellan särskilda villkor och tekniska specifikationer är väldigt stora.<sup>93</sup>

Det saknas i princip helt svensk praxis på området. I ett mål från kammarrätten i Stockholm hade Statens inköpscentral genomfört en upphandling avseende fordonshyrning. I förfrågningsunderlaget ställdes krav på att bilarna som hyrdes skulle uppfylla tillämpliga krav i miljöbilsförordningen.<sup>94</sup> Anledningen till att kravet ställdes som ett fullgörandevillkor var att det ansågs relevant att kraven uppfylldes först vid tjänstens utförande, det vill säga när bilarna i fråga skulle användas av myndigheten. Kravet formulerades således inte som ett krav som behövde uppfyllas redan vid anbudets inlämnande.<sup>95</sup>

### 3.5 Tekniska specifikationer

Enligt 6 kap. 1 § LOU ska tekniska specifikationer ingå i en annons om offentlig upphandling. Kraven ska formuleras antingen enligt 6 kap. 2 § LOU och hänvisa till de standarder räknas upp i bestämmelsen, eller 3 § och ta sikte på prestanda- eller funktionskrav där miljöegenskaper kan ingå. Att använda sig av det sistnämnda görs primärt när en upphandlande myndighet vet vad de vill att kontraktsföremålet ska ha för funktion eller prestanda. Ett

---

<sup>92</sup> Ulfsdotter Forssell, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 6 kap. 13 §, avsnitt 3.1, Lexino 2013-06-01.

<sup>93</sup> Ulfsdotter Forssell, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 6 kap. 13 §, avsnitt 3.4, Lexino 2013-06-01.

<sup>94</sup> Förordning (2009:1) om miljö- och trafiksäkerhetskrav för myndigheters bilar och bilresor

<sup>95</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 6756-12.

exempel på prestandakrav kan innebära krav på att till exempel ett datorsystem ska ha en viss prestanda. Vanligtvis gäller att kraven ska vara mätbara för att vara möjliga att kontrollera. Kraven måste också ha samband med kontraktsföremålet.<sup>96</sup>

Som framgår av preambeln till det klassiska direktivet innebär miljöegenskaper till exempel särskilda produktionsmetoder eller särskilda miljöeffekter för varu- eller tjänstegrupper.<sup>97</sup> De krav som kan ställas enligt LOU är desamma som gäller för det klassiska direktivet. Kraven måste alltså, vilket framgår ovan i avsnitt 2.2.3, ha samband med kontraktsföremålet, inte ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet, uttryckligen framgå av meddelandet om offentlig upphandling eller förfrågningsunderlaget samt i övrigt inte stå i strid med de grundläggande rättsprinciperna.<sup>98</sup>

Från svenska domstolar finns det i synnerhet ett par mål som avgjorts och som rör tekniska specifikationer.

Det första är RÅ 1999 ref. 12 och det grundar sig på ÄLOU. Bakgrunden var att en upphandlande myndighet skulle köpa in el till två vattenreningsanläggningar. I målet hade den upphandlande myndigheten ställt krav på att leverantören själv skulle producera minst 50% av den el som skulle komma att levereras. De anförde i och för sig inte miljöhänsyn, men väl att kravet var befogat då de behövde stabil och säker tillgång till el. Målet avgjordes i regeringsrätten, som ansåg att kravet var allt för långtgående.

Det andra fallet är RÅ 2010 ref. 78 (Triclosanmålet). Vid en upphandling av bland annat suturer (kirurgiska sömmar) hade den upphandlande myndigheten inkluderat det tekniska kravet att sömmarna skulle vara fria från tillsatsen triclosan. Tillsatsen triclosan är ett ämne som har antibakteriell verkan men som också är giftigt. Det överklagande bolaget argumenterade för att det var ett oproportionerligt skall-krav, och nådde framgång i kammarrätten innan regeringsrätten avgjorde att just förbud mot innehåll i vissa ämnen, så som den upphandlande myndigheten formulerat sitt förfrågningsunderlag, var en typ av miljökrav som hade tillräcklig koppling till kontraktsföremålet. Regeringsrätten konstaterade också att det inte fanns anledning att pröva om miljökravet i sig hade någon egentlig

---

<sup>96</sup> Rosén Andersson, Helena m.fl.: Lagen om offentlig upphandling En kommentar (30 juni 2014, Zeteo), kommentaren till 6 kap. 3 § första stycket, zeteo.wolterskluwer.se, 2015.

