

Miljökrav vid offentlig upphandling

**Om möjligheten för en upphandlande
myndighet att ställa miljökrav vid offentlig
upphandling, genom tillämpningen av
Europeiska unionens reglering.**

Malva Fors Holfelt

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH13

VT 2023



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Förkortningar	6
1. Inledning	7
1.1. Bakgrund	7
1.2. Syfte och frågeställningar.....	8
1.3. Avgränsningar.....	8
1.4. Metod och material.....	9
1.5. Disposition.....	11
2. Eu:s reglering om offentlig upphandling	13
2.1. Inledning.....	13
2.2. Viktiga bestämmelser i primärrätten och rättsliga principer	13
2.2.1. Inledning	13
2.2.2. Regleringen i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.....	14
2.2.3. De grundläggande rättsprinciperna.....	16
2.3. Offentlig upphandling inom sekundärrätten	21
2.3.1 Inledning	21
2.3.2 Regleringen genom EU-direktiv	21
2.4 Sammanfattning	22
3. Offentlig upphandling utifrån upphandlingsdirektivet	24
3.1 Inledning	24
3.2 Upphandlingsförfarandet	24
3.2.1 Marknadsundersökning.....	24
3.2.2 Tekniska specifikationer	24

3.2.3 Urvalskriterier	25
3.2.4 Tilldelningskriterier	28
3.3 Sammanfattning	30
4. Miljökriterier vid offentlig upphandling	31
4.1 Inledning	31
4.2 Framväxten av miljökrav i offentlig upphandling	31
4.2.1 Inledning	31
4.2.2 Miljökrav vid offentligt upphandling historiskt sett	31
4.3 Möjligheten för en upphandlande myndighet att ställa miljökrav under upphandlingsförfarandet	33
4.3.1 Inledning	33
4.3.2 Krav på leverantören	33
4.3.3 Krav på produkten	36
4.3.4 Miljökrav efter anbudets godkännande	40
4.4 Sammanfattning	41
5. Sammanfattning och slutsatser	43
Käll- och litteraturförteckning	47

Summary

Public procurement, within the European Union, accounts for a total of 14% of the Union's GDP. Due to the fact that public procurement constitutes a large part of the Union's GDP, the use of environmentally smart public procurement is an important factor in reaching the Union's ambitious climate goals.

The essay will deal with the legal rules and legal principles that have arisen as a result of the legal rules, which are important to have an understanding of, to understand why public procurement is regulated as it is. Furthermore, the essay will examine what opportunities a procuring authority has to set environmental requirements during the procurement procedure, partly on the product or service to be procured and partly on the supplier.

From what emerged from the essay, a procuring authority has good opportunities to take environmental considerations into account during a public procurement. A procuring authority can choose to set several different types of requirements and criteria on both the product or service and on the supplier, so that the procurement is as environmentally positive as possible.

The conclusion also discusses whether there should be a requirement for a public authority to make use of environmentally adapted procurement. Currently, the possibility exists, but given the high environmental goals that are set within the Union, it should reasonably be a rule, rather than an opportunity, to make use of environmentally smart public procurement.

Sammanfattning

Den offentliga upphandlingen, inom Europeiska unionen, står för totalt 14% av unionens BNP. På grund av att den offentliga upphandlingen utgör en stor del av unionens BNP är användandet av en miljösmart offentlig upphandling en viktig faktor för att nå unionens högt ställda klimatmål.

Uppsatsen kommer att behandla de rättsregler och rättsliga principer som har uppkommit till följd av rättsreglerna, som är viktiga att ha en förståelse för, för att förstå varför den offentliga upphandlingen regleras som det gör. Vidare kommer uppsatsen att undersöka vilka möjligheter en upphandlande myndighet har för att ställa miljökrav under upphandlingsförfarandet, dels på varan eller tjänsten som ska upphandlas och dels på leverantören.

Av vad som framkommit av uppsatsen har en upphandlande myndighet goda möjligheter att ta miljöhänsyn i beaktning under en offentlig upphandling. En upphandlande myndighet kan välja att ställa upp flera olika typer av krav och kriterium på både varan eller tjänsten och på leverantören, så att upphandlingen blir så miljöpositiv som möjligt.

I slutsatsen diskuteras även om det bör finnas ett krav på att en offentlig myndighet ska använda sig ut av en miljöanpassad upphandling. I dagsläget finns möjligheten, men med tanke på de höga miljömål som finns uppsatta inom unionen bör det rimligen vara en regel, snarare än en möjlighet, att använda sig av en miljösmart offentlig upphandling.

Förkortningar

BNP	Bruttonationalprodukt
Upphandlingsdirektivet	Direktiv 2014/24/EU
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
GDP	Gross domestic product

1. Inledning

1.1. Bakgrund

Fortsätter vi att bruka jordens resurser och leva i de slit- och slängsamhälle som vi gör just nu kommer vi, redan år 2050, att behöva tre jordklot för att resurserna ska räcka till. Europeiska unionen har därför satt upp ett mål om klimatneutralitet till 2050. Målet innebär att vi ska gå från ett slit- och slängsamhälle till ett kretsloppssamhälle. Det betyder att samhället år 2050 ska vara koldioxidneutralt, miljömässigt hållbart, giftfritt och helt cirkulärt. Det här ska bland annat nås genom arbetet mot en cirkulär ekonomi.¹

År 2010 gav Europeiska kommissionen ut en strategi som heter Europa 2020-strategin. Strategin har tre huvudprioriteringar, dessa är *smart tillväxt*, *hållbar tillväxt* och *tillväxt för alla*. I strategin står det att Europeiska unionen ska prioritera en hållbar tillväxt och främja en grön ekonomi.² Vidare har Europa 2020-strategin en framträdande roll i det senaste direktivet om offentlig upphandling, *Direktiv 2014/24/EU*, vidare benämnt upphandlingsdirektivet. I skäl 2 i upphandlingsdirektivet lyfts det fram att den offentliga upphandlingen ska ges en framträdande roll i Europa 2020-strategin för att nå dess mål.³

Den offentliga upphandlingen står för cirka 14 procent av EU:s totala BNP. Under senare år har den offentliga upphandlingen gått från att enbart prioritera de som är mest gynnsamt ekonomiskt till att möjligheten nu finns att väga in andra aspekter i upphandlingen, såsom skydd av miljön för att nå gemensamma samhälleliga mål.⁴

¹ Europaparlamentet. *Hur vill EU uppnå en cirkulär ekonomi senast till år 2050?*.

² Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla.

³ Direktiv 2014/24/EU skäl 2.

⁴ Toftegaard Lindahl, Eva *Offentlig upphandling : LOU och upphandlingsprocessen* s. 23 (2022).

Eftersom den offentliga upphandlingen står för en så stor del av EU:s totala BNP kan de offentliga myndigheterna, genom att välja att upphandla miljövänliga varor och tjänster, bidra till en mer hållbar konsumtion inom hela den Europeiska unionen. Inom EU kallas det för att en myndighet använder sig av en *grön offentlig upphandling*.⁵ Genom att offentliga myndigheter använder sig av en grön offentlig upphandling kan de påverka industrier och företag att utveckla gröna produkter och tekniker. Det finns delar på den offentliga marknaden där offentliga myndigheter står för majoriteten av inköpen och därmed har deras beslut, om de väljer att använda sig av en grön offentlig upphandling, stor påverkan på dessa sektorer. Det är bland annat områden så som kollektivtrafik, utbildning och hälso- och sjukvård.⁶

1.2. Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka vilka möjligheter en upphandlande myndighet har, genom Europeiska unionens reglering på området, vad gäller att ställa miljökrav under upphandlingsförfarandet. Syftet är därför att undersöka under vilka delar av upphandlingsförfaranden möjligheten till att ställa miljökrav finns och på vilka sätt det är möjligt att ställa kraven.

Frågeställningen är därmed *”vilka möjligheter har en upphandlande myndighet att ställa miljökrav vid offentlig upphandling, genom tillämpningen av Europeiska unionens reglering?”*.

1.3. Avgränsningar

Avgränsningar i den här uppsatsen har främst gjorts med hänsyn till tidsramen och uppsatsens omfattning. Uppsatsen kommer därmed endast att fokusera på vilka möjligheter en upphandlande myndighet har för att ställa miljökrav vid offentlig upphandling med hjälp av den reglering som Europeiska unionen har tagit fram på området. Det medför att ingen nationell lagstiftning kommer att tas upp och

⁵ European Commission. *Green Public Procurement*.

⁶ European Commission. *What is GPP*.

behandlas i arbetet. Vidare har avgränsningar gjorts genom att fokus ligger på bestämmelserna i de två grundfördragen *Fördraget om Europeiska unionen* och *Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt*, de grundläggande rättsliga principerna samt det övergripande upphandlingsdirektivet *Direktiv 2014/24/EU*⁷. Det kommer därmed inte att göras någon närmare analys av de olika sektorspecifika direktiven som finns inom olika sektorer på upphandlingsområdet, på grund av tidsaspekter och omfattning.

Avgränsningar har även gjorts till att undersöka möjligheten för en upphandlande myndighet att ställa miljökrav på leverantören och produkten eller tjänsten vid offentlig upphandling. Det finns andra aspekter så som myndigheters möjlighet till att ta social hänsyn i offentlig upphandling som även det hade varit intressant att undersöka. Men på grund av omfattning, tid och intresse kommer uppsatsen enbart undersöka möjligheten för en upphandlande myndighet att ta miljöhänsyn i beaktning vid en offentlig upphandling.

Uppsatsen syftar som nämnt till möjligheten att ställa miljökrav vid offentlig upphandling och därför kommer den största vikten ligga vid de rättsregler, krav och kriterier som är mest relevanta för just möjligheten att ställa miljökrav. Uppsatsen kommer därmed inte att beskriva hela upphandlingsförfarandet i sin helhet utan relevanta delar kommer att plockas ut.

1.4. Metod och material

Uppsatsen kommer att utgå från en EU-rättslig metod. Inom EU-rätten spelar de grundläggande rättsliga principerna en större roll än vad de gör i svensk rätt.⁸

Materialet som kommer att användas i uppsatsen utgår från EU:s rättskällor. För att förstå hur den EU-rättsliga metoden tillämpas behövs en redogörelse för den hierarkiska ordningen som råder bland EU:s rättskällor. Högst upp i hierarkin står det som, inom Europeiska unionen, kallas för primärrätten. Primärrätten åbestår framförallt av de två grundfördragen, *Fördraget om Europeiska unionen* och

⁷ Direktiv 2014/24/EU.

⁸ Bernitz, Ulf et.al *Finna rätt : juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Norstedts Juridik, 15 uppl., 2020 s, 72.

