



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Christian Nilsson

Miljöcertifierade byggentreprenader i
offentlig upphandling
-Att lägga grunden till en legaldefinition

JURM02 Examensarbete

Examensuppsats på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR FÖRKLARINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar och begrepp	8
1.4 Metod och material	10
1.4.1 Rättsdogmatisk metod	10
1.4.2 Material	13
1.5 Forskningsläget	13
1.6 Disposition	13
2 UPPHANDLINGSSTRATEGI OCH MILJÖCERTIFIERINGAR	15
2.1 Introduktion	15
2.2 Entreprenadformer och upphandlingsstrategier	15
2.2.1 Utförandeentreprenad eller totalentreprenad	16
2.2.2 Generalentreprenad eller delad entreprenad	17
2.2.3 Partnering	17
2.3 Miljöcertifiering av byggentreprenader	19
2.3.1 Introduktion	19
2.3.2 Swedish Green Building Council	20
2.3.3 Miljöbyggnad	21
2.3.4 BREEAM	22
2.3.5 LEED	22
2.3.6 Upphandlingsförfaranden i offentlig upphandling	23
Sammanfattning	24
3 DEFINITION AV MILJÖCERTIFIERADE BYGGENTREPRENADER	26
3.1 Introduktion	26
3.2 Rättsutveckling på området miljöanpassad offentlig upphandling	26
3.3 Definition inom miljöområdet i offentlig upphandling avseende miljöcertifieringar	28

3.3.1	Definition för miljömärke eller märke	28
3.3.2	Miljöcertifieringar som miljömärken eller märken	30
	Sammanfattning	33
4	KRAV PÅ MILJÖCERTIFIERINGAR GENOM KRAV PÅ MILJÖHÄNSYN I KVALIFICERINGSFASEN	35
4.1	Introduktion	35
4.2	Krav på tekniska specifikationer	35
4.3	Krav på miljömärken eller märken	37
4.4	Bevisning avseende teknisk kapacitet	38
4.5	Bevisning avseende utförda byggentreprenader	38
4.6	Referenser som bevisning om en leverantörs tekniska personal	39
	Sammanfattning	41
4.7	Bevisning avseende miljöskyddsåtgärder	42
5	MILJÖCERTIFIERINGAR I TILLDELNINGSFASEN OCH I KONTRAKTET	43
5.1	Tilldelningskriterier	43
5.2	Utvärderingsmodeller och viktning	44
5.3	Särskilda kontraktsvillkor	45
6	AVTALSUPPFÖLJNING VID UPPFÖRANDET AV MILJÖCERTIFIERADE BYGGENTREPRENADER	47
6.1	Uppföljning av upphandlingen	47
6.2	Uppföljning av miljöcertifierade byggentreprenader	48
6.3	Väsentliga ändringar	49
7	ANALYS	53
7.1	Analys och diskussion	53
7.2	Slutsats	62
	BILAGA 1	65
	BILAGA 2	66
	BILAGA 3	67

BILAGA 4	68
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	69
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	73

Summary

The construction sector has great impact on the environment and it is important that the public work contracts are carried out in a way that the environmental objectives requires. Authorities have an opportunity to influence the environment by requiring that all public works contracts obtain certain environmental criteria by means of public procurement. The studied green building certificates could serve as excellent means for a structured way to satisfy that public work contracts are constructed based on intended environmental criteria. Green building certifications, however, developed through private initiatives based on the circumstances prevailing in the construction sector, and are therefore not suited to the public procurement law legislation.

For contracting authorities to set terms directly on either of the examined green building certifications required that they should be defined as eco-labels or labels in the procurement legal sense. The judicial inquiry in this thesis has shown, however, that such a definition is not possible, mainly because of how green building certifications are organized in Sweden. In this respect, it means that contracting authorities that intends to use the requirements imposed by either green building certification, must specify the requirements separately in the procurement documents, rather than making demands directly to the certification in question. This thesis is also studying how the contracting authorities are to handle the evidence relating to suppliers' credentials, as well as the ability of these authorities to make use of green building certifications as conditions for performance of contracts.

The thesis shows that the rating systems of green building certifications may involve application problems in practice when the tenders received will be evaluated. Furthermore, the thesis clarifies that there is a problem in contract follow up, when the external reviewers for green building certificates not always can be considered independent from a certain economic operator on the market.

This thesis illustrates that the planning of the public work contracts that are to be green building certified becomes extremely crucial. There are several factors that must be considered before such a public procurement is carried out. The way in which the examined green building certifications are organized in Sweden makes it difficult for contracting authorities to use any of these. The requirements of the certifications, however, is thoroughly worked out and provides environmental benefits which should be utilized.

Sammanfattning

Byggsektorn har stor miljöpåverkan och det är viktigt att byggentreprenader genomförs på ett sätt som följer de miljömål som finns. Genom offentlig upphandling har myndigheter en stor möjlighet att inverka på miljöpåverkan, genom att ställa krav på att deras byggentreprenader följer vissa miljökriterier. De undersökta miljöcertifieringarna skulle då kunna utgöra utmärkta medel för att på ett strukturerat vis kunna tillgodose att byggentreprenader uppförs utifrån avsedda miljökriterier. Miljöcertifieringarna är emellertid framtagna genom privata initiativ utifrån de förhållanden som råder i byggsektorn, och är därmed inte anpassade till den upphandlingsrättsliga lagstiftningen.

För att upphandlande myndigheter ska kunna ställa krav direkt på endera av de undersökta miljöcertifieringarna krävs att de ska kunna definieras som miljömärken eller märken i upphandlingsrättslig mening. Den företagna rättsutredningen har emellertid visat att en sådan definition inte är möjlig, främst beroende på hur miljöcertifieringarna är organiserade i Sverige. Härvidlag följer att upphandlande myndigheter som avser att använda sig av de krav som följer av endera miljöcertifieringen, måste lyfta ut kraven och ange dem separat i upphandlingsdokumenten, snarare än att ställa krav direkt på certifieringen i fråga. Uppsatsen utreder även hur upphandlande myndigheter ska hantera bevisning avseende leverantörers referenser, samt möjligheten för dessa myndigheter att använda sig av miljöcertifieringarna som särskilda kontraktsvillkor.

Uppsatsen visar att betygssystemen inom miljöcertifieringarna kan innebära tillämpningsproblem i praktiken då de inkomna anbuden ska utvärderas. Vidare klargörs även att det föreligger en problematik avseende avtalsuppföljningen, då de externa granskarna för miljöcertifieringarna inte kan anses oberoende från vissa ekonomiska aktörer på marknaden.

Uppsatsen åskådliggör att planeringen av en byggentreprenad som ska miljöcertifieras blir ytterst central. Det finns ett flertal faktorer som måste tas i beaktande innan en sådan offentlig upphandling genomförs. Det sätt på vilket de undersökta miljöcertifieringarna är organiserade i Sverige gör det problematiskt för upphandlande myndigheter att använda sig av dessa. De krav som följer av certifieringarna är emellertid väl genomarbetade och ger miljövinster vilka bör utnyttjas.

Förord

Juristutbildningen börjar lida mot sitt slut och det är dags att sy ihop säcken med examensarbetet. När jag ansökte till juristutbildningen visste jag knappt vad det innebar att vara jurist, och än mindre vad jag skulle göra efter min examen. Genom att ha botaniserat nio terminer i olika rättsområden fastnade jag allt mer för offentlig upphandling, och det har därför fallit sig naturligt att skriva examensarbetet inom detta rättsområde. Jag har även kommit att förstå att jag vill rikta in min juridiska karriär mot den affärsjuridiska grenen, med en förhoppning att arbeta på en affärsjuridisk byrå. Det återstår självklart att se om det blir så, möjligtvis skakar jag bara på huvudet åt detta om jag läser den här texten om några år.

Ämnet för uppsatsen fick jag nys om efter tips från min handledare. Från att inte haft en aning om vad ämnet innebar och vilka problemställningar som följer med detta, har jag nu efter tjugo veckor tillskansat mig en klar uppfattning om dessa miljöcertifierade byggtreprenader. Processen har sannerligen varit en pärs där jag har slitits mellan hopp och förtvivlan. Det har funnits dagar då jag bara velat ge upp, men också dagar då jag har hittat det där kornet som fått mig att förstå allt mer i ämnet. Det är i sammanhanget i högsta grad på sin plats för mig att tacka min handledare Henrik Norinder för värdefulla tips och råd genom processen. Jag vill även tacka Johanna Ivarsson för korrekturläsning av uppsatsen. Jag vill givetvis också rikta ett stort tack till min fru Helen, som har stöttat mig genom hela utbildningen.

Förkortningar

Förklaringar

AB 04	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggning- och installationsentreprenader
ABK 09	Allmänna bestämmelser inom arkitekt- och ingenjörsvksamhet av år 2009
ABT 06	Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggning- och installationsentreprenader
BBR	Boverkets byggregler BFS 2011:6
BRE	Building Research Establishment
BREEAM	BRE Environmental Assessment Method
BREEAM-SE	BREEAM-Sverige
EMAS	Eco Management and Audit Scheme
FEUF	Funktionsfördraget
GPP-kriterier	Green Public Procurement Criteria är kriterier för grön offentlig upphandling
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
Kommissionen	Europeiska kommissionen
LEED	Leadership in Energy and Environmental Design
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
Prop	Proposition
SGBC	Swedish Green Building Council
WGBC	World Green Building Council
ÄTA-arbeten	Ändrings-, tillägs- och avgående arbeten

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Miljöcertifiering av byggtreprenader är en relativt ny företeelse och det saknas en rättslig definition av begreppet, samtidigt som det är relativt oklart hur en miljöcertifiering påverkar en offentlig upphandling. Miljöcertifiering av byggtreprenader fungerar som ett betygssystem för en byggtreprenads olika delar, där ett högre betyg på betygsskalan innebär att byggtreprenaden har så god positiv miljöeffekt som är möjligt med befintlig teknik. Betygsättningen är uppbyggd på så vis att en byggtreprenad delas upp i ett antal kategorier, vilka i sin tur delas upp i underkategorier. Underkategorierna betygssätts var och en för sig, vilket sedan renderar ett samlat betyg. Det är då naturligt att sträva efter ett så högt betyg som möjligt i respektive underkategori för att uppnå maximal positiv miljöeffekt vid uppförandet av byggtreprenaden. En miljöcertifiering fungerar därmed som en instruktion för hur en byggtreprenad ska genomföras för största möjliga miljönytta, och miljöcertifieringen utgör samtidigt en kvalitetsstämpel för den genomförda byggtreprenaden då den står klar. En miljöcertifiering innehar dessutom ett symbolvärde, där ett företag eller en upphandlande myndighet kan visa att deras uppställda miljöpolicy och miljömål faktiskt efterlevs i praktiken. Miljöcertifieringar har därmed också kommit att utgöra en konkurrensfördel inom byggsektorn. Intresset för miljöcertifiering av byggtreprenader ökar konstant såväl inom offentlig sektor som privat sektor, och tusentals byggtreprenader har miljöcertifierats världen över.¹

Miljöcertifiering av byggtreprenader verkar som ett instrument för att på ett tydligt och strukturerat sätt kunna påverka ett byggprojekts totala miljöpåverkan genom projektets alla delar. Certifieringarna har till syfte att genom incitament påverka byggtreprenörer att välja de mest miljövänliga alternativen som marknaden har att erbjuda, dessutom syftar certifieringarna till att driva utvecklingen framåt på området genom att certifieringssystemen belönar innovativa lösningar.

Miljöfrågor är ett aktuellt ämne och människors miljöpåverkan inverkar på framtidens klimat. Klimatförändringarna som sker beror till stor del på den överkonsumtion av naturresurser som sker i stora delar av världen, vilket beror på exempelvis skövling av skogar, transportutsläpp och slöseri med energiresurser. Agenda 2020 har utvecklats inom EU och innehåller fem

¹ Lilliehorn 2013 s. 32.

huvudmålsättningar för en positiv miljöutveckling.² I Sverige har målen formaliserats i ett nationellt program där de övergripande målen har anpassats till svenska förhållanden. Det anges bland annat att förutsättningar ska skapas för en stark hållbar utveckling, bland annat genom att den ekonomiska tillväxten ska vara kompatibel med bra miljö och hälsa.³ Byggsektorn står för en betydande del av den totala miljöpåverkan i Europa, t.ex. står byggnader för 42 procent av den totala energiförbrukningen och 35 procent av utsläpp av växthusgaser i unionen. Bygg- och rivningsverksamheterna står utöver det för 33 procent av det årliga avfallet.⁴

Ett sätt att implementera miljömålen i praktiken är genom att ställa krav i offentliga upphandlingar vilka syftar till att uppnå eftersökta miljöeffekter. Offentlig upphandling omsätter omkring 600 miljarder kronor varje år och är därmed ett sätt att styra utvecklingen i rätt riktning utifrån uppställda miljömål. Miljöcertifiering av byggtreprenader utgör ett medel för upphandlande myndigheter att driva på en miljömässigt hållbar utveckling, samtidigt som miljöcertifieringarna underlättar för myndigheterna i denna process då dessa direkt pekar ut vad leverantörerna måste leverera inom respektive område för att kunna erhålla den efterfrågade miljöcertifieringen. Av skälen till det nya upphandlingsdirektivet framgår att det är viktigt att miljömässiga hänsyn för större utrymme i offentlig upphandling, och av artikel 18.2 i samma direktiv framgår dessutom att medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljöskyldigheter som fastställs i unionsrätten och i nationell rätt.⁵

Regelverket för offentlig upphandling utgör ramverket som upphandlande myndigheter måste förhålla sig till, vilket därmed styr på vilket sätt upphandlande myndigheter kan använda sig av miljöcertifieringar för att uppnå tilltänkta miljöeffekter. En upphandlande myndighet som avser att miljöcertifiera en byggtreprenad i syfte att uppnå positiva miljöeffekter måste därmed planera sin upphandling noggrant. Det är således viktigt att upphandlande myndigheter förstår hur de kan ställa krav på miljöcertifiering av byggtreprenader, samt hur ställda krav kommer att påverka upphandlingsförfarandet och utförandet av byggtreprenaden.

² Meddelande från kommissionen Europa 2020 en strategi för smart och hållbar tillväxt för alla. KOM (2010) 2020 slutlig.

³ Swedish national reform programme 2011 Europé 2020 – EU:s strategy for smart, sustainable and inclusive growth, regeringskansliet 2011 s. 7.

⁴ Bygg och fastighetssektorns miljöpåverkan, Boverket, 2009.

⁵ Se bl.a. beaktandesats 2, 37 och 75 Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Uppsatsen undersöker hur en miljöcertifiering bör definieras och vilken rättslig inverkan certifieringen får på offentliga upphandlingar, det vill säga hur certifieringarna inverkar på förfarandet, möjligheten att ställa miljökrav och genomförandet av byggtreprenaden. Inom rättsområdet offentlig upphandling är det EU tillsammans med medlemsstaternas nationella rättssystem som styr rättsutvecklingen inom offentlig upphandling. Entreprenadrätten är däremot anpassad att passa ett byggprojekts komplexa natur med långa genomförandetider och tillgodoser behovet av förändring under entreprenadens genomförande, samtidigt är regelverket kring offentlig upphandling tänkt att öppna upp marknaden för sund konkurrens vilket gör reglerna mer stelbenta och kategoriska och därmed svåra att anpassa till komplexa byggtreprenader.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen ämnar ge läsaren fördjupad kunskap beträffande miljöcertifieringars rättsliga inverkan på offentliga upphandlingar, och uppsatsen kan ses som ett hjälpmedel i planeringen av en byggtreprenad där beställaren avser att miljöcertifiera byggtreprenaden. Arbetet vänder sig till praktiserande jurister och beställare, och läsaren förväntas då ha kunskap inom rättsområdena offentlig upphandling och entreprenadrätt. Uppsatsen avser främst att undersöka miljöcertifiering inom offentlig upphandling, men de två rättsområdena inom ramen för uppsatsen går inte att behandla separat utan för att ge en helhetsbild avseende främst planeringsfasen i den offentliga upphandlingen är entreprenadavtal något som måste hanteras då byggtreprenader ska upphandlas av offentliga myndigheter. Uppsatsen undersöker därmed också olika entreprenadformer i syfte att ge en ökad helhetsbild kring problematiken beträffande miljöcertifiering av byggtreprenader.

Uppsatsens syftar därmed till att utreda hur och i vilken utsträckning en upphandlande myndighet kan använda sig av miljöcertifiering av byggtreprenader vid en offentlig upphandling, samt hur myndighetens ställda krav på miljöcertifiering kommer att påverka upphandlingsförfarandet samt utförandet av byggtreprenadkontraktet. Uppsatsen undersöker också huruvida de undersökta miljöcertifieringarna i övrigt är förenliga med upphandlingslagstiftningen, utifrån hur miljöcertifieringarna är organiserade i Sverige. Jag utgår i uppsatsen ifrån att den upphandlande myndigheten vill uppnå maximal positiv miljöeffekt när den väljer att ställa krav på miljöcertifiering av byggtreprenaden. Även upphandlingsstrategier och för planeringen av byggtreprenaden centrala ställningstaganden diskuteras. Då miljöcertifieringarna som undersöks dessutom följer med ett antal år in i förvaltningen av byggnaden efter inflyttning, blir uppföljningen av

byggtreprenadkontraktet därmed ytterst central vid en offentlig upphandling. Avtalsuppföljning får därför ett stort utrymme i uppsatsen.

Syftet med uppsatsen är tänkt att utredas genom att besvara följande frågeställningar:

1. Kan de undersökta miljöcertifieringarna definieras som miljömärken alternativt märken upphandlingsrättsligt?
2. I vilken utsträckning kan en upphandlande myndighet ställa krav på miljöcertifieringar i sitt förfrågningsunderlag vid offentlig upphandling?
3. På vilket sätt påverkar ställda krav upphandlingsprocessen samt utförandet av det upphandlade kontraktet?
4. Hur kan upphandlande myndigheter tillgodose att en leverantör uppfyller de ställda miljökraven?

1.3 Avgränsningar och begrepp

Uppsatsen avser inte utgöra en uttömmande beskrivning av alla delar i en offentlig upphandling som påverkas av miljöcertifiering av byggtreprenader. De centrala delar i upphandlingsregelverket som i störst utsträckning direkt påverkar miljöcertifiering av byggtreprenader har valts ut. Arbetet begränsas till att omfatta offentliga upphandlingar inom det klassiska området som överstiger tröskelvärdena. Direktiven om upphandling inom försörjningsområdet och upphandling av koncessioner innehåller regler beträffande utförandet av byggtreprenader inom respektive regelverk, vilka förvisso kan vara intressanta för uppsatsen, men dessa avgränsas bort av utrymmesskäl. Uppsatsen berör främst så kallade mjuka parametrar vilka blir aktuella vid offentlig upphandling av miljöcertifierade byggtreprenader. Det blir upp till den upphandlande myndigheten i det enskilda fallet att väga dessa mjuka parametrar mot priset, det vill säga vad den upphandlande myndigheten anser att uppställda miljöhänsyn får kosta. Med bakgrund av detta avgränsas regler avseende ÄTA-arbeten, onormalt låga anbud och livscykelkostnader bort. Även de regler som omfattar val av upphandlingsförfarande avgränsas bort då de inte kan anses ha direkt koppling till miljöcertifieringarna. Vad beträffar regelverken som rör uteslutningsgrunder avseende anbudsgivares ekonomiska ställning och eventuella brottsliga bakgrund kan vara av intresse när upphandlande myndigheter avser ställa krav på miljöhänsyn, men avgränsas bort då de endast har mindre betydelse för miljöcertifierade byggtreprenader. Byggtreprenader som har konsumenter som beställare ryms inte heller inom uppsatsens omfång. Även regleringen som avser att reglera förhållandet om en medlemsstat inte genomfört ett EU-direktiv korrekt, genom antingen direkt effekt eller direktivkonform tolkning avgränsas bort då dessa enbart

har begränsad betydelse för rättsutredningen. Det kan i begränsad utsträckning finnas en problematik avseende möjligheten att ställa krav som går utöver vad som följer av harmoniserad lagstiftning. Detta särskilt då en upphandlande myndighet ställer krav på LEED som är en amerikansk certifiering som inte bygger på EU-lagstiftning, eller krav på betyg som är högre än grundbetyget för en viss certifiering. Problematiken avgränsas emellertid bort inom ramen för uppsatsen främst då risken att ställa krav utöver harmoniserad lagstiftning i dagsläget är ytterst begränsad. Det förekommer ett antal intressanta entreprenadrättsliga frågeställningar avseende miljöcertifierade byggtreprenader, exempelvis beträffande granskarens roll i förhållande till besiktningsmannens eller när ansvaret för certifieringen går över på beställaren. Även dessa frågeställningar måste avgränsas bort, då uppsatsen främst berör offentlig upphandling.

Med upphandlingsdirektivet menas direktiv 2004/18/EG⁶ och med nya upphandlingsdirektivet avses i uppsatsen direktiv 2014/24/EU⁷. Då övriga upphandlingsområden har avgränsats bort avses naturligtvis upphandlingsdirektiven inom det klassiska området. Med uttrycket upphandlande myndighet avses i texten alla offentliga organ som enligt lagstiftningen har skyldighet att upphandla sina inköp. De olika miljöcertifieringssystemen har olika benämningar på de underkategorier som betygsätts, men för att underlätta redogörelsen i arbetet så har jag valt att kalla underkategorierna indikatorer som genomgående benämning. Med begreppet granskare avses den eller de personer som granskar och betygsätter byggnaden inom ramen för den givna miljöcertifieringen. Miljöcertifieringarna avser främst att certifiera färdigställda byggnader, men certifieringarna omfattar även certifiering av projekteringshandlingarna och vissa indikatorer avser utförandet. Av definitionen av byggtreprenadkontrakt i artikel 1.2(b), tillsammans med bilaga 1 till upphandlingsdirektivet framgår att byggtreprenader omfattar såväl hela produktionsförloppet som resultatet av byggarbeten.⁸ Därmed har jag valt att genomgående använda begreppsbildningen miljöcertifierade byggtreprenader för att beskriva vad miljöcertifieringarna avser.

Framställningen kommer att omfatta de tre vanligaste miljöcertifieringarna på den svenska marknaden BREEAM, LEED och Miljöbyggnad.

