
Catharina Piper

Ny upphandlingslagstiftning – miljöhänsyn
i offentlig upphandling

2016 nr 4

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Ny upphandlingslagstiftning – miljöhänsyn i offentlig upphandling

*Catharina Piper**

1 Inledning

Regeringen har i flera sammanhang angett att offentlig upphandling är ett styrmedel som kan användas för att uppnå bl.a. miljö- och hållbarhetsaspekter.¹ Att upphandlande myndigheter ska kunna använda sin köpkraft vid offentlig upphandling och därtill främja miljövänlig innovation och teknik, ange viss miljö- och klimatprestanda, minimera avfall och utsläpp m.m. anses vara en förutsättning för att nå politiska miljömål.

Möjligheten att ställa miljökrav vid offentlig upphandling finns redan i Sverige i dag. Det visar bl.a. det faktum att det finns en förordning om miljöledning i statliga myndigheter där det framgår att 190 statliga myndigheter ska i den mån en sådan anpassning är möjlig genomföra sina upphandlingar mer miljöanpassat.² Vidare har Upphandlingsmyndigheten tagit fram och arbetar med stödverktyg³ som miljökriterier och andra verktyg samt kriteriebiblioteket och nyttokalkylsverktyg vilka många upphandlande myndigheter använder sig av. De senaste åren har det blivit allt tydligare att många upphandlande myndigheter också vill och ställer mer miljökrav vid upphandlingar. Krav som bl.a. ställs är att leverantörer ska underteckna upphandlande myndigheters uppförandekoder vad gäller miljömässigt ansvarstagande i offentlig upphandling, att leverantörer ska vara certifierade enligt viss standard eller likvärdigt, att innehållet i en viss standardvara inte får innehålla vissa ämnen och att viss teknik ska vara miljösmart. Åliggandena är oftast förenade med en skyldighet för myndigheten att följa upp leverantörens efterlevnad av kraven. I dag kan miljökrav ställas i upphandlingar t.ex. som kvalificeringskrav, krav på varan eller tjänsten och i tekniska specifikationer, tilldelningskriterium eller ett särskilt kontraktsvillkor.

Möjligheterna att ta miljöhänsyn har getts en mer framträdande roll i 2014 års upphandlingsdirektiv ("LOU-direktivet") i jämförelse med de äldre 2004 års upphandlingsdirektiv som nuvarande reglering ("ÄLOU") bygger på. Upphandlingsdirektiven som vår upphandlingslagstiftning bygger på är vidare s.k. mini-

* Advokat vid Advokatfirman Lindahl.

¹ Se bl.a. SOU 2013:12, sid. 74 ff, Kommittédirektiv 2014:161 s. 2.

² 13 § Förordning (2009:907) om miljöledning i statliga myndigheter.

³ Miljöstyrningsrådet arbetade tidigare med att ta fram många av de stödverktyg och den verksamheten avseende hållbar offentlig upphandling finns sedan år 2015 hos Upphandlingsmyndigheten.

midirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna själva har utrymme att utforma bestämmelser om reglerade frågor så länge de är förenliga med unionsrätten och dess principer.⁴ I 2004 års upphandlingsdirektiv beskrivs möjligheterna att på frivillig basis ställa miljökrav vid offentlig upphandling och direktivet medger att miljökrav får ställas i olika faser av upphandlingsprocessen under förutsättning att de är förenliga med de grundläggande principerna. I det nya lagförslaget till svensk upphandlingslagstiftning⁵ ("NLOU"), som bygger på LOU-direktivet, framgår bl.a. att det blir tydligare hur miljökrav kan ställas vid offentlig upphandling. Av förarbetet framgår vidare att ett av målen med LOU-direktivet är att upphandlande myndigheter ska ges bättre möjligheter att använda offentlig upphandling till stöd för gemensamma samhällliga mål, såsom skyddet av miljön, högre resurs- och energieffektivitet, kampen mot klimatförändringar och främjande av innovation m.m.⁶

Lagstiftaren har i LOU-direktivet utvecklat vilka möjligheter som finns för att t.ex. främja miljömål. Det framgår tydligare i de nya bestämmelserna att miljöhänsyn kan få betydelse i flera olika faser i upphandlingen så som t.ex. vid beslut om uteslutning av en leverantör att delta i en upphandling, vid användandet av tekniska specifikationer, standarder, märkning, tilldelningskriterier, särskilda villkor vid fullgörande av kontrakt, vid övervägandet om att förkasta ett anbud vars pris är onormalt lågt p.g.a. att miljörettsliga regler inte har följts och när en leverantörs anbud inte överensstämmer med tillämpliga miljörettsliga skyldigheter får den upphandlande myndigheten besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet.

I den här artikeln ges en inledande introduktion till de viktigaste milstolparna för framväxten av miljöhänsyn och en introduktion till de nya upphandlingsbestämmelserna om miljöhänsyn. Bestämmelserna, NLOU, kommer att införas i svensk rätt under år 2017.

