



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Adam Gullstrand

Miljöhänsyn vid tilldelning av kontrakt i offentlig upphandling

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Christian Häthén

Termin: VT 2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod	6
1.5 Material	7
1.6 Uppsatsens disposition	8
2 RÄTTSLIGA RAMAR FÖR UPPHANDLING	10
2.1 Primär rätt	10
2.2 Sekundärrätt – upphandlingsdirektiv	11
2.3 EU rättsliga principer	12
3 MILJÖHÄNSYN VID KONTRAKTSTILLDELNING	14
3.1 Bakgrund	14
3.2 Utvärdering av anbud	15
3.2.1 Tilldelning av kontrakt	15
3.2.2 Lägsta pris	15
3.2.3 Det ekonomiskt mest fördelaktiga budet	15
3.3 Icke ekonomiska kriterier	16

3.4	Miljöegenskaper som tilldelningskriterium	17
3.5	Miljökrav på tillverkningsprocesser	18
3.5.1	Förnyelsebarenergi	18
3.5.2	Ekologisk produktion	19
3.6	Miljökrav på produkter och tjänster	20
3.6.1	Livscykelkostnadsanalys	20
4	GRÄNSEN FÖR MILJÖKRAV SOM TILLDELNINGSKRITERIUM	23
4.1	Bakgrund	23
4.2	Om Harmonisering	24
4.3	Inremarknadsperspektivet	25
4.3.1	Inremarknadstestet	25
4.3.2	Multipolicyperspektivet	26
4.4	Inre marknadsperspektivet och tilldelningskriterier	26
4.5	Multipolicyperspektivet och tilldelningskriterier.	27
4.6	Upphandlingsutrednignens analys över tilldelningskriterier	28
5	NYTT DIREKTIV OM UPPHANDLING	31
6	SLUTSATSER	32
6.1	Hur ska miljökraven vara utformade?	32
6.2	Hur långtgående krav går det att ställa?	33
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	36

Summary

Public procurement is a sector that turns over huge amounts of money. In 2012 this sector was valued at 625 billion SEK in Sweden. At EU level the scale of public procurement has been noticed by the EU-commission as something that can be used to create a more sustainable Europe. To achieve this EU wants to increase the possibilities for the member states to use environmentally adapted public procurement. The aim with this essay is to investigate how environmental criteria should be formed to be compatible with union law. In the essay there will also be an analysis of how far reaching the criteria can be. In 2014 EU issued a new directive that regulates procurement rules. The new directive abolishes the old procurement directive on which the Swedish procurement law is built on but no new procurement law has been issued by Swedish authorities. For that reason the new directives impact on environmental award criteria will also be looked at. For the most part of the essay an EU-law method will be used and within this mostly cases from the EU-court will be used to determine what the applicable law is. To determine how far-reaching award criteria that can be used, material from the procurement committee will be used along with articles on the subject. In relation to the questions at issue the following can be concluded. It is possible for a contracting authority to use environmental criteria as award criteria as long as they comply with the basic principals of union law and they also has to meet the criteria in the *Concordia*-case. How far-reaching criteria's that can be set is dependent by which of the innermarket- or the multipolicyerspective you favor. Where the later one can be used to justify more far-reaching award criteria. It should be said though that these are just assessments of EU-court cases and that the court has not yet delivered a clear answer to the question. Regarding the new directive the Swedish public procurement authority says that this will not alter the possibility to use award criteria.

Sammanfattning

Offentlig upphandling är ett område som omsätter väldigt stora belopp, år 2012 uppgick denna summa till 635 miljarder vilket är knappt en 1/5 av Sveriges BNP. EU har på europeisk nivå lyft fram offentlig upphandling som ett sätt att nå samhällliga mål, i EU-kommissionens 2020 strategi tas offentlig upphandling upp som ett sätt att nå den hållbara tillväxt som kommissionen vill åstadkomma. För att detta ska kunna bli verklighet vill kommissionen underlätta användandet av miljöanpassad upphandling. Syftet med uppsatsen är att undersöka hur miljökrav ska vara utformade för att vara förenliga med EU-rätten vid tilldelning av kontrakt. I uppsatsen analyseras även hur långtgående krav som kan ställas. Dessutom har det kommit ett nytt upphandlingsdirektiv som upphäver det som den nuvarande lagen om offentlig upphandling bygger på. I uppsatsen undersöks därför även vilken påverkan detta nya direktiv får för tilldelningskriterier. I uppsatsen används till stor del en EU-rättslig metod och inom ramen för denna kommer framförallt praxis från EU-domstolen användas för att fastställa gällande rätt. Då debatten om hur långtgående krav som kan ställas är relativt ny kommer i denna del framförallt material som är framtaget av upphandlingsutredningen användas. Gällande resultaten av undersökningen följande sägas. De tilldelningskriterier som används ska vara förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principerna och leva upp till kriterierna i *Concordia* fallet. Hur långtgående krav som ska ställas är beroende på vilket av inre marknads- och multipolicyperspektivet man väljer att tillämpa. Där det senare gör det möjligt att ställa mer långtgående krav. Detta är dock bedömningar av EU-domstols praxis och det saknas klargörande från domstolen som helt säkert avgör frågan. Gällande det nya upphandlingsdirektivet visar utredningen att detta förmodligen inte kommer förändra rättsläget gällande tilldelningskriterier.

Förkortningar

FEU – Fördraget om Europeiska unionen

FEUF – Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

LOU – lag om offentlig upphandling

1 Inledning

1.1 Bakgrund

År 2012 motsvarades värdet på offentlig upphandling till ca 625 miljarder vilket då var en knapp 1/5 av Sveriges BNP.¹ Just upphandlings sektorns storlek gör att den blir en betydande faktor som kan påverka EUs medlemsstaters möjligheter att nå samhälleliga mål och bidra till en positiv utveckling.² Detta har även uppmärksammats av EU-kommissionen i den 2020-strategi som lanserats för att skapa ett hållbart Europa. I denna lyfter kommissionen fram hållbar tillväxt, som ska leda till en resurseffektivare, grönare och mer konkurrenskraftig ekonomi. För att kunna förverkliga denna hållbara tillväxt ska medlemsländerna ges större möjligheter att använda miljöanpassad upphandling.³

Det som intresserar mig med upphandling är framförallt den kontaktyta som finns mellan det offentliga och det privata näringslivet när en myndighet ska upphandla. Som jag ser det ställs här olika intressen mot varandra, där det å ena sidan finns ett intresse av att skapa en inre marknad där alla företag ska kunna konkurrera på lika villkor.⁴ Och andra sidan har EU som ambition att skapa förutsättningar för ett hållbart Europa där upphandlande myndigheter ska kunna ställa miljökrav vid upphandlingar.⁵ Hur ska en myndighet agera för att kunna upphandla så miljömässigt hållbara produkter som möjligt utan att gå över gränsen för de bestämmelser som reglerar den inre marknaden?

¹ Konkurrensverkets rapport 2015:9 s. 14.

² Stavenow och Sennström (2013) s. 7.

³ Kommissionens meddelande ”Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla”, KOM(2010) 2020 slutlig s. 15f.

⁴ Se avsnitt 2.1.

⁵ Se avsnitt 1.1.

En ytterligare utmaning för upphandlande myndigheter i Sverige är att den nuvarande lagen om offentligupphandling (2007:1091) LOU bygger på upphandlingsdirektiv 2004/18⁶ som blivit upphävt genom det nya upphandlingsdirektivet 2014/24.⁷ Det nya upphandlingsdirektivet 2014/24 innebär att vår nuvarande lag om upphandling kommer att sluta gälla och ersättas med en ny lag om upphandling. Någon ny upphandlingslag finns inte på plats vilket gör att vi hamnar i ett mellanläge där vår gällande lagstiftning är baserad på ett direktiv som inte längre gäller.⁸

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att undersöka hur krav på miljöhänsyn ska vara utformade för att stämma överens med EU-rätten.