<sup>97</sup> Skäl 29 till direktiv 2004/18/EG.

<sup>98</sup> Rosén Andersson, Helena m.fl.: Lagen om offentlig upphandling En kommentar (30 juni 2014, Zeteo), kommentaren till 6 kap. 3 § första stycket, zeteo.wolterskluwer.se, 2015.

effekt utan att det i målet räckte att kravet varken framstod som godtyckligt eller osakligt samt inte diskriminerade någon leverantör och var objektivt utformat.

I en upphandling skulle den upphandlande myndigheten genomföra en upphandling av livsmedel och ställde i förfrågningsunderlaget krav på att svensk djurskyddslagstiftning skulle gälla. Den överklagande parten hävdade att hänvisningen till svensk djurskyddslagstiftning stred mot likabehandlings- och icke-diskrimineringsprinciperna eftersom svensk djurskyddslagstiftning är mer långtgående än de krav som ställs i enlighet med EU-rätten. Förvaltningsrätten skriver i domen att den upphandlande myndigheten inte förklarat behovet av det uppställda kravet, som därför mest synes vara av etisk natur och således inte en teknisk specifikation. Upphandlingen fick göras om.<sup>99</sup>

Upphandlingen i målet ovan gjordes om men överklagades på nytt. Återigen utgjorde djurskyddsregler tvistefrågan, där den överklagande parten anförde att några av de krav som ställdes i och för sig var inom ramen för svensk djurskyddslagstiftning, men att de utgjorde högre krav än de som gällde i enlighet med EU-rätten och att detta innebar att upphandlingen återigen stod i strid med likabehandlings- och icke-diskrimineringsprincipen.

Argumentationen byggde på att enbart svenska leverantörer var bekanta med de nationella krav som ställdes. Den upphandlande myndigheten anförde att djurskyddskrav var en form av miljöhänsyn och att det i enlighet med RÅ 2010 ref. 78 inte nödvändigtvis måste vara så att kraven faktiskt har en positiv effekt på miljön. När målet nådde kammarrätten konstaterades att kommunen ostridigt fick ställa högre krav än vad som följer av EU-rätten. Däremot måste dessa förenas med regler för hur uppföljning av dessa krav ska ske, något som den upphandlande myndigheten i målet misslyckats visa och eftersom brist på kontrollmekanism förelåg ansåg kammarrätten i Sundsvall att upphandlingen i sin helhet stred mot likabehandlingsprincipen och därför skulle göras om.<sup>100</sup> Målet överklagades av den upphandlande myndigheten till Högsta förvaltningsdomstolen som avslog både överklagandet och begäran om att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.<sup>101</sup>

I ett mål från kammarrätten i Stockholm som också avsåg upphandling av livsmedel. I upphandlingen ställdes ett antal krav, bland annat produktkrav som avsåg djurskydd. Även i detta mål var de krav som ställdes mer långtgående än vad EU-rätten krävde och även här saknades det tydlig

---

<sup>99</sup> Förvaltningsrätten i Falun, mål nr. 2440-10.

<sup>100</sup> Kammarrätten i Sundsvall, mål nr. 2091-11.