2 Kort bakgrund miljöhänsyn vid offentlig upphandling

2.1 Politiska mål genom miljöanpassad offentlig upphandling

I slutet av 1980-talet började principerna för miljöanpassad upphandling utvecklas i ett antal europeiska länder. Vid den s.k. Cardiffprocessen år 1999 beslutades om integrering av miljöhänsyn i EU:s samtliga beslut. Som ett av strategiskt styrmedel nämndes offentlig upphandling.⁷

När den s.k. integrationsprincipen infördes i EU-fördraget, som innebär att

⁴ Se dom Beentjes, C-31/87, EU:C:1988:422, punkt 20.

⁵ Prop. 2015/16:195.

⁶ Prop. 2015/16:195, s. 292.

⁷ SOU 2011:73, s. 189.

miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet särskilt i syfte att främja hållbar utveckling, fick miljöskyddet en starkare ställning.⁸ Under år 2001 lade EU-kommissionen fram ett meddelande om möjligheten att inom ramen för upphandlingsdirektiven kunna inkludera miljökriterier i offentliga upphandlingar⁹ och i ett senare meddelande om integrerad produktpolitik, IPP¹⁰, omnämndes för första gången att den miljöanpassade upphandlingen har god potential att bidra till att nå de fastställda miljömålen inom EU.

EU-kommissionen rekommenderade vidare att EU:s medlemsländer senast under år 2006 skulle utveckla nationella handlingsplaner för miljöanpassad offentlig upphandling och år 2009 hade 18 medlemsländer påbörjat arbetet med handlingsplaner för att stärka och effektivisera den miljöanpassade offentliga upphandlingen.¹¹ I den svenska handlingsplanen uttalades att miljökrav inte har ställs i den utsträckning som är möjligt i upphandlingar.¹² Förutom de nationella handlingsplanerna förutsåg EU-kommissionen ett behov av att stärka informationsinsatserna till upphandlande myndigheter i syfte att upphandlingar skulle bli mer miljöanpassade. Resultatet för Sveriges del blev en handbok med förslag om att bl.a. 80 procent av de upphandlingar som görs inom utpekade produktgrupper skulle innehålla miljökrav, att andelen myndigheter som regelbundet ställer miljökrav skulle öka, att andelen offentliga upphandlingar med väldefinierade miljökrav skulle öka samt att alla centrala statliga ramavtal skulle beakta miljökrav.¹³

År 2008 sammanställde EU-kommissionen ett meddelande om offentlig upphandling för en bättre miljö.¹⁴ På nationell nivå har klimatpropositionen beskrivit upphandling som ett styrmedel som behövs för att uppnå det nationella etappmålet för utsläpp år 2020. Riksrevisionen fick i uppdrag att granska frågan om effektiva styrmedel för att uppnå målet och dess slutsats var bl.a. att arbetet med miljökrav i offentlig upphandling behöver stärkas för att en ökad effektivitet ska uppnås.¹⁵ År 2011 kom Grönboken om en modernisering av EU:s politik för

⁸ Artikel 11 FEUF.

⁹ Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating environmental considerations into public procurement. COM (2002) 274 final.

¹⁰ Integrated Product Policy on Environmental Life-Cycle Thinking. COM (2003) 302 final.

¹¹ SOU 2011:73 s. 189.

¹² Regeringen, Miljöanpassad offentlig upphandling, regeringens skrivelse 2006/07:54.

¹³ Naturvårdsverket, Förslag till reviderad handlingsplan för miljöanpassad offentlig upphandling, rapport 6329, januari 2010, s. 5.

¹⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council: The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Public procurement for a better environment (Impact assessment). COM (2008)400 final.

¹⁵ Finansutskottets betänkande 2012:13:FiU7 – Riksrevisionens rapport om miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv? s. 8 ff.

offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad. I Grönboken framgår bl.a. att i Europa 2020-strategin anges särskilt att offentlig upphandling bör utnyttjas till att uppmuntra en mer utbredd användning av miljöanpassad offentlig upphandling.¹⁶

I juni i år publicerade regeringen den nationella upphandlingsstrategin där det föreslås konkreta åtgärder som upphandlande myndigheter kan vidta. Av strategin framgår att ett av målen för offentlig upphandling är att beakta miljöhänsyn. Av upphandlingsstrategins sju inriktningsmål framgår att det sjätte inriktningsmålet rör miljömässigt ansvarsfull offentlig upphandling och det anges bl.a. att upphandlande myndigheter ska öka användandet av miljökriterier och ställa djurskyddskrav i livsmedelsupphandlingar.¹⁷

2.2 Praxis av betydelse gällande ställande av miljökrav

EU-domstolen meddelade år 2001 domen *Preussen Elektra*,¹⁸ där domstolen betonade miljöskyddets betydelse. Domen rörde bl.a. reglering av köp av el från förnybara energikällor och i domen fastställdes att användningen av förnybara energikällor tjänar ett miljöskyddsändamål. I domen angavs att förnybara energikällor bidrar till att minska utsläppen av växthusgaser som är en av orsakerna till klimatförändringarna.¹⁹