Med utgångspunkt i uppsatsens syfte ämnar jag besvara följande frågor:

- Vilka kriterier måste en upphandlande myndighet förhålla sig till när den ställer krav på miljöhänsyn vid kontraktstilldelning?
- Hur långtgående krav på miljöhänsyn kan man ställa vid tilldelning av kontrakt?
- Vilka följder kan direktiv 2014/24 få för möjligheterna att använda miljöhänsyn vid tilldelning av kontrakt?

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18 av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling byggentreprenader, varor och tjänster.

⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentligupphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EU.

⁸ Upphandlingsmyndighetens informationsmaterial: Nyheterna i den kommande lagstiftningen och hur vi hanterar mellan tiden,

<www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/ny-lagstiftning>, besökt 2016-04-28 s. 7.

1.3 Avgränsningar

Inom ramen för mitt syfte och frågeställningar har jag valt att fokusera på vad som gäller för miljöhänsyn vid tilldelning av kontrakt vid upphandling av varor och tjänster.

I en upphandling kan miljöhänsyn tas i olika delar av upphandlingen, såsom kvalificeringskrav på anbudsgivarna, krav på produkter och som särskilda kontraktsvillkor. Trots att även miljöhänsyn vid dessa stadier är intressanta att titta på kommer dessa att lämnas utanför denna uppsatts med hänvisning till mitt syfte och frågeställning. Uppsatsen kommer inte heller att behandla den viktning av tilldelningskriterierna som ska ske, eftersom jag har valt titta enbart på hur tilldelningskriterierna ska vara utformade för att stämma överens med EU-rätten.

1.4 Metod

I den deskriptiva delen av uppsatsen handlar frågeställningen om att ta reda på vad gällande rätt är. För att göra detta kommer jag använda mig av en rättsdogmatisk metod som syftar till att fastställa gällande rätt, genom att analysera de generellt accepterade rättskällorna så som lagtext, förarbeten, rättsfall och doktrin.⁹ Kombinerat med den rättsdogmatiska metoden använder jag mig även av en EU-rättslig metod. Detta är nödvändigt då det svenska regelverket om upphandling bygger på EU-rätt. Denna metod som kan beskrivas som ett tillvägagångssätt för att fastställa gällande rätt genom att förklara hur EU-rättsliga källor ska tolkas och tillämpas på nationell nivå.¹⁰ Exempel på dessa källor är primärrätt, allmänna rättsprinciper, sekundärrätt, EU-domstols praxis, förarbeten och doktrin.¹¹

⁹ Kleineman (2013) s. 21; Hellner (2001) s. 22.

¹⁰ Reichel (2013) s. 109.

¹¹ Bernitz (2014) s. 65.

Inom EU-rätten är EU-domstolen en viktig aktör när det gäller att driva rättens utveckling bland annat vad gäller tolkning av de materiella EU-rättsliga reglerna.¹² Vilket inspirerat mig till att i stor utsträckning använda praxis från EU-domstolen för att försöka fastställa vad som är gällande rätt i förhållande till mina frågeställningar. Till detta använder jag mig även av de förarbeten som ligger till grund för den nuvarande lagstiftningen om offentlig upphandling. Och för att ytterligare fylla ut och exemplifiera kommer jag att använda mig av den doktrin som jag anser vara relevant. Jag har även till viss del använt mig av ”soft law” från EU exempelvis tolkningsmeddelande och handböcker för att skapa en förståelse om vad miljöhänsyn innebär. Jag anser att detta kan hjälpa i min framställning även om denna källa inte är bindande.¹³ Även de skäl som anges i ingressen till en rättsakt kan ge hjälp med tolkningen av en rättsakt.¹⁴

I den del av analysen som är kopplad till hur långtgående krav som kan ställas, försöker jag använda ett kritiskt perspektiv¹⁵ för att visa att rättsläget är oklart och att det borde förändras. Detta gör jag genom att dra slutsatser utifrån min utredning om gällande rätt.

1.5 Material

I uppsatsens deskriptiva del används ett antal rättsfall från EU-domstolen som varit centrala för utformningen av vilka krav som går att ställa på miljöhänsyn. Dessa rättsfall har jag valt ut från den doktrin jag stöt på under arbetets gång. Rättsfallen är viktiga på det sättet att de förklarar med hänvisning till olika EU-rättsliga bestämmelser och principer vilka krav som

¹² Rechiel (2013) s. 115.

¹³ Rechiel (2013) s. 127.

¹⁴ Bernitz & Kjellgren (2014) s. 187.

¹⁵ Kleinman (2013) s. 39.

de upphandlande myndigheterna måste leva upp till när de vill ta miljöhänsyn vid en upphandling. Jag har också försökt välja rättsfall som både exemplifierar de generella krav som miljöhänsyn måste leva upp till, men även rättsfall där EU-domstolen i konkreta fall tar ställning till vilka miljökrav som är acceptabla inom ramen för miljöhänsyn.

Bland författare till den doktrin jag använt vill jag nämna docent Andrea Sundstrand vid Stockholms universitet och hennes avhandling i offentlig upphandling. Hon har även publicerat ett antal böcker om upphandling både före och efter sin avhandling, vilket enligt min mening gör henne till en väl ansedd författare på området.

Debatten om hur långtgående krav som kan ställas har enligt min uppfattning uppstått de senaste åren och här finns tyvärr inget överflöd av material att tillgå. Därför har jag framförallt använt mig av de artiklar som Jörgen Hettne lektor och docent i EU-rätt vid Lunds universitet, Peter Kunzlik professor i juridik vid City University of London och Roberto Caranta professor i administrativ rätt vid universitetet i Turin, skrivit i frågan under upphandlingsutredningens arbete med SOU 2013:12.

Den nya lagstiftningen om upphandling är försenad och det inte heller finns någon proposition att använda sig av när det gäller det nya upphandlingsdirektivets betydelse för miljöhänsyn. Därför har jag använt mig av direktiv 2014/24, upphandlingsmyndighetens material och lagrådets yttrande över regeringens lagförslag för att skapa mig en bild av vad som kan förväntas när den nya lagstiftningen väl kommer på plats.

1.6 Uppsatsens disposition

I kapitel 2 och 3 som är uppsatsens deskriptiva del redogör jag för de EU-rättsliga grunderna för upphandling och för vad som är gällande rättsläge gällande miljöhänsyn som tilldelningskriterium. I kapitel 4 gör jag en jämförelse mellan de olika perspektiv som finns om hur långtgående krav

man kan ställa, när miljöhänsyn används som tilldelningskriterium. I kapitel 5 försöker jag utröna vilka konsekvenser som direktiv 2014/24 kommer få för miljöhänsyn som tilldelningskriterium. I kapitel 6 redovisas mina slutsatser och analys.

2 Rättsliga ramar för upphandling

2.1 Primär rätt

Det övergripande målet med EU är enligt artikel 3 i fördraget om Europeiska unionen (FEU) att främja fred, sina värderingar och folkens välfärd. Inom ramen för detta ska det upprättas en inre marknad, där EU ska verka för en hållbar utveckling med hjälp av bland annat en social marknadsekonomi med hög konkurrens kraft samt en hög miljöskyddsnivå och en bättre miljö.

Tanken med denna inre marknad är ökad handel mellan medlemsstaterna och att förhindra diskriminering av varor, tjänster, arbetstagare, företag och kapital.¹⁶ De ovan nämnda begreppen tillsammans med fri rörlighet för personer är det som utgör de grundläggande friheterna och dessa återfinns på följande ställe i EU-rätten. Artikel 36 fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) fri rörlighet för varor, artikel 56 FEUF frihet att tillhandahålla tjänster, artikel 45 FEU fri rörlighet för personer, artikel 49 FEUF etableringsfrihet och artikel 63 FEUF fri rörlighet för kapital.