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

⁷ Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁸ Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

1.4 Metod och material

Då denna framställning ämnar att kritiskt granska funktionen av institutet för miljöcertifiering av byggtreprenader, samt inverkan miljöcertifieringar har på offentliga upphandlingar så innefattar arbetet den rättsdogmatiska metoden med relevant EU-rättslig rättsinverkan. Metoden används genom att befintliga rättskällor presenteras hierarkiskt som de skulle tillämpas i en svensk domstol, och källorna kommer vidare att belysas i sitt sammanhang. Vidare kommer ett kortfattat rättsutvecklingsperspektiv läggas på rättsområdet offentlig upphandling i uppsatsen i syfte att ge ett tydligare perspektiv på hur rättsläget har förändrats, och därmed ge läsaren en större förståelse för rättsläget.

1.4.1 Rättsdogmatisk metod

Den rättsdogmatiska metoden förefaller vara svår att definiera och får ofta kritik för att vara oklar och vag, vilket har lett till att metoden fått utstå en hel del kritik.⁹ Rättsdogmatiken utgår oftast från en praktisk problemställning, vilken fastställs, systematiseras och tolkas utifrån rättskällorna för att sedermera komma fram till en slutsats kring problemställningen.¹⁰ Det som karakteriserar den rättsdogmatiska metoden är således att deskriptivt framställa och beskriva gällande rätt *de lege lata*. Metoden innefattar också en möjlighet till kritik och resonemang *de lege ferenda*.¹¹ Det centrala i den rättsdogmatiska metoden är rättskällevärdet, och att hierarkiskt ordna rättskällorna korrekt.¹² I rättskällevärdet inom den rättsdogmatiska metoden anges att svensk lagtext ska användas, medan prejudikat och förarbeten bör användas, samt att domar från underrättsinstanser, doktrin¹³ med mera får användas.¹⁴

I offentlig upphandling bygger rättsreglerna på EU-rättsakter, vilket innebär ytterligare en dimension till den rättsdogmatiska metoden. I uppsatsen tillämpas rättskällorna utifrån rättskällevärdet, och EU-rätten tillämpas hierarkiskt som den EU-rättsliga metoden kräver i relevanta delar. Enligt artikel 288.2 FEUF ska förordningar ha allmän giltighet och vara till alla delar bindande och direkt tillämpliga i varje medlemsstat. Det finns även en

⁹ Kleineman 2013 s. 21 f.

¹⁰ Kleineman 2013 s. 23 och Peczenik 2005 s. 249.

¹¹ Kleineman 2013 s. 24 och 39.

¹² Peczenik 2005 s. 251f.

¹³ I uppsatsen avses med doktrin juridisk litteratur då en rättskälla beskrivs.

¹⁴ Peczenik 1995 s. 35. Kleineman menar emellertid att en dom från en underrättsinstans är vanskelig att använda då den kan kullkastas av högsta instans om domen inte anses utgöra gällande rätt. Kleineman 2013 s. 38. I de fall det refereras till underrättsavgöranden i uppsatsen görs det för att beskriva hur ett visst problem har lösts då det saknas prejudicerande högsta instansavgörande.

förklaring¹⁵ bifogat till fördragen som erinrar om EU-domstolens rättspraxis och dess företrädare framför nationell rätt. Medlemsstaterna och deras högsta domstolar har också kommit att acceptera EU-domstolens praxis, och EU-domstolen får därmed anses vara sista uttolkare av EU-rätten och dess praxis får anses utgöra gällande rätt.¹⁶

Vid tillämpningen av den rättsdogmatiska metoden tar uppsatsen sin utgångspunkt i svensk lagtext, så som svenska domstolar har att utreda gällande rätt i offentlig upphandling.¹⁷ I de fall den svenska lagtexten inte uttömmande besvarat min frågeställning har svaret sökts i bakomliggande EU-direktiv, EU-rättslig och svensk praxis, förarbeten och därefter doktrin. Praxis från HD och HFD utgör hierarkiskt i framställningen den sekundärt högsta svenska rättskällan, främst beroende på att förarbetsuttalanden ingalunda är bindande för domstolarna.¹⁸ En dom som inte är från högsta instans kan inte användas för fastställa gällande rätt, i de fall domar från underrättsinstanser åberopas i uppsatsen görs det för att visa på hur rättsläget inom en viss problematik hanteras i praktiken av underrätterna i de fall prejudikat saknas på området.¹⁹ Endast ett fall beträffande miljökrav i offentlig upphandling har varit uppe till prövning i HFD, vilket inte berörde offentlig upphandling av byggtreprenader.²⁰

Det har i doktrin framförts kritik mot att propositioner ges formell auktoritet som en rättskälla av högre dignitet än doktrin då lagförslaget inte röstats igenom i riksdagen.²¹ Men redan det faktum att de flesta domstolar i praktiken troligtvis tillmäter propositioner en högre ställning än doktrin, innebär att strukturen i uppsatsen följer denna tolkning av rättskällevärdet.²² Svenska förarbetsuttalanden som omfattar tolkningen av lagbestämmelser som genomför EU-direktiv eller som grundas på annan unionsrätt måste läsas med större försiktighet än vad som gäller då det handlar om svensk lagstiftning.²³

Uppsatsen tar således sin utgångspunkt i 2007 års LOU vilken var gällande under merparten av författandet av uppsatsen. Ett nytt direktiv²⁴ gällande

¹⁵ Förklaring nummer 17.

¹⁶ Reichel 2013 s. 111 f. Sveriges högsta domstolar refererar ofta till EU-domstolen när de ska beskriva rättsläget inom EU, se till exempel, NJA 2007 s. 941 och HFD 2015 ref. 55.

¹⁷ Se exempelvis RÅ 2008 ref. 26, där domstolen uttalade att det krävdes ett uttryckligt undantag i LOU för att tolka en bestämmelse direktivkonformt. Domen gällde möjligheten att tillämpa det så kallade Teckal-undantaget.

¹⁸ Kleineman 2013 s. 37 ff.

¹⁹ Ibid s. 38.

²⁰ RÅ 2010 ref. 78.

²¹ Kleineman 2013 s. 28.

²² Jfr Kleinemans resonemang, Kleineman 2013 s. 28.

²³ Lagrådets yttrande i prop. 2001/02:121, bilaga 9, s. 193.

²⁴ Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

offentlig upphandling inom den klassiska sektorn har antagits, vilket skulle trätt i kraft i medlemsstaterna senast 18 april 2016.²⁵ Emellertid har lagstiftningsarbetet i Sverige dragit ut på tiden. Regeringen har lagt fram ett förslag till ny LOU grundat på det nya upphandlingsdirektivet genom proposition 2015/16:195 Nytt regelverk om offentlig upphandling. Det är en förhållandevis svår uppgift att förhålla sig till propositionen, och den nya lagstiftningen, då lagförslaget först under slutskedet av skrivandet av uppsatsen röstats igenom i riksdagen.²⁶ Förvisso är propositionen framtagen av regeringen och utarbetad av berört departement, men då förslaget bygger på en helt nyligen antagen lagstiftning vilken uppsatsen inte utgår ifrån, väljer jag att i uppsatsen behandla propositionen likt doktrin i rättskälleläran för tolkning av det nya upphandlingsdirektivet. Propositionen används även för att visa hur regeringen avser att införa de nya bestämmelser som följer av det nya upphandlingsdirektivet.

Kommissionen spelar en stor roll som drivande faktor på miljöområdet inom offentlig upphandling. Där den genom sina riktlinjer om hur grön offentlig upphandling bör genomföras främst genom utgivandet av en handbok beträffande grön offentlig upphandling.²⁷ Dessa är soft-law dokument utan bindande verkan, men EU-domstolen har uttalat att nationella domstolar och myndigheter kan vara skyldiga att använda soft-law som tolkningsunderlag för att fylla ut bindande EU-rättsliga bestämmelser.²⁸

Regering och riksdag styr genom sina uppställda miljömål och miljöpolicyer upphandlande myndigheters och i viss mån även privata aktörers agerande vad gäller miljövänliga byggtreprenader.²⁹ Upphandlande myndighet kan framstå som drivande inom grön upphandling då deras tillämpning av upphandlingsreglerna får praktisk tillämpning, men de kan knappast tillskrivas någon inverkan på rättsutvecklingen.

Systematiken för uppsatsen kommer att innebära att rättskällorna undersöks *de lege lata* för att sedan analyseras utifrån ett kritiskt perspektiv *de lege feranda*.

²⁵ Artikel 90 Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

²⁶ Den nya upphandlingslagstiftningen inom det klassiska området har SFS-nummer 2016:1145.

²⁷ Kommissionen publicerade 2005 *Att köpa grönt! Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling*. Den senast omarbetade utgåvan kom 2016.

²⁸ Mål 322/88 *Grimaldes mot Fonds des maladies professionnelles*, ECLI:EU:C:1989:646.

²⁹ Naturvårdsverket, *Hur miljön mår och hur arbetet med Sveriges miljömål går, 2016*.

1.4.2 Material

Det krävs en genomgång av en stor mängd rättsligt material i en examensuppsats av den här omfattningen. Utgångspunkten tas i svensk och EU-rättslig lagtext. För att få en heltäckande bild av rättsläget undersöks relevant rättspraxis från såväl svenska domstolar som EU-domstolen. Förarbeten i form av propositioner och statens offentliga utredningar har också undersökts. Ett antal beslut och uttalanden från kommissionen har därmed betydelse för att fastställa gällande rättsläge. Uttalanden från regeringen används i syfte att visa på vikten av att uppnå ställda miljömål. Forskningsrapporter, beslut och utlåtanden från Konkurrensverket används främst i egenskap av doktrin för att beskriva rättsläget inom offentlig upphandling. Även doktrin i form av lagkommentarer och utgiven juridisk litteratur förekommer i uppsatsen för att på ett heltäckande sätt beskriva rättsläget inom respektive rättsområde. En del elektroniska källor har kommit till användning, främst vad beträffar utredningen av respektive miljöcertifiering men även elektroniskt utgivet material inom offentlig upphandling används i form av tidskrifterna Upphandling 24 och JP Infonet samt elektroniska lagkommentarer.

1.5 Forskningsläget

Det saknas i stor utsträckning relevant forskning beträffande miljöcertifierade byggtreprenader i en rättslig kontext. Några studentuppsatser har skrivits på området miljöcertifierade byggtreprenader i offentlig upphandling, vilka främst tycks bygga på fallstudier och intervjuer i syfte att fastställa rättsläget.³⁰ I övrigt återfinns utgivna skrifter som beskriver möjligheten till miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling generellt.³¹

1.6 Disposition

Framställningen inleds med en beskrivning av relevanta upphandlingsstrategier utifrån de grundläggande överväganden som en upphandlande myndighet bör ta ställning till vid genomförande av miljöcertifierade byggtreprenader. Vidare beskrivs i kapitlet miljöcertifieringar generellt, samt de tre undersökta miljöcertifieringarna specifikt. Inledningskapitlet innehåller även en presentation av de organisationer som tillhandahåller miljöcertifieringarna. Kapitlet avslutas med en sammanfattning av upphandlingsstrategiska överväganden samt en jämförelse av de undersökta miljöcertifieringarna.

³⁰ Se bl.a. Normark 2016 och Allison 2015.

³¹ Se bl.a. Sennström och Stavenow 2013 och Konkurrensverket 2011: Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling.

Vidare följer ett kapitel som inleds med en presentation av rättsutvecklingen vad gäller möjligheten att ta miljöhänsyn, vilken sedan får relevans i analysen främst beträffande det nya upphandlingsdirektivets utformning i förhållande till dess syfte att underlätta för upphandlande myndigheter att ta miljöhänsyn. Kapitlet fortsätter sedan med frågan huruvida miljöcertifieringarna går att definiera som miljömärken eller märken i upphandlingsdirektivets mening, vilket har betydelse för möjligheten att direkt ställa på endera av miljöcertifieringarna i förfrågningsunderlaget. En sammanfattande analys angående huruvida de undersökta miljöcertifieringarna kan definieras som miljömärken eller märken avslutar avsnittet avseende definitionsfrågan.

Uppsatsens genomgång fortsätter sedan med ett kapitel avseende möjligheten att ställa krav på miljöhänsyn generellt och miljöcertifieringar specifikt i kvalificeringsfasen av upphandlingsförfarandet.

Därefter följer ett kapitel som undersöker möjligheten att använda miljöcertifieringar som tilldelningskriterier samt anbudsutvärdering och viktning utifrån att upphandlande myndigheter vill uppnå maximal miljöeffekt genom att använda sig av miljöcertifiering av byggtreprenader. Därefter följer ett avsnitt i kapitlet som undersöker hur miljöcertifieringarna kan utnyttjas genom särskilda kontraktsvillkor. Kapitlet avslutas med en genomgång av uppföljningen av den offentliga upphandlingen och kontraktet, vilken visar vikten av att upphandlande myndigheter faktiskt följer upp de krav och villkor som ställts upp. De följder som det kan innebära om upphandlande myndigheter inte följer upp uppställda krav och villkor korrekter belyses särskilt.

Slutligen i kapitlet analyseras miljöcertifierade byggtreprenader i offentlig upphandling utifrån det syfte och de frågeställningar som uppställts vad beträffar dessa, där slutsatser utifrån frågeställningarna presenteras.

2 Upphandlingsstrategi och miljöcertifieringar

2.1 Introduktion

Entreprenadrätten saknar i stort sätt helt lagregler som reglerar avtalsförhållandena mellan parterna i byggentreprenader. Avtal om uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller i vatten är uttryckligen undantagna från köplagens tillämpningsområde, vilket visar att lagstiftaren har valt att inte reglera entreprenadavtal särskilt i lag.³² Parternas avtalsförhållanden har istället kommit att regleras genom partsförhandlade standardavtal, där avtalen framförhandlas och utformas av Byggandets kontraktskommitté. Detta sätt att reglera avtalsförhållandena har lett till flexibla standardavtal som är väl anpassade till byggentreprenaders vanligtvis komplexa natur. Standardavtalen är strukturerade på så vis att omfattningen av kontraktsarbetena utgörs av kontraktshandlingarna och att entreprenaden ska utföras i överensstämmelse med entreprenadhandlingarna.³³ Det innebär att det står beställaren fritt att implementera en miljöcertifiering i kontraktshandlingarna och att entreprenören då har att följa kraven som följer av certifieringen. Det blir viktigt för beställaren att noggrant planera entreprenaden så att de får ut vad som var avsett med miljöcertifieringen och så att entreprenören kan utföra de krav som följer av certifieringen.

2.2 Entreprenadformer och upphandlingsstrategier

Vid uppförandet av en offentligt upphandlad byggentreprenad är det viktigt för upphandlande myndigheter att tidigt lägga upp en strategi för byggentreprenaden, baserat på de aspekter som är viktigast att uppnå samt vilka resurser som myndigheten är beredd på att avsätta till projektet. Den strategi som den upphandlande myndigheten väljer kommer påverka vilken entreprenadform som är bäst lämpad för den aktuella byggentreprenaden. De vanligaste entreprenadformerna är utförandeentreprenader som regleras av standardavtalet AB 04 och totalentreprenader vilka regleras genom standardavtalet ABT 06. Vid upphandling av miljöcertifierade byggentreprenader kommer miljöcertifieringen som den upphandlande myndigheten väljer att använda sig av att utgöra ett ramverk av funktioner som måste finnas med i byggentreprenaden, vilket givetvis påverkar projekteringsarbetet och därmed även val av entreprenadform och upphandlingsstrategi.

³² Köplagen (1990:931) 2 § 1 st. Anledningen anses främst vara att regleringen t.ex. vad gäller hävning inte är lämplig att hantera de konflikter som kan uppkomma vid entreprenadavtal, Prop 1988/89:76 s. 63.

³³ Se exempelvis 1 kap. 1 § tillsammans med 1 kap. 8 § AB 04.

Upphandling och genomförande av byggtreprenader är en komplex process, i vilken många aktörer är inblandade. Valet av upphandlingsstrategi och entreprenadform kommer att påverka aktörernas ansvar, befogenheter, risk samt deras samarbete och konkurrens.³⁴ Det anses viktigt att hitta en balans mellan samarbete och konkurrens för att främja effektivitet och innovation i projektet.³⁵ Ett nära samarbete mellan parterna är viktigt i projekt som kännetecknas av hög komplexitet, kundanpassning, osäkerhet, lång varaktighet, och tidspress, då koordinering av aktörerna i sådana projekt är extra viktiga.³⁶ Samtidigt är det viktigt att den upphandlande myndigheten tillser att de grundläggande principerna efterlevs i upphandlingsförfarandet, där konkurrensbegränsande samarbeten inte är tillåtna enligt regelverket för offentlig upphandling.³⁷

2.2.1 Utförandeentreprenad eller totalentreprenad

Utförandeentreprenader innebär att beställaren står för projekteringen, och därmed tar fram tekniska lösningar och definierar vad som skall genomföras.³⁸ Entreprenadformen ställer alltså krav på att den upphandlande myndigheten har resurser att utföra en komplett projektering, myndigheten kan emellertid ha nytta av en miljöcertifiering för att tydligt kunna strukturera och definiera sina krav i projekteringsskedet. Projekteringen kan emellertid också upphandlas separat som ett konsultuppdrag i enlighet med reglerna i ABK 09 vilket är ett standardavtal inom arkitekt- och ingenjörsvksamhet. En fördel med utförandeentreprenader är att beställaren tydligt kan ange i förfrågningsunderlaget vad som efterfrågas. Nackdelen blir att entreprenören blir bunden av krav som beställaren angett, vilket förhindrar innovation.

Vid val av totalentreprenad är det istället entreprenören som ansvarar för projekteringen utifrån de av beställaren angivna funktionskrav, som framställs i en rambeskrivning, vilka entreprenören har att uppfylla med valda tekniska lösningar.³⁹ Totalentreprenad kan anses ge ett ökat kunskapsutbyte vilket kan ge ökad tids- och kostnadseffektivitet, då entreprenörens byggerfarenheter kommer till nytta redan i projekteringsstadiet.⁴⁰ Totalentreprenad ställer således stora krav på entreprenörens resurser i

³⁴ Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4 s. 25.

³⁵ Teece 1992 s. 2 ff.

³⁶ Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4 s. 26.

³⁷ Se artikel 18 Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, där konkurrensbegränsande samarbete tagits in som en grundläggande princip samt RÅ 1997 ref. 40 där HFD ansåg att en viss specifikation var konkurrensbegränsande enligt upphandlingsreglerna.

³⁸ 1 kap. 1 § AB 04 tillsammans med förordet till AB 04.

³⁹ 1 kap. 1 § ABT 06.

⁴⁰ Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4 s. 41 f.

projekteringsstadiet, vilket kan anses begränsa konkurrensen i synnerhet i förhållande till små- och medelstora företag som saknar tillräckliga resurser.⁴¹ För upphandlare som beställer relativt stora kvantiteter byggentreprenader kan totalentreprenader vara en nackdel, då tekniska lösningar som skiljer sig åt mellan olika byggentreprenader kan medföra kostnader i förvaltningen och därmed ökade livscykelkostnader.⁴²

2.2.2 Generalentreprenad eller delad entreprenad

Såväl utförandeentreprenad som totalentreprenad upphandlas med fördel som en generalentreprenad där den upphandlande myndigheten enbart har en entreprenör som avtalspart, som i sin tur avtalar med underentreprenörer. Generalentreprenören har då samordningsansvaret gentemot samtliga underleverantörer i byggprojektet, och står också risken gentemot beställaren, för underentreprenörer som inte agerat kontraktsenligt.⁴³

Upphandling genom delad entreprenad innebär att alla leverantörer står i avtalsförhållande till beställaren var för sig, en form som kan gynna konkurrensen i sådan mån att beställaren kan hitta det bästa anbudet i varje delentreprenad vilket i sin tur kan öka små- och mellanstora företags möjlighet att konkurrera.⁴⁴ Delad entreprenad ställer då givetvis större krav på beställarens resurser och projektledning. Planeringen för att hitta en lyckad upphandlingsstrategi för miljöcertifierade byggentreprenader blir således viktig, där en balans mellan samverkan och konkurrens måste finnas. En samarbetsform som anses främja innovation och effektivitet är partnering.

2.2.3 Partnering

Det finns ingen legaldefinition av begreppet partnering, men det brukar vanligtvis beskrivas som en samverkansform mellan beställare och entreprenör. Syftet är att driva byggentreprenaden mot ett gemensamt mål, i en projektform där beställare och entreprenör kan beskrivas som medparter snarare än motparter.⁴⁵ Att genomföra ett byggprojekt i form av ett partneringprojekt ställer högre krav på att beställaren bidrar med kompetens och resurser genom hela projektet, och att inleda samverkan genom partnering förutsätter alltså att beställaren måste vara beredd att avsätta sådana resurser i projektet.⁴⁶ En beställare som är beredd att avsätta de resurser som krävs för att genomföra ett partneringprojekt kan emellertid

⁴¹ Ibid s. 41.

⁴² Ibid s. 42.

⁴³ Ibid s. 48 f.

⁴⁴ Ibid s. 49 f.

⁴⁵ Fröstad m.fl 2014.

⁴⁶ Fröstad m.fl.2014.

skapa möjligheter till en samverkan med entreprenören mot ett gemensamt mål snarare än en vi-mot-dem-känsla. Vilket innebär en metod där entreprenören har möjlighet att tjäna pengar samtidigt som kostnader för projektet kan hållas nere genom gemensam problemlösning.⁴⁷ I partneringsprojekt är det viktigt att samverkan inleds i ett tidigt skede av projektet, så parterna kan dra nytta av varandras olika kompetenser redan tidigt i projektet. Det kan vara fördelaktigt med en så tidig samverkan även när det kommer till miljöcertifierade byggentreprenader då en första bedömning utifrån den valda miljöcertifieringen görs redan i projekteringsstadiet.

Partnering kan även användas som en upphandlingsstrategi där det är viktigt att uppnå en balans mellan samverkan och konkurrens, där val av entreprenadform, ersättningsform och anbudsutvärdering påverkas.⁴⁸ Partnering lämpar sig väl då det är viktigare att knyta kompetens eller nyckelpersoner till projektet snarare än att pressa priset.⁴⁹ Att sådan kompetens säkerställs tidigt i projektet kan vara en förutsättning för att få ut maximal miljöeffekt vid genomförandet av byggentreprenader som ska miljöcertifieras.