Året efter meddelades domen *Concordia*,²⁰ som har haft stor betydelse för ställande av miljökrav vid offentlig upphandling. EU-domstolen klargjorde i domen att de förutsättningar som måste uppfyllas av ett villkor i en offentlig upphandling är att det ska var kopplat till fullgörandet av kontraktet, tydligt angivet i förfrågningsunderlaget eller i annonsen, mätbart, kontrollerbart²¹ och i överensstämmelse med de allmänna rättsprinciperna.²² Strax efter avgörandet i *Concordia* meddelades även domen *EVN och Wienstrom*.²³ EU-domstolen angav i denna dom att krav på att el till viss del skulle produceras från förnybara energikällor ansågs tjäna ett miljöskyddsändamål och fick ställas, oavsett att det avsedda syftet inte uppnåddes. Det blev således tydligt att en viss produktionsmetod fick användas även om det inte gav någon synbar effekt på slutprodukten. Av domen framgår vidare att det inte är tillåtet att använda tilldelningskriterier

¹⁶ Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad Kom (2011) 15, s 3 ff.

¹⁷ Den nationella upphandlingsstrategin, s. 6 ff.

¹⁸ Se dom *Preussen Elektra*, C-379/98, EU:C:2001:160.

¹⁹ Se a.a., punkterna 73–75.

²⁰ Se dom *Concordia Bus*, C-513/99, EU:C:2002:495.

²¹ Det finns dock inga krav på att en *faktisk* kontroll ska genomföras, något som skulle vara ekonomisk orealistiskt.

²² Se dom *Concordia Bus*, EU:C:2002:495, punkterna 83 och 85.

²³ Se dom *EVN och Wienstrom*, C-448/01, EU:C:2003:651.

som är baserade på en exakt andel av elektricitet från förnyelsebar energi som kan tillhandahållas utöver upphandlingen då detta skulle leda till diskriminering av anbudsgivare. Utvärderingskriterium måste vidare förenas med krav som möjliggör verklig kontroll.

Under år 2012 meddelade EU-domstolen en dom som specifikt behandlar sociala hänsyn i offentlig upphandling, *Max Havelaar*.²⁴ Målet avsåg leverans och underhåll av kaffeautomater i Holland, där den upphandlande myndigheten hade ställt ett antal sociala krav och bl.a. vid angivandet av tilldelningskriterierna hänvisat till det sociala märket Max Havelaar eller till märken som uppfyllde samma kriterier. Frågeställningar som uppkom i målet var bl.a. om det var möjligt att ställa sociala krav och om det var möjligt att kräva att leverantörerna skulle ha sociala märken. EU-domstolen framhöll att det i princip inte fanns något hinder mot att i en offentlig upphandling använda ett kriterium som innebär att en vara ska komma från rättvis handel. De krav som ställs i upphandlingen ska dock anges i förfrågningsunderlaget och generella hänvisningar till ett visst märke är inte tillåtet.²⁵ Kravet i förfrågningsunderlaget om att leverantören skulle ”bidra till att göra kaffemarknaden mer hållbar och till en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion” ansågs av EU-domstolen inte vara tillräckligt precist och klart formulerat.²⁶ Av domen framgår att det strider mot transparensprincipen att ställa otydliga sociala (eller miljö-) krav och att det enligt unionsrätten då inte var tillåtet att ställa krav på sociala (eller miljö-) märken i offentliga upphandlingar. Det är däremot möjligt att ställa sociala (eller miljö-) krav under de förutsättningar som angavs i domen *Concordia*, dvs. att krav ska ha en koppling till föremålet för upphandlingen.²⁷

Ett svenskt avgörande av intresse för möjligheten att ställa miljökrav i offentlig upphandling är *Triclosandomen*.²⁸ I domen behandlades frågan huruvida ett landsting i ett förfrågningsunderlag kunde ställa krav på att suturer inte fick innehålla ämnet triclosan. I domen fastslog Högsta förvaltningsdomstolen²⁹ att ett ställt krav ska avse och påverka den efterfrågade produkten och att krav med innebörden att produkten av miljöskäl inte får innehålla ett visst ämne har en sådan koppling. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade även att det inte fanns anledning att pröva om miljökravet i sig hade någon egentlig effekt utan att det

²⁴ Se dom kommissionen/Nederländerna (Max Havelaar), C-368/10, EU:C:2012:28

²⁵ Se a.a., punkt 97.

²⁶ Se a.a., punkt 110.

²⁷ Se a.a., punkterna 84-88.