För att kunna upprätta och upprätthålla denna inre marknad måste EU kunna lagstifta på dessa områden, i artikel 5 FEU finns den legalitetsprincip som ger EU rätt att lagstifta på områden som EU blivit tilldelade av medlemsstaterna. För att definiera området för de grundläggande friheterna och när bestämmelser som grundar sig på dessa blir tillämpliga så används begreppet samhandelskriteriet/ gränsöverskridande moment vilket innebär att handeln mellan stater ska eller kan påverkas.¹⁷

¹⁶ Sundstrand (2012) s. 34.

¹⁷ Bernitz & Kjellgren (2014) s. 266f.

Vid offentlig upphandling är således förbudet mot diskriminering i artikel 18 FEUF av stor betydelse och EU-domstolen har i sin praxis slagit fast att bestämmelserna i upphandlingsdirektiven ska eliminera hinder för den fria rörligheten av varor och tjänster. Och skydda de intressen som aktörer från andra medlemsstater har i att erbjuda upphandlande myndigheter sina varor och tjänster så att de inte blir diskriminerade.¹⁸

2.2 Sekundärrätt – upphandlingsdirektiv

Då FEUF saknar speciella bestämmelser om offentlig upphandling är det i stället i de grundläggande friheterna som man finner den rättsliga grunden för upphandlingsdirektiven eftersom upphandling anses vara en del av den inre marknaden.¹⁹ För upphandlingsdirektivet 2004/18 är det framförallt principerna om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster som direktivet grundar sig på.²⁰ För svensk del så har upphandlingsdirektivet 2004/18 implementerats i form av lag om offentlig upphandling (2007:1091), LOU.²¹

Ett bra exempel på detta är fallet *Bron över Stora Bält*, där det statliga bolag som ansvarade för upphandlingen hade ställt krav på att entreprenören skulle använda byggmaterial och arbetskraft från Danmark. I domen kommer EU-domstolen fram till att detta bryter mot den fria rörligheten för varor, arbetskraft och tjänster.²²

¹⁸ Sundstrand (2012) s. 38; C-380/98 *University of Cambridge*, EU:C:2000:529 punkt 16-17.

¹⁹ Bernitz & Kjelgren (2014) s. 425.

²⁰ skäl 2 i direktiv 2004/18.

²¹ Falk (2011) s. 32.

²² C-243/89 *Kommissionen mot Danmark*, EU:C:1993:257.

2.3 EU rättsliga principer

Förutom de grundläggande friheterna ska man vid upphandling även ta hänsyn till de allmänna rättsprinciperna inom EU-rätten och av dessa är det följande som nämns i upphandlingsdirektivet 2004/18, likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.²³

Enligt *Principen om likabehandling* ska anbudsgivarna ges så lika förutsättningar som möjligt. Vilket innebär att de ska få samma information och vid samma tillfälle, vidare så får man inte heller missgynna eller gynna någon leverantör på något sätt.²⁴

Principen om icke-diskriminering förbjuder diskriminering av en leverantör på grund av nationalitet.²⁵ Förbudet gäller även indirekt diskriminering vilket innebär att en upphandlande myndighet inte får ställa krav som bara en inhemsk leverantör kan nå upp till.²⁶

Principen om ömsesidigt erkännande härstammar från rättsfallet *Cassis de Dijon*²⁷ och innebär att alla varor som är lagligt tillverkade i ett medlemsland ska få säljas i ett annat. För offentlig upphandling har detta utvidgats genom praxis från EU-domstolen till att även ett krav på ömsesidigt erkännande av exempelvis certifikat och examensbevis från andra medlemsstater.²⁸

Proportionalitetsprincipen innebär för upphandlingens del att när en myndighet ställer krav i en upphandling så ska dessa inte vara

²³ Skäl 2 i direktiv 2004/18.

²⁴ Pedersen (2013) s. 19.

²⁵ Prop. 2006/07:128 s. 155.

²⁶ C-31/87 *Beentjes*, EU:C:1988:422 punkt 30.

²⁷ C-120/78 *Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*, EU:C:1979:42 punkt 14-15.

²⁸ Pedersen (2013) s. 21.

oproportionerliga i förhållande till det som är föremål för upphandlingen. En åtgärd som vidtas får alltså inte gå utöver det eftersträvade målet med upphandlingen.²⁹ Den upphandlande myndigheten ska sträva efter att använda den minst ingripande åtgärden för att nå målet med upphandlingen.³⁰

Principen om öppenhet, för att kunna upprätthålla principerna om lika behandling och icke-diskriminering så krävs det att den upphandlande myndigheten redovisar skälen för tilldelning av ett kontrakt.³¹ Inom ramen för öppenhet gäller även det krav som ställs på anbudsgivarna inte får vara svåra eller omöjliga att förstå och anbudsgivarna ska kunna tolka dessa på samma sätt.³²

²⁹ Prop. 2006/07:128 s. 155f.

³⁰ Sundstrand (2012) s. 47.

³¹ Prop. 2006/07:128 s. 155.

³² C-448/01 *Wienstrom*, EU:C:2003:651 punkt 58.

3 Miljöhänsyn vid kontraktstilldelning

3.1 Bakgrund

Det har inte alltid varit en självklarhet att kunna ställa miljökrav i offentlig upphandling, 1997 ställde Sveriges nämnd för offentlig upphandling en fråga till EU-kommissionen om det var möjligt att ställa miljökrav vid upphandling och fick ett nekande svar.³³ Åren efter gick utvecklingen fort och 2001 kom EU-kommissionen med ett tolkningsmeddelande, med syfte att redogöra för vilka möjligheter myndigheter har att hänsyn till miljöskydd vid upphandling.³⁴ Runt år 2000 avgjorde även EU-domstolen fallen *PreussenElektra*, *Wienstrom* och *Concordia bus*³⁵ vilka kom att få betydelse för upphandlande myndigheters möjligheter att ställa miljökrav vid tilldelning av kontrakt. När direktiv 2004/18 kom så byggde detta bland annat på EU-domstolens praxis gällande tilldelningskriterier³⁶ och det är nämnda direktiv som ligger till grund för nuvarande LOU.³⁷

³³ Stavenow och Sennström (2013) s. 30.

³⁴ Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentligupphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling, KOM(2001) 274 slutlig.

³⁵ C-379/98 *PreussenElektra*, EU:C:2001:160; C-448/01 *Wienstrom*, EU:C:2003:651; C-513/99 *Concordia Bus*, EU:C:2002:495.

³⁶ Skäl 1 i direktiv 2004/18.

³⁷ Falk (2011) s. 32.

3.2 Utvärdering av anbud

3.2.1 Tilldelning av kontrakt

Vid tilldelning av ett kontrakt enligt 12 kap. 1 § LOU ska den upphandlande myndigheten använda sig av en av de två alternativa grunder för tilldelning, antingen ska lägsta pris användas eller det ekonomiskt mest fördelaktiga budet och det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vilket av dem som ska användas. Om myndigheten inte tillräckligt tydligt i förfrågningsunderlaget anger några utvärderingsgrunder ska lägsta pris vara det som avgör vem som tilldelas kontraktet, detta framgår i *Heby målet*.³⁸

3.2.2 Lägsta pris

Denna tilldelningsgrund medför att den upphandlande myndigheten enbart får ta hänsyn till det pris som anbudsgivaren angett förutsatt att anbudsgivaren lever upp till kraven i kvalificeringsfasen.³⁹ Ett exempel på detta är ett mål från Kammarrätten i Göteborg där den upphandlande myndigheten angett att lägsta pris skulle användas för att utvärdera anbuden men att även kvalitet skulle utvärderas, denna sammanblandning av tilldelningsgrunder ansågs strida mot de grundläggande EU-rättsliga principerna och fick göras om.⁴⁰

3.2.3 Det ekonomiskt mest fördelaktiga budet

När man använder sig av denna utvärderingsgrund så innebär detta att den upphandlande myndigheten kan utvärdera de inkomna anbuden utifrån de

³⁸ NJA 1998 s. 873.

³⁹ Prop. 2006/07:128 s. 404f.