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Bestämmelserna i fördragen ger institutionerna inom Europeiska unionen möjlighet att utfärda närmare bestämmelser för att uppnå anvisande mål. Sådana bestämmelser som EU:s institutioner utfärdar benämns sekundärrätt och innefattar bland annat direktiv. Direktiv är en form av rättskälla som kommer att behandlas ingående i det här arbetet. En ytterligare rättskälla som kommer att behandlas under arbetet är EU-domstolens rättspraxis och de allmänna rättsprinciperna som har uppkommit till följd av detta. De allmänna rättsprinciperna som EU-domstolen har fastslagit kompletterar i stor utsträckning primärrätten och har därför företräde framför sekundärrätten.⁹ Utöver behandling av primärrätt, sekundärrätt och rättspraxis kommer uppsatsen även att behandla relevant EU-rättslig doktrin.

Det här arbetet kommer att använda sig av den rättsdogmatiska metoden för att tolka EU:s rättskällor. Genom att använda den rättsdogmatiska metoden fastställs gällande rätt genom att använda den så kallade rättskälleläran. Rättskälleläran innebär att gällande rätt granskas och värderas efter den hierarkiska ordning som finns bland rättskällorna och som har tagits upp i stycket ovan. Inom rättskälleläran anses de rättskällorna som har tagits upp i stycket ovan vara de primära rättskällorna som ska användas när rättslig reglering analyseras. Vidare anser rättskälleläran att relevant doktrin som finns på området kan användas som stöd för analysen.¹⁰ Det här arbetet kommer således att tillämpa den rättsdogmatiska metoden genom att följa den hierarkiska ordningen bland EU:s rättskällor. Först kommer primärrätten, som står högst upp i EU:s hierarki, att bearbetas. Följt av de grundläggande rättsliga principerna som är relevanta för arbetet och som uppkommit som följd av primärrätten. Vidare kommer sekundärrätten i form av bland annat direktiv att bearbetas under arbetet för att besvara frågeställningen.¹¹ Även uttalanden och publiceranden från kommissionen samt relevant doktrin på området kommer att användas för att besvara den valda frågeställningen.

⁹ Hettne, Jörgen *EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning* s,40-44 (2017).

¹⁰ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s,24 (2012).

¹¹ Bernitz, Ulf et.al *Finna rätt : juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Norstedts Juridik, 15 uppl., 2020 s, 64-67.

För att analysera vad som står i de olika rättskällorna kommer arbetet att använda sig av en teleologisk tolkningsmetod. Den teleologiska tolkningsmetoden innebär att rättskällorna tolkas ut i från dess ändamål och syfte.¹² Den teleologiska tolkningsmetoden används i stor utsträckning av EU-domstolen när den tolkar unionsrätten.¹³

1.5. Disposition

Uppsatsen består av fem kapitel. Efter det inledande kapitlet börjar uppsatsen i kapitel två med att ta upp de viktiga och grundläggande rättsreglerna och rättsliga principer som finns på upphandlingsområdet, inom Europeiska unionen. Bestämmelser från primärrätten, rättspraxis och sekundärrätten kommer att beskrivas och tolkas så att läsaren får en grundläggande förståelse för hur den övergripande regleringen på upphandlingsområdet ser ut. Genom att ge en överblick av regleringen ur EU-fördragen och de rättsliga principerna gör det det enklare att förstå varför upphandlingsdirektivet ser ut som det gör.

I kapitel tre kommer en närmare beskrivning av de relevanta bestämmelserna ur upphandlingsdirektivet att göras. Kapitlet syftar till att ge läsaren en grundläggande förståelse för hur en offentlig upphandling utförs, samt vilka krav och kriterier som är obligatoriska eller möjliga för en upphandlande myndighet ställa på leverantören eller produkten och tjänsten vid en offentlig upphandling. Här beskrivs inte hela upphandlingsförfarandet i detalj, utan relevanta delar har plockats ut för att ge en övergripande förståelse.

I det fjärde kapitlet kommer materialet för att besvara själva huvudfrågan att tas upp. I kapitlet kommer först en kort redogörelse för framväxten av miljökrav vid offentlig upphandling göras. Vidare kommer kapitlet att ta upp de möjligheter som finns för en upphandlande myndighet att ställa miljökrav vid en offentlig upphandling. Kapitlet kommer dels att ta upp vilka miljökrav som är möjliga att ställa på leverantören och dels vilka miljökrav som är möjliga att ställa på varan

¹² Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s,25 (2012).

¹³ Papadopoulou, Frantzeska *Juridikens nycklar: introduktion till rättsliga sammanhang, metoder och verktyg* s, 131 (2021).

eller tjänsten som ska upphandlas. Den avslutande delen i kapitlet kommer att ta upp vilka miljökrav som är möjliga att ställa efter det att en leverantör har blivit tilldelad ett kontrakt.

Det femte och sista kapitlet börjar med en sammanfattning av vad arbetet har kommit fram till. Efter följer de slutsatser som kan dras vad gäller möjligheten för en upphandlande myndighet att ställa miljökrav vid en offentlig upphandling samt besvarande av frågeställningen. Kapitlet avslutas med en framåtblickande syn på miljökrav vid offentlig upphandling.

2. Eu:s reglering om offentlig upphandling

2.1. Inledning

Europeiska unionens bestämmelser kring offentlig upphandling regleras på olika nivåer. Till och börja med genom primärrätten, vilket bland annat är de två grundfördragen, *Fördraget om Europeiska unionen* och *Fördraget om europeiska unionens funktionssätt*. Offentlig upphandling regleras även genom de grundläggande rättsliga principerna som har framkommit av EU-domstolens rättspraxis. Offentlig upphandling regleras vidare genom sekundärrätten, främst i form av direktiv.¹⁴ Det här kapitlet kommer att behandla de viktigaste bestämmelserna för offentlig upphandling både inom primärrätten samt de grundläggande rättsliga principerna och reglering i fråga om sekundärrätten, främst genom Direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling.

2.2. Viktiga bestämmelser i primärrätten och rättsliga principer

2.2.1. Inledning

Primärrätten står högst upp i den rättsliga hierarkin inom Europeiska unionen och är att likna vid de svenska grundlagarna. EU:s primärrätt består framförallt av de två EU-fördragen. Fördragen är "*Fördraget om Europeiska unionen*" (FEU) och "*Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt*" (FEUF).¹⁵

Offentlig upphandling styrs till stor del utifrån fem grundläggande rättsliga principer som har framkommit genom EU-domstolens rättspraxis, och som även till stor del står inskrivna i FEU och FEUF. Det är *principen om icke-diskriminering*, *principen om likabehandling*, *proportionalitetsprincipen*,

¹⁴ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s.33 (2012).

¹⁵ Derlén, Mattias *Grundläggande EU-rätt* s. 41 upplaga 2 (2021).

principen om öppenhet och *principen om ömsesidigt erkännande*. Principernas syfte är att stärka den fria rörligheten för varor och tjänster inom unionen, som framgår av artikel 26.2 FEUF. Principerna ligger till grund för hur leverantörer ska behandlas, hur utformningen av upphandlingsdokument ska se ut och hur upphandlingar ska dokumenteras på ett korrekt sätt.¹⁶ Ytterligare en relevant princip som är viktig för den offentliga upphandlingen är försiktighetsprincipen, som även den kommer att behandlas i avsnittet.

Fokus i det här avsnittet kommer att ligga på de bestämmelser, som i Europeiska unionens primärrätt är relevanta för den offentliga upphandlingen samt hur dessa bestämmelser har tolkats av EU-domstolen.

2.2.2. Regleringen i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Europeiska unionen består av en inre marknad utan gränser vilket regleras av artikel 26.2 FEUF. Bestämmelsen i fördraget tar upp de fyra grundläggande friheter som gäller inom hela unionen. De fyra friheterna innebär en fri rörlighet för varor, personer, kapital och tjänster. Vidare regleras de fyra friheterna i enskilda artiklar i FEUF. Artikel 34 FEUF reglerar fri rörlighet för varor, artikel 45 FEUF reglerar fri rörlighet för personer, artikel 49 FEUF reglerar etableringsfriheten och artikel 56 FEUF reglerar friheten att tillhandahålla tjänster. Syftet med de grundläggande friheterna och den inre marknaden är bidra till en ökad handel och rörlighet mellan medlemsstaterna genom att förhindra diskriminering.¹⁷

Europeiska unionens reglering på området offentlig upphandling har sin grund i de fyra friheterna samt i de grundläggande rättsprinciperna. De grundläggande rättsprinciperna, som är relevanta för den offentliga upphandlingen, är som tidigare tagits upp, *principen om icke-diskriminering*, *principen om*

¹⁶ Toftegaard Lindahl, Eva *Offentlig upphandling : LOU och upphandlingsprocessen* s, 27 (2022)

¹⁷ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s,34 (2012).

*likabehandling, proportionalitetsprincipen, principen om öppenhet och principen om ömsesidigt erkännande.*¹⁸

Tidigt i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt har lagstiftarna valt att betona vikten av miljöskydd. Artikel 11 FEUF handlar om att EU:s politik ska främja en hållbar utveckling genom att integrera miljöskyddskrav i utformandet och genomförandet av all politik som drivs av unionen.

Artikel 34 FEUF reglerar den fria rörligheten för varor. I artikeln står det att *”kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna”*¹⁹. Med kvantitativa importrestriktioner, menar EU-domstolen, är åtgärder som innebär ett totalt eller partiellt förbud mot import, export eller transitering.²⁰ Åtgärder med motsvarande verkan tolkar EU-domstolen som att alla handelsregler som är antagna av medlemsstater som direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan utgöra hinder för handeln inom Europeiska unionen ska anses vara åtgärder med motsvarande verkan.²¹

Artikel 49 FEUF reglerar etableringsfriheten. Etableringsfriheten betyder att det inte ska finnas några inskränkningar för medborgare i ett visst EU-land att etablera sig i ett annat EU-land. Etableringsfriheten innebär också att en EU-medborgare får, i ett annat EU-land, starta och driva företag och verksamheter på samma villkor som landets egna medborgare har rätt till.²²

Artikel 56 FEUF reglerar friheten att tillhandahålla tjänster. Bestämmelserna i artikeln betyder att medlemsstater inte får lov att ha rättsregler i sina egna stater som gör att det blir svårare att tillhandahålla tjänster mellan unionens

¹⁸ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s,36 (2012).

¹⁹ Mål 2/73 Geddo p,7.

²⁰ Mål 2/73 Geddo p,7.

²¹ Mål 8/74 Dasonville p,7.

²² Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s,39 (2012).

medlemsländer, än vad det är att tillhandahålla tjänster inom de egna medlemslandet.²³

2.2.3. De grundläggande rättsprinciperna

Principen om icke-diskriminering

Den allmänna principen om icke-diskriminering återfinns i artikel 10 och 18 i FEUF. På området offentlig upphandling innebär principen om icke-diskriminering att det är förbjudet att diskriminera en leverantör på grund av aktörens nationalitet. Det gäller både indirekt och direkt diskriminering. Det betyder till exempel att en upphandlande myndighet inte får lov att ställa sådana krav som enbart leverantörer i den nation som upphandlingen äger rum i kan uppnå. En myndighet får till exempel inte kräva att en produkt har ett visst ursprung. Dock är det inte helt förbjudet att ställa krav där förutsättningarna kan anses olika för de olika nationerna inom unionen. Det är till exempel inte förbjudet att ställa krav om att anbudet ska lämnas på ett visst språk, så länge det är ett av EU:s 27 officiella språk.²⁴

Principen om icke-diskriminering, inom offentlig upphandling, har prövats flera gånger av EU-domstolen. Bland annat i mål C-45/87 *Kommissionen mot Irland* där en irländsk myndighet ställde krav i en offentlig upphandling som domstolen ansåg vara diskriminerande och därmed stred mot principen om icke-diskriminering samt artikel 30 i EEG-fördraget (nuvarande FEUF-fördraget). Kravet som den irländska myndigheten hade ställt var att materialet på det som skulle upphandlas skulle ha en viss nationell standard. Att kravet var utformat så att det endast var den nationella standarden som var godtagbar gjorde att anbudsgivare från andra nationer inte hade möjlighet att lämna anbud. Hade kravet i stället haft med en paragraf som benämndes "*eller liknande standard*" hade den upphandlande myndigheten inte brutit mot bestämmelserna i FEUF-

²³ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s.39 (2012).

²⁴ Toftegaard Lindahl, Eva *Offentlig upphandling : LOU och upphandlingsprocessen* s. 53 (2022).

fördraget eller icke-diskrimineringsprincipen. Genom att använd sig utav uttrycket ”*eller liknande standard*” kan anbudsgivare i de andra medlemsländerna lämna anbud som uppfyller en liknande standard som den nationella standarden har, där upphandlingen sker.²⁵

Principen om likabehandling

Principen om likabehandling är en av de mest betydelsefulla principerna inom Europeiska unionen. Enligt EU-domstolen kommer principen bland annat till uttryck i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt artikel 18 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. EU-domstolen har även fastslagit att principen om likabehandling utgör grunden för europeiska unionens reglering på området offentlig upphandling.²⁶

Principen om likabehandling, från en perspektiv utifrån offentlig upphandling, utgår i fråga om att alla potentiella anbudsgivare ska ges samma förutsättningar och att varken positiva eller negativa särbehandlingar får göras. Ett exempel på det är att en upphandlande myndighet inte får ställa krav på en produkt har ett visst varumärke. En upphandlande myndighet får inte heller ge någon form av förhandsinformation till en viss anbudsgivare utan alla leverantörer ska ha lika möjligheter inför och under upphandlingen. Utgångspunkten för principen om likabehandling är att det ska råda konkurrensneutralitet.²⁷ EU-domstolen har bland annat, genom de förenade målen C-21/03 och C-34/03, fastslagit principen om lika behandling på så sätt ”*att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika*”²⁸. Under en offentlig upphandling är det viktigt att tänka på att om det görs ändringar eller förtydligande i förfrågningsunderlaget ska dessa ges och göras tillgängliga till alla aktörer som är med i upphandlingen, så att alla får samma förutsättningar.²⁹

²⁵ Mål C-45/87 Kommissionen mot Irland.

²⁶ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s.43 (2012).

²⁷ Toftgaard Lindahl, Eva *Offentlig upphandling : LOU och upphandlingsprocessen* s. 55 (2022).

²⁸ Förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom SA mot État belge* p 27.

²⁹ Stavenoe, C, Senneström, L *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juridik och praktik* s, 56.

Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen är en grundläggande princip inom EU och återfinns bland annat i artikel 5 p.4 FEU. Principen innebär att den åtgärd som vidtas inte får vara mer långtgående än vad som är nödvändigt för att uppnå ändamålet med åtgärden. Det betyder att det inte bör finnas andra mindre ingripande åtgärder än de som används, som ger samma resultat.³⁰

Proportionalitetsprincipen, på upphandlingsområdet, innebär att kraven som ställs i upphandlingen dels måste ha ett naturligt samband med, och dels stå i rimlig proportion till de som ska upphandlas. Det betyder att den upphandlande myndigheter inte får ställa högre krav än vad som anses nödvändigt för upphandlingen. Syftet med proportionalitetsprincipen är att motverka en icke-nödvändig konkurrensbegränsning. Principen tar sikte på de sakliga innehållet i kraven som den upphandlande myndigheten ställer. Den upphandlande myndigheten får således inte ställa krav som inte är relevanta för upphandlingen eller krav som är höre ställda än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen.³¹ EU-domstolen har tillämpat proportionalitetsprincipen i flera domar. Bland annat i mål C-210/01 där EU-domstolen förtydligade tolkningen av proportionalitetsprincipen genom att uttrycka *”att de åtgärder som föreskrivs i en gemenskapsbestämmelse är ägnade att leda till att det eftersträvade målet uppnås och att de inte går utöver gränserna för vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål”*.³²

Principen om öppenhet

Principen om öppenhet benämns även för transparensprincipen och betyder att den upphandlande myndigheten har en skyldighet att se till så att upphandlingen har en öppenhet och att anbudsgivarna har tillgång till information kring hur upphandlingen kommer att genomföras. Principen om öppenhet syftar till att säkerställa så att upphandlingar sker enligt reglerna om konkurrens och att det i efterhand ska vara möjligt att granska så att en upphandlande myndighet har följt

³⁰ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s.46-47 (2012).

³¹ Toftegaard Lindahl, Eva *Offentlig upphandling : LOU och upphandlingsprocessen* s. 59 (2022).

³² Mål C-210/03 Swedish Match p.47.

de rättsliga regler som finns kring offentlig upphandling. Principen gör att det i efterhand är möjligt att utvärdera och jämföra anbud med varandra så att till exempel leverantörer och domstolar i efterhand kan granska och förstå hur den upphandlande myndigheten gjorde sin bedömning. Principen om öppenhet ska också säkerställa att kraven i upphandlingsförfarandet är tydliga, enkla att förstå och korrekt formulerade³³. EU-domstolen förtydligar principen om öppenhet bland annat genom dom C-19/00 *SIAC Construction* där domstolen skriver ”att tilldelningskriterierna skall vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt”³⁴.

Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande finns inskrivet i artikel 53 FEUF och syftar till att underlätta för personer i EU:s olika medlemsländer att utöva eller starta verksamhet i ett annat EU-land. Enligt artikel 53 FEUF ska det göras genom att olika typer av behörighetsbevis som har utfärdats i en medlemsstat gäller i alla medlemsstater.

Inom den offentliga upphandlingen betyder det att olika typer av behörighetsbevis, så som intyg och certifikat, som en behörig myndighet inom ett EU/ESS land har utfärdat och som motsvarar de behörighetskrav som ställs i upphandlingen, också ska vara giltigt i resterande EU/ESS länder. Till exempel ska en utbildning där utövaren blivit examinerad i ett annat EU/ESS land också gälla i den nationen inom EU/ESS där upphandlingen sker. I mål C-6/20 dömde domstolen enligt principen om ömsesidigt erkännande. Målet handlar om en myndighet i Estland som hade satt upp krav på att anbudsgivarna skulle ha ett godkännande från den estniska livsmedels- och veterinärmyndigheten. EU-domstolen menade på att det stred mot principen om ömsesidigt erkännande och motiverade det med ”att den inte kan åberopas av en upphandlande myndighet som, inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling, i syfte att följa den

³³ Toftgaard Lindahl, Eva *Offentlig upphandling : LOU och upphandlingsprocessen* s. 63 (2022).

³⁴ Mål C-19/00 *SIAC Construction* p, 42.

nationella livsmedelslagstiftningen, kräver att anbudsgivarna redan när de lämnar sina anbud innehar en registrering eller ett godkännande som utfärdats av den behöriga myndigheten i den medlemsstat där kontraktet ska utföras”³⁵.

Försiktighetsprincipen

Miljöpolitiken har idag en stark ställning inom EU. Det syns tydligt i artikel 11 FEUF som tar upp att miljöskydds krav ska beaktas i EU:s politik i syfte att främja en hållbar utveckling. Bestämmelsen i fördraget ska tillämpas på alla EU:s politikområden och där med även på den offentliga upphandlingen.³⁶ I artikel 191 FEUF förtydligas vilka mål som miljöpolitiken ska bidra till.

Artikel 191 FEUF bygger på en rad rättsliga principer, bland annat försiktighetsprincipen. Försiktighetsprincipen får lov att användas när tre villkor är uppfyllda. Den myndighet som väljer att tillämpa försiktighetsprincipen måste först ha identifierat potentiella negativa effekter, göra en bedömning av de vetenskapliga belägg som finns tillgängliga samt bedöma den vetenskapliga osäkerheten kring beläggen. Om en upphandlande myndighet kommer fram till att det är nödvändigt att tillämpa försiktighetsprincipen ska de åtgärder som myndigheten väljer att tillämpa vara proportionerliga, icke-diskriminerande och vara liknande sådana åtgärder som gjorts vid tidigare liknande fall. Vidare ska myndigheten även göra en kostnads- och intäktsanalys. Åtgärderna som myndigheter väljer att använda sig av genom tillämpningen av försiktighetsprincipen ska vara granskningsbara och myndigheten ska ha de vetenskapliga belägg som krävs för en övergripande riskbedömning. Med allt det ovanstående i beaktning betyder det att en leverantör inte kan säga att det inte finns vetenskapliga belägg för att en skada kan komma att uppstå om en upphandlande myndighet följer alla steg ovan och där med väljer att tillämpa försiktighetsprincipen i upphandlingen.³⁷

³⁵ Mål C-6/20 Sotsiaalministeerium p, 72

³⁶ Stavenoe, C, Senneström, L *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juridik och praktik* s, 59.

³⁷ Ibid s, 60-61.

2.3. Offentlig upphandling inom sekundärrätten

2.3.1 Inledning

Offentlig upphandling regleras till stor del genom en rad EU-direktiv som medlemsstaterna är bundna till att följa genom medlemskapet i unionen.³⁸ Enligt artikel 288 FEUF är ett direktiv bindande för medlemsstaterna. I artikeln anges de resultat som ska vara uppnått ut i från direktivet. Vid tillämpningen av ett direktiv får de nationella myndigheterna själva välja form och tillvägagångssätt för hur resultatet ska uppnås. Fördelarna med att använda sig av ett direktiv är att medlemsstaterna själva kan välja de mest lämpliga sättet, inom den egna nationen, för att uppnå resultatet. På så sätt har medlemsstaterna en större flexibilitet i hur de väljer att tillämpa och genomföra direktivet.³⁹

2.3.2 Regleringen genom EU-direktiv

Det mest övergripande direktivet på upphandlingsområdet är Direktiv 2014/24/EU *om offentlig upphandling*. Skäl 1 i direktivet innebär att den offentliga upphandlingen måste överensstämma med de grundläggande principer som finns i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, särskilt bestämmelserna om de fyra grundläggande friheterna och de fem rättsliga principerna som har tagits upp i tidigare avsnitt av arbetet.⁴⁰ Skäl 2 i direktivet tar upp att den offentliga upphandlingen ska uppmärksamma Europa 2020 strategin. Europa 2020 strategin är en strategi som ska främja en smart och hållbar tillväxt för alla och den offentliga upphandlingen ska genom den bidra till att Europeiska unionen uppnår de samhälleliga mål som är uppsatta.⁴¹

Upphandlingsdirektivet tillämpas när en offentlig myndighet väljer att köpa in varor i från en juridiskt fristående person. Det tillämpas således inte om den upphandlande myndigheten väljer att använda sig av egna medel som finns inom organisationen. Genom upphandlingsdirektivet har den offentliga upphandlingen

³⁸ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s,56 (2012).