²⁸ RÅ 2010 ref. 78. Notera att det finns ett antal kammarrättsavgöranden som också tar upp möjligheten att ställa miljökrav varav två mål som avsåg djurskydd, Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 2091-11 och Kammarrättens i Stockholm i mål nr 2841-11, har uppmärksamats då kontrollbarheten av ställda krav behandlats olika av de båda domstolarna. Djurskyddskrav i sig synes dock enligt avgörandena ha en tillräcklig koppling till kontraktetsföremålet vid upphandling av livsmedel.

²⁹ Tidigare Regeringsrätten.

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

3 Miljöhänsyn i LOU-direktivet och NLOU

Nedan följer en översikt av bestämmelserna som avser miljö i LOU-direktivet och förslag till ny lag, NLOU. Förutom kodifiering av praxis har en del ändringar skett.

3.1 Ny princip

I 1 kap. 9 a § ÅLOU (nuvarande lagstiftning) anges att upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar det. Bestämmelsen är en målsättningsbestämmelse och innehåller ingen skyldighet för upphandlande myndigheter att ställa miljökrav samt ger ingen möjlighet att klandra en upphandlande myndighet som inte ställer miljökrav.

I artikel 18.2 LOU-direktivet har en ny allmän princip införts som innebär att medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt bl.a. iakttar tillämpliga miljömässiga skyldigheter som fastställts i unionsrätt, nationell rätt, kollektivavtal eller internationella miljöbestämmelser som anges i bilaga X till EU-direktivet. 4 kap. 3 § NLOU motsvarar delvis artikel 18.2 och i bestämmelsen anges att en upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

3.2 Tekniska krav

Miljökrav som rör leverantörens lämplighet avser bl.a. teknisk och yrkesmässig kapacitet.³⁰ Upphandlande myndigheter kan i upphandlingar kräva att leverantören visar att den har den tekniska kapacitet som krävs för att uppfylla ställda miljökrav. Kraven måste dock ha ett naturligt samband med det som ska upphandlas.

Av artikel 42 i LOU-direktivet framgår vad tekniska specifikationer får avse. Av 9 kap. 1 § NLOU framgår att upphandlande myndigheter har möjlighet att specificera egenskaper som inte är egenskaper hos berörd vara, tjänst eller byggen-treprenad. Exempel på sådana egenskaper kan t.ex. vara extern miljöpåverkan och användandet av miljövänliga produkter. Noteras ska emellertid att egenskaperna måste ha anknytning till det som anskaffas. Av 9 kap. 3 § NLOU framgår att miljöegenskaper kan ingå i prestanda- eller funktionskrav. Av 9 kap. 6 § NLOU framgår uppgifter och hänvisningar som *inte* får ingå i tekniska specifikationer

³⁰ Se om urvalskriterier i artikel 58 LOU-direktivet.

och av punkt 4 framgår viss tillverkning. Förbudet mot att hänvisa till viss tillverkning hindrar dock inte att krav ställs på att tillverkningen uppfyller vissa prestanda- och funktionskrav, exempelvis krav på miljöegenskaper.³¹ Av 6 kap. 1, 3–4 §§ ÅLOU framgår nuvarande bestämmelser om tekniska specifikationer.

3.3 Särskilt om märkning

Utgångspunkterna för märkning framgår i det nya EU-direktivet av skäl 74, 75 och 97 samt artikel 43. I det nya LOU-direktivet och i 9 kap. 12–15 §§ NLOU framgår att bestämmelserna ger upphandlande myndigheter möjlighet att kräva ett särskilt märke som bevis för att produkten motsvarar de egenskaper som krävs. Bestämmelserna motsvarar delvis nuvarande 6 kap. 7§ ÅLOU.

I LOU-direktivet³² och 9 kap. 12 NLOU definieras begreppet märke som alla dokument, certifikat eller intyg som bekräftar att varor, tjänster, byggtreprenader eller processer eller berörda förfaranden uppfyller vissa krav. Regeringen har dock valt att i den kommande lagen använda ordet märkning istället för märke.³³

De nya bestämmelserna i NLOU innebär att en upphandlande myndighet direkt kan hänvisa till en särskild märkning förutsatt att vissa villkor är uppfyllda. Enligt 9 kap. 13 § NLOU, får upphandlande myndighet i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet kräva en viss märkning som bevis för att varan, tjänsten eller byggtreprenaden motsvarar de egenskaper som krävs, om

1. kraven för märkningen endast rör kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas,
2. kraven för märkningen är lämpliga för att definiera egenskaperna hos den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas,
3. kraven för märkningen grundas på objektiva kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier,
4. märkningen har antagits genom ett öppet och transparent förfarande i vilket samtliga berörda kan delta,
5. märkningen är tillgänglig för alla berörda, och
6. kraven för märkningen fastställs av ett organ som den som ansöker om märkningen inte har ett avgörande inflytande över.

Enligt 9 kap. 14 § NLOU ska andra märkningar godtas om kraven för märkningen är likvärdiga med kraven för den angivna märkningen.

³¹ Prop. 2015/16:195, s. 1040 ff.