<sup>101</sup> Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr. 158-12.

information om hur de högre ställda kraven skulle komma att kontrolleras. Samma ekonomiska aktör som överklagade i målet ovan till kammarrätten i Sundsvall överklagade i detta fall och anförde i det närmaste idendisk argumentation: högre ställda krav, som inte skulle komma att kontrolleras, utgjorde brott mot 1 kap. 9 § LOU genom att inte iaktta likabehandlings- och icke-diskrimineringsprincipen eftersom det är i det närmaste omöjligt för leverantörer med produktion utanför Sverige att möta de villkor som ställts i förfrågningsunderlaget. De djurrättsliga krav som i svensk rätt var mer långtgående än i EU-rätten avsåg användning av antibiotika, transport till slakt samt slaktmetod. Kammarrätten skriver i sitt avgörande att samtliga krav som ställts är tillåtna enligt LOU. Vad avser kontroll av dessa krav avgör kammarrätten att det inte finns någon anledning att föreskriva särskild kontroll av de uppgifter som ingår i anbudet om det inte finns någon särskild anledning att ifrågasätta dess riktighet.<sup>102</sup>

### 3.6 Miljömärken

För att specificera vilka miljöegenskaper kontraktsföremålet ska uppfylla när krav ställs enligt 6 kap. 3 § LOU får den upphandlande myndigheten hänvisa till miljömärken i enlighet med 6 kap. 7 § LOU. Syftet med att använda miljömärken är att kunna visa att de produkter som bär märkningen är mer miljövänliga än de inom samma produktkategori som inte bär märkningen.<sup>103</sup>

I en dom från kammarrätten i Göteborg hade en upphandlande myndighet initierat en upphandling av skumsläckare och i förfrågningsunderlaget ställt krav på att släckarna skulle vara miljöklassade. Vilken miljömärkning som krävdes förtydligades i efterhand genom ”frågor och svar”. Kammarrätten skriver i domen att förtydligandet skett i enlighet med LOU:s regler. I målet hade den upphandlande myndigheten begärt in bevis på att anbuderna uppfyllde kraven på miljömärkning men de produktblad som den överklagande anbudsgivaren inkommit med saknade tydlig information därom. Anbudsgivaren anför att det är rimligt att förvänta sig att en upphandlande myndighet har sådan kunskap om skumbrandsläckare så att viss informationsbrist i insända produktblad inte ska spela någon roll. Kammarrätten avslog överklagandet med hänvisning till att upphandlande myndigheter normalt sett själva får avgöra hur de ska kontrollera att

---

<sup>102</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 2841-11.

<sup>103</sup> Prop. 2006/07:128, s. 347.

anbuden når upp till de krav som ställts och att av förkastade anbudet inte uppfyllt ställda krav.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 661-13.



## 4 Kommande lagstiftning

### 4.1 Nya direktivet

Precis som i det klassiska direktivet framhålls i det nya direktivet möjligheten för upphandlande myndighet att beakta miljöhänsyn vid offentliga upphandlingar, när så är lämpligt. Det framhålls i beaktandeskälen till det nya direktivet att det är av särskild vikt att såväl medlemsstater som upphandlande myndigheter vidtar relevanta åtgärder för att säkerställa att de miljörättsliga skyldigheter som föreligger efterföljs.<sup>105</sup> Det framhävs vidare att kontroll av att leverantörerna kan uppfylla dessa skyldigheter bör göras samt att även vidare åtgärder än vad som enligt nya direktivet föreskrivs får vidtas för att främja hållbar utveckling, givet att EU:s grundläggande principer inte åsidosätts.<sup>106</sup> I det nya direktivet framhålls också att strategisk offentlig upphandling är ett bra verktyg för att främja miljöinnovation och en övergripande miljömässig nytta.<sup>107</sup>

Ovan anført ligger i linje med vad Kommissionen slagit fast i EU:s övergripande 2020-strategi.<sup>108</sup> I beaktandeskälen framhålls vidare att det är av stor vikt att nyttja de möjligheter det nya direktivet ger för att uppnå målen i 2020-strategin.<sup>109</sup>

I beaktandeskälen poängteras att upphandlande myndigheter i större utsträckning bör ta hänsyn till begreppet livscykelkostnad. Det innebär att upphandlande myndighet bör beakta alla kostnader vid värdering av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Här avses allt från forskning och utveckling till produktions- och distributionskostnader och även kostnad för bortskaffande av uttjänta varor.<sup>110</sup> Medlemsländerna uppmanas att ta ansvar för att gemensamt utveckla metoder som gör det möjligt att mäta dessa livscykelkostnader. Det poängteras att metoderna börjat utvecklas redan och att de, när de är klara, bör bli obligatoriska att använda.<sup>111</sup>

---

<sup>105</sup> Skäl 37 till direktiv 2014/24/EU.