⁴⁰ Kammarrätten i Göteborg mål 3522-11, dom 2011-09-14.

tilldelningskriterier som ställts upp och som leder till det för myndigheten mest ekonomiskt fördelaktiga budet.⁴¹

I 12 kap. 1 § LOU ges en uppräknning på olika tillämpliga kriterier så som pris, driftkostnader, kvalitet, miljöegenskaper, service, tekniska egenskaper och kostnadseffektivitet. Denna katalog av kriterier är dock inte uttömmande, vilket framgår av ordalydelsen.⁴² De tilldelningskriterier som ställs ska bland annat ha ett tydligt samband med föremålet för upphandlingen, vilket exempelvis innebär att det inte skulle gå att ställa krav på tidigare erfarenhet om föremålet för upphandlingen är en vanlig förbrukningsvara.⁴³ Vidare ska tilldelningskriterier även stämma överens med det grundläggande EU-rättsliga principerna⁴⁴ vilket också framgår av 1 kap. 9 § LOU och som redogjorts för i tidigare kapitel.

3.3 Icke ekonomiska kriterier

Tidigare har EU-domstolen haft uppfattningen att de tilldelningskriterier som ställts ska kunna omvandlas till ett ekonomiskt utfall, detta har dock förändrats bland annat genom domen i *Concordia* målet från 1999 där domstolen uttalat att inte alla kriterier som myndigheten använder för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga budet måste vara av ekonomiskt karaktär då det kan finnas andra faktorer som kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten.⁴⁵

⁴¹ Prop. 2006/07:128 s. 405.

⁴² Prop. 2006/07:128 s. 405.

⁴³ Bergman m.fl. (2011) s. 156.

⁴⁴ C-448/01 *Wienstrom*, EU:C:2003:651 punkt 48-50.

⁴⁵ C-513/99 *Concordia*, EU:C:2002:495 punkt 55.

3.4 Miljöegenskaper som tilldelningskriterium

Det ovan nämnda rättsfallet *Concordia* är centralt för hur ett tilldelningskriterium ska vara utformat för att vara förenligt med de grundläggande principerna för EU-rätten. I fallet handlade det om att Helsingfors stad hade ställt krav på att kväveoxidutsläpp och buller skulle hållas under en viss nivå för de bussar som skulle användas i kollektivtrafik.⁴⁶

Med hänsyn till att alla kriterier inte måste vara ekonomiskt mätbara så kan en upphandlande myndighet beakta miljöhänsyn om följande kriterier är uppfyllda. Det ska finnas en koppling med föremålet för kontraktet, de får inte ge den upphandlande myndigheten obegränsade valmöjligheter, de tilldelningskriterier som används ska tydligt anges i kontraktshandlingarna och vara mätbara. Kriterierna ska dessutom stämma överens med de grundläggande EU-rättsliga principerna.⁴⁷

Gällande kopplingen till kontraktetsföremålet så ansåg domstolen att ett kriterium som avsåg kväveutsläpp och buller när föremålet för upphandlingen var bussar hade en sådan koppling. Att kriteriet inte får ge obegränsad valfrihet innebära att kriterierna måste ha en objektiv grund för att särskilja anbud och måste vara tillräckligt klara och specifika. I detta avseende hade en av anbudsgivarna invänt med att det var diskriminerande att det bara var Helsingfors eget bussbolag som fullt ut kunde leva upp till de specifika lägsta nivåerna, domstolen avfärdade detta med att det inte kunde vara diskriminerande bara för att endast en av anbudsgivarna kunde leva upp till kraven och att diskrimineringsavvägningen ska göras utifrån alla sakförhållanden. Att tilldelningskriteriet var utformat så att utsläpp

⁴⁶ C-513/99 *Concordia*, EU:C:2002:495 punkt 20-23.

⁴⁷ C-513/99 *Concordia*, EU:C:2002:495 punkt 64.

under vissa nivåer premierades ansåg domstolen uppfylla kravet på att kriteriet ska vara specifikt och mätbart.⁴⁸

3.5 Miljökrav på tillverkningsprocesser

När miljökrav ställs som tilldelningskriterium är det oftast när detta används som ett krav på att en viss tillverkningsprocess ska användas som är mest kontroversiellt eftersom det är svårare att rättfärdiga dessa, till skillnad från krav på själva produkten. I många fall är det själva tillverkningsprocessen som står för den största miljöpåverkan. Problemet blir när tillverkningsprocessen inte påverkar en varas egenskaper utan bara bidrar till en stor miljöpåverkan.

För att kunna rättfärdiga ett sådant miljökrav så krävs att detta är ett område där EU har adresserat problematiken, exempelvis växthuseffekten genom att EU ratificerat Kyotoprotokollet och FNs klimatkonvention.⁴⁹

3.5.1 Förnyelsebarenergi

I målet *PreussenElektra* från 1998 som gällde en tysk lag som föreskrev att privata elförsörjningsföretag skulle vara skyldig att köpa en viss mängd el från förnyelsebara källor om den tillverkades inom deras försörjningsområde. Att ställa sådana krav på tillverkningsprocessen ansåg EU-domstolen vara överensstämmande med EU-rätten trots att det kunde ha en handelshindrande effekt, detta på grund av att el från förnyelsebara källor utgör ett miljöskyddsändamål då det minskar utsläppen av växthusgaser. Vilket är något som EU och dess medlemsstater tagit sig för att minska.⁵⁰ Detta har sedan i fallet *Wienstrom* från 2001 av EU-domstolen bekräftats gälla även vid offentlig upphandling, i fallet krävdes det att levererad el härstammade från förnyelsebara källor vid tilldelning av ett

⁴⁸ C-513/99 *Concordia*, EU:C:2002:495 punkt 65-69.

⁴⁹ Falk (2011) s. 391.

⁵⁰ C-379/98 *Preussen Elektra*, EU:C:2001:160 punkt 71-74.

elförsörjningskontrakt.⁵¹ I målet så börjar EU-domstolen att upprepa vad den kommit fram till i *Concordia*, nämligen att inte alla tilldelningskriterier måste vara av ekonomisk art och att det därför går att beakta miljöhänsyn vid tilldelning av kontrakt så länge dessa inte ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet, det ska anges i kontraktshandlingarna och ska vara överensstämmande med det grundläggande principerna speciellt icke diskriminering.⁵²

När det gällde användningen av tilldelningskriteriet el från förnybara källor så konstaterar EU-domstolen precis som i fallet *Preussen-Elektra* att användningen av förnybara energikällor är ett viktigt miljöskyddsändamål som EU har bestämt sig att verka för, vilket gör att det går bra att använda.⁵³

Gällande tilldelningskriteriets koppling till föremålet för upphandlingen konstaterar domstolen följande. Den upphandlande myndigheten hade krävt att den förnyelsebara energin inte bara skulle levereras till myndigheten utan även till andra kunder och att myndigheten inte skulle ha möjlighet att kontrollera om anbudsgivarens uppgifter var korrekta. Detta sätt att använda tilldelningskriteriet var inte överensstämmande med principen om likabehandling och ett öppet upphandlingsförfarande, hade det bara gällt leverans av el till myndigheten ensam hade det inte funnits något hinder mot att använda förnyelsebar energi som tilldelningskriterium.⁵⁴

3.5.2 Ekologisk produktion

I *Holländska kaffemålet* konstaterar EU-domstolen att ekologisk produktion kan användas som tilldelningskriterium. I fallet tittar domstolen på kopplingen mellan tilldelningskriteriet som i fallet var ekologisk produktion

⁵¹ C-448/01 *Wienstrom*, EU:C:2003:651 punkt 1 i domslutet.

⁵² C-448/01 *Wienstrom*, EU:C:2003:651 punkt 32-33.

⁵³ C-448/01 *Wienstrom*, EU:C:2003:651 punkt 40.