³² Artikel 2.23 i LOU-direktivet.

³³ Prop. 2015/16:195, s. 593.

När en leverantör inte inom den angivna tidsfristen haft möjlighet att få tillgång till den märkning som den upphandlande myndigheten kräver eller likvärdigt märke och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska den upphandlande myndigheten även godta annan lämplig utredning, se 9 kap. 15 § NLOU. Den åberopade utredningen ska visa att varan, tjänsten eller byggentreprenaden uppfyller kraven för den angivna märkning eller de specifika krav som angetts av den upphandlande myndigheten.³⁴ Som exempel på annan lämplig utredning nämns i artikel 74 i LOU-direktivet teknisk dokumentation från tillverkaren.

De största skillnaderna jämfört med dagens bestämmelser om märkning är att det blir möjligt för upphandlande myndigheter att i upphandlingsdokumentets tekniska specifikation, tilldelningskriterier eller särskilda kontraktsvillkor under vissa förutsättningar göra direkt hänvisning till en särskild märkning, t.ex. ett miljömärke, utan som i dag behöva ange märkningskraven i sig. Det är vidare möjligt för de upphandlande myndigheterna att kräva en särskild märkning, t.ex. ett miljömärke, som bevismedel för att märkningskraven uppfylls. Bestämmelserna omfattar även andra märkningar än miljömärkning och alla märkningar, dvs. alla dokument, certifikat eller intyg som bekräftar att angivna märkningskrav eller likvärdiga märkningskrav uppfylls, ska godtas. Egendeklarationer, teknisk dokumentation etc. ska godtas som bevismedel då den upphandlande myndigheten inte har begärt en särskild märkning som bevismedel eller i de situationer då leverantören inte har tillgång till den särskilda märkningen eller en likvärdig märkning inom upphandlingens tidsfrister och detta inte beror på leverantören.

I dag finns det ett ramverk för miljömärkning, den internationella standarden för miljömärkningssystem ISO 14024,³⁵ vilken bygger på global konsensus. Vissa av de mest förekommande miljömärkena i Sverige, som t.ex. Svanen och Bra Miljöval, följer denna standard.

De nya bestämmelserna om märkning innebär mer arbete, i alla fall initialt, för den upphandlande myndigheten som vill ange en viss märkning. Detta då den upphandlande myndigheten inför upphandlingen först måste kontrollera märkningen så att samtliga kriterier som anges i 9 kap. 13 § NLOU är uppfyllda. Det är därför önskvärt med mer praxis på området och att Upphandlingsmyndigheten (eller annan myndighet) tar fram vägledning så att de nya reglerna om märkning kan få fullt genomslag.

Vidare framgår det inte tillräckligt tydligt i NLOU vilken tidsfrist som avses (för upphandlingen eller tidsfristen som certifieringsorganet har) eller hur långt leverantörens aktsamhetskrav sträcker sig eller vilka alternativa bevismedel som får användas. Det kan dock konstateras att för det fall den angivna tidsfristen

³⁴ Prop. 2015/16:195, s. 592–593.

³⁵ SOU 1999:7, s. 62.

avser tidsfrist för upphandlingen kan tidsfristen komma att bli väldigt kort. Leverantörer kan därför behöva uppmärksamma på att redan i samband med en s.k. RFI efterfråga om en upphandlande myndighet har för avsikt att ställa krav på viss märkning. Det kan vidare noteras att olika begrepp som ”koppling till kontraktsföremålet” i artikel 43 LOU-direktivet och ”anknytning till det som anskaffas” i 9 kap. 13 § NLOU används i regelverken vilket inte är optimalt. Det kan konstateras att de nya bestämmelserna rörande märkning tydliggör en mängd möjligheter att använda märkning vid offentlig upphandling men att ansvaret vilar tungt på upphandlande myndigheter att på ett korrekt, likabehandlande och transparent sätt hänvisa till en viss märkning. Det kan därför många gånger vara lättare för en upphandlande myndighet att ställa krav på viss märkning som ett särskilt villkor för fullgörande av kontrakt då ett sådant krav är av mindre ingripande karaktär.

3.4 Uteslutning

Av artikel 57 i LOU-direktivet framgår när en leverantör får uteslutas, t.ex. får så ske om den upphandlande myndigheten på något olämpligt sätt kan påvisa åsidosättande av tillämpliga miljörättsliga skyldigheter. Det framgår inte av LOU-direktivet hur allvarligt åsidosättandet ska vara för att kunna leda till uteslutning. Den nya bestämmelsen, som framgår av 13 kap. 3 § NLOU, skulle dock kunna innebära att en leverantör skulle kunna bli utesluten på grund av brott mot miljöbalken (1998:808) eller vid allvarligt fel i yrkesutövningen som lett till omfattande miljöförstöring. Det kan vidare konstateras att en upphandlande myndighet får låta bli att utesluta en leverantör, om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset, se 13 kap. 6 § NLOU.

