
UPPHANDLINGSKRÖNIKA

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

Beaktande av miljöhänsyn har på några år gått från att vara något kontroversiellt till att bli en integrerad del av både lagstiftningen och inköpsprocessen vid offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna.¹ Till stor del kan detta sannolikt tillskrivas den allmänna klimatdebatten, vilken inneburit att miljöhänsyn i samband med upphandling vunnit både politisk och folklig förankring, men även EG-domstolen har genom sin rättspraxis på upphandlingsområdet bidragit till utvecklingen av det som populärt brukar benämnas grön upphandling.²

Till följd av denna rättspraxis och, får förmodas, det ökade intresset för miljöfrågor i den allmänna opinionen har också Europeiska kommissionen ändrat inställning i frågan. Från att under lång tid ha förfäktat tesen att krav och kriterier som skulle användas inom ramen för en upphandling måste innebära en direkt ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten respektive enheten, och att mer allmänna miljöhänsyn således inte var tillåtna, har kommissionen numera antagit rollen som en pådrivande kraft i arbetet för ökad användning av miljöhänsyn vid upphandling. Rent konkret har detta bl.a. tagit sig uttryck genom att en särskild webbplats för grön upphandling skapats och fyllts med bl.a. ett ”Training Toolkit”, en handbok, exempel på miljökriterier m.m.³ På webbplatsen återfinns också kommissionens meddelande Offentlig

* Jur. kand., biträdande jurist vid Advokatfirman Delphi i Stockholm.

¹ Ofta används i dessa sammanhang begreppet miljökrav. Eftersom miljöaspekter kan beaktas i flera olika faser av en upphandling, dvs. inte endast i form av krav på leverantörerna eller föremålet för upphandlingen, är det dock mer relevant att använda det vidare begreppet miljöhänsyn.

² Se främst mål C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne, REG 2002 s. I-07213 och mål C-448/01 EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich, REG 2003 s. I-14527.

³ http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm.

upphandling för en bättre miljö.⁴ Kommissionen har också uppmuntrat medlemsstaterna att utarbeta nationella handlingsplaner för hur man avser att öka graden av miljöanpassad upphandling och den svenska regeringens handlingsplan presenterades redan den 8 mars 2007 vilket, jämfört med många andra medlemsstater, var tidigt.⁵

På den nationella svenska nivån har dessutom miljöfrågan i upphandlings-sammanhang länge stått högt upp på dagordningen. Till exempel kan nämnas att den svenska lagstiftaren valde att föregripa arbetet med de nya upphandlingsdirektiven genom att på ett tidigt stadium förändra den svenska lagstiftningen i syfte att kodifiera EG-domstolens praxis rörande miljöhänsyn vid upphandling.

Att upphandlande myndigheter och enheter får ta hänsyn till miljöaspekter vid sina upphandlingar är därför inte längre kontroversiellt, utan mest en fråga om hur de väljer att göra det. I denna upphandlingskrönika kommer jag att behandla förutsättningarna för miljöhänsyn vid offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna.

I redogörelser för miljöhänsyn vid upphandling behandlas ofta även s.k. sociala hänsyn, vilket till viss del är logiskt eftersom det i båda fallen rör sig om frågor som, åtminstone med tidigare synsätt, ligger vid sidan av de strikt kommersiella frågorna i en upphandling. Inom ramen för denna upphandlingskrönika behandlas dock endast miljöhänsyn och som en generell kommentar kan sägas att utvecklingen nått längre när det gäller möjligheterna att ta miljöhänsyn än sociala hänsyn. Detta beror enligt min mening inte enbart på utvecklingen i EG-domstolens praxis, utan även på att miljöhänsyn i grunden oftast kan motiveras utifrån naturvetenskapliga utgångspunkter, t.ex. baserat på mängden växthusgaser som en viss verksamhet genererar eller konstaterade miljöeffekter av vissa kemikalier. Sociala hänsyn låter sig däremot, även om de i och för sig kan vara lovvärda, inte lika lätt motiveras utifrån vetenskapliga utgångspunkter utan är, åtminstone om man bortser från de allra mest grundläggande mänskliga fri- och rättigheterna som det torde råda bred enighet om, en fråga om politisk, etisk eller religiös uppfattning. Mot bakgrund av det genomslag som CSR-frågor på senare år fått både i den allmänna opinionen och inom näringslivet råder det dock knappast någon tvekan om att även användningen av sociala hänsyn av olika slag på sikt kommer att öka.