<sup>106</sup> Skäl 40-41 till direktiv 2014/24/EU.

<sup>107</sup> Skäl 47 till direktiv 2014/24/EU.

<sup>108</sup> Meddelande från Kommissionen - Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, KOM(2010) 2020 slutlig.

<sup>109</sup> Skäl 95 till direktiv 2014/24/EU.

<sup>110</sup> Skäl 92 till direktiv 2014/24/EU.

<sup>111</sup> Skäl 96 andra stycket till direktiv 2014/24/EU.

En nyhet är att det nya direktivet innehåller utökade möjligheter att utesluta leverantörer även på grund av att miljörelaterade skyldigheter tidigare inte fullgjorts.<sup>112</sup>

### 4.1.1 Tilldelningsgrunder

I artikel 56 i det nya direktivet stadgas att offentliga kontakt ska tilldelas mot bakgrund av artiklarna 67-69. Undantag från detta kan ske om anbudsgivaren ska uteslutas med stöd av artikel 57. Utöver de uteslutningsgrunder som tar sikte på leverantörer som inte uppfyllt sina miljömässiga skyldigheter enligt artikel 18.2. Det finns däremot inga uteslutningsgrunder som tar sikte på uteslutning av leverantörer som i och för sig genomför sina förpliktelser men inte tar ett större eller mer långtgående miljöansvar än så.

I artikel 68 återfinns den helt nya rubriken *Livscykelkostnader*. Som nämnts ovan är det en möjlighet för upphandlande myndigheter att vid tilldelning av offentliga kontrakt beakta den totala kostnaden för den varan, tjänsten eller byggentreprenaden som är föremål för kontraktet. Dessa kostnader ska i alla relevanta delar beaktas. Med livscykelkostnad avses samtliga kostnader som kan hänföras till kontraktetsföremålet. Kommissionen definierar livscykelkostnad som kostnaden för investering, användning, underhåll, insamlings- och återvinningskostnader vid livslängdens slut. Till detta adderas alla externa kostnader som tillkommer med anledning av externa miljöeffekter, såsom kostnaden för global uppvärmning, utsläpp av växthusgaser och klimatanpassningskostnader.<sup>113</sup> Begreppet tar alltså ett helhetsgrepp och omdefinierar vad kostnaden för ett kontraktetsföremål är.

De metoder som ska användas för att beräkna livscykelkostnader är just nu under utveckling.<sup>114</sup> I skrivande stund finns det endast en lagstiftningsakt som berörs av denna nya metod.<sup>115</sup> Enligt artikel 68.3 ska livscykelkostnaden tillämpas, så fort det finns bindande EU-lagstiftning.

I artikel 67.3 har det införts en definition på hur tilldelningskriterierna kan utformas för att anses ha koppling till kontraktetsföremålet. Det framgår att kriterierna är tillåtna så länge de hänför sig till kontraktetsföremålet i alla skeden av dess livscykel. Här inkluderas produktions-, tillhandahållande-

---

<sup>112</sup> Skäl 101 till direktiv 2014/24/EU.

<sup>113</sup> <http://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm>, hämtad 2016-01-07. Se även artikel 68.1 i det nya direktivet.

<sup>114</sup> Skäl 96 andra stycket till direktiv 2014/24/EU.

<sup>115</sup> Se Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/33/EG av den 23 april 2009 om främjande av rena och energieffektiva vägtransportfordon.

och handelsprocesser eller berör specifika processer i ett senare skede av kontraktsföremålets livsskede.

## **4.1.2 Tekniska specifikationer**

I det nya direktivet återfinns regler om tekniska specifikationer i artikel 42. Artikeln är i sin utformning avsevärt fylligare än i det klassiska direktivet även. Tre tydliga nyheter står att finna.