³⁹ Derlén, Mattias *Grundläggande EU-rätt* s, 43 upplaga 2 (2021).

⁴⁰ Se avsnitt 2.2.2 och 2.2.3.

⁴¹ Direktiv 2014/24/EU Skäl 1 och 2.

harmoniserats inom unionen. Syftet med en harmoniserad lagstiftning på upphandlingsområdet är att främja konkurrensen inom unionen. Upphandlingsdirektivet är ett minimidirektiv vilket medför att det i vissa delar saknas specifika bestämmelser. Där det saknas specifika bestämmelser får medlemsländerna själva ta fram lämplig reglering. En del bestämmelser i upphandlingsdirektivet har så kallad direkt effekt vilket medför att enskilda kan åberopa bestämmelserna i direktivet mot en upphandlande myndighet. Upphandlingsdirektivet är vidare ett förfarandedirektiv vilket betyder att direktivet reglerar de förfaranden som är tillämpliga vid en offentlig upphandling hos en upphandlande myndighet.⁴²

Utöver de övergripande upphandlingsdirektivet så finns det en rad sektorsspecifika direktiv för olika områden av offentlig upphandling. Exempel på sådana direktiv är Direktiv 2014/25/EU *om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*⁴³, Direktiv 2009/81/EG *om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet*⁴⁴ och Direktiv 89/665/EEG *om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten*⁴⁵.

2.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan det konstateras att offentlig upphandling, inom Europeiska unionen, övergripande styrs och genomsyras av de rättsliga regler och principer som återfinns i de grundläggande EU-fördragen och som har framkommit av EU-domstolens rättspraxis. Det står tidigt i FEUF att miljöhänsyn ska genomsyra all politik inom EU. Offentlig upphandling ska ta hänsyn till den fria rörligheten för varor, tjänster personer och kapital som framkommer av FEUF

⁴² Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s. 58-63 (2012).

⁴³ Direktiv 2014/25/EU

⁴⁴ Direktiv 2009/81/EG

⁴⁵ Direktiv 89/665/EEG

samt respektera och följa de fem grundläggande principerna. Även försiktighetsprincipen kan användas när en upphandlande myndighet vill säkerställa att försiktighetsgärder har gjorts inför upphandlingen.

Det övergripande upphandlingsdirektivet reglerar den allmänna offentliga upphandlingen inom unionen på ett mer utförligt sätt. Upphandlingsdirektivet har som syfte att främja konkurrensen inom unionen och reglerar de förfaranden som är tillämpliga vid offentlig upphandling inom unionen. I upphandlingsdirektivet betonas att den offentliga upphandlingen ska ta hänsyn till det som framkommer av FEUF samt de grundläggande principerna. I direktivet framkommer även att hänsyn ska tas till en hållbar tillväxt vid offentlig upphandling. Vidare finns det ytterligare sektorspecifika direktiv på upphandlingsområdet som reglerar den offentliga upphandlingen för just det området.

3. Offentlig upphandling utifrån upphandlingsdirektivet

3.1 Inledning

Den offentliga upphandlingen inom Europeiska unionen regleras främst genom det grundläggande upphandlingsdirektivet. I upphandlingsdirektivet framgår det hur en offentlig upphandling ska utföras, från det att en offentlig myndighet beslutar att de behöver upphandla en viss vara eller tjänst, till dess att upphandlingen är avslutad.⁴⁶ Det här kapitlet redogör för några av de centrala artiklarna, för det här arbetet, i från upphandlingsdirektivet samt innebörden av artiklarna. Det görs för att skapa en övergripande förståelse för hur processen går till när en upphandlande myndighet ska genomföra en offentlig upphandling.

3.2 Upphandlingsförfarandet

3.2.1 Marknadsundersökning

När en myndighet ska påbörja en upphandling ska myndigheten göra en marknadsundersökning enligt artikel 40 i upphandlingsdirektivet. En marknadsundersökning görs dels för att förbereda upphandlingen och dels för att informera de ekonomiska aktörerna om upphandlingen samt vilka krav som kommer att ställas. Under marknadsundersökningen får den upphandlande myndigheten be om råd från oberoende experter eller myndigheter. Råden får lov att användas under upphandlingsförfarandet så länge det inte snedvrider konkurrensen eller bryter mot de grundläggande principerna.⁴⁷

3.2.2 Tekniska specifikationer

Av artikel 42 i upphandlingsdirektivet framkommer det att en upphandlande myndighet ska ställa upp krav på tekniska specifikationer vid

⁴⁶ Direktiv 2014/24/EU.

⁴⁷ Ibid Artikel 40.

upphandlingsförfarande. Tekniska specifikationer är de tekniska föreskrifter som anges i upphandlingsdokumenten och som krävs för att det som ska upphandlas ska vara lämpligt för vad den upphandlande myndigheten planerar att använda det för. Egenskaperna får bland annat omfatta miljö- och klimatprestanda, vilket framkommer av bilaga VI p.1 i upphandlingsdirektivet.⁴⁸

Enligt artikel 42 i upphandlingsdirektivet, ska de egenskaper som krävs för produkten eller tjänsten som ska upphandlas, ingå i upphandlingsdokumenten som tekniska specifikationer. Kraven ska vara uppfyllda för att en aktör ska få lov att delta i upphandlingen. De tekniska specifikationerna kan vara krav på själva produkten eller tjänsten men också vara egenskaper i den specifika processen eller metoden som används för att producera det som ska upphandlas. De tekniska specifikationerna måste vara kopplade till varan eller tjänsten som ska upphandlas och vara proportionerliga i förhållande till upphandlingens värde och målsättning. De tekniska specifikationerna får inte vara uppställda på ett sådant sätt att det hindrar konkurrensen.⁴⁹

Det ska vara tydligt för anbudsgivarna vilka de tekniska specifikationerna är. Oavsett vilken teknisk specifikation som en upphandlade myndigheten väljer att använda ska kravet att följas upp med orden *eller liknande*. Det behövs för att säkerställa konkurrensen mellan aktörerna⁵⁰.

3.2.3 Urvalskriterier

Artikel 58 i upphandlingsdirektivet reglerar en upphandlande myndighets möjligen till att ställa upp urvalskriterier. Urvalskriterier kan enligt direktivet avse leverantörens:

- ”a) behörighet att utöva yrkesverksamhet i fråga,*
- b) ekonomisk och finansiell ställning,*
- c) teknisk och yrkesmässig kapacitet”⁵¹.*

⁴⁸ Ibid Bilaga VI p,1.

⁴⁹ Direktiv 2014/24/EU Artikel 42.

⁵⁰ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s, 250 (2012).

⁵¹ Direktiv 2014/24/EU Artikel 58.

Urvalskriterierna är kriterier vars syfte är att bedöma anbudsgivarnas förmåga att genomföra ett kontrakt.⁵² Urvalskriterierna är de minimikrav som fastställs för aktörens kapacitet. Det är inte obligatoriskt för en upphandlande myndighet att använda sig av urvalskriterier, utan myndigheten kan välja att acceptera alla leverantörer oberoende av dess ekonomiska ställning eller tekniska kapacitet. Artikel 58 i upphandlingdirektivet blir därför endast tillämpning när en upphandlande myndighet väljer att använda sig av urvalskriterier som en grund under upphandlingsförfarandet.⁵³

Kraven som ställs upp bland urvalskriterierna får endast tillämpas som krav för deltagande. Kraven är till för att se till så att den aktör som vill delta i upphandlingen har rätt rättslig och ekonomisk förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att utföra kontraktsinnehållet. Artikeln betonar också att proportionalitetsprincipen måste beaktas⁵⁴. Urvalskriterierna är därmed krav och kriterier som ställs på aktören för att bedöma dess förmåga att klara av att utföra upphandlingen.⁵⁵

En upphandlande myndighet får till exempel, som ett urvalskriterium, ställa krav på att de ekonomiska aktörerna ska vara anslutna till ett *”yrkes- eller branschregister som finns i den medlemsstat där de är etablerade”*⁵⁶. I bilaga X1 i upphandlingsdirektivet finns en lista över vilka yrkes- eller branschregister som gäller för varje medlemsland och som där med är godkända att användas som urvalskriterium.⁵⁷

Den upphandlande myndigheten får också ställa krav på att aktören har den ekonomiska och finansiella kapacitet som är nödvändig för att kunna utföra det som upphandlingen innebär. Det kan till exempel vara krav på att den ekonomiska

⁵² Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s, 221 (2012).

⁵³ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling, en introduktion* s,113 (2013)

⁵⁴ Direktiv 2014/24/EU Artikel 58.

⁵⁵ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s, 221 (2012).

⁵⁶ Direktiv 2014/24/EU Artikel 58 p.2

⁵⁷ Ibid Billiga XI.

aktören har en viss minsta årsomsättning, krav på att aktörerna lämnar information om sina bokslut där tillgångar och skulder framgår och krav på att aktören har en ansvarsförsäkring för verksamheten som är lämplig.⁵⁸

Urvalskriterier som får ställas vad gäller teknisk och yrkesmässig kapacitet är till exempel krav på att aktören har nödvändiga personalresurser, vilket den upphandlande myndigheten får kräva att aktören visar det med referenser från tidigare avklarade kontrakt. Kraven kan också innebära att aktören har tillräckliga tekniska resurser och den erfarenhet som krävs för att kunna fullgöra upphandlingen⁵⁹. Det kan till exempel handla om att aktören ska lämna en förteckning över slutförda upphandlingar de senaste åren. Exempel på urvalskriterier som inte är godkända kan bland annat utläsas ur rättspraxis. I mål C-225/98 *Kommissionen mot Frankrike*⁶⁰ ställde den upphandlande myndigheten upp ett urvalskriterium med krav på att aktören skulle bevisa att denna var medlem i det franska aktiesamfundet. EU-domstolen kom fram till att ett sådant urvalskriterium var diskriminerande då det gynnade franska aktier och bröt därmed mot den fria rörligheten för tjänster som finns i artikel 56 i FEUF.⁶¹

Urvalskriterierna ska framgå i meddelandet om upphandlingen. Det ska framgå vilka minikrav på förmåga som ställs och vilka bevis som behövs för att styrka det.⁶²

Bedömningen som den upphandlande myndigheten gör avseende anbudsgivarnas förmåga att genomföra kontraktet görs dels genom att pröva anbudsgivarnas lämplighet att utföra det som ska upphandlas och dels genom att pröva deras kapacitet så att det faktiskt kan genomföra de som upphandlas. På så sätt kan den

⁵⁸ Ibid Artikel 58 p.3

⁵⁹ Ibid Artikel 58 p.4

⁶⁰ Mål C-225/98 *Kommissionen mot Frankrike*.