Eftersom upphandling genom partnering sker i ett så tidigt skede är ofta inte alla förutsättningar klarlagda vilket kan innebära transparensproblem när upphandlingsobjektet beskrivs, det är därför av vikt att den upphandlande myndigheten så tydligt som möjligt beskriver projektet i förfrågningsunderlaget.⁵⁰ Miljöcertifieringar anses samtidigt skapa struktur i ett byggprojekt som tydliggör och systematiserar vad som krävs för att genomföra byggentreprenaden.⁵¹ Det kan vara lämpligt att upphandla ett partneringsprojekt som en utförandentreprenad, där prissättning genom löpande räkning samt bonusmöjligheter för leverantörer skapar de bästa förutsättningarna för en lyckad samverkan för de inblandade parterna.⁵² Då val av rätt entreprenör ligger i fokus bör anbudsutvärderingen ske utifrån en rad mjuka parametrar, där priset inte ges alltför stort utslag. Priset bör därför viktas ner och de mjuka parametrarna som exempelvis miljövinster och kompetent personal ges större utslag vid anbudsutvärderingen, det är dock en förutsättning att utvärderingsmodellen motsvarar kraven i LOU.⁵³ Om den upphandlande myndigheten lyckas med föresatsen att på ett lämpligt sätt upphandla byggentreprenaden som ett partneringsprojekt finns stora vinster att

⁴⁷ Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4 s. 84.

⁴⁸ Ibid s. 83.

⁴⁹ Ibid s. 84.

⁵⁰ Fröstad m.fl.2014.

⁵¹ Lilliehorn 2012 s. 22.

⁵² Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4 s. 83 ff.

⁵³ Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4 s. 84.

hämta där affärsrelationer som främjar effektivitet och innovation byggs upp, snarare än ett byggprojekt som kantas av en maktbaserad prispress.⁵⁴

Upphandlande myndigheter som avser använda sig av partneringsamarbete måste upphandla detta i enlighet med regelverket i LOU. Tilldelningsbeslutet som fattas måste då omfatta partneringsprojektets samtliga faser, såväl planerings-, projekterings- som utförandefasen.⁵⁵ Upphandlingskontraktet bör föreskriva en option som binder i vart fall entreprenören att genomföra samtliga faser. Samtidigt bör en upphandlande myndighet föreskriva en avträdesrätt vid avslutandet av endera av de två första faserna, om samarbetet inte skulle fungera. I föreskriften bör även ingå en utköpsrätt för den upphandlande myndigheten av de handlingar som uppkommit genom samarbetet, så att myndigheten kan upphandla utförandet på nytt.⁵⁶ De föreskrifter som följer av upphandlingskontraktet ska framgå av förfrågningsunderlaget för att tillgodose transparensprincipen, samt att risken för väsentliga ändringar under genomförandet av kontraktet ska kunna undvikas i görligaste mån.

2.3 Miljöcertifiering av byggtreprenader

2.3.1 Introduktion

Som ett led i processen för att uppnå de uppställda miljömålen har efterfrågan på miljöcertifierade byggtreprenader ökat.⁵⁷ Miljöcertifiering kan exempelvis användas för att säkerställa att en uppställd miljöpolicy efterlevs, eller som ett konkurrensmedel för byggtreprenörer. Certifieringen kan även beskrivas som ett hjälpmedel för att uppnå de krav som ställs på hållbart byggande. För att uppnå maximal miljöeffekt vid genomförande av en byggtreprenad krävs kunskap om en byggnads resursbehov. Vid miljöcertifiering granskas och betygsätts en byggtreprenad genom att byggherren utifrån en förutbestämd metod och med objektiva kriterier bedömer diverse aspekter av en byggtreprenads miljöpåverkan, utifrån byggnadens funktion och egenskaper.⁵⁸ Vilka miljöaspekter en byggtreprenad kan komma att bedömas efter varierar beroende på byggnadstyp eller olika miljöproblem. Om en byggtreprenad genomförs med tillämpning av ett miljöcertifieringssystem ökas förutsättningen för ett mer hållbart byggande, samtidigt som byggnaden anses få en högre kvalitet

⁵⁴ Ibid s. 83 ff.

⁵⁵ Bjerle 2014 s. 43.

⁵⁶ Ibid 2014 s. 43 f.

⁵⁷ Lilliehorn 2012 s. 14.

⁵⁸ Ibid s. 17 f.

främst då den blir mer effektiv.⁵⁹ För att säkerställa ett hållbart byggande är det av yttersta vikt att uppföljning av projektet görs. Därmed är det betydelsefullt att den miljöcertifierade byggtreprenaden underhålls, då miljöcertifieringen även omfattar förvaltningen av byggnaden.⁶⁰

Det finns en uppsjö olika miljöcertifieringssystem världen över men i det följande kommer de på den svenska marknaden vanligast förekommande och mest relevanta miljöcertifieringssystemen att avhandlas, vilka är Miljöbyggnad, BREEAM och LEED.⁶¹ Några av de kategorier som bedöms i byggprojektet genom miljöcertifiering är energiförbrukning, material, inomhusmiljö och byggavfall, där de olika miljöcertifieringssystemen har olika bedömningsgrunder och olika aspekter i byggtreprenaden blir bedömda.⁶² I en del av miljöcertifieringssystemen är alla indikatorer obligatoriska, medan i andra system är en del indikatorer frivilliga.⁶³ Det finns ingen fastställd legaldefinition för miljöcertifieringar, därmed är det vanskligt att avgöra vilken betydelse en miljöcertifiering får för byggtreprenadavtalet. Det är dock tydligt att miljöcertifieringen påverkar exempelvis materialval och lösningar för att minska energiförbrukningen. Samtliga tre certifieringssystem betygsätter de indikatorer som ingår i certifieringen på en betygsskala, där varje indikator erhåller ett visst betyg vilka sedan viktas samman till ett slutgiltigt betyg.⁶⁴ Miljöcertifieringarna som ingår i uppsatsen ombesörjs av Swedish Green Building Council.

2.3.2 Swedish Green Building Council

Swedish Green Building Council (SGBC) grundades 2009, och är ledande i Sverige inom hållbart byggande. Organisationen är en ideell förening bestående av personer inom utbildning, praktiker från byggsektorn. SGBC arbetar utifrån kriterier fastställda av World Green Building Council (WGBC). SGBC har en styrelse sammansatt av såväl entreprenörs- som myndighetsrepresentanter.⁶⁵ De arbetar med att erbjuda tjänster och utbildningar inom miljöcertifiering inom byggsektorn, vilket underlättar för att företag och myndigheter nå sina miljömål.⁶⁶ Organisationen ansvarar för hanteringen och utvecklingen av Miljöbyggnad och att anpassa BREEAM och LEED till svenska förhållanden.⁶⁷ SGBC tillhandahåller även utbildning

⁵⁹ Lilliehorn 2012 s. 22.

⁶⁰ Ibid s. 33 ff.

⁶¹ Ibid s. 28.

⁶² Ibid s. 30.

⁶³ SGBC, *Miljöbyggnad – Metodik Nyproducerade och befintliga byggnader*, 2014 s. 6.

⁶⁴ Lilliehorn 2012 s. 30.

⁶⁵ SGBC, *Styrelse och stadgar*.

⁶⁶ SGBC, *Om oss*.

⁶⁷ SGBC, *Utbildning*.

för personal i de tre miljöcertifieringssystemen.⁶⁸ De har även utbildade granskare som består av representanter från några av de ledande byggföretagen i Sverige, vilka har till uppgift att granska en byggtreprenad för att den ska bli miljöcertifierad inom Miljöbyggnad.⁶⁹ Organisationen utbildar granskare för BREEAM vilka hjälper till att ta fram en rapport som skickas in till BRE för bedömning.⁷⁰

2.3.3 Miljöbyggnad

Med certifiering genom Miljöbyggnad avses att byggtreprenaden granskas och betygsätts av en tredje part, vilket bör vara en certifierad miljöbyggsamordnare.⁷¹ Som tidigare nämnts tillhandahåller SGBC de granskare som genomför certifieringen. Certifiering genom Miljöbyggnad kan vid nyproduktion sökas redan i projekteringsstadiet då en preliminär bedömning genomförs av projekteringshandlingarna, certifieringen måste emellertid verifieras i en färdig byggnad och ett betyg kan inte erhållas innan den färdiga funktionen är kontrollerad.⁷² I Miljöbyggnad bedöms och betygsätts en byggtreprenad i tre huvudområden: energi, inomhusmiljö och material.⁷³ Varje område är i sin tur indelat i aspekter, de olika aspekterna är vidare indelade i en underkategori som fått namnet indikatorer.⁷⁴ Indikatorerna som betygsätts med betygen: GULD, SILVER, BRONS och KLASSAD, där KLASSAD betyder att indikatorn inte uppfyllt kraven för miljöcertifieringen. BRONS bekräftar att byggtreprenadens lösningar och funktioner lever upp till de krav som ställs i BBR.⁷⁵ GULD och SILVER betyder att indikatorn uppvisar högre resultat än grundkraven. Indikatorresultaten viktas sedan till ett sammanvägt resultat, där ett lågt betyg på en indikator inte kan uppvägas med hjälp av flera höga betyg på andra indikatorer då byggtreprenaden får sitt slutgiltiga betyg.⁷⁶ Samtliga aspekter ska ingå i certifieringsprocessen för att en byggnad ska kunna bli miljöcertifierad med Miljöbyggnad.⁷⁷ Miljöbyggnad utgår ifrån BBR där

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ För att se vilka personer som granskar: SGBC, *Granskare i Miljöbyggnad*, och SGBC, *Miljöbyggnad – Metodik Nyproducerade och befintliga byggnader*, 2014 s. 10 f. för certifieringsprocessen i Miljöbyggnad.

⁷⁰ Lilliehorn 2012 s. 49.

⁷¹ SGBC, *Miljöbyggnad – Metodik Nyproducerade och befintliga byggnader*, 2014, s. 6 och 22.

⁷² Ibid s. 8.

⁷³ Ibid s. 12 f.

⁷⁴ Ibid s. 13, En utförlig tabell som visar indelningen i de olika kategorierna bifogas som bilaga 1.

⁷⁵ SGBC, *Miljöbyggnad – Metodik Nyproducerade och befintliga byggnader*, 2014 s. 14.

⁷⁶ Tanken med att ett lågt betyg inte kan kompenseras genom flera andra högre betyg är att skapa incitament att åtgärda eventuella brister, Ibid s. 12 f.

⁷⁷ Lilliehorn 2012 s. 44.

grundkraven, betyget BRONS, utgår ifrån BBR:s krav och för ett högre betyg krävs en standard på en högre nivå.⁷⁸

2.3.4 BREEAM

BREEAM är det i särklass största certifieringssystemet i världen.⁷⁹ BREEAM-SE är BREEAM-systemet anpassat för svenska förhållanden.⁸⁰ I BREEAM bedöms och betygssätts områdena projektledning, energianvändning, inomhusklimat, vattenhushållning, avfallshantering, markanvändning, påverkan på närmiljön, byggmaterial och föroreningar samt byggnadens läge i förhållande till allmänna kommunikationsmedel. Områdena utgör miniminivå för att uppnå BREEAM-certifiering. Utöver dessa finns ett antal valbara områden som kan ingå i certifieringen.⁸¹ Innovativa tekniska lösningar kan också höja betyget.⁸² Varje område är indelat i indikatorer vilka poängbedöms, och poängen summeras sedan till ett slutbetyg.⁸³ Betygsskalan innehåller betygen PASS, GOOD, VERY GOOD, EXCELLENT och OUTSTANDING. En byggentreprenad poängsätts från 0-100 poäng, där 30 poäng krävs för betyget PASS och 85 poäng, samt goda innovativa lösningar och en uppföljning efter tre år krävs för OUTSTANDING.⁸⁴ Betyget PASS får anses motsvara BBR.⁸⁵ Det är även möjligt att erhålla en BREEAM-certifiering som visar att byggnaden är byggd efter gällande lagkrav.⁸⁶ Vid BREEAM-certifiering måste först en förstudie genomföras utifrån vissa variabler, sedan ska projektet registreras hos BREEAM. Det är valfritt att certifiera i projekteringsstadiet. Vid certifieringen skickar den ansvarige granskaren en rapport till BREEAM som utifrån denna certifierar byggentreprenaden.⁸⁷ SGBC erhåller utbildningar för granskare.⁸⁸

2.3.5 LEED

The LEED Green Building Rating System ombesörjs av U.S. Green building Council, och är ett system som härstammar från BREEAM men är omarbetat för att passa amerikanska förhållanden.⁸⁹ Inom LEED bedöms en

⁷⁸ SGBC, *Miljöbyggnad – Metodik Nyproducerade och befintliga byggnader* 2014, s. 8 och s. 12 ff.

⁷⁹ Lilliehorn 2012 s. 28.

⁸⁰ SGBC, *BREEAM-SE*.

⁸¹ Lilliehorn 2012 s. 46.

⁸² SGBC, *BREEAM*.

⁸³ Lilliehorn 2012 s. 48 f. En tabell över vilka indikatorer som poängbedöms bifogas i bilaga 2.

⁸⁴ Ibid s. 48.

⁸⁵ Ibid s. 31.

⁸⁶ SGBC, *BREEAM*.

⁸⁷ SGBC, *Certifiera med BREEAM-SE*.

⁸⁸ SGBC, *Certifierade personer*.

⁸⁹ Lilliehorn 2012 s. 29.

byggentreprenad inom områdena närmiljö, vattenanvändning, energianvändning, material samt inomhusklimat, därutöver kan bonuspoäng tilldelas för innovation och regionala hänsynstaganden. För att uppnå godkänd minimistandard finns åtta krav som måste uppfyllas för alla typer av LEED-byggentreprenader, utöver detta finns möjlighet till valbara krav.⁹⁰ Varje område är dessutom indelat i underkategorier på ett liknande sätt som de andra certifieringssystemen. Betygen Certifierad, Silver, Guld och Platinum kan erhållas för en byggentreprenad.⁹¹ Vid betygsättningen poängbedöms byggentreprenaden i varje underkategori från 0-100 poäng, där det sammanlagt för hela byggentreprenaden krävs 40 poäng för betyget Certifierad och 80 poäng krävs för betyget Platinum.⁹² Betyget Certifierad får anses motsvara BBR.⁹³ Miljöcertifiering genom LEED genomförs av en tredje part, och kan användas genom hela byggnadens livscykel.⁹⁴ Det är dessutom ett krav för LEED-certifiering att vissa data återrapporteras i fem år efter att byggnaden tagits i bruk.⁹⁵ LEED-certifiering måste registreras hos U.S Green Building Council för att sedan certifieras av dessa.⁹⁶

2.3.6 Upphandlingsförfaranden i offentlig upphandling

De upphandlingsförfaranden som kan användas vid offentlig upphandling över tröskelvärdena är öppet förfarande, selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog, 4 kap. 1 § LOU. Det framgår av lagrummet att de förhandlande förfarandena och den konkurrenspräglade dialogen endast får användas i undantagsfall. Av 4 kap. 10 och 11 §§ framgår att den konkurrenspräglade dialogen endast får användas vid särskilt komplicerade kontrakt där t.ex. de prestanda- eller funktionskrav som följer av upphandlingen inte kan definieras av den upphandlande myndigheten. Detta förfarande kan därmed knappast användas då miljöcertifieringarna som undersökts särskilt pekar ut dessa krav. De förhandlande förfarandena blir knappast heller tillämpliga i vart fall i ett initialt skede då rekvisiten i 4 kap. 2 och 5 §§ inte kan anses vara tillämpliga.

De upphandlingsförfaranden som står till buds vid offentlig upphandling av miljöcertifierade byggentreprenader är således det öppna och selektiva förfarandet. Det blir då upp till den upphandlande myndigheten att välja ett lämpligt förfarande utifrån den upphandlingsstrategi som önskas. I det öppna förfarandet, vilket definieras i 2 kap. 22 § LOU, inbjuds alla aktörer på

⁹⁰ Kubba 2012 s. 69.

⁹¹ SGBC, *LEED – Världens mest spridda certifieringssystem*.

⁹² SGBC, *Certifiering i leed*, och Lilliehorn 2012 s. 51 f. En tabell som visar vilka indikatorer som betygssätts bifogas som bilaga 3.

⁹³ Lilliehorn 2012 s. 31.

⁹⁴ Ibid s. 50.

⁹⁵ SGBC, *Miljöbyggnad – Metodik Nyproducerade och befintliga byggnader*.

⁹⁶ Lilliehorn 2012 s. 52 f.

marknaden att inkomma med anbud, vilka sedan kvalificeras och utvärderas.⁹⁷ I det selektiva förfarandet, vilket definieras i 2 kap. 16 § LOU, inbjuds samtliga aktörer på marknaden att komma in med bevisning att de klarar kvalifikationskraven för upphandlingen. Sedan inbjuds de leverantörer som kvalificerats att inkomma med anbud.⁹⁸

Sammanfattning

Då miljöcertifieringar är en relativt ny företeelse kan det vara fördelaktigt att upphandlande myndigheter kan vara delaktiga i byggprojektet och verka för att risken för missförstånd ska minimeras. Detta gäller i synnerhet i de fall upphandlande myndigheter avser upphandla valbara indikatorer och belöna innovativa lösningar. Partnering kan i dessa fall vara en strategi att föredra förutsatt att upphandlande myndigheter har de resurser och den kompetens som krävs. I de fall upphandlande myndigheter inte har förutsättningar att ingå partneringprojekt kan de med fördel upphandla en generalentreprenör som genomför projektet på totalentreprenad, med vilken de kan genomföra en samverkan utifrån de förutsättningar som byggentreprenaden medger. Då en upphandlande myndighet avser att genomföra en miljöcertifierad byggentreprenad kan det vara klokt att använda sig av det selektiva förfarandet, då det innebär att endast de leverantörer som kvalificerat sig behöver utvärderas i den relativt omfattande utvärderingsprocess som följer.

I planeringsstadiet och vid val av upphandlingsstrategi, måste givetvis överväganden göras kring vilka miljökriterier som är mest relevanta för det enskilda projektet. Utifrån dessa kriterier måste upphandlande myndigheter välja vilken miljöcertifiering som är mest anpassad att uppfylla dessa kriterier. De olika certifieringssystemen är uppbyggda kring en liknande struktur där en byggentreprenad betygsätts utifrån på förhand utvalda kriterier. De olika betygsnivåerna förefaller också vara liknande mellan systemen bortsett från att de har olika namn. Grundbetyget för godkänd för de olika certifieringarna får samtliga anses motsvara BBR. Omfattningen av vilka indikatorer som betygsätts varierar mellan de olika systemen.⁹⁹ Ur ett övergripande perspektiv med utgångspunkt i certifieringarnas syfte kan certifieringarna anses vara likvärdiga, men på detaljnivå skiljer de sig. Likhetera blir allt mer varierande beroende på vilka indikatorer som avses certifieras, samt vilken betygsnivå som eftersträvas. Miljöbyggnad betygsätter väsentligt färre indikatorer än BREEAM och LEED. Därutöver tillkommer att vissa indikatorer är valbara för BREEAM och LEED. De indikatorer som ryms inom Miljöbyggnads certifiering tycks rymmas inom

⁹⁷ Rosén Andersson m.fl. 2015 s. 206 f.

⁹⁸ Ibid s. 190.

⁹⁹ En tabell som jämför de olika områden som betygsätts bifogas som bilaga 4.

BREEAM och LEED, medan samtliga indikatorer för BREEAM och LEED inte ryms inom Miljöbyggnad. BREEAM och LEED betygsätter inte exakt samma indikatorer med samma kriterier, detta till trots förefaller de två certifieringarna likvärdiga då de bygger på samma certifieringsområden och aspekter.

3 Definition av miljöcertifierade byggtreprenader

3.1 Introduktion

Upphandlande myndigheter som avser ställa krav på att en byggtreprenad ska miljöcertifieras bör noggrant undersöka vad de vill åstadkomma med certifieringen.¹⁰⁰ I uppsatsen utgår jag ifrån att upphandlande myndigheter genom att hänvisa direkt till en miljöcertifiering vill kunna ange de krav som kan komma att inverka på miljön. De skulle då kunna ställa krav på en viss miljöcertifiering, vilken i sin tur ställer krav på bland annat materialval, energiförbrukning och farligt avfall. På så vis skulle upphandlande myndigheter försäkra sig om att de indirekt genom en miljöcertifiering ställer sådana krav att de kan uppfylla sina miljömål och miljöpolicyer.

3.2 Rättsutveckling på området miljöanpassad offentlig upphandling

Då miljöcertifiering av byggtreprenader är ett så pass nytt område får rättsutvecklingen angående möjligheten att ställa miljökrav generellt i offentlig upphandling användas för att visa på den progressiva utveckling som pågår.

I syfte att uppnå en hållbar utveckling bör miljölagstiftningen integreras i alla politiska områden inom EU, däribland offentlig upphandling.¹⁰¹ Det är således EU:s politiska utveckling som ligger till grund för de gällande reglerna beträffande miljöhänsyn i offentlig upphandling. Det har inte alltid varit självklart att en upphandlande myndighet haft möjlighet att ställa krav rörande miljöhänsyn. År 1997 ställde NOU¹⁰² frågan till kommissionen om det var möjligt att ställa krav på miljöhänsyn i offentlig upphandling men fick till svar att det var helt uteslutet.¹⁰³ Därefter har kommissionen och EU-domstolen varit drivande när det kommer till möjligheten att ställa miljökrav i offentlig upphandling. År 2001 utfärdade emellertid kommissionen ett tolkningsmeddelande där de för första gången öppnade för möjligheten att integrera miljöhänsyn i offentlig upphandling.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Sennström och Stavenow 2013 s. 79.

¹⁰¹ Jämför FEUF artikel 6.

¹⁰² Nämnden för offentlig upphandling var vid tidpunkten den svenska tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling.

¹⁰³ Sennström och Stavenow 2013 s. 30.

¹⁰⁴ Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling. Europeiska kommissionen, KOM [2001] 274 slutlig.

Därefter har det skett en progressiv utveckling gällande möjligheten för upphandlande myndigheter att ställa krav beträffande miljöhänsyn. 2001 avgjorde EU-domstolen målet *Preussen Elektra*¹⁰⁵ i vilket domstolen konstaterade att det var möjligt för en upphandlande myndighet att ställa krav på att el skulle komma från förnybara källor, under förutsättning att kravet gick att kontrollera samt var förenligt med de upphandlingsrättsliga grundprinciperna.¹⁰⁶ 2002 avgjordes det principiellt viktiga målet *Concordia*¹⁰⁷ där domstolen konstaterade att upphandlingsdirektiven inte ska tolkas så att samtliga kriterier för den upphandlande myndigheten att ta hänsyn till måste vara av ekonomisk art, utan även faktorer som inte är av ekonomisk art kan ha ett värde för den upphandlande myndigheten. Vidare avgjorde EU-domstolen 2003 målet *EVN Wienstrom*¹⁰⁸ vilket också handlade om el från förnybara källor. Det i sammanhanget relevanta i målet var att EU-domstolen fastslog sin princip att det var möjligt för en upphandlande myndighet att ställa krav på miljöhänsyn vid offentlig upphandling under förutsättning att kraven var kontrollerbara och förenliga med de grundläggande principerna.