1. I enlighet med artikel 42.1 andra stycket ska det vara möjligt att ställa krav inte bara på själva kontraktsföremålet utan även på den process eller metod som tillämpas för att producera eller tillhandahålla varan, tjänsten eller byggtreprenaderna. Kraven måste i sådant fall utformas så att de står i proportion till kontraktets värde och att den process eller metod som det ställs krav på har koppling till kontraktsföremålet.
2. I det nya direktivet framgår av artikel 42.3 a) att miljöegenskaper ska vara en del av prestanda- och funktionskrav, till skillnad från det klassiska direktivet där sådana egenskaper kunde vara en del av desamma. Dessa krav måste vara så pass exakt formulerade att ekonomiska aktörer kan skapa sig en klar bild av vad den upphandlande myndigheten avser.
3. Regler kring miljömärken har fått en egen artikel, och återfinns i artikel 43. Bestämmelserna kring märken tar tydligt sikte på de grundläggande rättsprinciperna och för att hänvisning till märken ska vara tillåten krävs att de krav som åberopas av den upphandlande myndigheten har tydlig koppling till kontraktsföremålet.

I övrigt är de nya reglerna väldigt lika de i det klassiska direktivet.

## **4.1.3 Särskilda villkor vid fullgörande av offentliga kontrakt**

Artikel 70 i det nya direktivet har ersatt artikel 26 i det klassiska direktivet. I det nya direktivet framgår det tydligt att upphandlande myndigheter får ställa särskilda miljörelaterade krav på hur kontraktet ska fullgöras men att kraven måste vara kopplade till kontraktsföremålet i enlighet med artikel 67.3.

## **4.2 Nya LOU**

Under 2014 överlämnades SOU 2014:51 Nya regler om upphandling till regeringen. Utredningen innehåller förslag till ny författning mot bakgrund av det nya direktivet. Utredningen konstaterar att det nya direktivet i stort

kodifierar praxis men att utrymmet för att ta miljömässiga hänsyn är relativt stort för upphandlande myndigheter redan med det klassiska direktivet och LOU.<sup>116</sup> I juni 2015 kom Lagrådets remiss<sup>117</sup> som innehåller regeringens förslag på lagtext, men det har ännu inte kommit någon proposition.

### 4.2.1 Tilldelningsgrunder

Förslaget till lagtext speglar i stor utsträckning det nya direktivet. Den kanske största nyheten i det svenska förslaget är att *lägsta pris* försvinner som tilldelningsmetod. Istället kommer enbart det *ekonomiskt mest fördelaktiga* anbudet att antas. Enligt förslaget ska ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utvärderas på grundval av

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.<sup>118</sup>

I det svenska förslaget på lagtext har regeringen föreslagit att livscykelkostnaderna enbart ska tillmätas betydelse för det fall kostnaderna för miljöeffekter kan mätas i pengar samt kontrolleras.<sup>119</sup> Inte heller den svenska lagstiftaren väljer att införa miljörelaterade uteslutningsgrunder för leverantörer.

Artikel 67.1 är i det svenska förslaget kraftigt förenklad. Det framgår av förslaget att tilldelningskriterierna ska anses vara kopplade till kontraktsföremålet om kriterierna tar sikte på något som berör kontraktsföremålet under dess livscykel.<sup>120</sup> Det framgår däremot av lagrådsremissen att livscykel ges en vid definition, och det föreslås att begreppet ska omfatta ”*samtliga skeden som en vara, tjänst eller ett byggnadsverk genomgår under sin livslängd, från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut*”.<sup>121</sup>

### 4.2.2 Särskilda villkor vid fullgörande av offentliga kontrakt

Regeringens förslag på lagtext stämmer i det närmaste helt överens med hur artikel 70 i det nya direktivet är utformad.<sup>122</sup> Det framhålls i lagrådsremissen

---

<sup>116</sup> SOU 2014:51, s. 14.

<sup>117</sup> Lagrådsremiss Nytt regelverk om upphandling, 4 juni 2015, s. 16-106.