⁶¹ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s. 234 (2012).

⁶² Direktiv 2014/24/EU Artikel 58 p.5

upphandlande myndigheten, genom ställda urvalskriterier, utesluta de aktörer som inte är lämpliga för upphandlingen.⁶³

3.2.4 Tilldelningskriterier

Tilldelningskriteriernas syfte är att fastställa det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. En upphandlande myndighet är i princip fri att själv välja vilka tilldelningskriterier som ska ställas, så länge de följer den rättsliga reglering i fördragen och de rättsliga principerna.⁶⁴

Enligt artikel 67 i upphandlingsdirektivet ska den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet till den leverantör som lämnar de mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. För att bedöma vem som lämnar de mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet ska en analys av kostnadseffektivitet göras. Det kan bland annat göras genom en livscykelanalys som framgår av artikel 68 i direktivet. Enligt artikel 68 i upphandlingsdirektivet får den upphandlande myndigheten, i en livscykelanalys, beräkna sådana kostnader som den upphandlande myndigheten eller andra användare kan komma att betala för. Enligt upphandlingsdirektivet kan det vara kostnader som *kostnader för förvärv, användningskostnader, som förbrukning av energi och andra resurser, underhållskostnader, kostnader vill livslängdens slut, såsom insamlings- och återvinningskostnader*⁶⁵ Vidare enligt artikel 67 i direktivet ska valet göras baserat på förhållandet mellan bäst pris och bäst kvalitet. Kvalitetskriterierna ska bland annat beakta miljöaspekter och/eller sociala aspekter som är relevanta för upphandlingen, vilket bland annat har framkommit av målet Concordia Bus.⁶⁶

Tilldelningskriterierna måste, som med allt annat under upphandlingen, uppfylla de regler och principer som finns inskrivna i EU-fördragen och de grundläggande principerna.⁶⁷ Det är viktigt att de grundläggande principerna beaktas så att alla

⁶³ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s, 227-228 (2012).

⁶⁴ Ibid s, 241 (2012).

⁶⁵ Direktiv 2014/24/EU Artikel 68.

⁶⁶ Mål C-513/99 Concordia Bus Finland.

⁶⁷ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s, 241 (2012).

anbudsgivare får samma möjligheter när det utformar och lämnar sina anbud. Det medför att tilldelningskriterierna ska vara tydligt definierade, meddelas i förväg och vara formulerade på ett sådant sätt så att alla anbudsgivare kan tolka dem på samma sätt. I mål C-513-99 valde den upphandlande myndigheten att ställa upp miljökrav i tilldelningskriterierna. Målet handlar om en upphandling av en busstransporttjänst där den upphandlande myndigheten ställde upp kriterier på el från förnybara energikällor samt bussarnas utsläpp av kväveoxid. Vidare fastslog EU-domstolen i målet att tilldelningskriterierna ska ha *”ett samband med kontraktets föremål, inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna, eller i meddelandet om upphandling, och är förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten och särskilt icke-diskrimineringsprincipen”*⁶⁸. Av domen framgår även att det inte är ett krav på att tilldelningskriterierna är av rent ekonomisk art, men det är krav på att de kriterier som ställs ska vara mätbara. Är kraven inte mätbara ger det den upphandlade myndigheten en obegränsad valfrihet, vilket inte är förenligt med lagstiftningen.⁶⁹ Att det är oförenligt med unionens lagstiftning att den upphandlade myndigheten har en obegränsad valfrihet har EU-domstolen fastslagit genom mål 31/87⁷⁰.

Enligt EU-domstolen är den upphandlade myndigheten inte bara fri att välja vilka tilldelningskriterier som ska ställas utan även fri att bestämma vilka kriterier det ska läggas störst vikt vid i syfte att fastställa vilket anbud som är att anse som de mest ekonomiskt fördelaktiga.⁷¹ I artikel 67 i upphandlingsdirektivet ska den upphandlande myndigheten ange, i upphandlingsdokumentet, hur tilldelningskriterierna kommer att viktas.

⁶⁸ Mål C-513/99 Concordia Bus Finland p 69.

⁶⁹ Ibid p 43, 61.

⁷⁰ Mål 31/87 Beentjes p 26

⁷¹ Mål C-234/03 Contse p 68.

3.3 Sammanfattning

Sammanfattningsvis ska en upphandlande myndighet, när den väljer att påbörja en offentlig upphandling, göra en marknadsanalys. Vid en marknadsanalys ska den upphandlande myndigheten informera relevanta aktörer om upphandlingen och vilka krav som kommer att ställas.

Vidare finns det delar under upphandlingsförfarandet där den upphandlande myndigheten måste ställa upp krav och kriterier och delar där den upphandlande myndigheten fritt kan välja om den vill ställa upp krav och kriterier. Tekniska specifikationer ska finnas med i upphandlingsdokumentet och används för att säkerställa att produkten eller tjänsten är lämplig för att använda till det som upphandlingen gäller. De tekniska specifikationerna ska vara tydliga och inte begränsa konkurrensen, därmed ska orden *eller likvärdigt* alltid följa av specifikationen. Kraven som är ställda utifrån tekniska specifikationer måste vara uppfyllda för att en aktör ska få lov att delta i upphandlingen.

Urvalskriterier är krav som ställs på leverantören för att säkerställa att leverantören är lämplig att utföra upphandlingen, samt har den tekniska och ekonomiska förmågan och kapaciteten som krävs för att genomföra kontraktet. Urvalskriterier är de minimikrav som ställs på leverantören och som måste vara uppfyllda för att en aktör ska få lov att delta i upphandlingen. Det finns inget krav på att en upphandlande myndighet måste använda sig av urvalskriterier i upphandlingsförfarandet utan myndigheten kan välja att acceptera alla leverantörer.

Tilldelningskriterierna syftar till att hjälpa myndigheten att fastställa de mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet, baserat på förhållandet mellan bäst pris och bäst kvalitet. Den upphandlande myndigheten väljer själv vilka tilldelningskriterier den vill använda sig av under upphandlingen samt hur dessa kriterier ska viktas mot varandra. För att en upphandlande myndighet ska få sätta ett visst tilldelningskriterie krävs det är kriteriet är mätbart för att inte ge en upphandlande myndighet obegränsad valfrihet. En upphandlande myndighet får lov att ställa upp miljökriterier bland tilldelningskriterierna, vilket framkommer både av upphandlingsdirektivet och av EU-domstolens rättspraxis.

4. Miljökriterier vid offentlig upphandling

4.1 Inledning

Offentlig upphandling står, som tidigare nämnts i bakgrunden, för 14 procent av EU:s totala BNP.⁷² På grund av den höga omsättningen som den offentliga upphandling medför är den offentliga upphandlingen en betydande faktor för att nå EU:s mål om hållbar utveckling.⁷³ Användningen av en miljöanpassad offentlig upphandling kan således vara ett viktigt verktyg för att nå EU:s miljöpolitiska mål⁷⁴. Det här kapitlet kommer dels att redogöra för framväxten av möjligheterna att ställa miljökrav vid offentlig upphandling, och dels redogöra för vilka möjligheter en upphandlande myndighet har för att ställa miljökrav i de olika momenten under upphandlingsförfarandet.

4.2 Framväxten av miljökrav i offentlig upphandling

4.2.1 Inledning

Det här avsnittet kommer kortfattat att redogöra för hur möjligheten för offentliga myndigheter att sälla miljökrav vid offentliga upphandlingar, inom Europeiska unionen, har utvecklats genom åren.

4.2.2 Miljökrav vid offentligt upphandling historiskt sett

Begreppet hållbar utveckling är ett begrepp som blir allt viktigare, inte minst inom den Europeiska unionen. Begreppet finns med i de båda grundfördragen inom unionen och ska därför tillämpas på alla politikområden inom den Europeiska unionen. Det står i artikel 11 i FEUF att unionens politik ska främja en hållbar utveckling. Offentlig upphandling är ett politikområde där Europeiska unionen har

⁷² Toftegaard Lindahl, Eva *Offentlig upphandling : LOU och upphandlingsprocessen* s. 23 (2022)

⁷³ Stavenoe, C, Senneström, L *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juridik och praktik* s, 22 (2013).

⁷⁴ Kommissionens handbok "Att köpa grönt" Tredje utgåvan s,4 (2016).

stora befogenheter och det är därmed viktigt att en hållbar utveckling integreras på området.⁷⁵

Hållbarhetsfrågor har inte alltid varit en självklar del av offentlig upphandling. 1997 ställde Sverige, genom den dåvarande *Nämnden för offentlig upphandling*, en fråga till kommissionen om det var möjligt att en upphandlade myndighet fick lov att ställa miljökrav vid en offentlig upphandling. Svaret kommissionen lämnade var att det var helt uteslutet att ställa den typen av krav vid en offentlig upphandling.⁷⁶ Det dröjde inte många år innan Kommissionen ändrade inställning och 2001 kom Kommissionen ut med ett tolkningsmeddelande och sa att det, inom den offentliga upphandlingen, skulle vara möjligt att ta miljöhänsyn i beaktning vid offentliga upphandlingar.⁷⁷

År 2005 gav Kommissionen ut en handbok som heter *”Att köpa grönt! Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling”*. Handboken har sedan dess uppdaterats och den senaste upplagan är från 2016. Handboken beskriver vilka möjligheter en upphandlade myndighet har för att använda sig av, och ställa miljökrav vid offentlig upphandling. Samt tips på hur det kan göras på bästa sätt.⁷⁸

Genom EU-kommissionens förslag till ett nytt upphandlingsdirektiv 2013 uttryckte kommissionen att den offentliga upphandlingen behöver främja en miljöanpassad upphandling för att nå de klimatmål som Europeiska unionen har satt upp kring en hållbar utveckling. Offentlig upphandling utgör en betydande del av unionens BNP och är därför ett viktigt verktyg för att nå en hållbar tillväxt för alla.⁷⁹

Idag används inte bara begreppet hållbar utveckling utan även begreppet hållbar upphandling har vuxit fram som en viktigt begrepp. Innebörden av hållbar

⁷⁵ Stavenoe, C, Senneström, L *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juridik och praktik* s, 27 (2013).