År 2004 antogs direktiv 2004/18/EG vilket är det tidigare gällande direktivet beträffande offentlig upphandling inom den klassiska sektorn. I direktivet har möjligheten att ställa miljökrav i offentlig upphandling kommit att kodifieras i ett antal artiklar och i skälen till direktivet anges att det i direktivet klargörs hur de upphandlande myndigheterna ska kunna främja en hållbar utveckling och skydda miljön, samtidigt som de kan garanteras att erhålla det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris.¹⁰⁹

Kommissionen publicerade 2005 *Att köpa grönt! Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling*. Handboken fungerar vägledande för upphandlande myndigheter så att de kan planera och genomföra offentliga upphandlingar på ett bra sätt.¹¹⁰ Under 2008 utfärdade kommissionen meddelandet *Offentlig upphandling för en bättre miljö*¹¹¹ i vilket kommissionen kom med förslag på åtgärder för att underlätta upphandlande myndigheters möjligheter att utnyttja grön offentlig upphandling i större utsträckning. Kommissionen slog i meddelandet bland annat fast att utökade möjligheter att ställa krav på

¹⁰⁵ C-379/98 *PreussenElektra AG mot Schleswag AG, i närvaro av: Windpark Reußenköge III GmbH och Land Schleswig-Holstein*, ECLI:EU:C:2001:160.

¹⁰⁶ Principerna framkommer av 1 kap. 9§ LOU.

¹⁰⁷ C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne*, ECLI:EU:C:2002:495.

¹⁰⁸ C-448/01 *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Stadtwerke Klagenfurt AG och Kärntner Elektrizitäts-AG*, ECLI:EU:C:2003:651.

¹⁰⁹ Beaktandesats 5 i skälen.

¹¹⁰ Den senast uppdaterade versionen av handboken gavs ut 2016.

¹¹¹ KOM [2008] 397 slutlig.

miljöhänsyn kan leda till att bostäder förses med bättre fönster och isolering, så att energiförbrukningen på så sätt kan komma att minska.¹¹² 2011 utgav kommissionen ett meddelande där de som en del av tolv prioriterade åtgärder ansåg att behov fanns för ett moderniserat och reviderat regelverk för offentlig upphandling, i syfte att göra kontraktstilldelningen mer flexibel för att kunna tillmötesgå bland annat miljöhänsyn. I meddelandet framhölls även vikten av att stimulera innovation och ny miljöteknik.¹¹³

Utvecklingen på området har lett fram till att ett nytt direktiv på det klassiska upphandlingsområdet har antagits, i vilket möjligheterna att ställa krav på miljöhänsyn kommit att utvidgas ytterligare. Det framgår bland annat av beaktandesats 37 i skälen till det nya upphandlingsdirektivet att direktivet syftar till att utöka möjligheterna för upphandlande myndigheter att ta miljöhänsyn i offentlig upphandling.

3.3 Definition inom miljöområdet i offentlig upphandling avseende miljöcertifieringar

Miljöcertifieringarna i uppsatsen betygsätter såväl aspekter som avser de miljöskyddsåtgärder som leverantören kommer att vidta vid fullgörandet av kontraktet t.ex. avfallshantering och transporter, som aspekter avseende prestanda- och funktionskrav för byggtreprenaden såsom exempelvis byggnadsmaterial.¹¹⁴ Av det följer således att en anbudsgivare måste uppfylla vissa prestanda- och funktionskrav, samt vidta vissa miljöskyddsåtgärder för att kunna erhålla miljöcertifiering för deras byggtreprenad. Huruvida en miljöcertifiering definieras som ett miljömärke eller märke kan vara av betydelse för den upphandlande myndigheten, då definitionen kan komma att påverka i vilken utsträckning myndigheten kan ställa krav på miljöcertifieringen.

3.3.1 Definition för miljömärke eller märke

Enligt 6 kap. 7 § LOU kan upphandlande myndigheter ange de kriterier som motsvarar kriterierna för ett miljömärke för uppfyllande av prestanda- eller funktionskrav i 6 kap. 3 § LOU, förutsatt att märket uppfyller kriterierna i lagrummets p. 1-3.¹¹⁵

Miljömärkning har till syfte att utifrån ett visst antal kriterier premiera de produkter som uppvisar bättre miljöegenskaper än jämförbara produkter. Kriterierna för miljömärket ska vara livscykelbaserade och kan innefatta krav

¹¹² KOM [2008] 397 slutlig s.4.

¹¹³ KOM [2011] 206 slutlig.

¹¹⁴ Se bilaga 1,2 och 3.

¹¹⁵ Mer om möjligheten att ställa krav på miljömärken eller märken nedan.

på företaget, tillverkningsprocesser och produkter.¹¹⁶ Miljömärkningsprocessen ska administreras av oberoende organ, utvecklas genom vetenskapliga rön och vara lämpliga för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som upphandlas. Byggentreprenader omfattas således inte av regelverket om miljömärkning.

Av det nya upphandlingsdirektivet har byggentreprenader kommit att innefattas av regleringen för märken.¹¹⁷ Lagstiftaren avser införa reglerna som omfattar definitionen av märken för byggentreprenader i kommande LOU.¹¹⁸ EU:s officiella miljömärke är EU-blomman som miljömärker olika produkter och tjänster, vilket den upphandlande myndigheten kan ställa krav på i en offentlig upphandling.¹¹⁹ Inget av de tre miljöcertifieringssystemen innehar EU-blomman som märkning. För att miljöcertifieringarna ska kunna definieras som ett märke i den mening som framgår av det nya upphandlingsdirektivet krävs att samtliga rekvisit i artikel 43.1 (a-e) är uppfyllda.

Kriterierna för vad som krävs för att något ska definieras som ett miljömärke är sparsamt prövat i praxis. I målet *Max Havelaar*¹²⁰ upphandlades kaffe och te, där den upphandlande myndigheten ställde krav på märkena EKO och Max Havelaar, varpå EKO ansågs utgöra ett miljömärke medan Max Havelaar inte kom att prövas som ett miljömärke.¹²¹ Märket EKO var ett privat märke som syftade till att ställa upp kriterier för produktionsmetoden, i detta fall ekologiskt jordbruk, kriterierna byggde på harmoniserad lagstiftning.¹²² Märket Max Havelaar var ett privat märke som syftade till att främja rättvis handel. EKO prövades enligt regelverket rörande miljömärken, domstolen fann också att EKO utgjorde ett miljömärke i direktivets mening då det avsåg produktionsmetoden.¹²³ I målet prövades inte märket Max Havelaar utifrån

¹¹⁶ Rosén Andersson m.fl. 2015 s. 352.

¹¹⁷ Artikel 43.1 talar om märkning av byggentreprenader med särskilda miljömässiga, sociala eller andra egenskaper. Begreppet märkning har således ersatt begreppet miljömärkning.

¹¹⁸ Prop. 2015/16:195 s. 58 f. och s. 592 f.

¹¹⁹ Enligt förordning 66/2010 av den 25 november 2009 om ett EU-miljömärke, ska EU-blomman ansvara för miljömärkningen inom EU. J.fr. Sennström och Stavenow 2013 s. 102 om krav på EU-blomman. I dagsläget pågår en process för att ta fram GPP-kriterier som ska gälla för certifiering av kontorsbyggnader, Kommissionen, *Office Buildings*, 2016. Men någon officiell standard för miljöcertifiering av byggentreprenader inom EU finns inte ännu.

¹²⁰ C-368/10 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna*.

ECLI:EU:C:2012:284, "Max Havelaar"

¹²¹ Målet prövades mot direktivsreglerna i direktiv 2004/18/EG och vad som avsågs med miljömärken då målet avgjordes. Trots att målet inte explicit behandlar hur ett miljömärke definieras är det av intresse att belysa hur domstolen behandlar de olika märkena.

¹²² C-368/10 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna*.

ECLI:EU:C:2012:284, p. 34.

¹²³ C-368/10 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna*. ECLI:EU:C:2012:284, p. 61. Domstolen refererade till skäl 29 i direktiv 2004/18/EG där bland annat produktionsmetod står uppräknat.

reglerna om miljömärken, det förefaller därför som att det i målet var ostridigt att Max Havelaar inte var ett miljömärke i direktivets mening. Domstolen uttalade emellertid att krav på rättvis handel utgjorde sociala hänsyn.¹²⁴ I målet bedömer inte domstolen vilka kriterier ett märke avser att granska. Men det framgår att ett märke som ställer kriterier på produktionsmetod och bygger på harmoniserad lagstiftning är att anse som ett miljömärke. Det är således svårt att dra några långtgående slutsatser angående definitionen av miljömärken eller märken ur praxis.

3.3.2 Miljöcertifieringar som miljömärken eller märken

Det är möjligt att godta miljömärken som bevisning för att efterfrågade kriterier som innefattas i ett miljökrav är uppfyllda med dagens lagstiftning. Lagtexten omfattar emellertid enbart varor och tjänster, däremot är byggentreprenader inte uppräknade i lagrummet. Därmed kan miljöcertifieringarna inte definieras som miljömärken enligt dagens lagstiftning.

Enligt regelverket avseende märken i det nya upphandlingsdirektivet kan upphandlande myndigheter ställa krav på ett visst märke i en offentlig upphandling. Det skulle alltså innebära att upphandlande myndigheter direkt kan ställa krav att en miljöcertifiering ska uppfyllas, under förutsättning att miljöcertifieringen kan definieras som ett märke. Det skulle öka tydligheten och underlätta upphandlingen väsentligt om så var fallet. Det förefaller emellertid problematiskt för en upphandlande myndighet att avgöra huruvida miljöcertifieringarna uppfyller den upphandlingsrättsliga definitionen av ett märke i det nya upphandlingsdirektivets mening. För att kunna utröna detta måste den upphandlande myndigheten utföra en relativt omfattande undersökning av den certifiering som myndigheten önskar använda sig av i upphandlingen, i förhållande till artikel 43.1 (a-e) i direktivet.

Artikel 43.1 (a och d) förefaller uppfylla av samtliga tre certifieringssystem, då det finns en tydlig koppling mellan byggentreprenaden och miljöcertifieringen, samt att certifieringarna finns tillgängliga för alla. Likt EKO-märket i *Max Havelaar-målet* avser miljöcertifieringarna produkten och produktionsmetoderna, det vill säga själva byggentreprenaden. Vad beträffar artikel 43.1 (b) så krävs att märkeskraven är objektivt kontrollerbara och icke-diskriminerande. I viss utsträckning poängsätts innovativa lösningar, och det går eventuellt att ifrågasätta huruvida en sådan poängsättning är objektivt kontrollerbar, framför allt innan entreprenaden har

¹²⁴ C-368/10 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna*. ECLI:EU:C:2012:284, p. 76.

startat.¹²⁵ Det ska dock tilläggas i sammanhanget att denna poängsättning framstår som bonuspoäng utöver grundkraven som utgör lägsta möjliga standard som krävs för en certifiering.

Enligt artikel 43.1 (c) ska märkena ha antagits genom ett förfarande som är öppet och transparent i vilket samtliga berörda parter inklusive statliga organ, konsumenter, arbetsmarknadens parter, tillverkare, distributörer och icke-statliga organ kan delta. En fråga som uppkommer är huruvida lagrummet ska tolkas så att de uppräknade parterna alltid ska anses berörda eller inte. Vid uppförandet av en kommersiell byggnad kan det exempelvis vara svårt att se att konsumenter skulle vara berörd part. En tolkning av bestämmelsen kan leda till två möjliga slutsatser. Den första är att de uppräknade parterna alltid är berörda genom användningen av ordet inklusive. Den andra möjliga tolkningen är att först ska de berörda parterna identifieras, och efter det ska de uppräknade parterna inkluderas. Av förklaringen i beaktandesats 75 i skälen till det nya upphandlingsdirektivet framgår att samtliga berörda parter t.ex. statliga organ, konsumenter, tillverkare, distributörer och miljöorganisationer ska kunna delta i förfarandet. Det innebär rimligtvis att bestämmelsen ska tolkas så att de uppräknade parterna ska inkluderas då de är berörda i det enskilda fallet. Det kan emellertid ändå vara svårt att avgöra vilka de berörda parterna är när det kommer till miljöcertifieringar, men det är tydligt att ett öppet förfarande där berörda parter kan medverka och påverka utformningen av märket är av vikt.

Vad beträffar Miljöbyggnad pågår en konstant utveckling genom samverkan av bransch, akademi och myndigheter för att utveckla certifieringen genom arbete i referensgrupper och liknande.¹²⁶ SGBC har tillsatt en kommitté för utveckling av BREEAM i Sverige.¹²⁷ Motsvarande kommitté finns även för LEED i Sverige, under SGBC.¹²⁸

Vidare kvarstår att märket ska fastställas av en tredje part över vilken den ekonomiska aktör som ansöker om märket inte kan ha avgörande inflytande enligt artikel 43.1(e). I normalfallet ansöker en aktör om ett märke för att sedan kunna producera sina märkta produkter och under förutsättning att kriterierna för märket följs blir samtliga produkter märkta. När det kommer till miljöcertifiering av byggtreprenader ansöker aktören om märket först

¹²⁵ Det gäller för BREEAM och LEED.

¹²⁶ Samtliga av de i direktivet uppräknade aktörerna förefaller inte vara inbjudna att delta i utvecklingsarbetet, men av de parter som kan anses berörda verkar samtliga representerade i inbjudningsförfarandet, SGBC, *Utvecklig*.

¹²⁷ Kommittén består av representanter från en del av de berörda organen, men knappast av samtliga, SGBC, *BREEAM Kommittén*.

¹²⁸ Inte heller kommittén för LEED förefaller ha samtliga berörda organ representerade.

när byggtreprenaden närmar sig sitt slutförande, och samtidigt måste varje enskild byggtreprenad miljöcertifieras separat.

Av beaktandesats 75 i det nya upphandlingsdirektivet framgår att ” Det bör likaså klargöras att specifika organ eller organisationer på nationell eller statlig nivå kan delta i fastställandet av märkeskrav som kan användas i samband med myndigheters upphandling utan att dessa organ eller organisationer förlorar sin status som tredje part”. Jag uppfattar emellertid denna skrivning som att organisationerna behåller sin status som tredje part förutsatt att de inte kan utöva ett avgörande inflytande över märkeskraven (miljöcertifieringskraven).

För miljöcertifieringarna blir frågan om avgörande inflytande relevant då det kan förekomma personer på marknaden som dels är anställda av ekonomiska aktörer, dels innehar en befattning som styrelsemedlem i de organisationer som utfärdar miljöcertifieringar eller som organisationens granskare vilken direkt avgör om en miljöcertifiering ska upprättas. En situation kan således uppkomma då en person ska granska sin egen arbetsgivare beträffande en viss miljöcertifiering, eller fatta styrelsebeslut inom den miljöcertifierande organisationen som kan påverka personens arbetsgivare. Ekonomiska aktörer skulle på så vis indirekt kunna ha ett avgörande inflytande över miljöcertifieringen. Vad som utgör ett avgörande inflytande får avgöras med hänseende till om personen kan påverka certifieringsprocessen på ett avgörande vis. Förhållandet avseende huruvida en person med dubbla uppdrag kan innebära att en ekonomisk aktör har avgörande inflytande över en organisation som utfärdar ett märke är inte prövad i praxis. Begreppsbeskrivningen om avgörande eller betydande inflytande har prövats i andra sammanhang bland annat i *Teckal-målet* och där tillhörande praxis beträffande upphandlande myndigheters inflytande över offentliga- eller privata företag.¹²⁹ Kammarrätten uttalade i ett mål i sina domskäl att en person kan ha bestämmande inflytande över ett aktiebolag bland annat om personen är styrelseledamot.¹³⁰ Det ska emellertid påpekas att de organisationer som ombesörjer miljöcertifieringarna inte är aktiebolag. Det förefaller emellertid vanskligt att dra allt för långtgående analogier ur beskrivna praxis eftersom situationen skiljer sig från den som rör miljöcertifieringar. Det kommer slutligen krävas ett avgörande från EU-domstolen för att fastställa när ett avgörande inflytande är för handen.

¹²⁹ C-107/98 *Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*. ECLI:EU:C:1999:562.

¹³⁰ RÅ 2010 ref. 79.

Sammanfattning

Miljöcertifiering av byggtreprenader skiljer sig från produktion som ska erhålla ett märke i normalfallet då certifieringen genomförs först i samband med att produktionen i det närmaste är avslutad. Några av de direktivsbestämmelser som reglerar märkning av miljöcertifierade byggtreprenader förefaller svårförenliga med de undersökta miljöcertifieringarna.

Vad beträffar objektivitetskravet bör detta i de flesta fall vara uppfyllt, och när det kommer till innovativa lösningar bör det vara uppfyllt förutsatt att poängsättningen av dessa bygger på förutsägbara kriterier.

Jag anser att vad beträffar att certifieringen ska ha antagits genom ett förfarande som är öppet och transparent i vilket samtliga berörda parter inklusive statliga organ, konsumenter, arbetsmarknadens parter, tillverkare, distributörer och icke-statliga organ kan delta, att bestämmelsen bör tolkas så att den avser berörda parter i det enskilda fallet. Samtliga uppräknade parter ska således inte anses vara berörda i alla typer av märkningar. För Miljöbyggnads del anser jag att deras förfarande där berörda marknadsparter bjuds in för att utveckla certifieringen bör anses uppfylla direktivkravet. BREEAM och LEED har emellertid ingen sådan utvecklingsprocess där samtliga berörda marknadsparter bjuds in för att utveckla certifieringen.

Enligt ordalydelsen i direktivet får inte den ekonomiska aktör som ansöker om märket ha avgörande inflytande om märket. När det kommer till att ansöka om miljöcertifiering av byggtreprenader är beställaren och entreprenören redan i ett avtalsförhållande med varandra, dessutom i de flesta fall sedan en lång tid tillbaka då ansökan om miljöcertifiering sker i avslutningsskedet av entreprenaden. Förvisso står det den upphandlande myndigheten fritt att redan i förfrågningsunderlaget reglera vilken part som ska ansöka om märket, men det kommer likaväl ligga i båda parternas intresse att miljöcertifieringen går igenom utifrån ställda kriterier och betygskrav. Jag anser att möjligheten för den upphandlande myndigheten att själva ansöka om märket, samtidigt som leverantören har ett avgörande inflytande över märket skulle kunna uppfattas som ett kringgående av regelverket. I de fall en ekonomisk aktör har en granskare anställd, eller en anställd på en styrelsepost inom den efterfrågade certifieringen kan det inte vara förenligt med direktivet att definiera certifieringen som ett märke enligt min mening.

Vad beträffar Miljöbyggnad så förekommer marknadsaktörer på den svenska marknaden som även är granskare för certifieringen, dessutom förekommer

marknadsaktörer som styrelsemedlemmar i SGBC.¹³¹ När det kommer till BREEAM och LEED så har inte SGBC någon granskare eller styrelsemedlem för dessa system, utan de faller under de brittiska respektive amerikanska organisationerna. Det är därmed en liten risk att personer med avgörande inflytande skulle förekomma hos ekonomiska aktörer på den svenska marknaden, i synnerhet vad gäller LEED även om det inte är otänkbart. Om en upphandlande myndighet ställer krav direkt på Miljöbyggnad, i egenskap av ett märke, skulle det finnas en risk att ekonomiska aktörer som agerar på den svenska marknaden har ett sådant avgörande inflytande över miljöcertifieringen som avses. Dessa aktörer måste ses som potentiella anbudsgivare, vilkas anbud kan komma att påverka definitionen av certifieringen som ett märke. Det är således inte möjligt för upphandlande myndigheter att i förväg veta huruvida ekonomiska aktörer med avgörande inflytande över Miljöbyggnads certifiering kommer att tilldelas kontraktet. För BREEAM och LEED är det minimal risk att det skulle förekomma någon sådan problematik. Avslutningsvis är det min uppfattning att det inte är möjligt för svenska upphandlande myndigheter att i dagsläget definiera endera av de tre undersökta miljöcertifieringarna som märke i det nya upphandlingsdirektivets mening.

¹³¹ SGBC, *Styrelse och stadgar*.

4 Krav på miljöcertifieringar genom krav på miljöhänsyn i kvalificeringsfasen

4.1 Introduktion

Krav på miljöhänsyn kan ställas genom flera olika typer av kriterier i den offentliga upphandlingen. Redan i 1 kap. 9a § LOU anges att upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn i offentlig upphandling. Bestämmelsen är ett målsättningsstadgande och innehåller ingen skyldighet för upphandlande myndigheter att ställa miljökrav. Regeln kan därför på intet sätt åberopas för att med framgång klandra en upphandlande myndighet för att inte ha ställt miljökrav i en offentlig upphandling.¹³² I beaktandesats 37 till det nya upphandlingsdirektivet anges bland annat att det är av särskild vikt att upphandlande myndigheter vidtar relevanta åtgärder för att säkerställa efterlevnaden av de miljörättsliga skyldigheter som är tillämpliga på den ort där byggentreprenaden utförs och som följer av lagar, författningar och beslut på både nationell nivå och unionsnivå, förutsatt att dessa bestämmelser och deras tillämpning överensstämmer med unionsrätten. Det är således viktigt att upphandlande myndigheter faktiskt utnyttjar de möjligheter att ställa krav på miljörättsliga hänsyn som lagstiftningen medger för att uppnå gemensamma miljömål. Det ska dock betonas att kraven som upphandlande myndigheter ställer på miljöhänsyn måste vara förenliga med de allmänna upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU och som de uttolkats i praxis.¹³³

4.2 Krav på tekniska specifikationer

De krav som måste uppfyllas för att byggentreprenaden ska kunna erhålla ett visst betyg för en viss indikator är i vissa fall av teknisk karaktär med avseende på byggentreprenaden. Den upphandlande myndigheten får i enlighet med 6 kap. 2 och 3 §§ LOU ställa krav på tekniska specifikationer med hänvisning till prestanda- eller funktionskrav, eller med hänvisning till en standard. Den upphandlande myndigheten kan även välja att hänvisa till såväl en standard som till prestanda- eller funktionskrav. I kraven beträffande tekniska specifikationer får miljöegenskaper ingå. Enligt beaktandesats 29 i skälen till upphandlingsdirektivet får en upphandlande myndighet använda sig av miljökrav i de tekniska specifikationerna, föreskriva särskilda miljöegenskaper exempelvis en viss produktionsmetod och särskilda miljöeffekter för grupper av varor och tjänster.