⁵⁴ Stavenow och Sennström (2013) s. 42f.

och rättvis handel och hur det överensstämmer med miljöhänsyn som tilldelningskriterium. Gällande ekologisk produktion så konstaterar domstolen att detta vid tiden för avgörandet regleras i förordning 2092/91⁵⁵ där det sägs att denna typ av produktion gör det lättare att skydda miljön genom en minskning av användandet av bekämpnings och gödningsmedel. EU-domstolen hänvisar vidare gällande kopplingen mellan föremålet för kontraktet som i fallet var kaffe och det valda tilldelningskriteriet ekologisk produktion, till sitt avgörande i *Wienstrom*-fallet där man kommit fram till att det krävs inte att ett tilldelningskriterium avser en varas egenskaper. Den upphandlande myndigheten kan använda sig av ett tilldelningskriterium som går ut på att levererad el ska tillverkas från förnyelsebara källor. Och således finns inga hinder för att ett tilldelningskriterium kan vara rättvis handel och ekologisk produktion vid upphandling av kaffe.⁵⁶

3.6 Miljökrav på produkter och tjänster genom Livscykelkostnadsanalys

Möjligheten att använda detta har funnits sedan genomförandet av upphandlingsdirektiv 2004/18 genom att det faller in under begreppet kostnadseffektivitet i 12 kap. 1 § LOU.⁵⁷ Att använda livscykelkostnadsanalys som tilldelningskriterium är dock inte helt självklart hos svenska myndigheter. Enligt upphandlingsutredningen som tillsattes 2010 med uppdrag att se över upphandlingsreglerna, och undersöka om gällande regelverk ger upphandlande myndigheter möjligheter att använda sin köpkraft för att bland annat förbättra miljön.⁵⁸ Kan detta bero

⁵⁵ Rådets förordning (EEG) nr 2092/91 av den 24 juni 1991 om ekologisk produktion av jordbruksprodukter och uppgifter därom på jordbruksprodukter och livsmedel.

⁵⁶ C-368/10 *Holländska kaffemålet*, EU:C:2012:284 punkt 88-92.

⁵⁷ SOU 2014:51 s. 294f.

⁵⁸ Dir. 2010:86 s. 1.

på att många myndigheter inte vet vilka miljövinster som kan göras och att det finns en osäkerhet om hur beräkningarna ska göras.⁵⁹

Med begreppet avses alla kostnader under en vara eller tjänsts livscykel, i begreppet kan bland annat följande räknas in. Forskning för att ta fram en produkt, produktion, underhåll, bortforsling av uttjänta produkter men även miljöeffekter kan räknas in. Här kan man ta hänsyn till föroreningar både vid tillverkning, användning och utvinning av råmaterial. Allt detta är förutsatt att det på något sätt översätts till kostnader. Som exempel ger EU-kommissionen att en upphandlande myndighet ska kunna ställa krav på en tillverkningsprocess som är fri från kemikalier eller att det vid utförande av tjänster ska användas energieffektiva maskiner. Kommissionen upplyser dock om att det även här ska finnas en koppling till kontrakt föremålet vilket gör att det exempelvis inte går att ha en specifik företagspolicy gällande anbudsgivarnas miljöansvar som tilldelningskriterium, då detta inte är en faktor som ligger tillräckligt nära produktion eller tillhandla hållande av en tjänst eller vara.⁶⁰ Ett exempel på hur en livscykelkostnadsanalys kan användas är när den grekiska staden Amaroussion ville spara pengar på gatubelysning. Mer energieffektiva lampor köptes in och minskade förbrukningen med 40%. Trots att dessa lampor var dyrare i inköp kunde en besparing på 315 euro per lampa göras under dess livstid och även koldioxid utsläppen minskades.⁶¹

I direktiv 2014/24 är det tydligt livscykelkostnader nu får en framträdande roll eftersom det blir ett eget tilldelningskriterium inom ramen för kostnad enligt artikel 67.2. Vilket motiveras med att för att kunna nå de mål om hållbartillväxt som finns i EUs 2020 strategi så bör den upphandlande

⁵⁹ SOU 2014:51 s. 295.

⁶⁰ Skäl 96f i direktiv 2014/24.

⁶¹ Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer: Att köpa grönt: handbok om miljöanpassad offentlig upphandling, Luxemburg 2011,

<www.ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm>, Besökt 2016-04-20 s.

54.

myndigheten inte bara kunna använda sig är pris utan få använda en livscykelkostnad när den lägsta kostnaden ska fastställas.⁶² Enligt upphandlingsutredningen så är anledningen till att livscykelkostnadsanalys blir ett eget tilldelningskriterium att EU vill åstadkomma en ökad användning av det som tilldelningskriterium genom att lyfta fram det på detta sätt. För svensk del menar utredningen att det behövs informationsmateriel för hur myndigheter ska använda livscykelkostnadsanalys.⁶³ Ett sådant exempel är upphandlingsmyndighetens livscykelkostnadskalkyler. Vilka består av mallar där man fyller alla kostnader som uppsåt under livscykeln för den var eller tjänst som ska upphandlas.⁶⁴

⁶² Skäl 96 i direktiv 2014/24.

⁶³ SOU 2014:51 s. 294.

⁶⁴ Upphandlingsmyndigheten: om livscykelkostnadskalkyler, <
<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omraden/lcc/lcc-kalkyler/>>, besökt 2016-05-15.

4 Gränsen för miljökrav som tilldelningskriterium

4.1 Bakgrund

En naturlig följd på redogörelsen av miljöhänsyn som tilldelningskriterium är att ta reda på var gränsen för dessa krav går. Upphandlingsutredningen som fått i uppdrag att utreda upphandlingsregelverket⁶⁵ kom i ett delbetänkande fram till att det behövdes en EU-rättslig analys över hur långtgående krav som kan ställas på miljöhänsyn. Detta efter att upphandlingsutredningen i sitt delbetänkande konstaterat att det blivit svårare för upphandlande myndigheter att ställa krav på djurskydd.⁶⁶ Utredningen tolkade en dom i kammarrätten⁶⁷ som att miljökrav som går längre än harmoniserande regler är en otillåten handelsrestriktion.⁶⁸

Därför gav upphandlingsutredningen i sitt slutbetänkande SOU 2013:12 docent och EU-expert Jörgen Hettne i uppdrag att utreda frågan med utgångspunkt i EU-rätten. Efter detta gavs professorerna Kunzlik och Caranta i uppdrag att kommentera den analys som Hettne gjort.⁶⁹ Jag kommer använda mig av dessa tre professorers argument samt upphandlingsutredningens slutsatser för att belysa vilka argumentationslinjer som finns om hur långtgående krav upphandlande myndighet kan ställa.

⁶⁵ Dir. 2010:86 s. 1.

⁶⁶ SOU 2013:12 s. 387.

⁶⁷ Kammarrätten i Göteborg i mål nr 2216-221-10, dom 2010-12-16.

⁶⁸ SOU 2013:12 s. 387.

⁶⁹ SOU 2013:12 s. 387.

Sedan beslutet i delbetänkandet, avgjordes ytterligare ett fall i kammarrätten i Stockholm gällande djurskyddskrav, där domstolen kom fram till att krav som gick längre än den harmoniserande lagstiftningen på området var tillåtna så länge de stämmer överens med de grundläggande EU-rättsliga principerna.⁷⁰ Vilket gör att det finns domar i olika riktningar som ställer till problem när en upphandlande myndighet vill ställa långtgående miljökrav. Det ska även nämnas att utredningen konstaterar att det är EU-domstolen som har ensam behörighet att tolka EU-rätten och att det finns få domar som tar upp denna aktuella frågeställningen. Samt att eftersom denna diskussion främst är aktuell i Sverige hade det varit bra om en svensk domstol begärt att få ett klagörande från EU-domstolen.⁷¹

4.2 Om Harmonisering

När EU vill åstadkomma harmonisering görs detta ofta genom användning av direktiv som sedan ska införlivas i medlemsstaternas lagstiftning. Beroende på vilken nivå av harmonisering som eftersträvas benämner man direktiven på olika sätt, ett så kallat maximidirektiv ställer krav på en fullharmonisering vilket innebär att alla medlemsstater ska ha enhetliga regler. Det finns då inte möjlighet att tillämpa regler som går längre och man kan inte heller åberopa tvingande hänsyn som undantag till principen om ömsesidigt erkännande eftersom man redan tagit hänsyn till alla skyddsintresse när man tar fram direktivet. En annan typ av direktiv är de som benämns minimidirektiv, vilket innebär att de ställer krav på att medlemsstaterna ska ha en viss lägsta nivå på sin lagstiftning.⁷²

⁷⁰ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841:11, dom 2012-02-23.