⁷⁶ Ibid s, 30.

⁷⁷ KOM (2001) *GRÖNBOK Främjande av en europeisk ram för företagens sociala ansvar* s,274.

⁷⁸ Kommissionens handbok *”Att köpa grönt”* Tredje utgåvan (2016).

⁷⁹ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM (2011) 896 s, 1-2.

upphandling är att upphandlingen ska vara ekologiskt, ekonomiskt och socialt hållbar. Genom att den upphandlande myndigheten ställer krav på hållbara produkter bidrar det till unionens mål om en hållbar utveckling.⁸⁰

4.3 Möjligheten för en upphandlande myndighet att ställa miljökrav under upphandlingsförfarandet

4.3.1 Inledning

Miljökrav kan ställas under flera olika delar av upphandlingsförfarandet. Miljökrav kan dels ställas på aktören som ska utföra det som har upphandlas, kraven benämns då för kvalificeringskrav. Miljökrav kan dels också ställas på själva produkten eller tjänsten som ska upphandlas. De krav som en offentliga myndigheten ställer på produkten eller tjänsten görs genom tekniska specifikationer och tilldelningskriterier. Den upphandlande myndigheten kan bland annat använda sig av ett upphandlingsverktyg t.ex EU- kommissionens upphandlingsverktyg eller av miljömärkningar så som bland annat EU-blomman, Svanen eller KRAV. Den upphandlande myndigheten kan även välja att ta fram och ställa sina egna krav men det kräver väsentligt mer arbete. Det är då viktigt att de kraven som myndigheten ställer följer de grundläggande rättsprinciperna.⁸¹

4.3.2 Krav på leverantören

Kvalificeringskraven är krav som anger de lägsta obligatoriska krav som ställs på leverantören för att leverantören ska få lov att delta i den offentliga upphandlingen. Krav som ställs används för att säkerställa att leverantören ska kunna leverera de som står i kontraktet. För att säkerställa konkurrensen mellan olika aktörer ska kvalificeringskraven inte vara mer långtgående än vad som är nödvändigt, de ska alltså följa proportionalitetsprincipen.⁸² Den upphandlande myndigheten får begära bevis som visar på leverantörens förmåga att tillämpa

⁸⁰ Stavenoe, C, Senneström, L *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juridik och praktik* s, 30 (2013).

⁸¹ Ibid s, 87.

⁸² Ibid s, 88.

miljöåtgärder. Den upphandlande myndigheten får även välja att utesluta aktörer som bryter mot miljölagstiftning.⁸³

I artikel 57 i upphandlingsdirektivet anges det skäl för när en upphandlande myndighet ska eller får lov att utesluta en aktör från att delta i upphandlingen. I artikel 57.1 anges skäl när den upphandlande myndigheten ska utesluta en aktör från att delta och i artikel 57.4 anges skäl för när en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i den offentliga upphandlingen.⁸⁴ I Kommissionens handbok *Att köpa grönt!* skriver kommissionen att de uteslutningsskäl som är mest relevanta när det gäller en miljöanpassad offentlig upphandling är⁸⁵:

”- *Brist på efterlevnad av tillämpliga miljölagar på nationell nivå, EU-nivå eller internationell nivå*⁸⁶”.

”- *Allvarliga försummelse i yrkesutövningen som drar tvivel över aktörens redbarhet*⁸⁷”.

”- *Betydande/ihållande brister i fullgörandet av materiella krav enligt tidigare avtal som ledde till uppsägning eller jämförbara sanktioner*⁸⁸”.

”- *Inlämning av oriktiga uppgifter rörande något av ovanstående eller oförmåga att lämna in styrkande handlingar*⁸⁹”.

En upphandlande myndighet får lov att utesluta en leverantör som har brutit mot de miljökrav som finns i EU:s lagstiftning, den nationella lagstiftningen eller vissa internationella miljökonventioner. Den upphandlande myndigheten måste dock kunna bevisa att leverantören har brutit mot lagstiftningen.⁹⁰ Om en ekonomisk aktör utesluts på grund av något av de ovan nämnda kriterierna ska aktören få möjlighet att lämna bevis för att styrka sin tillförlitlighet trots att det finns skäl för

⁸³ Kommissionens handbok *”Att köpa grönt”* Tredje utgåvan s, 40 (2016).

⁸⁴ Direktiv 2014/24/EU Artikel 57.1, 57.4.

⁸⁵ Kommissionens handbok *”Att köpa grönt”* Tredje utgåvan s, 41 (2016).

⁸⁶ Direktiv 2014/24/EU Artikel 57.4 a.

⁸⁷ Ibid Artikel 57.4 c

⁸⁸ Ibid Artikel 57.4 g

⁸⁹ Ibid Artikel 57.4 h.

⁹⁰ Kommissionens handbok *”Att köpa grönt”* Tredje utgåvan s, 41 (2016).

uteslutning. Är bevisen är tillräckliga får den ekonomiska aktör inte uteslutas från upphandlingen.⁹¹

Urvalskriterierna, vilket är det samma som kvalificeringskraven, syfte, som tidigare tagits upp i avsnitt 2.3.4.3, är att bedöma anbudsgivarnas förmåga att genomföra ett kontrakt.⁹² I Kommissionens handbok *Att köpa grönt!* beskriver kommissionen hur och vilka urvalskriterier som kan användas när en upphandlande myndighet vill använda sig av miljömässiga aspekter vid en offentlig upphandling. Övergripande så gäller proportionalitetsprincipen som grund när en upphandlande myndighet ställer upp urvalskriterier. Urvalskriterier som kan ställas upp när det gäller en miljömässig offentlig upphandling är bland annat kriterier på miljöteknisk kapacitet. Miljöteknisk kapacitet kan till exempel vara att den ekonomiska aktören har den tekniska kompetens som behövs för att *”skapa så lite avfall som möjligt, förebygga spill/läckage av förorenande ämnen, minska bränsleförbrukningen eller minimera störningar av livsmiljöer”*⁹³. En annan möjlighet för att beakta miljökriterier vid offentlig upphandling är att den upphandlande myndigheten begär att aktören lämnar in tidigare fullgjorda kontrakt, för att se så att den ekonomiska aktören har tidigare erfarenheter av att fullgöra kontrakt med likande miljökrav.⁹⁴

Vad gäller urvalskriteriet om yrkeskvalifikationen kan det även vara relevant att ställa sådana vid en miljöanpassad offentlig upphandling. Det kan till exempel handla om att se till så att den som ska utföra det som upphandlingen gäller har en utbildning i hur det görs på ett miljövänligt sätt.⁹⁵

En annan möjlighet den upphandlande myndigheten har för att använda sig av en miljömässig offentlig upphandling är att ställa krav på att aktören har ett miljöledningssystem. Ett miljöledningssystem är ett sätt för organisationer att

⁹¹ Direktiv 2014/24/EU Artikel 57.6.

⁹² Se avsnitt 2.3.4.3

⁹³ Kommissionens handbok *”Att köpa grönt”* Tredje utgåvan s, 43 (2016).

⁹⁴ Ibid s, 44 (2016).

⁹⁵ Ibid s, 44 (2016).

förbättra sin miljöprestanda, få en bild över sina miljöeffekter och hantera dessa på ett bra sätt. Om en organisation väljer att använda sig av ett miljöledningssystem kan organisationen ansöka om en certifiering. Inom Europeiska unionen finns det två olika certifikat, antingen gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (Emas) eller den europeiska/internationella standarden för miljöledningssystem (EN/ISO 14001).⁹⁶ En upphandlande myndighet kan ställa krav på att den ekonomiska aktören har ett sådant certifikat.⁹⁷ Det är dock viktigt att det är proportionerligt med ett sådant certifikat i förhållande till vad det är som ska upphandlas. Den upphandlande myndigheten ska även acceptera likvärdiga certifikat om sådant finns.⁹⁸

En upphandlande myndighet kan också ställa krav på att aktören har en miljöpolicy. En miljöpolicy är ett dokument där företaget har beskrivit sin inställning till miljöfrågor.⁹⁹

4.3.3 Krav på produkten

Den upphandlande myndigheten kan ställa krav på produkten eller tjänsten som upphandlas, dels genom tekniska specifikationer, och dels genom tilldelningskriterier. Skillnaden mellan de tekniska specifikationerna och tilldelningskriterier är att när en upphandlande myndighet bedömer föremålet för upphandlingen genom tekniska specifikationer får produkten eller tjänsten direkt godkänt eller underkänd. När en upphandlande myndighet istället använder sig av tilldelningskriterier i en offentlig upphandling så viktar och poängsätter den upphandlande myndigheten kriterierna så att de anbud som bäst uppfyller kriterierna ges högre poäng. På så sätt kan de anbud som beaktar miljön, om sådan krav ställs, ges fler poäng.¹⁰⁰

⁹⁶ Kommissionens handbok "Att köpa grönt" Tredje utgåvan s, 45 (2016).

⁹⁷ Direktiv 2014/24/EU Artikel 62.2.

⁹⁸ Kommissionens handbok "Att köpa grönt" Tredje utgåvan s, 45 (2016).

⁹⁹ Stavenoe, C, Senneström, L *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juridik och praktik* s, 91.

¹⁰⁰ Kommissionens handbok "Att köpa grönt" Tredje utgåvan s, 50 (2016).

Ställer en upphandlande myndighet krav på vissa miljöegenskaper genom de tekniska specifikationerna är det minimikrav som anbudsgivarna måste uppfylla får att få lov att delta i upphandlingen. Väljer den upphandlande myndigheten istället att ställa krav på miljöegenskaper genom tilldelningskriterier ges de aktörer som uppfyller kraven istället en fördel under upphandlingen. Är den upphandlande myndigheten inte säker på att det finns aktörer som uppfyller de miljökrav som myndigheten ställer kan det vara lämpligt att ställa upp kraven som tilldelningskriterier eftersom de sen kan viktas mot andra kriterier så som kostnad.¹⁰¹ Det medför att om den upphandlande myndigheten vill ställa höga miljökrav men även lyckas med upphandlingen, om det inte finns anbudsgivare som klarar av att uppfylla miljökraven, så är det en fördel att använda sig av tilldelningskriterier. Genom att ställa miljökrav i tilldelningskriterierna kan aktörer lämna anbud trots att de inte uppfyller alla kriterierna och utesluts där med inte ur upphandlingen.¹⁰²

I de tekniska specifikationerna får den upphandlande myndigheten ställa krav på form av prestanda- eller funktion. I dessa krav får krav på miljöegenskaper ställas.¹⁰³ De krav på miljöegenskaper som ställs behöver inte enbart rikta sig till slutprodukten utan kan också vara miljökrav som ställs under tillverkningsprocessen. Förutsättningen för att ställa sådana krav är att de är kopplade till föremålet för upphandlingen och står i proportion till kontraktets värde och målsättning.¹⁰⁴ Enligt rättspraxis från EU-domstolen i mål C-448/01 är det tillåtet att ställa krav på tillverkningsmetoden trots att kraven inte påverkar varans egenskaper i slutändan.¹⁰⁵

Den upphandlande myndigheten får även ställa upp krav, i de tekniska specifikationerna, på att upphandlingsföremålet har en miljömärkning. Väljer den upphandlande myndigheten att ställa krav på att varan eller tjänsten har en

¹⁰¹ Kommissionens handbok "Att köpa grönt" Tredje utgåvan s, 52 (2016).