¹³² Prop. 2015/16:195 s. 428.

¹³³ Ibid s. 434.

EU-domstolen har i målet *EVN Wienstrom* slagit fast att det ställda kravet måste ha ett samband med kontraktsföremålet, inte ge myndigheten obegränsad valfrihet samt vara förenligt med de grundläggande principerna.¹³⁴ EU-domstolen uttalade i målet *Max Havelaar*, vad beträffar sambandet till kontraktsföremålet att de underliggande kriterierna för vad som avsetts med ett visst krav (i det aktuella fallet de underliggande kriterierna för ett visst märke) ska beaktas.¹³⁵ Domstolen slog fast att kravet inte måste avse produktens egenskaper som sådana, det vill säga faktiskt utgöra en del av produkten.¹³⁶

HFD har slagit fast att det är tillåtet att i förfrågningsunderlaget ställa krav på att en produkt inte innehåller ett visst miljöfarligt ämne, trots att produkten i fråga är CE-märkt.¹³⁷ Domstolen anförde att den upphandlande myndigheten har stor frihet att ställa upp krav i förfrågningsunderlaget, så länge kraven har ett samband med kontraktsföremålet och är förenliga med unionsrätten i övrigt. Att ställa krav innebärande förbud mot ett miljöfarligt ämne har en objektiv utformning, diskriminerar ingen och framstår inte heller godtyckligt eller uppenbart osakligt. Det har i doktrin argumenterats för att rättsläget nu ska uppfattas som att det inte krävs någon särskilt stark koppling till kontraktsföremålet, men en viss koppling krävs, nämligen på ett sådant sätt som föreskrivs.¹³⁸

Vid hänvisning till en teknisk standard måste likvärdig bevisning på att ett krav uppfylls accepteras av den upphandlande myndigheten. Kravet på att likvärdig bevisning måste accepteras bygger på icke-diskrimineringsprincipen, vilket innebär att varor, material, produkter och processer som utformats med en annan standard än den utannonserade måste godtas om den är likvärdig.¹³⁹ Även andra likvärdiga lösningar måste godtas i enlighet med 6 kap. 5 § LOU, det kan t.ex. handla om en teknisk rapport. Anbudsgivaren har bevisbördan för att den ingivna handlingen är likvärdig med den standard som den upphandlande myndigheten angivit, men beviskravet bör ställas tämligen lågt.¹⁴⁰ En upphandlande myndighet får inte förkasta ett anbud enbart på den grunden att varorna och tjänsterna inte överensstämmer med standarden som den hänvisat till, om anbudsgivaren i

¹³⁴ C-448/01 *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Stadtwerke Klagenfurt AG och Kärntner Elektrizitäts-AG*, ECLI:EU:C:2003:651, p. 34.

¹³⁵ C-368/10 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna*. ECLI:EU:C:2012:284, p. 89.

¹³⁶ C-368/10 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna*. ECLI:EU:C:2012:284, p. 91.

¹³⁷ RÅ 2010 ref. 78.

¹³⁸ Nord 2015, Karnovs lagkommentar till 6 kap. 2 § LOU.

¹³⁹ Rosén Andersson m.fl. 2015 s. 341.

¹⁴⁰ *Ibid* s. 342.

sitt anbud kan visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna.¹⁴¹ Leverantören behöver då bevisa att den lösning de hänvisar till motsvarar vad som krävs för att uppnå det efterfrågade betyget för en viss indikator på detaljnivå.¹⁴²

4.3 Krav på miljömärken eller märken

Upphandlande myndigheter får ställa krav som motsvarar detaljerade specifikationer vilka motsvarar ett miljömärke, men de kan inte kräva ett miljömärke som sådant. Det går alltså inte att hänvisa direkt till ett miljömärke med dagens lagstiftning. Miljömärken godtas emellertid som bevisning för att kriterierna kan uppfyllas.¹⁴³ Övrig bevisning som kan motsvara att kraven för ett miljömärke är uppfyllda kan vara t.ex. testrapporter.¹⁴⁴ Det är leverantören som har bevisbördan för att den offererade varan eller tjänsten motsvarar den efterfrågade miljömärkningen.¹⁴⁵

De grundläggande principerna, främst likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering hindrar upphandlande myndigheter att ställa krav på nationella miljömärken. Upphandlande myndigheter kan emellertid ställa upp krav som motsvarar de som finns i ett nationellt miljömärke, förutsatt att kraven är relevanta och proportionerliga samt under förutsättning att varken inhemska eller lokala leverantörer får fördelar gentemot andra leverantörer.¹⁴⁶ Det beror på att upphandlande myndigheter varken direkt eller indirekt får favorisera inhemska eller lokala leverantörer genom att ställa upp krav som endast dessa leverantörer kan uppfylla och som inte är nödvändiga för upphandlingen.¹⁴⁷ För att krav på miljömärken över huvud taget ska kunna ställas krävs att transparensprincipen är uppfylld, det vill säga att både upphandlande myndigheter och leverantörer enkelt ska kunna ta del av de miljökrav som ett miljömärke ställer upp.

I det nya upphandlingsdirektivet anges att upphandlande myndigheter får ställa krav på ett visst märke¹⁴⁸ som bevisning för att byggtreprenaden

¹⁴¹ Kammarrätten i Sundsvall mål nr. 2263-12.

¹⁴² J.fr. resonemangen i Kammarrätten i Sundsvall mål nr. 2263-12 och Kammarrätten i Sundsvall mål nr. 2545-13.

¹⁴³ Ulfsdotter Forsell, Lag om offentlig upphandling, 6 kap. 7 §, Lexino 2013-06-01. J.fr. C-368/10 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna*. ECLI:EU:C:2012:284.

¹⁴⁴ Artikel 23.6 2 st. Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. J.fr. Prop. 2001/02:142 s. 41.

¹⁴⁵ Kammarrätten i Göteborg mål nr. 661-13.

¹⁴⁶ Rosén Andersson m.fl. 2015 s. 353.

¹⁴⁷ Ibid s. 353.

¹⁴⁸ I direktivet används uttrycket märke till skillnad från uttrycket miljömärke i det tidigare direktivet, vilket tycks vidga tillämpningsområdet.

motsvarar de egenskaper som avses, förutsatt att kriterierna har koppling till kontrakt föremålet samt att märket uppfyller den upphandlingsrättsliga definitionen av ett märke, dessa kriterier framgår av artikelns 1(a-e) p.¹⁴⁹ Även likvärdiga märken, samt annan lämplig utredning, ska godtas som bevisning i de fall en anbudsgivare bevisligen inte haft tillgång till märket inom tidsfristerna för upphandlingen.¹⁵⁰ Vidare framgår att upphandlande myndigheter får använda sig av krav på märke som bevisning i såväl de tekniska specifikationerna, som i tilldelningskriterierna och i villkoren för fullgörandet av kontraktet. Det framgår av förarbetena att regeringen avsett införa direktivsreglerna om märken i nya LOU, vilket också skett.¹⁵¹

4.4 Bevisning avseende teknisk kapacitet

Enligt 11 kap. 11 § LOU får upphandlande myndigheter ange på vilket sätt en leverantör ska styrka sin tekniska kapacitet, för att kunna bedöma huruvida leverantörer har den tekniska kapacitet som erfordras för kontraktet. Uppräkningen över bevis som kan krävas avseende ett visst antal tekniska förhållanden är uttömmande. Varje bevis som avses krävas ska framgå av annonsen eller förfrågningsunderlaget.

Det är i sammanhanget relevant för upphandlande myndigheter att begära in bevisning som innebär att de kan säkerställa att anbudsgivare kan utföra byggentreprenaden så att kraven för den efterfrågade miljöcertifieringen uppfylls. Då miljöcertifieringarna som undersöks i uppsatsen är av relativt komplex natur kan bevisning beträffande flera olika krav vara av relevans. Det är viktigt att påpeka att de krav som ställs avseende en leverantörs tekniska kapacitet åsyftar att fastställa huruvida leverantören faktiskt har kapacitet att utföra byggentreprenaden utifrån de tänkta miljömässiga kraven, inte hur väl leverantören kan tänkas genomföra byggentreprenaden.¹⁵² Därmed är det av vikt att den upphandlande myndigheten ställer krav som är proportionerliga i förhållande till vad som avses.¹⁵³

4.5 Bevisning avseende utförda byggentreprenader

För att en leverantör ska kunna visa att den klarar av att producera en byggentreprenad som motsvarar kraven för en miljöcertifiering, kan den upphandlande myndigheten kräva att leverantören lämnar bevisning

¹⁴⁹ Artikel 43 Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁵⁰ Artikel 43.1 3 och 4 st Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁵¹ Prop. 2015/16:195 s. 592 f. Bestämmelsen har nu införts i 9 kap 12-15 §§ i nya LOU (2016:1145).

¹⁵² Rosén Andersson m.fl. 2015 s. 514 och 535.

¹⁵³ Ibid s. 514.

beträffande de viktigaste tidigare utförda byggtreprenaderna enligt 11 kap. 11 § 2 st. p.1 LOU. Det faktum att en leverantör har tidigare erfarenhet av likvärdigt arbete har av EU-domstolen ansetts utgöra en form av teknisk kapacitet.¹⁵⁴ Kammarrätten i Göteborg har konstaterat att referenser i kvalificeringsfasen även kan avse leverantörens yrkeskunskande vid upphandling av byggtreprenader i enlighet med 11 kap. 13 § LOU.¹⁵⁵ Det är däremot inte alltid proportionerligt att begära referenser angående tidigare utförda byggtreprenader, utan den upphandlande myndigheten måste bedöma hur leverantörer bäst visar den specialkompetens som krävs. I vissa fall kan det då vara lämpligare att en leverantör visar att den har den specialkompetens som efterfrågas i form av att leverantören har kompetent personal i enlighet med lagrummets p. 3.¹⁵⁶

4.6 Referenser som bevisning om en leverantörs tekniska personal

Då SGBC utbildar personer att genomföra miljöcertifieringar kan det vara av värde att ställa krav på att en leverantör har personal som kan säkerställa att leverantören kan genomföra en byggtreprenad som motsvarar vad som krävs för en miljöcertifiering. Av 11 kap. 11 § 2 st. p. 3 LOU framgår att upphandlande myndigheter kan kräva in bevisning om en leverantörs tekniska personal eller de tekniska organ som ansvarar för kvalitetskontrollen, vare sig de tillhör företaget eller inte. När det kommer till byggtreprenader måste entreprenören förfoga över personalen. En leverantör har dock rätt att åberopa en annan leverantörs tekniska kapacitet 11 kap. 12 § LOU. I mål *Costruzioni*¹⁵⁷ konstaterade EU-domstolen att rätten att åberopa annans kapacitet inte är absolut. Kammarrätten i Stockholm konstaterade att eftersom rätten att åberopa annans kapacitet inte är absolut, måste en inskränkning av denna rätt prövas mot proportionalitetsprincipen.¹⁵⁸ Inskränkningen att en leverantör inte ska ha rätt att åberopa annans kapacitet ska således vara en lämplig och effektiv åtgärd i det enskilda fallet. Bestämmelsen möjliggör således för upphandlande myndigheter att begära in bevisning om nyckelpersoner hos en leverantör med en viss specialkompetens. Genom att begära in uppgifter om nyckelpersoner hos en leverantör kan upphandlande myndigheter säkerställa att leverantören alljämt förfogar över den efterfrågade kompetensen, vilket inte går att kontrollera genom att begära in bevisning rörande tidigare genomförda byggtreprenader.¹⁵⁹ Det framgår alltså av lagtexten att referenser är tillåtna att använda i kvalificeringsfasen.

¹⁵⁴ Mål 31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna*, ECLI:EU:C:1988:422.

¹⁵⁵ Kammarrätten i Göteborg mål nr. 6749-11.

¹⁵⁶ Rosén Andersson m.fl. s. 514.

¹⁵⁷ C-94/12 *Swm Costruzioni 2 SpA och Mannocchi Lugiano DI mot Provincia di Fermo*. ECLI:EU:C:2013:646.

¹⁵⁸ Kammarrätten i Stockholm mål nr. 5795-10.

¹⁵⁹ Rosén Andersson m.fl 2015 s. 516.

Referenser används frekvent i offentlig upphandling, såväl som bevisning beträffande teknisk kapacitet som vid utvärdering. I målet *Lianakis* fastställde EU-domstolen att ”De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan följaktligen inte anses utgöra kriterier för tilldelning”.¹⁶⁰ Detta har i Sverige lett fram till slutsatsen att referenser kan användas i utvärderingen förutsatt att de frågor som ställs inte tar sikte på anbudsgivarens kapacitet eller erfarenhet, utan är ägnade att fastställa kvaliteten i tjänstens utförande.¹⁶¹

Möjligheten att använda referenser som tilldelningskriterier blir därmed beroende av vilka frågor som ställs, och huruvida dessa är framåt- eller bakåtsyftande.¹⁶² I målet *Ambisig*¹⁶³ konstaterade EU-domstolen att referenser kan användas för att fastställa att den eftersökta kvaliteten på det som upphandlas kommer att uppnås genom användandet av tilldelningskriterier, avseende teknisk personal då det handlar om intellektuella tjänster.¹⁶⁴ Kammarrätten i Sundsvall kom fram till att en upphandling skulle göras om eftersom kriterier som uppställts som kvalifikationskriterier, då de avsåg anbudsgivares förmåga att utföra arbetet, hade använts för utvärdera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det blir i praktiken viktigt att skilja på vad som är historiska fakta och sådant som är knutet till utförandet av byggentreprenaden.¹⁶⁵

I det nya upphandlingsdirektivet återfinns regleringar beträffande referenser i artiklarna 58 och 67. I artikel 58.4 anges explicit att referenser som visar att anbudsgivaren har tillräcklig erfarenhet får användas. I artikel 58.6 kompletteras detta med att en bedömning av den yrkesmässiga kapaciteten att tillhandahålla tjänsterna får göras på grundval av yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Kriterierna för bedömning av kvalitet framgår av artikel 67. Dessa kriterier kan som framgår av artikel 67.2 (b) omfatta ”organisation av samt kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som

¹⁶⁰ C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon och Nikolaos Vlachopoulos mot Dimos Alexandroupolis, Planitiki AE, Aikaterini Georgoula, Dimitrios Vasios, N. Loukatos kai Synergates AE Meleton, Eratosthenis Meletitiki AE, A. Pantazis – Pan. Kyriopoulou kai syn/tes os Filon OE) och Nikolaos Sideris*. ECLI:EU:C:2008:40.

¹⁶¹ Bergström 2015.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ C-601/13 *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA mot Nersant – Associação Empresarial da Região de Santarém, Núcleo Inicial – Formação e Consultoria Lda*. ECLI:EU:C:2015:204.

¹⁶⁴ C-601/13 *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA mot Nersant – Associação Empresarial da Região de Santarém, Núcleo Inicial – Formação e Consultoria Lda*. ECLI:EU:C:2015:204.

¹⁶⁵ Kammarrätten i Sundsvall mål 2197-15.

uteses att verkställa kontraktet, om kvaliteten på den personal som utsetts på ett betydande sätt kan påverka nivån på kontraktets fullgörande”. Av artikel 58.1 framgår att upphandlande myndigheter endast får använda urvalskriterier som krav för deltagande. Dessa får alltså inte användas som tilldelningskriterium. Upphandlande myndigheter väljer i vilken upphandlingsfas de vill ha med utbildnings- och yrkeskvalifikationer, men det får bara vara på ett ställe.¹⁶⁶

Det ska i sammanhanget framhållas att det inte krävs att leverantören har utbildad personal inom en miljöcertifiering för att kunna utföra en miljöcertifierad byggentreprenad, därmed kan det ifrågasättas huruvida det är proportionerligt att ställa krav på utbildad personal i det här skedet av processen. I målet *Contse*¹⁶⁷ konstaterade EU-domstolen att prövningen av om ett krav är proportionerligt baseras på tre delar: A) Kravet måste utgöra en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, B) Kravet måste vara nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet och C) Den negativa effekten av kravet får inte vara oproportionerlig eller överdriven i förhållande till syftet. När det kommer till krav på referenser beträffande personal som har erfarenhet av miljöcertifieringar, är således frågan om kravet är nödvändigt.

Sammanfattning

Upphandlande myndigheter som ämnar använda sig av referenser som bevisning måste fundera på vad de vill uppnå med detta. Om en leverantör inte behöver ha en nyckelperson som genomfört miljöcertifieringar tidigare för att klara av att genomföra byggentreprenaden, kan det vara orimligt att ett i övrigt bra anbud förkastas på den grunden. På samma sätt måste en upphandlande myndighet fråga sig om en anbudsgivare inte ska erhålla några poäng i utvärderingsfasen om den inte innehar en nyckelperson som är utbildad i den givna miljöcertifieringen. Dessutom kan en situation uppstå där en anbudsgivare har tillgång till en nyckelperson som referens för uppdraget i fråga, men där personen slutar på företaget innan byggentreprenaden slutförts. Krav på referenser avseende tidigare utförda miljöcertifierade byggentreprenader kan vara en lämplig åtgärd, förutsatt att kraven inte blir så stränga att proportionalitetsprincipen inte upprätthålls.

¹⁶⁶ Bergström, 2015.

¹⁶⁷ C-234/03 *Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), tidigare Instituto Nacional de la Salud (Insalud)*. ECLI:EU:C:2005:644.

4.7 Bevisning avseende miljöskyddsåtgärder

Enligt 11 kap. 11 § 2 st. p. 7 kan upphandlande myndigheter kräva in bevisning avseende de miljöskyddsåtgärder en leverantör kommer att tillämpa när den fullgör kontraktet. Miljöledningssystem organiserar ett företags miljöarbete. Det avser således de åtgärder en leverantör vidtar vid fullgörandet, och därmed inte hela byggtreprenaden. Som framgår av 11 kap. 15 § LOU får upphandlande myndigheter kräva ett certifikat som visar att leverantören innehar ett visst miljöledningssystem.

I offentlig upphandling bidrar miljöledningssystem till att säkerställa att leverantörens miljöskyddsåtgärder efterlevs under ett projekt. Systemet syftar till att kontinuerligt utveckla ett företags miljöarbete genom ett förebyggande och strukturerat arbetssätt.¹⁶⁸ Ett företag kan gå med i EMAS, vilket är unionens frivilliga miljölednings- och miljöredovisningsordning, för att få tillgång till ett miljöledningssystem. Ett miljöledningssystem kan även vara certifierat av ett organ som uppfyller unionslagstiftningen eller internationella standarder för certifiering 11 kap. 15 § LOU. Det är således nödvändigt att miljöledningssystemen är utfärdade av organ som uppfyller unionslagstiftningen eller internationella standarder för certifiering.¹⁶⁹ Ett exempel på ett sådant miljöledningssystem är ISO 14001.¹⁷⁰ Upphandlande myndigheter ska även godta likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom EES 11 kap. 15 § 2 st. LOU. Miljöledningssystem kan alltså fungera som bevisning för att en leverantör uppfyller kriterierna för vissa indikatorer, t.ex. avfallshantering, i de fall leverantören inte kan uppvisa bevisning beträffande en viss miljöcertifiering.

¹⁶⁸ Prop. 2006/07:128 s. 402.

¹⁶⁹ Forsberg 2015 s. 189 f.

¹⁷⁰ Sennström och Stavenow 2013 s. 90.

5 Miljöcertifieringar i tilldelningsfasen och i kontraktet

5.1 Tilldelningskriterier

Tilldelningskriterier används vid fastställandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och bland möjliga tilldelningskriterier finns miljöegenskaper 12 kap. 1 § 2 st. LOU. Upphandlande myndigheter kan fritt välja tilldelningskriterier under förutsättning att det inte medför att de ges obegränsad valfrihet vid kontraktstilldelningen.¹⁷¹ Kriterierna får inte leda till ett godtyckligt resultat vilket innebär att kriterierna måste vara kontrollerbara, objektiva och jämförbara.¹⁷² Tilldelningskriterier används lämpligen då upphandlande myndigheter eftersöker marknadens främsta miljöprestanda, då tilldelningskriterier inte anses konkurrensbegränsande i samma utsträckning i förhållande till de fall då sådan miljöprestanda uppställs som obligatoriska krav.¹⁷³ EU-domstolen har slagit fast att kvalificering av leverantörer och utvärdering av anbud ska ske i två steg och att dessa inte får sammanblandas.¹⁷⁴ Det är möjligt att det finns ett samband mellan de tekniska specifikationerna och tilldelningskriterierna, en minimistandard kan således anges i de tekniska specifikationerna och samtidigt kan tilläggspoäng utdelas i tilldelningsfasen.¹⁷⁵ Upphandlande myndigheter som avser få ut maximal miljöeffekt vid krav på miljöcertifieringen i fråga bör således använda tilldelningskriterier som grund, exempelvis vad beträffar möjligheten att uppnå högre betyg än lägsta godkända nivå för certifieringen.

De grundläggande principerna ska dock beaktas även i det här skedet av upphandlingsförfarandet.¹⁷⁶ EU-domstolen har i målet *Concordia Bus*¹⁷⁷ fastställt att tilldelningskriterier måste: ha ett samband med kontraktsföremålet, inte ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, vara mätbara, samt förenliga med de grundläggande principerna.¹⁷⁸ HFD har konstaterat att krav eller kringomständigheter som tillmäts betydelse inte endast ska anges utan även så långt som möjligt preciseras i ekonomiska termer så att anbudsgivarna får klart för sig vilka

¹⁷¹ RÅ 2010 ref. 78.

¹⁷² J.fr. C-448/01 *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Stadtwerke Klagenfurt AG och Kärntner Elektrizitäts-AG*, ECLI:EU:C:2003:651.

¹⁷³ Sennström och Stavenow 2013 s. 95.

¹⁷⁴ Mål 31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna*, ECLI:EU:C:1988:422.

¹⁷⁵ Sennström och Stavenow 2013 s. 96.

¹⁷⁶ Nord, LOU, 12 kap 1 §, Lexino 2012-07-01.

¹⁷⁷ C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne*, ECLI:EU:C:2002:495.

¹⁷⁸ C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne*, ECLI:EU:C:2002:495, p. 59-69.

ekonomiska åtaganden som beställaren kommer att kräva för att ett anbud ska antas.¹⁷⁹

Upphandlande myndigheter kan använda sig av såväl referenser avseende tidigare erfarenhet, referenser avseende personal som andra parametrar för att utvärdera ett anbud, förutsatt att inte kvalificeringsfas och tilldelningsfas sammanblandas. Kriterierna måste vidare vara kontrollerbara, objektiva och jämförbara, samt vara förenliga med de grundläggande principerna. Upphandlande myndigheter kan således ställa upp utvärderingskriterier utifrån referenser och miljöskyddsåtgärder som exempelvis högre betyg vid en certifiering, för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förutsättningen för detta är att myndigheterna kan kontrollera kriterierna, och utvärdera dessa kriterierna genom en objektivt godtagbar utvärderingsmodell.