<sup>118</sup> Lagrådsremiss Nytt regelverk om upphandling, 4 juni 2015, s. 76.

<sup>119</sup> Lagrådsremiss Nytt regelverk om upphandling, 4 juni 2015, s. 77.

<sup>120</sup> Lagrådsremiss Nytt regelverk om upphandling, 4 juni 2015, s. 77.

<sup>121</sup> Lagrådsremiss Nytt regelverk om upphandling, 4 juni 2015, s. 308.

<sup>122</sup> Lagrådsremiss Nytt regelverk om upphandling, 4 juni 2015, s. 78.

att det inte rör sig om villkor som ska utvärderas i anbuden utan att det här ska röra sig om villkor som leverantören åtar sig att respektera vid fullgörandet av kontraktet.<sup>123</sup> Den svenska tolkningen av det nya direktivet verkar inte förändras, eftersom lagrådsremissen hänvisar tillbaka till tidigare lagstiftningsarbete.<sup>124</sup>

### 4.2.3 Tekniska specifikationer

I det nya direktivet regleras tekniska specifikationer i artikel 42 på ett fylligt sätt. Liksom i det nya direktivet förs det i förslaget till svensk lagstiftning in en möjlighet att inte bara ställa krav på kontraktsföremålet i sig, utan även på alla aspekter kontraktsföremålets livscykel.<sup>125</sup>

### 4.2.4 Miljömärken

Regeringens förslag till lagtext avseende miljömärken synes vara mer pedagogiskt utformad och lättförstådd än i LOU. Regeln är formulerad annorlunda än i det nya direktivet men innehållet är detsamma. Liksom i det nya direktivet är det märkbart att EU:s grundläggande rättsprinciper stått i fokus för lagstiftaren och det framgår tydligt att upphandlande myndigheter kan hänvisa till miljömärken så länge hänvisningen rör kriterier som är kopplade till kontraktsföremålet, kraven för märket är lämpliga för att definiera kontraktsföremålet, märkeskraven är objektiva, kontrollerbara och icke-diskriminerande.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> Lagrådsremiss Nytt regelverk om upphandling, 4 juni 2015, s. 736.

<sup>124</sup> Lagrådsremiss Nytt regelverk om upphandling, 4 juni 2015, s. 736, som hänvisar till prop. 2006/07:128 del 1 s. 196 ff., SOU 2013:12 s. 375 ff.

<sup>125</sup> Lagrådsremiss Nytt regelverk om upphandling, 4 juni 2015, s. 556ff.

<sup>126</sup> Lagrådsremiss Nytt regelverk om upphandling, 4 juni 2015, s. 56.

## 5 Analys och slutsats

### 5.1 Vad som kan anses vara klarlagt

I grund och botten accepterar EU-rätten att miljöhänsyn kan beaktas som grund för att ett anbud ska anses vara det mest ekonomiskt fördelaktiga. Målen *Beentjes*, *Concordia Bus*, *Wienstrom* och *Max Havelaar* har i stor utsträckning varit vägledande i dessa sammanhang.

I målet *Beentjes* slog EU-domstolen fast att det är upp till den upphandlande myndigheten att själv avgöra vilka kriterier de vill fästa avseende vid. Denna princip har sedan upprepats och återkommit och har senare även kodifierats i såväl EU-direktiv som i nationell svensk upphandlingslagstiftning.

I målet *Concordia Bus* fastslog EU-domstolen att miljörelaterade värden kunde ligga till grund för bedömningen om vad som kunde anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i en offentlig upphandling. Här konstaterade EU-domstolen vidare att de tilldelningskriterier som en upphandlande myndighet valde att tillämpa skulle ha ett direkt samband med kontraktsföremålet. I målet *Wienstrom* bekräftade EU-domstolen att inte bara rena ekonomiska värden behövde ligga till grund för tilldelning av offentliga kontrakt.

I det nya direktivet synes denna praxis vara införlivad och dragen än längre. Med nya regler för livscykelkostnader och att villkor ska kunna ställas på i princip alla led som berör en vara, tjänst eller byggnadsverk under dess livslängd synes det inte ens behöva finnas en direkt koppling till kontraktsvillkoret längre.