¹⁰² Stavenoe, C, Senneström, L *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juridik och praktik* s, 95.

¹⁰³ Direktiv 2014/24/EU Artikel 42.3 a.

¹⁰⁴ Ibid Artikel 42.1.

¹⁰⁵ Stavenoe, C, Senneström, L *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juridik och praktik* s, 94.

miljömärkning ska kravet bland annat vara lämpligt för upphandlingsföremålet. Kraven på miljömärkning ska vara grundat på kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier och miljömärket ska vara tillgängliga för alla berörda parter.¹⁰⁶ Eftersom kravet är ställt som en teknisk specifikation så ska orden *eller liknande* alltid följa efter kravet. Det gör att den upphandlande myndigheten inte enbart kan ställa krav på ett visst miljömärke. Den upphandlande myndigheten kan däremot ställa krav på att leverantören har ett miljömärke med liknande specifikationer som de miljömärke som nämns i de tekniska specifikationerna.¹⁰⁷ Ett exempel på en miljömärkning är EU-blomman. EU-blomman är en miljömärkning som har tagits fram av Europeiska unionen och som är anpassat för krav i offentlig upphandling. Kriterierna som en aktör ska uppfylla för att få EU-blomman togs fram samtidigt som Europeiska unionen tog fram sina egna förslag till miljökrav vid offentlig upphandling, vilket gör att kraven är speciellt anpassade till offentlig upphandling.¹⁰⁸

Även i tilldelningskriterierna kan den upphandlande myndigheten välja att använda sig av miljökrav.¹⁰⁹ Av vad som tidigare tagits upp i avsnitt 3.2.5 får den upphandlande myndigheten fritt, inom vissa ramar, välja vilka tilldelningskriterier som ska ställas samt vilken vikt dessa ska ha.¹¹⁰ Möjligheten att använda sig av miljöaspekter i tilldelningskriterierna har fastslagits av EU-domstolen, bland annat i domen *Concordia Bus*. Domen handlar om en upphandling ut av en busslinje där den upphandlande myndigheten använde sig av miljökrav i form av utsläpp av kväveoxid och bullernivåer i sina tilldelningskriterier.¹¹¹ I domen fastslog EU-domstolen att det är tillåtet att använda sig av sådana miljökrav så länge kriterierna ”*har ett samband med kontraktets föremål, inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen*

¹⁰⁶ Direktiv 2014/24/EU Artikel 43.

¹⁰⁷ Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt* s, 250 (2012).

¹⁰⁸ Stavenoe, C, Senneström, L *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juridik och praktik* s, 102.

¹⁰⁹ Direktiv 2014/24/EU Artikel 67.

¹¹⁰ Mål C-234/03 Contse p 68.

¹¹¹ Mål C-513/99 Concordia Bus Finland

anges i kontraktshandlingarna, eller i meddelandet om upphandling, och är förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten”¹¹².

Precis som med de tekniska specifikationerna så behöver de tilldelningskriterier som ställs upp inte vara synliga i slutet av den upphandlande varan eller tjänsten. Tilldelningskriterier kan således till exempel ställas på produktionen utav en viss vara. Krav som gäller miljön kan handla om att krav ställs på att produktionen av de som ska upphandlas är ekologisk hållbar eller vilka växthusgaser som kan kopplas till de upphandlande föremålet.¹¹³

Tekniska specifikationer och tilldelningskriterier kan även ha ett samband. En upphandlande myndighet kan välja att ställa minimikrav på miljöprestanda i de tekniska specifikationerna och sedan ställa högre miljökrav i tilldelningskriterierna, så att anbudsgivaren får extra poäng om aktören uppfyller tilldelningskriterierna. Då kan en aktör som uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna vara med och lämna anbud och delta i upphandlingen trots att aktören inte uppfyller de högre ställda kraven i tilldelningskriterierna.¹¹⁴

När den upphandlande myndigheten väljer viktningen av miljömässiga kriterier i tilldelningskriterierna ska dessa ställas i relation till hur höga miljömässiga krav som redan är uppställda i de tekniska specifikationerna. Har den upphandlande myndigheten ställt höga miljökrav i de tekniska specifikationerna kan det läggas lägre viktning på miljökrav i tilläggs-kriterierna, och tvärt om. Det finns ingen gräns som talar om för en upphandlande myndighet hur stor vikt som kan läggas vid miljö-kriterier i en upphandling.¹¹⁵ I mål C-448/01 fastslog EU-domstolen att det var godkänt att vikta 45% av de totala poängen som tilldelningskriterierna kunde ge åt ett miljökrav som gällde produktionen av el från förnybara källor så länge de inte stridde mot EU:s andra regler kring offentlig upphandling.¹¹⁶

¹¹² Mål C-513/99 Concordia Bus Finland p 69.

¹¹³ Kommissionens handbok ”Att köpa grönt” Tredje utgåvan s, 50 (2016).

¹¹⁴ Stavenoe, C, Senneström, L *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juridik och praktik* s, 96.

¹¹⁵ Kommissionens handbok ”Att köpa grönt” Tredje utgåvan s, 53 (2016).

¹¹⁶ Mål C-448/01 Wienstrom p.43

Den upphandlande myndigheten kan också värdera anbud genom att utvärdera livscykelkostnaderna för produkten eller tjänsten. I livscykelkostnaderna räknas inköpspris in men även kostnader för drift och underhåll. Det betyder att den upphandlande myndigheten behöver sätta inköpspriset av varan eller tjänsten i relation till kostnader som kan uppstå senare så som hållbarhet, energi- och bränsleförbrukning, och underhålls- och andrahandsvärde för att välja de bästa anbudet. Dessa kostnader är interna kostnader för den upphandlande myndigheten¹¹⁷.

Enligt upphandlingsdirektivet får den upphandlade myndigheten även beakta externa miljöeffekter som är kopplade till varan eller tjänsten under en livscykelanalys. Förutsättningen för att kunna göra det är att miljöeffekternas värde kan fastställas och kontrolleras. Det kan handla om kostnader för klimattanpassningar eller kostnader för utsläpp av växthusgaser¹¹⁸. Metoden som den upphandlande myndigheten kommer att använda sig av när de beräknar livscykelkostnaden samt vilka uppgifter som anbudsgivaren behöver lämna inför analysen ska framgå av förfrågningsunderlaget. På de områden när Europeiska unionen redan har tagit fram en beräkningsmodell för livscykelkostnader ska den användas i beräkningen¹¹⁹. I dagsläget finns det enbart ett direktiv där en sådan beräkningsmodell har tagits fram. Det är direktiv 2009/33/EG om *främjandet av rena och effektiva vägtransportfordon* där det, i en bilaga, finns en beräkningsmodell för *driftkostnader under hela livscykeln för vägtransportfordon*.¹²⁰

4.3.4 Miljökrav efter anbudets godkännande

Den upphandlande myndigheten får lov att ställa krav på hur kontraktet ska fullgöras.¹²¹ Myndigheten kan använda sig av kontraktklausuler där de beskriver

¹¹⁷ Stavenoe, C, Senneström, L *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juridik och praktik* s, 97.

¹¹⁸ Direktiv 2014/24/EU Artikel 68.

¹¹⁹ Stavenoe, C, Senneström, L *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juridik och praktik* s, 98.

¹²⁰ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/33/EG om *främjandet av rena och effektiva vägtransportfordon*

¹²¹ Direktiv 2014/24/EU Artikel 70.

hur ett kontrakt ska genomföras, här får även miljöhänsyn tas med. De miljövillkor som ställs i klausulerna ska finnas med i upphandlingsunderlaget.¹²²

Det är viktigt att kontrollera att upphandlingsföremålet uppfyller de miljökrav som ställdes vid upphandlingen. För att det ska vara möjligt är det viktigt att den upphandlande myndigheten har följt de regler som finns på att de krav som ställs vid en upphandling går att kontrollera. Uppföljningen är viktig så att den upphandlande myndigheten kan säkerställa att de miljökrav man har ställt och betalat för faktiskt följs som avtalat.¹²³

Kontroll av efterlevnad av miljökrav kan göras på olika sätt. Bland annat kan det göras genom stickprovskontroller. Stickprovskontroller kan bland annat göras på ett antal utvalda produkter för att kontrollera att innehållet i dem är det som har avtalats. Det kan också göras genom att kontrollera materialinnehållet på en viss produkt eller genom att mäta energiförbrukningen för att se så att det stämmer överens med avtalet.¹²⁴

4.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan det konstateras att en upphandlande myndighet kan välja att ställa miljökrav vid olika delar under upphandlingsförfarandet. Miljökrav kan ställas dels på leverantören i form av urvalskriterier benämnda som kvalificeringskrav och dels på produkten eller tjänsten i form av tekniska specifikationer och tilldelningskriterier. Kvalificeringskraven har som syfte att bedöma anbudsgivarnas förmåga att genomföra kontraktet. I kvalificeringskraven får den upphandlande myndigheten begära bevis som visar på leverantörens förmåga att tillämpa miljöåtgärder och även utesluta leverantörer som inte följer miljölagstiftning. Den upphandlande myndigheten kan även ställa krav på att

¹²² Kommissionens handbok *"Att köpa grönt"* Tredje utgåvan s, 60 (2016).

¹²³ Stavenoe, C, Senneström, L *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling, juridik och praktik* s, 126.

¹²⁴ *Ibid* s, 128.

leverantören har en miljömässig utbildning, krav på att leverantören har ett miljöledningssystem samt krav på att företaget har en miljöpolicy.

Kraven som en upphandlande myndighet kan ställa på produkten eller tjänsten kan göras genom tekniska specifikationer och tilldelningskriterier. Väljer den upphandlande myndigheten att ställa miljökrav i de tekniska specifikationerna får produkten eller tjänsten direkt godkänt eller icke godkänt. Väljer den upphandlande myndigheten istället att ställa miljökrav i tilldelningskriterierna viktas och poängsätts miljökraven mot andra krav. Kraven kan ställas dels på själva produkten eller tjänsten men dels också på tillverkningen av den. Kraven som ställs kan bland annat handla om att produkten eller tjänsten ska ha en miljömärkning eller att den är ekologiskt hållbar.