5.2 Utvärderingsmodeller och viktning

Tilldelningskriterier ska viktas 12 kap. 2 § LOU, vilket ska ske på ett förutsebart sätt för att tillse att principerna om transparens och likabehandling efterföljs.¹⁸⁰ Därmed måste det också framgå av upphandlingsdokumenten hur viktningen kommer att ske.

Viktning kan ske genom användandet av olika utvärderingsmodeller, t.ex. genom procentsättning av de olika tilldelningskriterierna eller med hjälp av en relativ utvärderingsmodell.¹⁸¹ HFD har uttalat att utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade kan godtas så länge de inte står i strid med de grundläggande principerna.¹⁸² EU-domstolen har slagit fast att en utvärderingsmodell som inte möjliggör för anbudsgivarna att utläsa hur anbudsutvärderingen kommer att gå till, samt lämnar utrymme för godtycklighet inte är förenlig med de grundläggande principerna.¹⁸³ EU-domstolen har emellertid i målet *TNS Dimarso*¹⁸⁴ uttalat att transparensprincipen och likabehandlingsprincipen kan vara uppfyllda trots att viktningen vid utvärderingen inte framgår från början i förfrågningsunderlaget. Detta kräver dock att fastställandet av viktningens modell inte ändrar tilldelningskriterierna samt att fastställandet inte innehåller några faktorer som kunnat påverka förberedelsen av anbuderna om

¹⁷⁹ RÅ 1996 ref. 100.

¹⁸⁰ Ulfsdotter Forsell, LOU, Lexino 2013-06-01.

¹⁸¹ Rosén Andersson 2015 s. 556 ff.

¹⁸² RÅ 2002 ref 50.

¹⁸³ C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon och Nikolaos Vlachopoulos mot Dimos Alexandroupolis, Planitiki AE, Aikaterini Georgoula, Dimitrios Vasios, N. Loukatos kai Synergates AE Meleton, Eratosthenis Meletitiki AE, A. Pantazis – Pan. Kyriopoulou kai syn/tes os Filon OE) och Nikolaos Sideris*. ECLI:EU:C:2008:40.

¹⁸⁴ C-6/15 *TNS Dimarso NV mot Vlaams Gewest*. ECLI:EU:C:2016:555.

dessa faktorer varit kända. Vidare förutsätts att fastställandet av modellen inte gjorts under beaktande av faktorer som kunnat vara diskriminerande för endera anbudsgivaren samt att modellen inte får fastställas efter att anbudet öppnats.

En utvärdering som innefattar andra kriterier än pris kommer att innefatta ett visst mått av subjektivitet.¹⁸⁵ I utvärderingsmodeller som bygger på att utvärderingen måste vila på skönsmässiga bedömningar, ska den upphandlande myndighetens värdering godtas om det inte finns uppenbara skäl till en annan bedömning.¹⁸⁶ En utvärderingsmodell som poängsatte ”kompetens” på en skala mellan 0-4 poäng godkändes trots att det inte dokumenterats hur poängsättningen gått till, med hänvisning till att en viss form av subjektiv bedömning är ofrånkomlig vid bedömning av andra kriterier av liknande art.¹⁸⁷ Utvärderingsmodeller som innehåller ett allt för stort mått av godtycklighet, då poängsättning och moment som inte kunnat förutses med hjälp av förfrågningsunderlaget har kommit att underkännas.¹⁸⁸

Upphandlande myndigheter som avser att använda sig av miljöcertifieringar som tilldelningskriterier måste således se till att det tydligt framgår vad som krävs för att uppnå ett visst betyg i varje indikator, samt hur varje betyg kommer att viktas. Det måste dessutom framgå hur varje kriterium kommer att kontrolleras. Kostnaden som kommer med att ett visst betyg ska uppnås måste också i största möjliga mån framgå av förfrågningsunderlaget. Miljöcertifieringarnas uppbyggnad med betygsättning av varje indikator skulle då minska risken för godtyckliga bedömningar.

5.3 Särskilda kontraktsvillkor

6 kap. 13 § LOU stadgar att upphandlande myndigheter får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Villkoren ska anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. Villkoren måste enligt artikel 26 i upphandlingsdirektivet vara förenliga med gemenskapsrätten, vilket innebär att de ska vara förenliga med de grundläggande principerna samt gemenskapsrätten i övrigt. Särskilda kontraktsvillkor motsvarar villkor som är av betydelse för upphandlingen men som inte utgör tekniska specifikationer, kvalificeringskrav för leverantörer eller utvärderingskriterier. De särskilda kontraktsvillkoren utgör kommande avtalsförpliktelser vilka leverantören förbinder sig att uppfylla, vilket innebär att det måste finnas en

¹⁸⁵ Rosén Andersson 2015 s. 559.

¹⁸⁶ Kammarrätten i Jönköping mål nr. 5-09.

¹⁸⁷ Kammarrätten i Göteborg mål nr. 2967-13.

¹⁸⁸ Kammarrätten i Göteborg mål nr. 7126-06. J.fr. Kammarrätten i Sundsvall mål nr. 1669-2000 om godtycklig utvärderingsmodell som underkänts.

koppling mellan det särskilda kontraktsvillkoret och föremålet för upphandlingen.¹⁸⁹ Det är inte nödvändigt att villkoret ska komma att uppfyllas före kontraktets påbörjande.¹⁹⁰ Krav på förmåga till återvinning i samband med avfallshantering eller krav på att transporter ska utföras på ett miljömässigt sätt har angetts som exempel på lämpliga miljömässiga särskilda kontraktsvillkor.¹⁹¹

Särskilda kontraktsvillkor ska vara kontrollerbara och ska följas upp av upphandlande myndigheter, det är därför av vikt att myndigheterna verkligen har erforderliga resurser för kontroll och uppföljning.¹⁹² I doktrin argumenteras med bakgrund av målet *Beentjes*¹⁹³ att särskilda kontraktsvillkor som inte kan uppfyllas ska medföra uteslutning av anbudsgivare.¹⁹⁴ Kommissionen har emellertid uttalat att motsatt ståndpunkt, det vill säga att det finns ett förbud mot att utesluta anbudsgivare på grund av särskilda kontraktsvillkor. Skälet till denna inställning är att direktivets uppräknade kriterier för uteslutning av anbudsgivare är uttömmande.¹⁹⁵ Villkoren måste dock accepteras för att en leverantör ska kunna tilldelas kontraktet, men villkoren ska inte påverka utvärderingen av anbudet.¹⁹⁶ Genom användandet av särskilda kontraktsvillkor minskar risken för att kraven ses som konkurrensbegränsande i förhållande till krav som ställs på leverantören eller produkten eftersom de senare måste vara uppfyllda redan vid anbudsinslämnandet.¹⁹⁷ Särskilda kontraktsvillkor får anses förenliga med det nya upphandlingsdirektivet så länge de inte är direkt eller indirekt diskriminerande och det finns en koppling till kontraktsföremålet, vilket innefattar alla faktorer som direkt berör produktions-, tillhandahållande eller saluföringsprocessen. Det finns således möjlighet att genom särskilda kontraktsvillkor inkludera miljömål som inte har anknytning till den tekniska specifikationen eller tilldelningskriterierna.¹⁹⁸ Om en leverantör under genomförandet av avtalet skulle bryta mot något uppställt kontraktsvillkor motsvarande ett miljökrav kan det innebära ett avtalsbrott som kan medföra avtalsrättsliga sanktioner.¹⁹⁹

¹⁸⁹ Rosén Andersson m.fl. 2015 s. 362 f.

¹⁹⁰ Konkurrensverket 2011: Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, s. 29 ff.

¹⁹¹ Prop 2006/07:128 s. 353 med hänvisning till kommissionens tolkningsmeddelande.

¹⁹² Konkurrensverkets rapport: Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, s. 29 ff.

¹⁹³ Mål 31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna*, ECLI:EU:C:1988:422.

¹⁹⁴ Se Arrowsmith 2014 s. 1208.

¹⁹⁵ Communication Public Procurement Regional and Social Aspects, COM (89) 400 Final.

¹⁹⁶ Prop 2015/16:195 s. 801.

¹⁹⁷ Sennström och Stavenow 2013 s. 99.

¹⁹⁸ Rosén Andersson m.fl. 2015 s. 374.

¹⁹⁹ Ibid s. 370. Mer om detta nedan.

6 Avtalsuppföljning vid uppförandet av miljöcertifierade byggtreprenader

6.1 Uppföljning av upphandlingen

Det är viktigt att upphandlande myndigheter följer upp sina upphandlingar utifrån flera aspekter. Uppföljning är en förutsättning för upphandlande myndigheter att säkerställa att den upphandlade byggtreprenaden motsvarar de miljökrav som ställts. Dessutom garanterar en korrekt uppföljning att likabehandlingsprincipen efterlevs, samt att byggtreprenaden inte ändras i sådan utsträckning i förhållande till vad som upphandlats att en väsentlig ändring kan anses ha kommit till stånd. Det är således av vikt att upphandlande myndigheter redan i förfrågningsunderlaget uppger vilka indikatorer som ska betygsättas vid miljöcertifieringen, i synnerhet då en del indikatorer inte är obligatoriska, för att upprätthålla likabehandlingsprincipen.²⁰⁰ Om upphandlande myndigheter inte följer upp sina upphandlade kontrakt, kan det leda till en situation där oseriösa aktörer säger sig kunna uppfylla villkor i ett kontrakt som det visar sig att de inte klarar av, vilket i sin tur kan leda till att konkurrensen på marknaden snedvrids till nackdel för seriösa aktörer som anpassar sina anbud efter att uppfylla uppställda villkor.²⁰¹ Det innebär därmed att upphandlande myndigheter bygger upp ett förtroende gentemot leverantörerna, genom att visa att de menar allvar med sina uppställda krav när de faktiskt genomför en korrekt avtalsuppföljning.

Ur EU-domstolens fasta rättspraxis framgår att det strider mot de grundläggande principerna att ställa upp krav som inte går att kontrollera. Kraven måste dessutom möjliggöra en verklig kontroll av att informationen som lämnas av anbudsgivarna är korrekt.²⁰² Det finns emellertid ingen lagstadgad skyldighet för upphandlande myndigheter att följa upp samtliga ställda krav och villkor.²⁰³ Upphandlande myndigheter måste alltså ha möjlighet att kontrollera att lämnade uppgifter är korrekta, men det föreligger ingen skyldighet att följa upp dessa, om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna.²⁰⁴ Upphandlingslagstiftningen ställer inga sådana krav avseende hur upphandlande myndigheter ska följa upp uppställda villkor, de kan då

²⁰⁰ I BREEAM och LEED är en del indikatorer frivilliga och dessutom utdelas bonuspoäng för innovationer.

²⁰¹ Sennström och Stavenow 2013 s. 125. Mer om väsentliga ändringar nedan.

²⁰² C-448/01 *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Stadtwerke Klagenfurt AG och Kärntner Elektrizitäts-AG*, ECLI:EU:C:2003:651.

²⁰³ Konkurrensverkets beslut, 2016-01-13, dnr 171/2015 s. 4.

²⁰⁴ Se t.ex. Kammarrätten i Jönköping mål nr. 2449-10, Kammarrätten i Göteborg mål nr. 5832-09 och Kammarrätten i Sundsvall mål nr. 3243-04.

välja att göra detta själv eller genom ombud.²⁰⁵ Den yttersta ramen för hur en avtalsuppföljning får genomföras utgörs således av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Det är inte alltid säkert att upphandlande myndigheter har den kunskap eller de resurser som krävs för att genomföra avtalsuppföljningen i egen regi. De specifika krav som ställts i upphandlingen kan då vara av sådan beskaffenhet att avtalsuppföljningen måste genomföras av externa resurser. Det är därmed viktigt för upphandlande myndigheter att redan vid planeringen av upphandlingen ha i åtanke hur uppföljningen ska genomföras, i synnerhet då krav på miljöhänsyn kan komma att ta stora resurser i anspråk.²⁰⁶ Det kan vara nödvändigt för upphandlande myndigheter att redan i förfrågningsunderlaget ange ifall en sådan extern avtalsuppföljning kommer att ske.²⁰⁷ Då en upphandlande myndighet redan på förhand vet vem som kommer att genomföra avtalsuppföljningen bör även detta framgå av förfrågningsunderlaget.²⁰⁸ Oavsett om avtalsuppföljningen genomförs i egen regi eller genom externa resurser är det den upphandlande myndigheten som ansvarar för att denna sker på ett oberoende sätt. Det innebär att det externa ombudet inte får ha några egenintressen eller ha för nära relation till leverantören.²⁰⁹ Det externa ombudet har att följa samma regler vid avtalsuppföljningen som den upphandlande myndigheten själv skulle ha att följa, det blir därmed viktigt att tydligt reglera ombudets uppdrag.²¹⁰

6.2 Uppföljning av miljöcertifierade byggtreprenader

En miljöcertifiering kan vara ett sätt att verifiera att samtliga eller delar av de uppställda kraven i förfrågningsunderlaget är uppfyllda vilket givetvis underlättar uppföljningen. Miljöcertifieringarna ger direkt svar på huruvida de uppställda kraven är uppfyllda genom att kraven på varje indikator betygsätts. I de delar som är relevanta under den pågående delen av byggtreprenaden kan den upphandlande myndigheten genomföra stickprovskontroller för att se till att t.ex. uppställda krav för avfallshantering eller utsläpp vid transporter efterlevs. Krav på information som ska lämnas under utförandet av ett kontrakt får anses utgöra ett särskilt kontraktsvillkor och ska anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Det är sannolikt förenligt med EU-rätten att i svensk lagstiftning ställa krav på att de upphandlande myndigheterna ska inhämta brukarinformation och annan information under utförandet av kontraktet så länge som informationen har

²⁰⁵ Konkurrensverkets beslut, 2016-01-13, dnr 171/2015 s. 4 f.

²⁰⁶ Sennström och Stavenow 2013 s. 126.

²⁰⁷ Konkurrensverkets beslut, 2016-01-13, dnr 171/2015 s. 5.

²⁰⁸ Ibid s. 5.

²⁰⁹ Ibid s. 5.

²¹⁰ Ibid s. 5.

en koppling till föremålet för upphandlingen och den är proportionell.²¹¹ Den upphandlande myndigheten måste även ha en aktiv roll under projektets gång för att säkerställa att de uppställda kraven efterlevs, genom att exempelvis ritningar kontrolleras. I det hänseendet är miljöcertifieringarna ett utmärkt verktyg eftersom de uppställer krav på att byggtreprenaden miljöcertifieras preliminärt redan i projekteringsstadiet, vilket betyder att den upphandlande myndigheten får svar på att de uppställda kraven kommer att efterlevas. Den eller de granskare som följer upp avtalet på plats, som en extern resurs i den upphandlaryndighetens regi, får emellertid inte ha några egenintressen eller ha för nära relation till leverantören. Vilket betyder att ansvariga granskare från SGBC:s organisation måste ha en fristående roll gentemot leverantören i fråga.

6.3 Väsentliga ändringar

Avtalet som upphandlats och den färdiga byggtreprenaden måste spegla vad som angavs i förfrågningsunderlaget annars riskerar den upphandlande myndigheten att ha handlat i strid med de upphandlingsrättsliga principerna som framgår av 1 kap. 9 § LOU och en otillåten direktupphandling kan då ha genomförts.²¹² En korrekt uppföljning av upphandlingen är nödvändig för att tillse att de ursprungliga villkoren som framgår av förfrågningsunderlaget inte ändras på ett sådant sätt att ändringen anses väsentlig. Eftersom förfrågningsunderlaget utgör en sådan viktig del i upphandlingens konkurrensuppsökande skede vilket är avgörande för huruvida anbudsgivare kommer att lämna anbud eller avstå att lämna anbud, samt hur eventuella anbud kommer att utformas, finns enbart ett litet utrymme för ändringar av ställda villkor.²¹³ Av det följer att samtliga handlingar som annonserats ska vara upprättade på ett uttömmande sätt och får inte väsentligen ändras.²¹⁴ Om ändringar genomförs som anses väsentliga i förhållande till villkoren i förfrågningsunderlaget ska detta anses utgöra grund för att en otillåten direktupphandling har genomförts och att upphandlingen ska göras om.²¹⁵ Ett sådant kontrakt som medfört väsentliga ändringar riskerar att ogiltigförklaras efter talan om överprövning av en leverantör enligt 16 kap. LOU, vilket även kan leda till skadeståndskyldighet, eller medföra upphandlingsskadeavgift i enlighet med 17 kap. LOU. Upphandlande myndigheter som upphandlar

²¹¹ Sundstrand 2013 s. 536. *Fråga om krav på viss information i offentlig upphandling är förenligt med unionsrätten*, Europarättslig Tidskrift, Nr 3/2013 s. 536.

²¹² C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH och APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*. ECLI:EU:C:2008:351, p. 34.

²¹³ Rosén Andersson m.fl. 2015 s. 89.

²¹⁴ C-278/01 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien*. ECLI:EU:C:2003:635.

²¹⁵ C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH och APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*. ECLI:EU:C:2008:351.

miljöcertifierade byggtreprenader måste således säkerställa att de uppställda kraven efterföljs, i synnerhet då vissa indikatorer är frivilliga att använda i BREEAM och LEED.

I målet *Pressetext*²¹⁶ gjorde EU-domstolen en genomgång av generella kriterier för bedömningen av vad som får anses utgöra väsentliga ändringar, vilka innebär att ändringen får anses utgöra grund för en ny upphandling och att upphandlingen därmed ska göras om. Kriterierna innebär att en upphandling ska göras om i de fall de ändrade villkoren uppvisar betydande skillnader i förhållande till villkoren i det ursprungliga kontraktet, och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet.²¹⁷ Exempel på när sådana förhållanden skulle kunna föreligga är om kontraktets tillämpningsområde väsentligen utsträcks, villkor har lagts till som skulle innebära att godkännande av andra anbudsgivare eller antagande av annat anbud vore möjligt samt ändringen medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för anbudsgivaren på ett sätt som inte föreskrivits i det ursprungliga kontraktet.²¹⁸ EU-domstolen konstaterade i *Succhi di Frutta*²¹⁹ att upphandlande myndighet inte har rätt att ändra anbudsförfarandets allmänna struktur, genom att i efterhand ensidigt ändra ett av de grundläggande villkoren för detta. I målet ändrades villkor för vilket betalningsmedel som skulle utgå. Upphandlande myndighet får enligt målet inte ändra ett villkor som framgått i förfrågningsunderlaget om villkoret skulle gjort det möjligt för anbudsgivarna att lämna ett väsentligen annorlunda anbud. Tekniska förändringar som ansetts vara en naturlig följd av den tekniska utvecklingen har emellertid inte ansetts vara någon väsentlig ändring och har därmed godkänts i en domstolsprövning.²²⁰ I mål *Finn Frogne*²²¹ tecknade parterna i ett upphandlat kontrakt rörande kommunikation ett förlikningsavtal för att lösa en tvist som uppkommit i samband med genomförandet av kontraktet. EU-domstolen konstaterade att förlikningsavtalet väsentligen ändrade kontraktsvillkoren. EU-domstolen konstaterade även att det faktum att vissa offentliga kontrakt på grund av deras kontraktsföremål direkt kan anses

²¹⁶ C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH och APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*. ECLI:EU:C:2008:351.

²¹⁷ Se C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH och APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*. ECLI:EU:C:2008:351, p. 34.

²¹⁸ C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH och APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*. ECLI:EU:C:2008:351, p. 35-37.

²¹⁹ C-496/99 *Europeiska kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA*. ECLI:EU:C:2004:236.

²²⁰ C-337/98 *Europeiska kommissionen mot Franska republiken*. ECLI:EU:C:2000:543.

²²¹ C-549/14 *Finn Frogne A/S mot Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*. ECLI:EU:C:2016:634.

osäkra, gör det möjligt för myndigheten att förutse risken för att svårigheter kan uppstå under genomförandet. För ett sådant kontrakt ankommer det på den upphandlande myndigheten att fastställa kontraktsföremålet med försiktighet.²²² Balansen mellan det konkreta behovet att ändra i ett kontraktsvillkor och det rättsliga kravet om att väsentliga ändringar inte får genomföras säkerställs genom att de i upphandlingsdokumenten fastställda kontraktsvillkoren iakttas genom hela genomförandet. Konkreta behov av att ändra vissa kontraktsvillkor, även viktiga sådana, tillgodoses genom att den upphandlande myndigheten i upphandlingsdokumenten uttryckligen anger att sådana ändringar kan komma att ske efter kontraktstilldelningen.²²³ Vad beträffar miljöcertifieringarna så kan det föreligga osäkra moment i dessa kontrakt som kan vara svåra att förutse i upphandlingsdokumenten, särskilt vad beträffar frivilliga indikatorer och innovativa lösningar. Det är således av vikt att upphandlande myndigheter anger i förfrågningsunderlaget att indikatorer som de identifierat som osäkra kan komma att ändras under genomförandet av kontraktet.

Av artikel 72.4 (a) i det nya upphandlingsdirektivet framgår dessutom att en ändring ska anses väsentlig om det införs villkor som skulle medfört att andra anbudsgivare getts tillträde än de som ursprungligen valdes eller om andra anbud än de som ursprungligen godkändes skulle ha godkänts eller skulle ha medfört nya deltagare i upphandlingsförfarandet.

Upphandlande myndigheter bör därmed noggrant planera vilka delar som är viktiga att föra in i upphandlingen och även följa upp dessa. De kan emellertid lämna visst utrymme för att förändringar i kontraktet kan komma att ske genom att ange detta i förfrågningsunderlaget. Sker detta under angivna förutsättningar finns det ett större utrymme för att anse att ändringarna inte är väsentliga. Artikel 72.1 (a) stadgar nämligen förutsättningar att ändra i kontraktet om ändringarna angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler som kan omfatta prisändringsklausuler eller optioner. Sådana ändringsklausuler ska ange omfattningen och arten av eventuella ändringar eller optioner samt villkoren för när de får tillämpas.

Ändringar av obligatoriska krav i upphandlingen anses i de flesta fall vara väsentliga.²²⁴ Upphandlande myndigheter måste alltså tidigt ha klart för sig

²²² C-549/14 Finn Frogne A/S mot Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation. ECLI:EU:C:2016:634, p. 36.