Av termen tvingande hänsyn till allmänintresset, vilket är en term som utvecklats i EU-domstolens praxis, framgår att det ska röra sig om alldeles särskilda fall (se t.ex. skäl 100 till LOU-direktivet). Innebörden av begreppet ”tvingande hänsyn till allmänintresset” får i övrigt bedömas i rättstillämpningen och i artikel 57.3 anges en exemplifiering i form av bl.a. miljöskydd. Vägledning får därmed hämtas från den rättspraxis som gäller tillämpningen av motsvarande begrepp i 16 kap. 14 § ÄLOU.³⁶ Bestämmelsen om uteslutning från deltagande i offentlig upphandling p.g.a. åsidosättande av bl.a. miljörättsliga skyldigheter har inte någon motsvarighet i 10 kap. ÄLOU.

³⁶ Prop. 2015/16:195, s. 1090.

3.5 Egen försäkran och utredning om leverantörer

Av artikel 60 (se även del II i bilaga XII om bevisning) LOU-direktivet och därtill av 15 kap. 11 § NLOU punkt 8 framgår att en upphandlande myndighet får begära utredning av en leverantörs tekniska kapacitet i form av bl.a. information om de miljöskyddsåtgärder leverantören kan komma att vidta vid fullgörandet av kontraktet. Bestämmelsen motsvarar i stort 11 kap. 11 § andra stycket ÄLOU.

3.6 Miljöledningsstandarder

Av artikel 62 LOU-direktivet framgår hur en upphandlande myndighet kan ställa krav på miljöledningsstandarder. Bestämmelsen har utformats i 15 kap. 15 § NLOU och anger bl.a. att om en upphandlande myndighet kräver att leverantörerna visar upp ett visst intyg, utfärdat av ett oberoende organ, om att leverantören följer vissa miljösyften, eller miljöledningsstandarder ska myndigheten precisera kraven genom att hänvisa till förordning och miljöledningssystem m.m. som finns uppräknade i bestämmelsen. Det bör särskilt noteras att första stycket i 15 kap. 15 § NLOU inte formellt begränsas till kontrakt som endast gäller tjänster eller byggentreprenader samt att möjligheterna att åberopa andra bevis om likvärdiga miljöledningsåtgärder förutsätter bl.a. förutsätter att leverantören har varit aktsam. Att en tidsfrist inte har kunnat följas får som framgår av bestämmelsen inte bero på leverantören eller något förhållande på dennes sida. Bestämmelsen motsvarar delvis nuvarande 11 kap. 15 § ÄLOU.

Bestämmelserna om miljöledningsstandarder i EU-direktivet syftar till att krav på sådana standarder i en upphandling inte ska tillåtas påverka leverantörer på ett sätt som strider mot de grundläggande principerna. Av skäl 88 i LOU-direktivet framgår att miljöledningssystem kan visa att leverantören har teknisk kapacitet att fullgöra kontraktet oberoende av om systemet är registrerat i överensstämmelse med förordning 1221/2009 eller inte. Det anges vidare att då en leverantör inte har tillgång till registrerade system för miljöledning eller inte har möjlighet att få det inom aktuella tidsfrister, bör det vara tillåtet för denne att lämna en beskrivning av de åtgärder för miljöledning som har genomförts. Detta förutsätter dock att leverantören visar att åtgärderna garanterar samma miljöskydd som de åtgärder som krävs enligt miljöledningen.³⁷ Bestämmelserna begränsar i viss utsträckning en leverantörs möjlighet att åberopa andra standarder än de som den upphandlande myndigheten har hänvisat till.

I dag är det relativt vanligt att det i vissa typer av upphandlingar ställs krav på miljöledningssystem. Med de nya bestämmelserna blir det allt viktigare att upphandlande myndigheter inför en upphandling undersöker vilka standarder man bör hänvisa till om man har för avsikt att efterfråga ett miljöledningssystem

³⁷ Prop. 2015/15:195, s. 778-780.

samt under vilka förutsättningar en leverantör kan använda sig av andra alternativ än de standarder som myndigheten har hänvisat till. Vissa certifieringar eller miljöledningssystem kan många gånger vara svåra att översätta till likvärdiga eller motsvarande system. Det är tyvärr inte ovanligt att myndigheten hänvisar till en certifiering eller en standard utan att egentligen förstå vad den kräver av leverantörerna.

Vidare innebär aktsamhetskravet för leverantörer att om upphandlande myndigheten har angett en viss tillåten miljöledningsstandard måste leverantören visa att de inte har haft tillgång till aktuell miljöledningsstandard. Det ställer högre krav på leverantörer att vara uppmärksamma vid upphandlingar och på upphandlande myndigheter att göra en noggrann marknadsanalys för hur en viss bransch ser ut innan upphandlingsdokumentationen utformas, detta för att inte begränsa konkurrensen på marknaden. För det fall en upphandlande myndighet finner att det är relevant att i en upphandling ställa krav på t.ex. miljöledning kan myndigheten begära att leverantören intygar att ställda krav på åtgärder för miljöledning är uppfyllda. Det finns redan i dag relevanta standarder som skulle kunna fungera som bevismedel, såsom certifikat enligt ISO 14001, EMAS eller likvärdigt.