Dessa två principer, att upphandlande myndigheter själva kan avgöra vilka kriterier de ska fästa avseende vid samt att även miljörelaterade värden kan ligga till grund för vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, har även de blivit kodifierade i lagstiftningen sedan EU-domstolens avgörande.

I målet *Max Havelaar* prövades om miljörelaterade villkor kunde anses ha samband med kontraktsföremålet. I artikel 42 i det nya direktivet synes detta inte längre utgöra något som helst hinder. Det verkar som att lagstiftaren tog fasta på generaladvokatens förslag till dom, där hon skriver att inte bara

miljörelaterade, utan även etiska villkor avseende produktion skulle kunna ställas.<sup>127</sup>

## 5.2 Vad som ännu inte är klarlagt

I målet *Max Havelaar* nämns kort att de krav som i förevarande upphandling ställdes stod i direkt samband med kontraktsföremålet och inte rörde leverantörens allmänna inköspolicy.<sup>128</sup> Frågan om huruvida det är möjligt att ställa krav på en leverantörs allmänna beteende är inte över huvud taget något som prövats. Är det till exempel möjligt för en upphandlande myndighet som köper in livsmedel att ställa krav på att leverantören måste ha ett helt ekologiskt utbud, eller att en upphandlande myndighet som köper in el kan specificera att leverantören i sitt sortiment enbart erbjuder förnyelsebar energi?

I nuvarande lagstiftning finns det inget som uttryckligen tillåter sådana villkor. Däremot kan det vara i den riktningen lagstiftningen rör sig. Som stöd för en sådan syn kan anföras att livscykelkostnader är en nyhet som när den börjar tillämpas kan komma att helt omkullkasta det sätt som ekonomiska aktörer idag kostnadsberäknar. Livscykelkostnader kan anses vara ett steg mot att faktiskt ta miljö och miljöfrågor på allvar. Även det faktum att villkorens koppling till kontraktsföremålet försvagats jämfört med vad som fastslogs i *Concordia Bus* talar för att allt mer kraftfulla upphandlingsrättsliga verktyg för att tackla miljöproblem kan vara att vänta.

Livscykelkostnader och hur de ska tillämpas är ännu inte heller klarlagt. Lagstiftningen finns på plats men det saknas ännu modeller för att beräkna livscykelkostnaden för till exempel 1 kilo kaffe, och än mindre för att beräkna livscykelkostnaden för att upphandla skolmat till en skola för en treårsperiod.

---

<sup>127</sup> Generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i mål C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar) p. 110.

<sup>128</sup> C-368/10, Max Havelaar p. 90.

# Käll- och litteraturförteckning

## Otryckta källor

Göteborgs Stads Upphandlings AB, Göteborgs Stad: *Social hänsyn i upphandling som arbetsmarknadsverktyg*, Seminarium, Visby den 30 juni 2015

## Tryckta källor

### *Statens offentliga utredningar*

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

SOU 2014:51 Nya regler om upphandling

### *Propositioner*

Proposition 1992/93:88 om offentlig upphandling

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

### *Övrigt offentligt tryck*

Kommittédirektiv 2014:161 Inrättande av Upphandlingsmyndigheten

Lagrådsremiss Nytt regelverk om upphandling, 4 juni 2015

### *EU-kommissionen*

Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska Ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén – Offentlig upphandling för en bättre miljö, KOM(2008) 400

Meddelande från Kommissionen - Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, KOM(2010) 2020 slutlig

## Litteratur

### *Böcker*

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders: *Europarättens grunder*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2010



Reichel, Jan: ”EU-rättslig metod” i Juridisk metodlära. Korling, Fredric – Zamboni, Mauro (red.), Uppl. 1:2, Studentlitteratur, Lund, 2013

Sundstrand, Andrea: Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure förlag, Stockholm, 2012

Simmonds, Nigel E: Juridiska principfrågor – Rättvisa, gällande rätt och rättigheter, Nordstedts juridik, Stockholm, 1988