⁷¹ SOU 2013:12 bilaga 11a s. 3.

⁷² Bernitz & Kjellgren (2014) s. 271f.

4.3 Inre marknads perspektivet

Det inre marknads perspektivet har sitt ursprung i den EU-rättsliga lagstiftning och praxis som syftar till att upprätthålla den inre marknaden, där framförallt artikel 34 i FEUF om förbud mot kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan är centrala. Enligt detta perspektiv är den fria rörligheten av varor och tjänster överordnad miljöhänsyn och för att kunna göra undantag från detta måste åtgärden vara motiverad av tvingande hänsyn enl artikel 36 FEUF. Vilket exempelvis kan vara skydd av människors hälsa, djurs hälsa och liv, miljöskyddsåtgärder, eller växtskydd. Enligt detta perspektiv så begränsas den upphandlande myndighetens handlingsutrymme nästan alltid om det som ska upphandlas är en del av ett område som är föremål för fullharmoniserande lagstiftning.⁷³

I fallet *Contse*⁷⁴ har EU-domstolen konstaterat att om föremålet för upphandlingen är på ett område där det råder icke harmonisering så begränsas ändå den upphandlande myndighetens handlingsutrymme genom att de miljökrav som ställs måste klara det som kallas inre marknadstestet.⁷⁵ Detta innefattar även krav på föremålet för upphandlingen om det är på ett område som harmoniserats genom ett minimidirektiv.⁷⁶

4.3.1 Inre marknadstestet

När en upphandlande myndighet vill gå längre än gällande minimiregler måste alltså kraven som ställs klara det inre marknadstestet, vilket innebär att kraven ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, vara motiverade av tvingande hänsyn till allmänheten, vara lämpliga för att uppnå målet som

⁷³ SOU 2013:12 bilaga 11a s. 7.

⁷⁴ C-234/03 *Contse*, EU:C:2005:644.

⁷⁵ SOU 2013:12 s. 389f.

⁷⁶ SOU 2013:12 bilaga 11a s. 7; SOU 2013:12 bilaga 11a s. 10.

eftersträvas och inte gå utöver vad som krävs för att nå det eftersträvade målet. Testet kan beskrivas som en proportionalitetsbedömning.⁷⁷

Testet har utvecklats i EU-domstolens praxis under lång tid, bland annat i målen *Kraus* och *Gebhard*.⁷⁸

4.3.2 Multipolicyperspektivet

De som förespråkar detta perspektiv fäster stor betydelse vid de krav som finns i FEU om att miljöskydd och sociala hänsyn ska genomsyra unionens politik. Det hävdas att detta synsätt kommer till uttryck i EUs 2020-agenda och även i upphandlingsdirektiven, och förespråkarna menar att miljö och sociala hänsyn genom FEUF får en ställning som är likvärdig den som finns gällande fri rörlighet för tjänster och varor. Ytterligare stöd för denna uppfattning hittar förespråkarna i fallet *Preussen Elektra* där EU-domstolen menar att även om en åtgärd kan ha handelshindrande effekt så kan den godkännas om den tjänar ett miljöskyddsändamål som EU tagit på sig att uppfylla.⁷⁹

4.4 Inre marknadsperspektivet och tilldelningskriterier

Hettne som argumenterar för inre marknadsperspektivet menar att när en upphandlande myndighet tillämpar krav som går längre än harmoniseringsreglerna ska tilldelningskriterier ska skiljas från exempelvis krav på leverantören och tekniska specifikationer. Eftersom de senare oftare har en mer utestängande effekt än tilldelningskriterier som enbart syftar till att ge anbudsgivarna en fördel vid anbudsutvärderingen. Dock menar han att stor försiktighet ska iakttas när man vill gå längre än den harmoniserande EU-lagstiftningen och att det är svårt att veta när man kan det. Det ska dock

⁷⁷ SOU 2013:12 bilaga 11a s. 7.

⁷⁸ C-19/92 *Kraus*, EU:C:1993:125 punkt 32; C-55/94 *Gebhard*, EU:C:1995:411 punkt 37.

⁷⁹ SOU 2013:12 bilaga 11a s. 8f.

inte uteslutas att det är möjligt gällande miljöskydd, att ha mer långtgående krav så länge dessa inte utesluter vissa anbudsgivare.⁸⁰

När det gäller områden som inte har blivit föremål för harmonisering eller där det finns harmonisering av minimi karaktär anser Hettne att det är möjligt gå längre förutsatt att tilldelningskriterierna är förenliga både med *Concordia* kriterierna och inremarknadstestet.⁸¹

4.5 Multipolicyperspektivet och tilldelningskriterier.

Kunzlik och Caranta som förespråkar multipolicyperspektivet⁸² hävdar att om fullharmonisering skulle utgöra både golv och tak för de krav som kan ställas i en upphandling så skulle konkurrensen på den inre marknaden bli drabbad. Detta eftersom företag med exempelvis miljövänliga och hållbara produkter inte kan utnyttja alla fördelar med dessa produkter. Detta anser förespråkarna inte överensstämmer med inremarknaden och upphandlingsdirektivens syfte och inte heller med miljömålen i EUs 2020 agenda.⁸³

Vid minimiharmonisering skiljer sig de båda perspektiven på det sättet att Hettne menar att alla krav som går längre än EU rätten ska vara förenliga med *Concordia* kriterierna och inremarknadstestet.⁸⁴ Medans Kunzlik menar att man måste skilja krav *gällande vad myndigheten vill köpa* (köpkrav) och krav som *begränsar vilka företag som får tillträde till upphandlingen* (tillträdeskrav). Kunzlik anser att när det gäller köpkrav så har EU-domstolen inte betraktat dessa som handelshindrande tillskillnad

⁸⁰ Hettne (2012) s. 36.

⁸¹ Hettne (2012) s. 36.

⁸² SOU 2013:12, bilaga 11a s. 8.

⁸³ Kunzlik (2012) s. 7; Caranta (2012) avsnitt 4.

⁸⁴ Se avsnitt 4.4.

från tillträdeskraven. Som skäl för detta anger han att EU-domstolen i fallen *Concordia*, *Wienstrom* och *Holländska kaffemålet* inte tillämpat det inre marknads-testet när det handlar om att avgöra om ett köpkrav ska anses vara diskriminerande eller inte. Däremot så menar Kunzlik att när EU-domstolen tillämpade inre marknads-testet i fallet *Contse* var det för att tilldelningskriteriet hade karaktären av ett tillträdeskrav som bara kunde tillåtas om det klarade det inre marknads-testet och dess proportionalitetsbedömning.⁸⁵

Hettne invänder dock mot denna indelning av köp och tillträdeskrav och menar att denna inte har stöd i EU-rätten utan baserar sig på en uppfattning som finns i Amerikanskrätt där man delar upp myndighetens roll som antingen en aktör på marknaden eller som normgivare. Där besluten man tar som aktör om vad man ska köpa (köpkrav) inte behöver nå upp till samma krav som de som tas i egenskap av normgivare.⁸⁶

4.6 Upphandlingsutredningens analys över tilldelningskriterier

När det gäller områden vilka är föremål för fullharmonisering är båda synsätten överens om att den upphandlande myndigheten har ganska stor frihet att utforma tilldelningskriterier som den vill förutsatt att dessa är förenliga med *Concordia*-kriterierna. Det finns även en enighet om att de är möjligt att använda tilldelningskriterier som går längre än harmoniserade regler. Utredningen påpekar dock att Hettne menar att myndigheten bör vara försiktig.⁸⁷

Det är framförallt på de områden som omfattas av minimi harmoniserande lagstiftning som åsikterna går isär. Den avgörande punkten är hur man ska

⁸⁵ Kunzlik (2012) s. 2ff.