3.7 Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

Av artikel 67 i LOU-direktivet och 16 kap. 1 § NLOU framgår att en upphandlande myndighet får tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomisk mest fördelaktiga för myndigheten (jämför med 12 kap. 1 § ÄLOU). Vilket anbud som är det mest ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas antingen avseende bästa förhållandet mellan priset och kvalitet eller kostnad eller pris. Exempel på kriterier som bestämmelsen kan omfatta är bl.a. miljömässiga och innovativa egenskaper. Se vidare om livscykelkostnader nedan.

En upphandlande myndighet ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med t.ex. tillämpliga miljörättsliga skyldigheter. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Detta följer av 69 i LOU-direktivet och framgår av 16 kap. 7 § NLOU (jämför med 12 kap. 1 § ÄLOU).

Om en leverantörs anbud inte stämmer överens med t.ex. tillämpliga miljörättsliga skyldigheter, får den upphandlande myndigheten enligt artikel 56 i LOU-direktivet besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet. En leverantör som har åsidosatt tillämpliga miljörättsliga skyldigheter ska således få uteslutas från att delta i en upphandling. Dessa bestämmelser anges i 16 kap. 9 § NLOU och saknar motsvarighet i ÄLOU. Vid tillämpningen av bestämmelsen måste dock de grundläggande principerna alltid beaktas. Vilket innebär att varje avvikelse inte

kan leda till att leverantören inte tilldelas kontraktet. Vidare bör bestämmelsen tolkas restriktivt då den utgör ett undantag från huvudregeln om tilldelning.

3.8 Särskilt om livscykelkostnader vid utvärdering av anbud

När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållanden mellan pris och kvalitet eller på grunden kostnad får bedömningen utgå från en analys av kostnaderna under livscykeln för den vara eller tjänst eller det byggnadsverk som ska anskaffas. Detta följer av artikel 68 i LOU-direktivet och 16 kap. 4–5§ NLOU. Bestämmelserna har ingen motsvarighet i ÄLOU.

Begreppet livscykelkostnader omfattar kostnader under en varus, tjänst eller byggnadens hela livscykel. Både interna kostnader och externa kostnader kan innefattas i livscykelkostnader. Livscykelkostnader får omfatta kostnader för externa miljöeffekter som har anknytning till det som ska anskaffas, om miljöeffekterna kan fastställas till ett belopp i pengar som kan kontrolleras. För det fall myndigheten avser att beakta livscykelkostnader vid utvärderingen, ska den i upphandlingsdokumenten ange vilka uppgifter som leverantörerna ska lämna för detta ändamål och vilken metod myndigheten kommer att använda för att fastställa livscykelkostnaderna. I artikel 68 finns en uppräkningslista av s.k. interna kostnader som kan beaktas som livscykelkostnader men uppräkningslistan är endast exemplifierande. Den upphandlande myndighetens metod för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter ska grundas på objektiva verifierbara och icke-diskriminerande kriterier och får inte på ett otillbörligt sätt gynna eller missgynna vissa av leverantörerna. Metoden ska vara tillgänglig för leverantörerna och ska utformas så att de uppgifter som krävs med rimliga ansträngningar ska kunna tillhandahållas av en omdömesgill leverantör. Metoden får inte innebära att det ställs oproportionerligt höga krav på leverantörerna när det gäller tillhandahållandet av uppgifter.³⁸

Avseende beräkning av metoder för livscykelkostnader framgår av artikel 68.3 att när en gemensam metod för beräkning av livscykelkostnader har gjorts obligatorisk genom unionsrätten, ska den metoden tillämpas för bedömning av livscykelkostnader. Sådana rättsakter ska anges i bilaga XIII till LOU-direktivet. I bilagan nämns för närvarande endast en rättsakt, Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/33/EG av den 23 april 2009 om främjande av rena och energieffektiva vägtransportfordon. Detta direktiv har genomförts genom lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster samt förordningen (2011:847) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster.³⁹

³⁸ Prop. 2015/16:195, s. 1112-1113.

³⁹ Prop. 2010/11:118, bet. 2010/11:FiU37, rskr. 2010/11:303.

Redan i dag får upphandlande myndigheter vid utvärderingen utgå från en analys av kostnaderna under hela livscykelns förutsatt att metoden är tydlig, transparent, likabehandlande och proportionerlig. Det kan dock konstateras att det finns behov av vägledning på området, fler modeller avseende beräkning av livscykelkostnader samt behov av metoder och verktyg för att mäta och följa upp livscykelkostnader.