²²³ C-549/14 Finn Frogne A/S mot Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation. ECLI:EU:C:2016:634, p. 37.

²²⁴ Se t.ex. Kammarrätten i Göteborg mål nr. 1132-10, Kammarrätten i Jönköping mål nr. 2016-08, Kammarrätten i Jönköping mål nr. 1706-10, Kammarrätten i Jönköping mål nr.

vilka krav som de avser att göra obligatoriska. Om en upphandlande myndighet under pågående upphandling inser att nya krav måste tillkomma, kan myndigheten ha sakliga skäl att avbryta upphandlingen och göra om den.²²⁵ Domstolarna har en restriktiv inställning till möjligheten att genomföra förändringar i förfrågningsunderlag och av ingångna kontrakt, alla uppkomna behov av förändring måste således noggrant övervägas. Att upphandlande myndigheter genomför en korrekt uppföljning av upphandlingen och kontraktet är därmed också nödvändigt. Vad beträffar miljöcertifierade byggtreprenader måste den färdiga byggtreprenaden motsvara vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget, de krav på olika betyg som ställts upp måste därför även uppnås vid certifieringen. Det är också viktigt att samtliga indikatorer som den upphandlande myndigheten angett i förfrågningsunderlaget faktiskt också genomförs och certifieras. Den färdigställda byggtreprenaden kan alltså inte avvika från vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att någon annan potentiell anbudsgivare kunde vunnit upphandlingen om förfrågningsunderlaget hade utformats på ett sådant sätt som motsvarar den färdigställda byggtreprenaden.

1941-10, Kammarrätten i Stockholm mål nr. 1589-12 samt Kammarrätten i Sundsvall mål nr. 1829-10.

²²⁵ Rosén Andersson m.fl. 2015 s. 91.

7 Analys

7.1 Analys och diskussion

Miljöcertifiering av byggtreprenader tycks vara ett utmärkt instrument för upphandlande myndigheter att tillförsäkra sig att deras byggtreprenader uppfyller en hög miljöstandard, och efterlever de krav som myndigheterna kan ha för avsikt att ställa. BREEAM och LEED är dessutom flexibla i den mening att vissa indikatorer är valbara och certifieringen kan därmed anpassas till vad myndigheterna efterfrågar i det enskilda fallet. Miljöcertifieringarna underlättar även för upphandlande myndigheter genom att de identifierar de miljöaspekter som är viktiga att ta hänsyn till vid genomförandet av en byggtreprenad. Genom att identifiera vilka indikatorer som är relevanta för en upphandlande myndighet i ett visst byggprojekt skulle myndigheten kunna ställa krav direkt på en viss miljöcertifiering med utvalda indikatorer. För att myndigheten ska ha möjlighet att ställa krav direkt på en miljöcertifiering krävs emellertid att certifieringen kan definieras som ett märke i direktivets mening, annars måste kraven som följer av certifieringen lyftas ut och det måste framgå av upphandlingsdokumenten vad varje tekniskt krav avser.

Miljöcertifieringar

De tre undersökta miljöcertifieringarna är alla uppbyggda med en liknande struktur där de utvalda indikatorerna betygsätts enligt en betygsskala som grundar sig på ett godkänt betyg, samt med två högre betyg därutöver. BREEAM och LEED omfattar fler områden och indikatorer än vad Miljöbyggnad gör. De har dessutom valbara indikatorer som gör dem mer anpassningsbara till det enskilda projektet. BREEAM och LEED framstår som likvärdiga i omfattning. Miljöbyggnads omfattning inryms dessutom i BREEAM och LEED. Vid det omvända förhållandet är emellertid BREEAM OCH LEED allt för omfattande för att kunna ersättas av Miljöbyggnad. Vid en likvärdighetsbedömning anser jag att BREEAM och LEED får anses likvärdiga. Vidare inryms Miljöbyggnads certifiering inom ramen för BREEAM och LEED och kan därmed motsvaras av dessa certifieringar förutsatt att de anpassas på ett sådant sätt att de motsvarar Miljöbyggnads indikatorer. I de fall en upphandlande myndighet ställer krav på BREEAM och LEED med valbara indikatorer inkluderade, kan det emellertid vara problematiskt att anse Miljöbyggnad vara likvärdigt.

Upphandlingsstrategier

Upphandlande myndigheter som avser att genomföra miljöcertifierade byggentreprenader bör anstränga sig i planeringsfasen för att uppnå det tänkta resultatet. Då miljöcertifieringar av byggentreprenader är relativt nytt på marknaden och då upphandlande myndigheter kan sakna erfarenhet av dessa, kan det vara viktigt att hitta en samarbetspartner som innehar sådan erfarenhet. Genom att ta del av denna erfarenhet redan i planeringsskedet genom partnering kan den upphandlande myndigheten tillsammans med sin partner identifiera vilka indikatorer som kan vara relevanta att miljöcertifiera i det specifika projektet, och finna de kriterier som krävs för att för att maximera miljönyttan i projektet. Upphandlande myndigheter måste emellertid överväga om de har de resurser som krävs för att genomföra en partneringupphandling, samt överväga om projektet är av den digniteten att det är värt att satsa dessa resurser i projektet. Det är även väldigt viktigt att föreskriva avträdesrätt efter såväl planerings- som projekteringsstadiet, samt att den upphandlande myndigheten ska ha rätt att ta över de handlingar som framställts i de fall samarbetet inte fungerar. Den upphandlande myndigheten har då möjlighet att upphandla resterande del av byggentreprenaden på nytt. Vid mindre byggentreprenader som ska miljöcertifieras kan det vara klokt att överväga en mer klassisk upphandlingsstrategi, med exempelvis en projektering som upphandlas på konsultkontrakt.

Definition av miljöcertifieringar som märken

Det nya upphandlingsdirektivet uppställer ett antal kriterier för att en miljöcertifiering ska kunna definieras som ettärke. Det är främst kraven på att miljöcertifieringen ska ha antagits genom ett förfarande som är öppet och transparent i vilket samtliga berörda parter inklusive statliga organ, konsumenter, arbetsmarknadens parter, tillverkare, distributörer och icke-statliga organ kan delta. Samt kravet på att den ekonomiska aktör som ansöker om märket inte får ha ett avgörande inflytande över märket som är problematiska för de undersökta certifieringarna. Det är min mening att ingen av de undersökta miljöcertifieringarna i dagsläget lever upp till definitionskraven i det nya upphandlingsdirektivets mening.

Som konstaterats ovan är strukturen avseende märkning av miljöcertifierade byggentreprenader annorlunda uppbyggd än vad som normalt gäller vid märkning av produkter, då miljöcertifieringen uppstår först när byggentreprenaden färdigställs. De inblandade aktörerna befinner sig då sedan lång tid i ett avtalsförhållande med varandra och har därmed ett ömsesidigt intresse av att miljöcertifieringen godkänns utifrån de kriterier som uppställts.

Det ligger nära till hands att kritisera utformningen av artikeln beträffande märken i det nya upphandlingsdirektivet, särskilt med beaktande att direktivet har till syfte att underlätta för upphandlande myndigheter att ta miljöhänsyn i offentlig upphandling. Lagstiftaren har uppenbarligen haft för avsikt att byggtreprenader ska kunna erhålla ett märke, utan att ta hänsyn till de förhållanden som råder vid genomförandet av byggtreprenader för möjligheten att definiera miljöcertifieringar som märken. Det föreligger som tidigare framförts en speciell situation vid miljöcertifierade byggprojekt då dessa miljöcertifieras varje gång en ny byggtreprenad genomförs, och de ekonomiska aktörer som kan utöva ett avgörande inflytande skiftar från en gång till en annan beroende på vilka de potentiella anbudsgivarna är. Definitionen av en miljöcertifiering som ett märke skulle således kunna skifta från gång till gång beroende på vilka de ekonomiska aktörerna är och deras inflytande på organisationen som utför certifieringen i fråga. Då upphandlande myndigheter inte i förväg kan veta vilka ekonomiska aktörer som avser lämna anbud, kan möjligheten att definiera en miljöcertifiering som ett märke och därigenom ställa krav direkt på märket vara begränsad.

De definitionssvårigheter som föreligger för de undersökta miljöcertifieringarna kan emellertid till stor del tillskrivas certifieringarnas organisatoriska uppbyggnad och struktur. Certifieringarna har tillkommit före tillkomsten av det nya upphandlingsdirektivet och är av naturliga skäl inte anpassade till direktivets krav. Direktivskraven är detta till trots utformade på ett sådant sätt att när det kommer till certifieringar som uppstår vid färdigställandet av varje enskild produkt, vilket är fallet vid de flesta fall av uppförande av byggtreprenader, finns begränsade möjligheter att skapa organisationer som har en sådan sakkunskap som krävs men samtidigt inte personal som har intresse i ekonomiska aktörer på marknaden. Denna problematik förefaller svårförenlig med direktivets målsättning att underlätta för upphandlande myndigheter att ställa upp miljökrav i offentlig upphandling.

Krav på miljöcertifieringar i offentlig upphandling i form av miljömärke eller märke

Då de undersökta miljöcertifieringarna inte enligt min uppfattning går att definiera som märken i det nya upphandlingsdirektivets mening, kan upphandlande myndigheter inte ställa krav direkt på dessa utan blir tvungna att ange de krav som följer av avsedd miljöcertifiering i något av upphandlingsdokumenten. Denna ordning följer troligtvis även av transparensprincipen, då det inte är säkert att alla potentiella anbudsgivare inser vilka krav som följer av den avsedda miljöcertifieringen.

För de fall en upphandlande myndighet väljer att ställa krav direkt på endera av de tre miljöcertifieringarna, i form av ett märke när det nya upphandlingsdirektivet implementerats i svensk rätt, måste den acceptera en likvärdig certifiering. Det är min uppfattning att BREEAM och LEED får anses likvärdiga med Miljöbyggnad, i de fall en upphandlande myndighet ställer krav på Miljöbyggnad. Även BREEAM och LEED får anses likvärdiga med varandra. Det är emellertid svårare att ersätta BREEAM och LEED med Miljöbyggnad i de fall en upphandlande myndighet ställt krav på dessa. Det ska i sammanhanget erinras om att den anbudsgivare som avser använda sig av en annan miljöcertifiering än den efterfrågade, har bevisbördan för att certifieringen de avser använda sig av är likvärdig med den efterfrågade.

Det är av vikt att likabehandlingsprincipen upprätthålls då upphandlande myndigheter ställer krav på ett märke vid offentlig upphandling. SGBC har representanter i sin organisation vilka samtidigt är anställda av ekonomiska aktörer på marknaden. Dessa ekonomiska aktörer synes kunna ha direkt eller indirekt fördel vad gäller att lämna konkurrenskraftiga anbud utifrån de kriterier som följer av avsedd miljöcertifiering. Det skulle även gå att argumentera för att dessa ekonomiska aktörer indirekt kan gynnas av att en upphandlande myndighet avser att miljöcertifiera en byggtreprenad, trots att de inte direkt ställer krav på miljöcertifieringen. En ekonomisk aktör med personal i miljöcertifieringens organisation skulle troligtvis kunna lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud, då de har bättre insyn i de ekonomiska aspekter som följer av åtagandet vid miljöcertifiering av byggtreprenaden som ska uppföras.

Det framgår även av regelverket avseende märken att en upphandlande myndighet måste acceptera annan likvärdig bevisning om en anbudsgivare inte får tillgång till märket. Den upphandlande myndigheten måste således acceptera andra tekniska lösningar för att uppnå kraven för en viss indikator, än de som uppställs genom certifieringen. Trots att den upphandlande myndigheten ställer krav på en viss miljöcertifiering kan myndigheten, för att uppfylla likabehandlings- och transparensprincipen, vara tvungen att specificera de tekniska krav som krävs för att kunna erhålla certifieringen i fråga, i något av upphandlingsdokumenten. Det måste således vara tydligt för alla potentiella anbudsgivare vad som krävs för att tillgodose kraven utifrån den efterfrågade miljöcertifieringen.

Det är som framgått min uppfattning att det inte är möjligt att ställa krav direkt på någon av de undersökta miljöcertifieringarna i form av miljömerke eller märke, så som deras organisation och struktur är uppbyggd i dagsläget. En upphandlande myndighet som avser att använda sig av någon av de undersökta miljöcertifieringarna vid genomförandet av en byggtreprenad, måste

därmed identifiera de krav som följer av certifieringen för varje indikator, och ange dessa som tekniska krav i upphandlingsdokumenten. Den upphandlande myndigheten kan då godta en miljöcertifiering, som motsvarar de uppställda kraven, som bevismedel för att de tekniska kraven uppfylls. Även i denna situation måste den upphandlande myndigheten tillgodose att likabehandlingsprincipen upprätthålls så att ingen potentiell anbudsgivare gynnas direkt eller indirekt.

Tekniska krav på utförandet

Upphandlande myndigheter får ställa upp tekniska krav med hänvisning till en viss teknisk standard, men måste då även acceptera en likvärdig lösning. Dessa krav måste uppfylla de grundläggande principerna och ha en koppling till kontraktets föremål. Kraven måste i dessa fall främst vara transparenta, icke-diskriminerande och proportionerliga. De krav som följer av de undersökta miljöcertifieringarna uppfyller i de flesta fall dessa krav. Då kraven bygger på nationella byggstandarder i Sverige, Storbritannien och USA, kan en grundlig genomgång av kraven vara behövlig beroende på vilka indikatorer som ingår i den offentliga upphandlingen. En upphandlande myndighet måste fundera på om de är beredda på att utesluta en leverantör på grund av att de ställt upp ett visst krav på ett sådant sätt att leverantören måste uppfylla det. En upphandlande myndighet ska således endast välja sådana krav som är nödvändiga för den miljöcertifierade byggentreprenaden i det enskilda fallet. Det är emellertid så att ett flertal indikatorer är obligatoriska, och går därmed inte att välja bort om myndigheten avser att ställa krav på miljöcertifieringen oavsett hur de ställer upp kraven.

Inkommen bevisning

Det är viktigt att de krav på bevisning som uppställs är proportionerliga till syftet som ska uppnås. Proportionaliteten måste bedömas utifrån det enskilda fallet. Hänsyn får då tas till omfattningen av antalet indikatorer som ska betygsättas, samt i vilken utsträckning dessa innebär att den miljöcertifierade byggentreprenaden skiljer sig från genomförande av byggentreprenader i allmänhet. Finner den upphandlande myndigheten att det är viktigt att sådan erfarenhet finns, måste kraven på denna erfarenhet även vara proportionerliga vad gäller antal tidigare utförda miljöcertifierade byggentreprenader och hur långt dessa erfarenheter får sträcka sig i tiden. Det förefaller viktigt att en entreprenör har sådan erfarenhet, att den upphandlande myndigheten kan vara trygg med att byggentreprenaden kommer att uppföras efter de krav som följer av den avsedda miljöcertifieringen. Certifieringarna är emellertid förhållandevis nya och för hårda krav anses oproportionerliga, och kan dessutom leda till att kompetenta anbudsgivare underlåter att lämna anbud.

Det är viktigt för den upphandlande myndigheten att hitta en balans som resulterar i att leverantörer med rätt kompetens har möjlighet att lämna anbud.

Vad beträffar referenser avseende nyckelpersoner som tilldelningskriterium kan det ifrågasättas om sådana krav alls fyller något syfte i sammanhanget, och även huruvida sådana krav är proportionerliga. Det krävs ingen utbildad personal i de undersökta miljöcertifieringarna, utan i de fall en leverantör kan bevisa att de kan bygga efter de uppställda tekniska kraven, ska det vara tillräckligt för att uppnå certifieringen. Personal som är utbildad i efterfrågad certifiering kan emellertid bidra med kompetens beträffande helheten i projektet. SGBC erbjuder för detta ändamål kortare utbildningar för personer som ska genomföra byggtreprenader med de undersökta miljöcertifieringarna. Nyckelpersoner kan även sluta på ett företag innan byggtreprenaden är genomförd. Med hänseende till dessa faktorer kan det vara en lämpligare åtgärd att ange som ett särskilt kontraktsvillkor att leverantören ska ha personal på plats som är utbildad i efterfrågad miljöcertifiering. Leverantören skulle då vara tvungen att se till att det finns utbildad personal på plats vid genomförandet av byggtreprenaden.

Miljöcertifieringarna ställer krav avseende miljöskyddsåtgärder som kan liknas vid miljöledningssystem. Miljöcertifieringarna begagnar sig emellertid inte med de miljöledningssystem som normalt efterfrågas utan följer upp dessa indikatorer på annat vis. Då en upphandlande myndighet ställer upp dessa krav i ett förfrågningsunderlag utan att efterfråga certifieringen specifikt, måste den acceptera olika likvärdiga bevis där en anbudsgivare avser visa att den uppfyller efterfrågade miljöskyddsåtgärder. Det är då av vikt att vara tydlig i förfrågningsunderlaget, med vad i det efterfrågade systemet som är viktigt att uppnå så att det är möjligt att värdera huruvida inkommen bevisning kan anses likvärdig. Det kan vara svårt att i efterhand visa vad som avsågs med likvärdigheten och vilka kriterier som en anbudsgivare ska bevisa är likvärdiga med vad som efterfrågats.

Upphandlande myndigheter som uppställer krav avseende tekniska och miljömässiga krav, har att tillse att den leverantör som tilldelas kontraktet har den kompetens som krävs för att genomföra den. Denna bevisning kan avse en anbudsgivares personal, tidigare utförda byggtreprenader, miljöledningssystem och liknande. Den bevisning som inkommer från anbudsgivarna kan därmed vara sådan att den avser såväl kvalificeringsfasen som utvärderingsfasen, då exempelvis miljöledningssystem är hänförliga till kvalificeringsfasen och referenser avseende nyckelpersoner vid kontraktsgenomförandet är hänförliga till utvärderingsfasen. I de fall en upphandlande myndighet ställt krav på de tekniska specifikationerna som följer av en miljöcertifiering, kan den bevisning som kommer in från en

anbudsgivare för att visa att den lever upp till ställda krav, vara av skiftande slag. Det kan i sammanhanget då även vara problematiskt att utvärdera anbuden utifrån en miljöcertifierings betygs-kriterier, då dessa kan avse såväl kriterier i indikatorer som är hänförliga till såväl kvalificerings- som utvärderingsfasen.

Utvärderingsmodeller och viktning

De undersökta miljöcertifieringarna erbjuder väldigt stor variationsrikedom beträffande vilka indikatorer som kan väljas, och vilken betygsnivå som kan krävas. Även kompetens och referenser kan som framgått viktas in i en utvärderingsmodell. Det är därför viktigt att identifiera vilka krav som kan vara särskilt viktiga i det enskilda projektet så att den upphandlande myndigheten får in anbud som faktiskt går att utvärdera mot varandra på ett sätt som är likabehandlande. Det är valfritt för upphandlande myndigheter att välja vilka kriterier som ska viktas på vilket sätt, förutsatt att de grundläggande principerna efterlevs och utvärderingen inte blir godtycklig. Ett poängsystem som ger prisavdrag utifrån vissa angivna kriterier kan vara en godtagbar utvärderingsmodell. Upphandlande myndigheter har då stor frihet att välja vilka kriterier som ska ligga inom ett visst poängintervall, förutsatt att det framgår av upphandlingsdokumenten så att transparensprincipen efterlevs. Att ställa allt för långtgående krav avseende betygsnivåer för de olika indikatorerna kan emellertid innebära svårigheter vid utformningen av en utvärderingsmodell som ska vara likabehandlande. En sådan modell medför troligtvis också att anbuden blir väldigt svåra att utvärdera i praktiken.

Särskilda kontraktsvillkor

Då upphandlande myndigheter ställer upp krav som följer av en miljöcertifiering, men inte på certifieringen som sådan är det lämpligt att ställa upp som särskilt kontraktsvillkor att byggtreprenaden ska miljöcertifieras, och att en viss betygsnivå ska uppnås, utifrån en given miljöcertifiering. Här får en avvägning således också göras avseende hur omfattande utvärderingsmodellen bör vara och om syftet kan uppfyllas genom ett särskilt kontraktsvillkor.

Då kravställning utifrån de olika indikatorerna riskerar att innebära att kvalificeringsfas och utvärderingsfas sammanblandas kan det vara lämpligt att uppställa vissa krav som särskilda kontraktsvillkor. Samtidigt behöver en anbudsgivare uppfylla särskilda kontraktsvillkor först under genomförandet av byggtreprenaden och inte i förväg.

Miljöskyddsåtgärder som bevisas genom miljöledningssystem kan vara krav som lämpar sig som särskilda kontraktsvillkor. Anbudsgivare behöver då inte ha tillgång till ett miljöledningssystem för att tillgodose dessa krav, utan kan uppnå de särskilda kontraktsvillkoren genom dokumentation som visar att miljöcertifieringens krav upprätthålls. Som nämnts ovan kan även utbildad personal som nyckelpersoner i projektet vara sådana krav som är väl lämpade som särskilda kontraktsvillkor, då dessa kan komma att sluta hos leverantören innan projektet genomförs.

Vissa krav som uppställs kan anses oproportionerliga i förhållande till upphandlingsföremålet. Upphandlande myndigheter bör då göra en bedömning om vissa sådana krav istället kan uppställas som särskilda kontraktsvillkor, då dessa inte anses lika ingripande som kvalificeringskraven.

Avtalsuppföljning och väsentliga ändringar

Det är viktigt att upphandlande myndigheter avsätter resurser i ett projekt för avtalsuppföljning, för att tillse att de krav som uppställts faktiskt också efterlevs. Det är fullt möjligt för upphandlande myndigheter att använda sig av externa ombud för genomförandet av avtalsuppföljningen, men detta måste då framgå av förfrågningsunderlaget. Här är det på sin plats att påpeka att de undersökta miljöcertifieringarna utgör ett utmärkt medel för avtalsuppföljning, då dessa ställer omfattande krav på löpande dokumentation under genomförandet av byggtreprenaden. Denna dokumentation ger då upphandlande myndigheter en förenklad avtalsuppföljning. Då miljöcertifieringarna ställer krav på certifiering redan i projekteringsstadiet utgör denna en faktor som underlättar tydligheten avseende vad som ska genomföras, och avtalsuppföljningen underlättas därmed.