⁸⁶ Hettne (2012) s. 37f.

⁸⁷ SOU 2013:12 bilaga 11a s. 24f.

se på EU-domstolens bedömning av tilldelningskriterierna i fallet *Contse*⁸⁸ där den anbudsgivare som hade egna anläggningar inom en radie av högst 100 mil från platsen där tjänsten skulle utföras eller hade egna lokaler som var tillgängliga för allmänheten på vissa specificerade orter fick en fördel i anbudsutvärderingen. Utredningen ser i detta fall på tilldelningskriteriet som ett tillträdeskrav då det handlade om teknisk förmåga och kapacitet samt att det förmodligen innebär att anbudsgivare utanför den aktuella regionen inte kunde delta i upphandlingen.⁸⁹

Detta ser upphandlingsutredningen som ett argument för att uppdelningen mellan köpkrav och tillträdeskrav används av EU-domstolen. Ytterligare stöd för detta anser sig upphandlingsutredningen kunna se i fallet *Wienstrom* som diskuterats i ett tidigare kapitel, där ett av tilldelningskriterierna avsåg produktion och leverans kapacitet som översteg den el produktion som upphandlingen avsåg. Kriteriet ansågs inte ha tillräcklig koppling till föremålet för upphandlingen och kunde medföra en utestängning av leverantörer som i övrigt uppfyllde de villkor som hade ett samband med föremålet för kontraktet. Här anser upphandlingsutredningen att det finns stöd för att inremarknadstestet bara ska tillämpas på kriterier som har en utestängande effekt och inte på köpkrav som har en koppling till föremålet för upphandlingen.⁹⁰

I *Holländska kaffe*-målet så bedömdes tilldelningskriteriet ekologisk produktion enbart utifrån sin koppling till föremålet för kontraktet och inte utifrån inremarknadstestets hårdare proportionalitetsbedömning. Sammanfattningsvis anser upphandlingsutredningen att EU-domstolens avgörande talar för att det inre marknadstestet bara ska användas på

⁸⁸ Fallet handlade om det som kallas B-tjänster, vilka bara till viss del omfattas bestämmelserna i upphandlingsdirektivet 2004/18. Men enligt utredningen kan fallet ändå användas för att bedöma den uppdelning av köpkrav och tillträdeskrav som utredningen ansluter sig till. SOU 2013:12 bilaga 11a s. 18&25.

⁸⁹ SOU 2013:12 bilaga 11a s. 25.

⁹⁰ SOU 2013:12 bilaga 11a s. 25f.

tillträdes kriterier och inte på köpkrav som har en koppling till föremålet för upphandlingen.⁹¹ Där det i det senare fallet räcker att tilldelningskriteriet är förenligt med *Concordia*-kriterierna.⁹²

⁹¹ SOU 2013:12 bilaga 11a s. 26f.

⁹² SOU 2013:12 bilaga 11a s. 22.

5 Nytt direktiv om upphandling

I stället för att den upphandlande myndigheten ska välja mellan lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga budet, så heter det nu att termen det ekonomiskt mest fördelaktiga budet ska användas som en övergripande term.⁹³ Innebörden av den nya utvärderingsgrunden i artikel 67 i direktiv 2014/24 kan förklaras på följande sätt. Den upphandlande myndigheten har nu tre olika val av tilldelningskriterier, pris, kostnad eller bästa förhållande mellan kostnad och kvalitet. Där pris motsvaras av det om idag är lägsta pris, och kostnad innebär att man gör en beräkning av livscykelkostnader. Det tredje alternativet är att använda sig av det bästa förhållande mellan pris och kvalitet, där upphandlande myndighet ska använda sig av antingen pris eller kostnad och sedan ett antal kvalitets kriterier.⁹⁴

I det informationsmaterial som upphandlingsmyndigheten tagit fram om hur upphandlande myndigheter ska agera under mellantiden tas de omgjorda tilldelningskriterierna upp i ett litet avsnitt och myndigheten bedömer att ändringarna för tilldelningsgrund och tilldelningskriterier inte kommer att medföra någon ändring av rättsläget.⁹⁵ Myndigheten konstaterar dock att det nu finns en uttrycklig möjlighet att använda livscykelkostnader som tilldelningsgrund men att denna möjlighet redan finns inom ramen för det ekonomiskt mest fördelaktiga budet.⁹⁶ Även lagrådet har tagit fasta på detta och föreslår i sitt yttrande om det lagförslag om upphandling som remitterats dit, att livscykelkostnad blir ett kriterium för utvärdering av anbud.⁹⁷

⁹³ Skäl 89 i direktiv 2014/24.

⁹⁴ Nyheterna i den kommande lagstiftningen s. 58.

⁹⁵ Nyheterna i den kommande lagstiftningen s. 58.

⁹⁶ Nyheterna i den kommande lagstiftningen s. 60.

⁹⁷ Lagrådets yttrande, s. 192f.

6 Slutsatser

6.1 Hur ska miljökraven vara utformade?

Gällande den första frågeställningen så måste den upphandlande myndighetens miljökrav uppfylla följande kriterier.

Vid utformandet av tilldelningskriterier kan först konstateras att de inte behöver vara av ekonomisk karaktär då det kan finnas andra faktorer som påverkar vad som för den aktuella myndigheten är den ekonomiskt mest fördelaktiga budet, vilket slogs fast i rättsfallet *Concordia* från 1999.

Det tilldelningskriterium som används ska enligt domen i *Concordia* fallet uppfylla följande kriterier.

- Kriteriet ska ha en koppling till föremålet för kontraktet,
- Kriteriet får inte ge den upphandlande myndigheten obegränsade valmöjligheter
- Kriterierna ska anges tydligt kontraktshandlingarna och vara mätbara
- Vara förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna⁹⁸

Vill den upphandlande myndigheten ställa krav som är kopplande till en viss tillverkningsprocess men som inte direkt påverkar själva produkten, är det viktigt att kraven är kopplande till något miljöskyddsändamål som EU har tagit på sig att uppnå. Ett praktiskt exempel på detta är tilldelningskriterier som avser el producerad från förnyelsebara energikällor i *Wienstrom*-fallet. I *Holländska kaffe*-fallet har det även visat sig att det går bra att ställa krav på ekologiskproduktion. Domstolen hänvisar tillbaka till avgörandet i *Wienstrom*-fallet och konstaterar att det gällande kopplingen till föremålet för kontraktet och tilldelningskriteriet, kan vara tillräckligt att hänvisa till ett miljöskyddsändamål som EU tagit på sig att verka för. I detta fallet ekologiskproduktion som minskar användning av gödnings- och bekämpningsmedel.⁹⁹

⁹⁸ Avsnitt 3.4.

⁹⁹ Avsnitt 3.5.1-2.

Gällande miljökrav på specifika produkter så kan man även inom ramen för det ekonomiskt mest fördelaktiga budet ta hänsyn till en livscykelkostnads beräkning, och inkludera alla de faktorer som påverkar en vara eller tjänst förutsatt att dessa är mätbara.