3.9 Fullgörande av kontrakt

Vad det gäller särskilda villkor för fullgörande av kontrakt får en upphandlande myndighet bl.a. ställa särskilda miljömässiga villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras, detta följer av 17 kap. 1 § NLOU. Bestämmelsen följer artikel 18.2 och artikel 70 i LOU-direktivet och tydliggör att en upphandlande myndighet har stora möjligheter att ställa villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Bestämmelsen motsvarar delvis 6 kap. 13 § ÅLOU. I skäl 97–99 till EU-direktivet anges ett antal exempel på särskilda villkor för fullgörande av kontrakt, t.ex. avseende miljöskydd och djurskydd. Villkor som avser miljöhänsyn kan t.ex. omfatta leverans, paketering och bortskaflande av varor samt avfallsminimering eller resurseffektivitet vid tjänste- och byggtreprenadkontrakt. Exempel på villkor som avser miljöhänsyn kan vidare vara att tillverkningen av köpta varor inte omfattar giftiga kemikalier eller att de köpta tjänsterna tillhandahålls med hjälp av energieffektiva maskiner.

Samtliga särskilda villkor för fullgörande av kontrakt måste dock ha anknytning till det som anskaffas (vara kopplade till kontraktets föremålet), vara kopplade till kontraktets föremålet, anges i upphandlingsdokumenten (förfrågningsunderlag och annons m.m.) och särskiljas från tekniska specifikationer, kvalificeringskrav och tilldelningskriterier. Vilka villkor som kan ställas får avgöras från fall till fall men får inte strida mot de grundläggande principerna. För att avgöra vad som är proportionerligt kan den upphandlande myndigheten beakta t.ex. kontraktets art och längd. Ett anbud från en leverantör ska vidare förkastas om leverantören förklarar sig inte vilja eller kunna följa uppställda särskilda villkor för fullgörandet. Villkoren ska dock inte påverka utvärderingen av anbuden och behöver inte heller vara uppfyllda när anbudet lämnas.⁴⁰

Krav gällande särskilda miljövillkor för fullgörande av kontrakt handlar ofta om att myndigheten efterfrågar att leverantören ska ha rutiner för arbete med miljöfrågor. Inom vissa områden kan det vara svårt för leverantörer att garantera att man lever upp till ställda krav till fullo i hela leverantörskedjan varav det i dessa fall inte är lämpligt att ställa kraven. Kraven kan vara svåra att kontrollera och riskerar därmed att hämma konkurrensen. Samtidigt är särskilda villkor för

⁴⁰ Prop. 2015/16, s. 1117–1118.

fullgörande av kontrakt av mindre ingripande karaktär än ett obligatoriskt krav eftersom denna form av villkor gör att leverantören fasas in och kan därför vara att föredra framför t.ex. ett kvalificeringskrav.

4 Sammanfattning

Så länge miljökraven i en upphandling har ett samband med kontraktets föremål, inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i upphandlingsdokumentationen och är förenligt med de grundläggande principerna bör det gå att ställa miljökrav och därmed ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling. Av praxis framgår vidare att miljörelaterade villkor kan anses ha samband med ett kontraktsföremål.

I och med det nya EU-direktivet och därtill de föreslagna bestämmelserna så sätts miljöhänsyn i förgrunden jämfört med tidigare. Det är tydligt att vissa bestämmelser medför ett ökat fokus på miljöaspekter och att de nya bestämmelserna förtydligar i mångt och mycket vad som redan gäller i dag. Effekterna av de nya bestämmelserna är dock svårbedömda och utan tydlig vägledning och praxis är det svårt att avgöra om miljöhänsyn kommer att tas i större utsträckning i framtida upphandlingar. Vad som dock är tydligt är att de nya bestämmelserna ställer högre krav på såväl leverantörer som de upphandlande myndigheterna som vill ställa krav på t.ex. viss märkning och/eller miljöledningsstandarder m.m.

Det är i och med det nya LOU-direktivet än tydligare att även miljörelaterade värden kan ligga till grund för vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bestämmelserna om livscykelkostnader gör att det blir lite tydligare hur en upphandlande myndighet kan utvärdera anbud i detta avseende. Däremot är det inte klarlagt hur livscykelkostnader kommer att tillämpas och det finns få modeller för hur man ska kunna beräkna livscykelkostnader. Om beräkningar av livscykelkostnad mer frekvent används som grund till utvärdering av anbud kan det kanske komma att helt omkullkasta det sätt som leverantörer i dag kostnadsberäknar sina anbud.

Den vetenskapliga utvecklingen på miljöområdet går framåt vilket i sin tur påverkar vilka miljökrav som kommer att ställas i framtiden. Det kan dock konstateras att tiderna förändras och vi med dem, detta är särskilt tydligt vad det gäller utvecklingen av synen på att ställa miljökrav vid offentlig upphandling vare sig det gäller miljöhänsyn som politiskt styrmedel eller praxis eller lagstiftning.