### **Artiklar**

Olsen, Lena: Rättsvetenskaplig perspektiv, SvJT2004 s. 105-145

Peczenik, Alexander: Juridikens allmänna läror, Svensk juristtidning s. 249-272

### **Lagkommentarer**

Nord, Eskil: [Lag (2007:1091) om offentlig upphandling, kommentaren till 1 kap. 9a §, not 11], i Karnov, internet [senast kontrollerad 7 januari 2016]

Rosén Andersson, Helena; Mülenbock, Eva-Maj; Willquist, Henrik & Piper, Catharina: Lagen om offentlig upphandling En kommentar (30 juni 2014, Zeteo), zeteo.wolterskluwer.se, 2015 [senast kontrollerad 7 januari 2016]

Ulfsdotter Forssell, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 6 kap. 13 §, Lexino 2013-06-01, internet [senast kontrollerad 7 januari 2016]

### **Rapporter**

Konkurrensverkets rapport Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juni 2011

Hettne, Jörgen: Strategic Use of Public Procurement – Limits and Opportunities, European Policy Analysis, 2013:7epa, Sieps

### **Övrigt**

Shekarabi, Ardalán: *Så ska den offentliga upphandlingen förbättras*, Dagens industri, publicerad den 2 mars 2015.

## **Elektroniska källor**

Shekarabi, Ardalán: *Stoppa social dumpning i offentliga upphandlingar*, publicerad den 22 december 2014. Senast besökt den 8 oktober 2015.

<http://www.dn.se/debatt/stoppa-social-dumpning-i-offentliga-upphandlingar/>

EU GPP Criteria, uppdaterad den 5 november 2015 och senast besökt den 7 januari 2016.

[http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\\_gpp\\_criteria\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm)

Life-cycle costing, uppdaterad den 19 november 2015 och senast besökt den 7 januari 2016.

<http://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm>

# Rättsfallsförteckning

## EU

### EU-domstolen

Mål C-120/78, Cassis de Dijon, ECLI:EU:C:1979:42  
Mål C-31/87, Beentjes, ECLI:EU:C:1988:422  
Mål C-275/98, Unitron Scandinavia, ECLI:EU:C:1999:567  
Mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, ECLI:EU:C:2000:669  
Mål C-380/98, University of Cambridge, ECLI:EU:C:2000:529  
Mål C-237/99, Kommissionen mot Frankrike, ECLI:EU:C:2001:70  
Mål C-470/99, Universale-Bau m.fl., ECLI:EU:C:2002:746  
Mål C-513/99, Concordia Bus Finland, ECLI:EU:C:2002:495  
Mål C-92/00, HI, ECLI:EU:C:2002:379  
Mål C-315/01, GAT, ECLI:EU:C:2003:360  
Mål C-448/01, Wienstrom, ECLI:EU:C:2003:651  
Mål C-234/03, Contse, ECLI:EU:C:2005:644  
Mål C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur, ECLI:EU:C:2008:351  
Mål C-368/10, Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar),  
ECLI:EU:C:2012:284

### Generaladvokaten

Generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i mål C-101/08,  
Audiolux m.fl., ECLI:EU:C:2009:410  
Generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i mål C-368/10,  
Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar), ECLI:EU:C:2011:840

## Sverige

### Högsta Förvaltningsdomstolen

RÅ 1999 ref. 12  
RÅ 2010 ref. 78  
Högsta förvaltningsdomstolen, beslut den 9 maj 2012, mål nr. 158-12

### Kammarrätterna

Kammarrätten i Sundsvall, dom den 22 december 2011, mål nr. 2091-11

Kammarrätten i Stockholm, dom den 23 februari 2012, mål nr. 2841-11  
Kammarrätten i Stockholm, dom den 25 mars 2013, mål nr. 6756-12  
Kammarrätten i Göteborg, dom den 7 maj 2013, mål nr. 661-13

## **Förvaltningsrätterna**

Förvaltningsrätten i Falun, dom den 19 april 2010, mål nr. 2440-10