6.2 Hur långtgående krav går det att ställa?

Gällande denna frågeställning är det framförallt gällande områden som är föremål för minimiharmonisering där åsikterna går isär. I sin analys tar upphandlingsutredningen fram argument för att Kunzliks multipolicyperspektiv skulle vara det mest rimliga att använda och således göra en uppdelning mellan tillträdes och köpkrav.¹⁰⁰ Jag tycker också att det skulle vara klokt att göra en uppdelning mellan dessa två olika typer av krav, då jag håller med Kunzlik om att göra en uppdelning mellan myndighetsroll som normgivare och som marknadsaktör. För när det handlar om det krav som man ställer på själva produkten och som har tillräcklig koppling till densamma borde myndigheten få bete sig som vilken annan aktör som helst på marknaden. Detta gör att myndigheter skulle kunna ligga i framkant när det gäller ställande av miljökrav för att kunna bidra till mer hållbar utveckling. Samt att genom att gynna teknisk innovation kan myndigheterna själva vara med och driva utvecklingen framåt.

Dock vill jag reservera mig för att ta EU-domstolens avgörande i de nämnda fallen som ett uttryck för att denna tillämpar den aktuella uppdelningen. Både Hettne och Kunzlik presenterar sina modeller utifrån sina bedömningar av EU-domstolens domar. Här tycker jag att det hade varit bra

¹⁰⁰ Avsnitt 4.6.

om EU-domstolen i något avgörande på ett tydligare sätt klargör om det är så att man tillämpar den ena modellen eller den andra.

Fram till att EU-domstolen kommer med något sådant klargörande så anser jag att på de områden som inte är föremål för fullharmoniserande lagstiftning, att är rättsläget något oklart. Hur långtgående krav man kan ställa verkar vara beroende av vilket perspektiv som förespråkas. Som jag ser det kan en myndighet som vill gå längre än den harmoniserande lagstiftningen på området ansluta sig till multipolicyperspektivet, och rättfärdiga sina tilldelningskriterier med köpkrav som har koppling till föremålet för kontraktet och är förenliga med Concordia kriterierna. Alternativt skulle den upphandlande myndighet som vill gå längre än harmoniseringsreglerna ta det säkra för det osäkra och utforma tilldelningskriterierna både i enlighet med *Concordia* och inremarknadstestet. Dock verkar det säkraste valet vara att helt enkelt inte gå längre än den harmoniserandelagstiftningen. För som den svenska praxis som finns på området visat så har kammarrätterna gått på olika linjer i liknande fall. Vilket gör att den myndighet som rättfärdigar sina krav med multipolicyperspektivet risker att få göra om upphandlingen även om exempelvis upphandlingsmyndigheten verkar tycka att detta synsätt är förenligt med EU-rätten. Tyvärr så kommenterades inte kammarrättsfallen i Hettnes EU-rättsliga analys, det hade varit intressant att få se hur han hade resonerat kring domarnas förenlighet med EU-rätten.

6.3 Nya upphandlingsregler

I ett försök att analysera vad det nya upphandlingsdirektivet kommer innebära för möjligheterna att ställa miljökrav, kan jag konstatera att upphandlingsmyndigheten inte anser att rättsläget har förändrats. Inte heller lagrådet anför något på denna punkt.¹⁰¹ För egen del är användningen av livscykelkostnadsperspektiv det som kommer innebära den största förändringen eftersom det uttryckligen blir ett eget tilldelningskriterium,

¹⁰¹ avsnitt 5.

även om detta redan tidigare varit möjligt att beakta inom ramen för det ekonomiskt mest fördelaktiga budet. Möjligen skulle ett utökat användande av livscykelkostnadsanalyser göra det lättare att hänvisa till en viss tillverkningsprocess jämfört med att försöka berättiga ett sådant krav med att ange ett miljöskyddsändamål som den upphandlande myndigheten gjort i *Wienstrom*-fallet.

När jag slutligen sammanfattar mina frågeställningar kan jag konstatera följande: det går alldeles utmärkt att använda olika typer av miljökrav som tilldelningskriterier vid offentlig upphandling förutsatt att de är förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principerna och lever upp till Concordia kriterierna. Hur långtgående krav som kan ställas avgörs enligt min uppfattning av nivån på harmonisering och vilket av perspektiven som förespråkas. I det nya upphandlingsdirektivet är det framför allt en ökad användning av livscykelkostnadsanalys som jag tror kommer innebära den största förändringen.

Käll- och litteraturförteckning

Trycka källor

Offentligt tryck

Utredningsbetänkanden

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

SOU 2013:12 Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling, bilaga 11a, Hur långtgående krav tillåter EU-rätten?

SOU 2014:51 Nya regler om upphandling.

Propositioner

Prop. 2006/07:128 Ny lag om offentligupphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Övrigt riksdagstryck

Kommittédirektiv 2010:86 Utvärdering av upphandlingsregelverket och översyn av upphandlingsstatistiken.

Lagrådets yttrande: Regelverk om upphandling, utdrag ur protokoll vid sammanträde 2016-02-16.

Myndighets rapporter

Konkurrensverkets rapportserie 2015:9 Siffror och fakta om offentlig upphandling.

Europeiska unionen:

Europeiska kommissionen:

Kommissionens meddelande ”Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla”, KOM(2010) 2020 slutlig.

Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentligupphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling, KOM(2001) 274 slutlig.

Litteratur:

Bergman, Mats m.fl. (2011), *Offentlig upphandling: på rätt sätt och rätt pris*, 1. uppl., Studentlitteratur.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders (2014), *Europarättens grunder*, 5., [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik.

Bernitz, Ulf (2014), 'Europarätten', i: Bernitz, Ulf (red.), *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 13., aktualiserade och kompletterade uppl., Norstedts juridik s. 59-90.

Caranta, Roberto (2012), 'Commentaries on Jörgen Hettnes analysis', i: SOU 2013:12 *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling, bilaga 13* s. 1-8.

Falk, Jan-Erik (2011), *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2. uppl., Jure.

Hellner, Jan (2001), *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Jure.

Hettne, Jörgen (2012), 'Legal analysis of the possibilities of imposing requirements in public procurement that go beyond the requirements of EU law', i: SOU 2013:12 *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling, bilaga 12* s. 1-45.

Kleineman, Jan (2013), 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund s. 21-45.

Kunzlik, Peter (2012), 'Comment on professor Jörgen Hettnes paper', i: SOU 2013:12 *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*, bilaga 14 s. 1-9.

Pedersen, Kristian (2013), *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 3., [utök.] uppl., Jure.

Reichel, Jane (2013), 'EU-rättslig metod', i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur s. 109-140.

Stavenow, Christoffer & Sennström, Lisa (2013), *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling: juridik och praktik*, Jure.

Sundstrand, Andrea (2012), *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2012.

Elektroniska källor:

Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer: *Att köpa grönt: handbok om miljöanpassad offentlig upphandling*, Luxemburg 2011, <www.ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm>, Besökt 2016-04-20.

Upphandlingsmyndighetens informationsmaterial: Nyheterna i den kommande lagstiftningen och hur vi hanterar mellan tiden, <www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/ny-lagstiftning>, besökt 2016-04-28.

Upphandlingsmyndigheten: om livscykelkostnadskalkyler, <<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omraden/lcc/lcc-kalkyler/>>, besökt 2016-05-15.

Rättsfallsförteckning

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1998 s. 873.

Kammarrättsfall

Kammarrätten i Göteborg, mål 3522-11, dom 2011-09-14.

Kammarrätten i Göteborg i mål nr 2216-221-10, dom 2010-12-16.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841:11, dom 2012-02-23.

Europa

EU – domstolen

C-120/78 *Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*, EU:C:1979:42.

C-31/87 *Beentjes*, EU:C:1988:422.

C-243/89 *kommissionen mot Danmark*, EU:C:1993:257.

C-19/92 *Kraus*, EU:C:1993:125.

C-55/94 *Gebhard*, EU:C:1995:411.

C-379/98 *Preussen Elektra*, EU:C:2001:160.

C-380/98 *University of Cambridge*, EU:C:2000:529.

C-513/99 *Concordia*, EU:C:2002:495.

C-448/01 *Wienstrom*, EU:C:2003:651.

C-234/03 *Contse*, EU:C:2005:644.

C-368/10 *Holländska kaffemålet*, EU:C:2012:284.