En upphandlande myndighet kan välja att värdera ett anbud baserat utvärdering av livscykelkostnaderna för produkten eller tjänsten. Vid en utvärdering av livscykelkostnaderna sätts inköpskonaderna av varan eller tjänsten i relation till varans eller tjänstens interna eller externa miljökostnader och miljöeffekter som kan uppstå i ett senare skede.

Avslutningsvis är det viktigt att en upphandlande myndighet kan kontrollera så att de miljökrav som den upphandlande myndighet har ställt under upphandlingsförfarandet efterlevs. Det kan den upphandlande myndigheten göra bland annat genom stickprovskontroller, kontroll av materialinnehåll eller mätning av energiförbrukning.

5. Sammanfattning och slutsatser

Sammanfattningsvis står den offentliga upphandlingen inom Europeiska unionen för 14% av unionens totala BNP. Den offentliga upphandlingen är därför en viktig faktor för att Europeiska unionen ska uppnå de klimatmål som unionen har ställt upp.

Den offentliga upphandlingen styrs, inom den Europeiska unionen, övergripande utifrån de grundläggande unionsfördragen, *Fördraget om Europeiska unionen* och *Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt* samt av de grundläggande rättsprinciperna *principen om icke-diskriminering*, *principen om likabehandling*, *proportionalitetsprincipen*, *principen om öppenhet* och *principen om ömsesidigt erkännande*. Artiklarna i fördragen samt de grundläggande rättsprinciperna syftar till säkerställa den fria rörligheten för varor, tjänster, personer och kapital inom unionen och att främja konkurrensen inom den Europeiska unionen så att inga leverantörer särbehandlas eller diskrimineras.

Vidare regleras den offentliga upphandlingen, inom den Europeiska unionen, genom ett stort upphandlingsdirektiv och flera mindre sektorsspecifika upphandlingsdirektiv. Det här arbetet har endast utgått i fråga om hur den offentliga upphandling, inom Europeiska unionen, regleras genom det stora upphandlingsdirektivet och vilka möjligheter direktivet ger till att ställa miljökrav vid offentlig upphandling. Upphandlingsdirektivet reglerar de förfaranden som en

upphandlande myndighet måste eller kan välja att tillämpa vid en offentlig upphandling.

Den upphandlande myndigheten får inte ställa krav eller kriterium under upphandlingsförfarandet som på något sätt är konkurrensbegränsande, oproportionerliga eller diskriminerande, varken på leverantören, eller på produkten eller tjänsten. Det framkommer dels ut av de rättsregler som finns på upphandlingsområdet och dels ut av EU-domstolens rättspraxis.

Under upphandlingsförfarandet har den upphandlande myndigheten möjlighet att ställa olika typer av krav och kriterier på leverantören och produkten eller tjänsten. En upphandlande myndighet får lov att ställa krav på leverantören genom urvalskriterier. Urvalskriterier är minimikrav som ställs på leverantören och som måste vara uppfyllda för att en aktör ska få lov att delta i den offentliga upphandlingen. Syftet med att använda sig ut av urvalskriterier är att den upphandlande myndigheten kan bedöma anbudsgivarnas förmåga att genomföra ett kontrakt.

Vidare kan den upphandlande myndigheten ställa krav och kriterier på själva produkten eller tjänsten som ska upphandlas i form av tekniska specifikationer eller tilldelningskriterier. De tekniska specifikationerna är precis som urvalskriterierna, minimikrav, men på produkten eller tjänsten som ska upphandlas. Syftet med att använda sig av tekniska specifikationer är att se till så att det som ska upphandlas är lämpligt för vad det ska användas för. Tilldelningskriterier är, till skillnad från urvalskriterier och tekniska specifikationer, inte minimikrav. Enligt bestämmelserna om tilldelningskriterier ska den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet till den leverantör som lämnar de mest ekonomisk fördelaktiga anbudet baserat på förhållandet mellan bäst pris och bäst kvalitet. Tilldelningskriterier poängsätts och viktas således mot andra typer av krav och kriterier för att finna de mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. På så sätt kan leverantörer, som inte uppfyller alla tilldelningskriterier, delta i den offentliga upphandlingen. När en upphandlande myndighet beslutar om tilldelningskriterier kan den upphandlande myndigheten välja att göra en

livscykelanalys på produkten eller tjänsten. En livscykelanalys används för att beräkna kostnaderna för det som upphandlas baserat på inköpspris men också på kostnader för drift och underhåll av varan eller tjänsten.

Vad gäller möjligheter för en upphandlande myndighet att ställa miljökrav vid en offentlig upphandling är det goda så länge den upphandlande myndigheten följer de rättsregler och principer som finns på upphandlingsområdet, inom den Europeiska unionen. Det är viktigt att den upphandlande myndigheten inte diskriminerar eller begränsar konkurrensen mellan leverantörerna, eller ställer mer långtgående krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet och målet med upphandlingen.

En upphandlande myndighet kan ställa miljökrav på leverantören genom att använda sig av urvalskriterier, även kallat kvalificeringskrav. Den upphandlande myndigheten kan begära bevis i från leverantören på dess förmåga att tillämpa miljöåtgärder, utesluta aktörer som bryter mot miljölagstiftning, ställa krav på miljöteknisk kapacitet och begära bevis i från leverantören på tidigare fullgjorda kontrakt där miljökrav har använts. Krav kan även ställas på att den leverantör som ska utföra upphandlingen har en miljömässig utbildning så att upphandlingen görs på ett miljövänligt sätt. Krav på miljöledningssystem och miljöpolicy hos leverantören kan också ställas som upp som ett urvalskriterium.

Vad gäller möjligheten att ställa miljökrav på varan eller tjänsten som ska upphandlas görs detta genom krav i de tekniska specifikationerna och tilldelningskriterierna. En upphandlande myndighet får i princip fritt välja vilka miljökrav som ska ställas så länge de följer den rättsliga regleringen och de grundläggande rättsprinciperna. Kraven som ställs på produkten eller tjänsten behöver inte vara krav som är synliga på själva slutprodukten utan kan vara krav som ställs under tillverkningsprocessen. Den upphandlande myndigheten får här ställa krav på olika typer av miljöegenskaper till exempel att upphandlingsföremålet har en miljömärkning, att produkten är ekologiskt hållbar, samt vilka växthusgaser som kan kopplas till föremålet för upphandlingen. Den upphandlande myndigheten kan även välja att göra en utvärdering av

livscykelkostnaderna för varan eller tjänsten och räkna in kostnader för klimatanpassningar eller kostnader för utsläpp av växthusgaser.

Avslutningsvis anser jag att möjligheten för en upphandlande myndighet att ställa olika typer av miljökrav vid offentlig upphandling är goda. Av vad jag har kommit fram till kan en upphandlande myndighet, så länge den upphandlande myndigheten följer den rättsliga regleringen och de grundläggande rättsprinciperna, ställa tydliga miljökrav vid en offentlig upphandling. Genom att en upphandlande myndighet ställer tydliga miljökrav vid offentliga upphandlingar bidrar de till ett grönare samhälle och en grönare ekonomi.

Även om jag kan konstatera att det finns goda möjligheter för en upphandlande myndighet att ställa miljökrav vid en offentlig upphandling är det intressant att fundera över vad mer som skulle kunna göras. Utvecklingen vad gäller möjligheter till att ställa miljökrav vid en offentlig upphandling har gått snabbt framåt. Funderingen är om det snart kommer kunna ställas krav på att en upphandlande myndighet måste ställa miljökrav vid en offentlig upphandling. EU:s miljömål är högt ställda och för att nå de uppsatta målen behövs förändringar i olika delar av samhället göras. Den offentliga upphandlingen utgör en så pass stor del av unionens BNP och är ett viktigt verktyg för att unionen ska klara av att göra den omställning som behövs för att nå klimatmålen. Jag anser därför att lagstiftningen bör ses över så att det blir krav på att ta miljön i beaktande vid en offentlig upphandling. Självklart måste det göras på ett sett så att det inte blir orimligt dyrt eller att kvaliteten på det som ska upphandlas blir betydligt sämre.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Europeiska unionen

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

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/33/EG om främjandet av rena och effektiva vägtransportfordon

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU - om offentlig upphandling och upphävande av direktiv 2004/18/EG

Fördraget om Europeiska unionen

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

KOM (2001) 366 slutlig - GRÖNBOK Främjande av en europeisk ram för företagens sociala ansvar.

KOM(2011) 896 slutlig - Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om offentlig upphandling.

Kommissionens handbok "Att köpa grönt" Tredje utgåvan (2016).

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

Rådets direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten

Litteratur

Bernitz, U, Carlsson, M, Heuman, L, Lejonhufvud, M, Magnusson Sjöberg, C, Seipel, P, Warnling Conradson, W, Vogel, H *Finna rätt : juristens källmaterial och arbetsmetoder*; Norstedts Juridik, 15 uppl., 2020.

Derlén, M, Ingmanson, J, Lindholm, J *Grundläggande EU-rätt*, Liber, 2 uppl., 2021.

Hettne, J, Otken Eriksson, I, *EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Nordstedts juridik, 2 uppl., 2017.

Papadopoulou, F, Skarp, B, *Juridikens nycklar:;introduktion till rättsliga sammanhang, metoder och verktyg*, Nordstedts juridik, 2 uppl., 2021.

Sundstrand, A *Offentlig upphandling, en introduktion*, Studentlitteratur, 2 uppl., 2014.

Sundstrand, A *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure, 2012.

Toftgaard Lindahl, E *Offentlig upphandling : LOU och upphandlingsprocessen* Studentlitteratur, 3 uppl., 2022.

Internetkällor

Europaparlamentet. *Hur vill EU uppnå en cirkulär ekonomi senast till år 2050?* . 2023 <https://www.europarl.europa.eu/news/sv/headlines/society/20210128STO96607/hur-vill-eu-uppna-en-cirkular-ekonomi-senast-till-ar-2050> [Hämtad 2023-03-30].

European Commission. *Green Public Procurement*. https://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm [Hämtad 2023-04-04].

European Commission. *What is GPP*. https://ec.europa.eu/environment/gpp/what_en.htm [Hämtad 2023-04-04].

Rättsfallsförteckning

Europeiska unionen

EU-domstolen

Mål 2/73 *Geddo* EU:C:1973:89

Mål 8/74 *Dasonville* EU:C:1974:82

Mål 31/87 *Beentjes* EU:C:1988:422

Mål C-45/87 Kommissionen mot Irland EU:C:1988:435

Mål C-225/98 Kommissionen mot Frankrike EU:C:2000:494

Mål C-19/00 SIAC Construction EU:C:2001:553

Mål C-513/99 Concordia Bus Finland EU:C:2002:495

Mål C-448/01 *Wienstrom* EU:C:2003:651

Mål C-210/03 *Swedish Match* EU:C:2004:802

Mål C-234/03 *Contse* EU:C:2005:644

Förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom SA mot État belge* EU:C:2005:127

Mål C-6/20 Sotsiaalministeerium EU:C:2021:402