Det är emellertid problematiskt om avtalsuppföljningen sker med anlitan av ett externt ombud om ombudet har några egenintressen i avtalet eller har en för nära relation med leverantören. Vad avser de undersökta miljöcertifieringarna så är granskarna för dessa i Sverige, även anställda av aktörer på marknaden. Att anlita dessa granskare för avtalsuppföljningen skulle således vara klart problematiskt ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Även om en granskare skulle anlitas som inte är anställd av den leverantör som utför byggtreprenaden, kan avtalsuppföljningen te sig problematisk med anlitan av dessa som externa ombud ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Det beror främst på att det finns ekonomiska aktörer på marknaden som har anställda på styrelseposter i SGBC:s styrelse och därmed kan påverka granskarnas roll. Denna indirekta påverkan på granskarna kan vara problematisk ur ett likabehandlingsperspektiv. Samtidigt går det inte att få byggtreprenaden miljöcertifierad utan att en granskare anlitas. Här

framträder följaktligen ytterligare ett problem med att använda sig av de undersökta miljöcertifieringarna, som beror på certifieringarnas organisation. En ytterligare fråga som uppstår är om efterfrågad miljöcertifiering kan användas som medel för uppföljning oavsett på vilket sätt den upphandlande myndigheten ställt upp kraven som följer av en certifiering. Det krävs rimligtvis att miljöcertifieringen är avtalad till exempel genom ett särskilt kontraktsvillkor.

I offentlig upphandling gäller som huvudregel att kontraktet ska genomföras såsom framgår av upphandlingsdokumenten, och de kan därmed inte ändras i väsentlig utsträckning. Om en ändring av ett kontrakt medför att en annan anbudsgivare skulle tilldelats kontraktet, om kontraktet var utformat så att denna ändring framgick från början, utgör en otillåten direktupphandling. Det är därmed svårt att göra avsteg från de krav som ställts avseende vilka indikatorer som ska vara med i byggentreprenaden och vilken betygsnivå som ska uppnås. Upphandlande myndigheter måste således redan i planeringsstadiet tillse att endast sådana krav ställs som de är beredda att genomföra fullt ut, trots att detta kan innebära problem under genomförandet av byggentreprenaden.

Avslutande reflektioner

Som framgått av framställningen är en väl genomförd planering helt avgörande för att offentligt upphandla en miljöcertifierad byggentreprenad. Upphandlande myndigheter måste tidigt bestämma sig för vad avsedda miljöeffekter får kosta, ju strängare krav myndigheter ställer desto dyrare anbud kommer rimligtvis in. Det kan framstå som allt för komplext att genomföra en sådan upphandling på ett lyckat sätt. Det ska emellertid framhållas att de undersökta certifieringarna på ett tydligt sätt ger information avseende de olika indikatorernas krav, vilket gör det enkelt att jämföra de olika certifieringarna och finna vilken som skulle passa bäst för det enskilda projektet. Det förenklar även för upphandlande myndigheter att utforma ett korrekt förfrågningsunderlag utifrån de grundläggande principerna. SGBC erbjuder även utbildningar inom de olika miljöcertifieringarna, vilket kan ge upphandlande myndigheter en insyn och kunskap för att kunna använda sig av dessa i offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter ska vara medvetna om den objektivitetsproblematik som föreligger i SGBC. Den kan innebära att det finns ekonomiska aktörer på marknaden som har konkurrensfördel då de ska lämna anbud på en miljöcertifierad byggentreprenad, och då kan det vara problematiskt för upphandlande myndigheter att vara likabehandlande gentemot samtliga anbudsgivare.

Det är inte möjligt att ställa krav direkt på endera av de undersökta miljöcertifieringarna utan kraven som följer av dessa måste då lyftas ut och krav får ställas på så sätt som önskas. Likvärdighetsbedömningen mellan de olika certifieringarna blir då inte relevant. Istället bör upphandlande myndigheter ställa upp en miljöcertifiering som ett särskilt kontraktsvillkor.

Det nya upphandlingsdirektivet utgör i dagsläget ingen förändring i sak avseende möjligheten att ställa krav på de undersökta miljöcertifieringarna. Skulle dessa genomgå sådana organisatoriska eller strukturella förändringar att de skulle kunna definieras som ett märke, kommer upphandlande myndigheter att kunna ställa krav direkt på certifieringen. Något som skulle underlätta väsentligt för alla upphandlande myndigheter. Sådana förändringar skulle även kunna medföra att likabehandlingsprincipen går att upprätthålla i större utsträckning vid offentlig upphandling av de undersökta miljöcertifieringarna.

7.2 Slutsats

Slutsatsen utgår ifrån frågeställningarna i uppsatsens inledningskapitel.

1. Kan de undersökta miljöcertifieringarna definieras som miljömärken alternativt märken upphandlingsrättsligt?

Av upphandlingsdirektivets definition av miljömärken framgår att byggtreprenader är undantagna från möjligheten att definieras som miljömärken. I det nya upphandlingsdirektivet innefattas däremot byggtreprenader i bestämmelsen om märken. Som framkommit i rättsutredningen kan emellertid de undersökta miljöcertifieringarna inte definieras som märken enligt direktivsbestämmelsen främst beroende på miljöcertifieringarnas sätt att organisera sig i Sverige. Detta då granskarna som arbetar för SGBC även är anställda av flera av de ekonomiska aktörer som genomför byggtreprenader i Sverige. Det finns då en uppenbar risk att det finns en tredje part som har avgörande inflytande över certifieringen, vilket skulle strida mot artikel 43.1(e) i det nya upphandlingsdirektivet. Vidare finns inget som tyder på att varken BREEAM eller LEED är framtagna på ett sådant öppet och transparent sätt, i vilket samtliga berörda parter inklusive statliga organ, konsumenter, arbetsmarknadens parter, tillverkare, distributörer och icke-statliga organ kan delta. Vilket innebär att de certifieringarna inte kan definieras som märke i enlighet med artikel 43.1 (c) i det nya upphandlingsdirektivet.

2. I vilken utsträckning kan en upphandlande myndighet ställa krav på miljöcertifieringar i sitt förfrågningsunderlag vid offentlig upphandling?

Då de undersökta miljöcertifieringarna vare sig kan definieras som miljömärken eller märken i upphandlingsdirektivens mening, måste de krav som följer av miljöcertifieringarna ställas som enskilda krav i upphandlingsdokumenten. Kraven måste ha en koppling till kontraktsföremålet och i övrigt tillgodose de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Upphandlande myndigheter har större möjligheter att uppställa krav på genomförande av miljöcertifieringar som särskilda kontraktsvillkor. De kan då ställa krav på såväl genomförande utifrån dessa villkor, samt att byggentreprenaden ska certifieras utifrån en specifik miljöcertifiering.

3. På vilket sätt påverkar ställda krav upphandlingsprocessen samt utförandet av det upphandlade kontraktet?

Upphandlande myndigheter kan som framgått inte ställa krav direkt på någon av de undersökta miljöcertifieringarna, utan måste specificera dessa krav i upphandlingsdokumenten. För att tillgodose att anbudsgivare kan uppfylla dessa krav, bör upphandlande myndigheter begära in referenser som bevisning. De upphandlande myndigheterna måste tillse att de krav som ställs på referenser främst är proportionerliga i förhållande till vad upphandlingsföremålet, och allt för hårda krav kan anses oproportionerliga. Det går även att ifrågasätta huruvida krav på referenser genom nyckelpersoner fyller något syfte dels då dessa kan sluta, dels då en framtida leverantör kan utbilda sin befintliga personal i miljöcertifieringen på relativt kort tid.

Upphandlande myndigheter måste även finna en modell för att utvärdera och vikta de anbud som inkommit, utifrån de kriterier som de angett i upphandlingsdokumenten. En modell med poängsättning som ger prisavdrag kan vara lämplig för ändamålet. Det är dock viktigt att utvärderingen sker likabehandlande och att bedömningen inte blir godtycklig.

4. Hur kan upphandlande myndigheter tillgodose att en leverantör uppfyller de ställda miljökraven?

Det är av yttersta vikt att upphandlande myndigheter faktiskt följer upp det upphandlade avtalet, främst för att tillgodose att ingen väsentlig ändring sker. Det finns ingen reglering avseende hur avtalsuppföljningen ska genomföras, utan det styr upphandlande myndigheter i stor utsträckning över själv. Det är således fullt möjligt att anlita externa ombud för avtalsuppföljningen. Något

som också är ett krav för att byggtreprenaden ska bli miljöcertifierad av certifieringsorganisationen i fråga. Det externa ombudet får emellertid inte ha några egenintressen i avtalet eller har en för nära relation med leverantören, vilket upphandlande myndigheter måste tillgodose när de följer upp avtalet med hjälp av den valda miljöcertifieringen.

Bilaga 1

Område	Indikator
Energi	Energiförbrukning
	Värmeeffektbehov
	Solvärmelast
	Energislag
Byggnadsmaterial	Dokumentation av byggvaror
	Utfasning av farliga ämnen
Innemiljö	Ljudmiljö
	Radon
	Ventilationsstandard
	Kvävedioxid
	Fuktsäkerhet
	Termiskt klimat vinter
	Termiskt klimat sommar
	Dagsljus
	Legionella

Källa: Lilliehorn 2012 s. 43 f.

Bilaga 2

Område	Indikator
Energi	Energiförbrukning
	Reduktion av koldioxid
	Mätning
	Hissar, rulltrappor och rullband
	Klimatskal och täthet
	Kylrum
Byggnadsmaterial	Materialval baserad på LCA
	Uthålliga byggmaterial
	Spara/återvinna byggnadsdelar vid ombyggnad
Innemiljö (hälsa och välmående)	Dagsljus
	Utblicksmöjligheter
	Belysning
	Luftkvalitet
	Vädring
	Flyktiga organiska ämnen
	Termisk komfort
	Akustik
	Legionella
	Individuell styrning och belysning
Vatten	Snålspolning
	Läckindikering
	Mätning
Förvaltning	Finns integrerat i punkterna t.ex. avfall
Byggavfall	Minska byggavfall
	Återbruka/återvinna byggavfall
Transporter	Närhet till kollektivtrafik och service
	Möjlighet till cykel- och gångtrafik
	Begränsning av parkering
Ekologi och val av plats	Minska påverkan på närmiljön
	Biodiversitet
	Bygga på förorenad mark
Föroreningar	Översvämningsrisk
	Köldmedier
	NOx
	Ljud- och ljusförorening
Process och innovation	Innovativa lösningar premieras
Avfall	Återvinningsrum
	Avfallshantering på byggarbetsplatsen

Källa Lilliehorn 2012 s. 46 f.

Bilaga 3

Område	Indikator
Energi	Energiförbrukning
	Förnybar el, grön el
	Köldmedier
	Mätning av energi
	Krav på "energiledare" som följer upp energiförbrukningen
Byggnadsmaterial	Spara byggdelar vid ombyggnad
	Transportavstånd
	Återvinna byggavfall
	Återvinna/återbruka
	Återvinningsrum
Innemiljö	Dagsljus
	Luftflöde
	Luftkvalitet
	Utblick
	Flyktiga organiska ämnen
	Termisk komfort
	Tobaksrök
	Individuell styrning
Vatten	Minska vattenanvändning inne och ute
	Krav på snålspolande utrustning
	Innovativa avloppslösningar
Förvaltning	Kunskap och utbildning i miljökunnande hos de boende
Byggavfall	Minimalt spill
Infrastruktur och kommunikation	Hur byggnaden passar in i förhållande till infrastrukturen
	Möjlighet till friluftsliv
Ekologi och val av plats	Rätt tomt - kollektivtrafik och service
	Återanvänd mark
	Inverkan på ekosystem, spara natur
	Dagvattenhantering
	Värmeeffekt från tak och asfalt
	Minska erosion och sedimentation i vattendrag
	Alternativa transportsätt, begränsa parkering
Föroreningar	Byggande på förorenad mark belönas
Process och innovation	Innovativ design - Hänsyn tas till lösningar som går längre än vad LEED kräver

Källa: Lilliehorn 2012 s. 51 f.

Bilaga 4

Aspekt/område	Miljöbyggnad	BREEAM	LEED
Energi	x	x	x
Material	x	x	x
Innemiljö	x	x	x
Vatten		x	x
Förvaltning		x	x
Byggavfall		x	x
Infrastruktur och kommunikation		x	x
Ekologi och val av plats		x	x
Föreningar		x	x
Process och innovation		x	x
Transporter, produktion och bruksskede		x	x
Avfall (Byggskede, bruksskede)		x	x

Källa: Lilliehorn 2012 s. 30

Käll- och litteraturförteckning

KÄLLOR

Tryckta källor

Sverige

Utredningsbetänkanden

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

Propositioner och regeringsskrivelser

Prop. 1988/89:76 Om ny köplag.

Prop. 2001/02:121 Genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv om mönsterskydd mm.

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

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

Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om offentlig upphandling.

Swedish national reform programme 2011 Europé 2020 – EU:s strategy for smart, sustainable and inclusive growth, regeringskansliet 2011 s. 7.

LITTERATUR

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement. [Volume 1], regulation in the EU and UK*, 3. ed., Sweet & Maxwell, London, 2014.

Bjerle, Håkan (2014). *Partnerskap: om kontraktens utformning vid partnering och liknande former av utökad samverkan i byggsektorn*. Stockholm: Svensk byggtjänst, 2014.

Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUF S och LOV*, 3. [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015.

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod. I: Juridisk metodlära* (red: Fredrik Korling och Mauro Zamboni), Lund 2013.

Kubba, Sam, *Handbook of green building design, and construction: LEED, BREEAM, and Green Globes*, Butterworth-Heinemann, Boston, Mass., 2012.

Lilliehorn, Per, *Miljöklassning i praktiken: miljöbyggnad, BREEAM, LEED och GreenBuilding i offentliga byggnader*, Utveckling av fastighetsföretagande i offentlig sektor (UFOS), Stockholm, 2012.

Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, Konkurrensverket, Stockholm, 2011.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, Stockholm 1995.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249-272.

Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Piper, Catharina, Willquist, Henrik, *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, Andra upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2015.

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

Sundstrand, Andrea, *Fråga om krav på viss information i offentlig upphandling är förenligt med unionsrätten*, Europarättslig Tidskrift, Nr 3/2013.

Teece, D., 1992. Competition, Cooperation, and Innovation - Organizational Arrangements for Regimes of Rapid Technological Progress. *Journal of Economic Behavior and Organization*, 18 (1), 1-25.

Elektroniska källor

Bergström, Björn *Referenser i offentlig upphandling – Praktisk tillämpning – Analys*, 2015 I: JP Infonet. <http://www.jpinfonet.se/dokument/Analyser-och-referat/2521990/strongReferenserstrong-i-offentlig-upphandling--Praktisk-tillampning--analys?pageid=223248&search=referenser>. Hämtad 2016-10-14.

Europeiska kommissionen, *Office Buildings*, 2016, <http://susproc.jrc.ec.europa.eu/buildings/index.html> Hämtad 2016-10-08.

Fröstad, Liselott, Kenneberg, Jenny, *Partnering ur ett upphandlingsperspektiv – analys*, I: JP Infonet, 2014, [https://www.jpinfonet.se/dokument/Analyser-och-referat/2108943/strongPartnering-urstrong-ett-strongupphandlingsperspektivstrong---analys?pageid=30127&search=partnering ur ett upphandlingsperspektiv](https://www.jpinfonet.se/dokument/Analyser-och-referat/2108943/strongPartnering-urstrong-ett-strongupphandlingsperspektivstrong---analys?pageid=30127&search=partnering%20ur%20ett%20upphandlingsperspektiv), Hämtad 2016-11-25.

Eriksson, Per-Erik, Hane, John, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4, *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*

http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/uppdragsforskning/forsk-rap_2014-4.pdf Hämtad 2016-11-23.

Naturvårdsverket, *Hur miljön mår och hur arbetet med Sveriges miljömål går, 2016*, <http://www.miljomal.se/Vem-gor-vad/Regeringen/> Hämtad 2016-09-30.

Nord, Eskil, *Lag om offentlig upphandling – lagkommentarer*, 2015, tillgänglig via Karnov. Hämtad 2016-10-06.

Ulfsdotter Forsell, *Lag om offentlig upphandling* Lexino 2013-05-01. Tillgänglig i Karnov. Hämtad 2016-10-02.

SGBC, *BREEAM*, <https://www.sgbc.se/docman/om-sweden-gbc-2014/330-infoblad-breeam-2014/file> Hämtad 2016-10-16.

SGBC, *BREEAM Kommittén*, <https://www.sgbc.se/breeam/kommitten> Hämtad 2016-11-15.

SGBC, *BREEAM-SE*, <https://www.sgbc.se/var-verksamhet/breeam> Hämtad 2016-09-30.

SGBC, *Certifiering i leed*, <https://www.sgbc.se/certifiering-i-leed> Hämtad 2016-10-16.

SGBC, *Certifiera med BREEAM-SE*, <https://www.sgbc.se/certifiera-med-breeam-se> Hämtad 2015-11-22.

SGBC, *Certifierade personer*, <https://www.sgbc.se/certifierade-personer> Hämtad 2016-11-16.

SGBC, *Granskare i Miljöbyggnad*, <https://www.sgbc.se/granskare-i-miljobyggnad> Hämtad 2016-10-20.

SGBC, *LEED – Världens mest spridda certifieringssystem*, 2014, <https://www.sgbc.se/docman/om-sweden-gbc-2014/332-infoblad-leed-2014/file> Hämtad 2016-10-16.

SGBC, *Miljöbyggnad – Metodik Nyproducerade och befintliga byggnader*, 2014, <https://www.sgbc.se/docman/miljobyggnad-2014/441-2-2-141001-mb-metodik-vers-141017/file>. Hämtad 2016-10-09.

SGBC, *Om oss*, <https://www.sgbc.se/om-oss> Hämtad 2016-10-24.

SGBC, *Styrelse och stadgar*, <https://www.sgbc.se/om-oss/styrelse-och-stadgar> Hämtad 2016-10-24.

SCBC, *Utbildning*, <https://www.sgbc.se/utbildning> Hämtad 2016-10-19.

SGBC, *Utveckling*, <https://www.sgbc.se/utveckling-topp> Hämtad 2016-10-14.

Europeiska kommissionen

Communication Public Procurement Regional and Social Aspects, COM (89) 400 Final.

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

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén om handlingsplanen för hållbar konsumtion och produktion samt en hållbar industripolitik. KOM (2008) 397 slutlig.

Meddelande från kommissionen Europa 2020 en strategi för smart och hållbar tillväxt för alla. KOM (2010) 2020 slutlig.

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén. Inre marknadsakten. Tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för den inre marknaden. KOM (2011) 206 slutlig.

Rättsfallsförteckning

EU-Domstolen

Mål 31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna*,
ECLI:EU:C:1988:422.

Mål 322/88 *Grimaldes mot Fonds des maladies professionnelles*,
ECLI:EU:C:1989:646.

C-107/98 *Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua
Conorziale (AGAC) di Reggio Emilia*. ECLI:EU:C:1999:562.

C-337/98 *Europeiska kommissionen mot Franska republiken*.
ECLI:EU:C:2000:543.

C-379/98 *PreussenElektra AG mot Schhleswag AG, i närvaro av: Windpark
Reußenköge III GmbH och Land Schleswig-Holstein*, ECLI:EU:C:2001:160.

C-496/99 *Europeiska kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA*.
ECLI:EU:C:2004:236.

C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy
Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne*, ECLI:EU:C:2002:495.

C-448/01 *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Stadtwerke Klagenfurt AG
och Kärntner Elektrizitäts-AG*, ECLI:EU:C:2003:651.

C-278/01 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien*.
ECLI:EU:C:2003:635.

C-234/03 *Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto
Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), tidigare Instituto Nacional de la
Salud (Insalud)*. ECLI:EU:C:2005:644.

C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich
(Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH och APA Austria Presse
Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*.
ECLI:EU:C:2008:351.

C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton
kai Epivlepseon och Nikolaos Vlachopoulos mot Dimos Alexandroupolis,
Planitiki AE, Aikaterini Georgoula, Dimitrios Vasios, N. Loukatos kai
Synergates AE Meleton, Eratosthenis Meletitiki AE, A. Pantazis – Pan.
Kyriopoulou kai syn/tes os Filon OE) och Nikolaos Sideris*.
ECLI:EU:C:2008:40.

C-368/10 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna*.
ECLI:EU:C:2012:284.

C-94/12 *Swm Costruzioni 2 SpA och Mannocchi Lugiano DI mot Provincia di Fermo*. ECLI:EU:C:2013:646.

C-601/13 *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA mot Nersant – Associação Empresarial da Região de Santarém, Núcleo Inicial – Formação e Consultoria Lda*. ECLI:EU:C:2015:204.

C-549/14 *Finn Frogne A/S mot Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*. ECLI:EU:C:2016:634.

C-6/15 *TNS Dimarso NV mot Vlaams Gewest*. ECLI:EU:C:2016:555.

Sverige

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 1996 ref. 100.

RÅ 1997 ref. 40.

RÅ 2002 ref 50.

RÅ 2010 ref. 78.

RÅ 2010 ref. 79.

Övriga domstolar

Kammarrätten i Sundsvall mål nr. 1669-2000. Dom 13 juni 2000.

Kammarrätten i Sundsvall mål nr. 3243-04. Dom 30 november 2005.

Kammarrätten i Göteborg mål nr. 7126-06. Dom 8 juni 2007.

Kammarrätten i Jönköping mål nr. 2016-08. Dom 28 augusti 2008.

Kammarrätten i Jönköping mål nr. 5-09. Dom 4 februari 2009.

Kammarrätten i Göteborg mål nr. 5832-09. Dom 30 oktober 2009.

Kammarrätten i Göteborg mål nr. 1132-10. Dom 23 maj 2010.

Kammarrätten i Jönköping mål nr. 1706-10. Dom 11 oktober 2010.

Kammarrätten i Sundsvall mål nr. 1829-10. Dom 29 september 2010.

Kammarrätten i Jönköping mål nr. 1941-10. Dom 25 november 2010.

Kammarrätten i Jönköping mål nr. 2449-10. Dom 28 oktober 2010.

Kammarrätten i Stockholm mål nr. 5795-10. Dom 7 april 2011.

Kammarrätten i Göteborg mål nr. 6749-11. Dom 9 november 2011.

Kammarrätten i Stockholm mål nr. 1589-12. Dom 20 juni 2012.

Kammarrätten i Sundsvall mål nr. 2263-12. Dom 28 januari 2013.

Kammarrätten i Göteborg mål nr. 661-13. Dom 10 juni 2013.

Kammarrätten i Sundsvall mål nr. 2545-13. Dom 4 november 2013.

Kammarrätten i Göteborg mål nr. 2967-13. Dom 20 november 2013.

Kammarrätten i Sundsvall mål 2197-15. Dom 17 december 2015.

Konkurrensverket

Konkurrensverkets beslut, 2016-01-13, dnr 171/2015.