⁴ 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, COM(2008) 400 final.

⁵ Regeringens skrivelse 2006/07:54 Miljöanpassad offentlig upphandling.

2. ALLMÄNNA UTGÅNGSPUNKTER FÖR MILJÖHÄNSYN VID UPPHANDLING

Något förenklat uttryckt innebär EG-domstolens rättspraxis att upphandlande myndigheter och enheter tillåts beakta miljöhänsyn vid sina upphandlingar under förutsättning att krav, kriterier, villkor m.m. som används har ett samband med kontraktets föremål, inte ger den upphandlande myndigheten respektive enheten obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandlingen, och är förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten. Dessutom måste den upphandlande myndigheten eller enheten både ha möjlighet, och för avsikt att, kontrollera att anbudsgivarna verkligen uppfyller de krav som ställs.

Miljöhänsyn kan tas i alla faser av en upphandling, men förutsättningarna skiljer sig åt mellan de olika faserna.⁶ Det förtjänar också att påpekas att effektiva miljöhänsyn kräver framförhållning, planering och att den upphandlande myndigheten eller enheten beaktar miljöfrågorna på ett tidigt stadium istället för att, som så ofta är fallet, ser miljöhänsyn som något som pliktskyldigast tillförs förfrågningsunderlaget först när allt annat är på plats.

3. MILJÖHÄNSYN I BEHOVSANALYSEN

Enligt min mening är det i behovsanalysen, som infaller före upphandlingen, som möjligheterna att ta miljöhänsyn är som allra störst. Tyvärr förbiser dock upphandlande myndigheter och enheter ofta denna fas och de möjligheter som finns.

Bakgrunden till behovsanalysens stora praktiska betydelse för möjligheterna att ta miljöhänsyn är att de behov som en upphandlande myndighet eller enhet har oftast kan tillgodoses på flera olika sätt. Den upphandlande myndighet eller enhet som behöver transportera sin personal eller utrustning mellan olika verksamhetsställen, t.ex. inom den kommunala hemtjänsten eller för drift och underhåll av infrastruktur, kan bl.a. välja att upphandla fordon för detta ändamål. Om detta alternativ väljs kan myndigheten respektive enheten också välja mellan att upphandla ett fordon per medarbetare, eller att organisera sin verksamhet så att flera medarbetare kan samåka i färre fordon, t.ex. genom att minimera antalet resor med mer genomtänkt schemaläggning för hemtjänst eller serviceåtgärder.

⁶ För en översiktlig beskrivning av dessa faser hänvisas till min föregående upphandlingskrönika, ERT 2009 s. 174.

Genom att analysera sitt behov och, om det konstateras vara önskvärt, ändra behovet genom att förändra verksamhetens organisation och bedrivande kan således den upphandlande myndigheten eller enheten förändra sitt konsumtionsmönster, dvs. vad den behöver upphandla, och därmed reducera den miljöpåverkan som dess upphandlingar får. En förutsättning för att detta skall vara möjligt är dock att den upphandlande myndigheten eller enheten i behovsanalysen även beaktar organisatoriska aspekter och att detta sker på ett tidigt stadium. Som exempel kan nämnas att frågeställningen kanske inte bara bör vara hur den upphandlande myndigheten eller enheten kan upphandla så miljövänliga bilar som möjligt, utan vad som kan göras för att minska antalet bilar som upphandlas eller helt eliminera behovet av att överhuvudtaget upphandla bilar. Det bör dock tilläggas att organisatoriska förändringar av det slag som ofta är nödvändiga för att mer verkningsfulla miljöåtgärder skall kunna vidtas av naturliga skäl ofta möter större motstånd i en upphandlande myndighets eller enhets organisation än att ställa långtgående miljökrav på leverantörerna.

4. TEKNISKA SPECIFIKATIONER OCH MILJÖMÄRKEN

Av upphandlingslagarna (6 kap. 3 § 1 st. i respektive lag) framgår att upphandlande myndigheter och enheter när de väljer att ange de tekniska specifikationerna som funktions- eller prestandakrav, istället för genom hänvisning till olika standarder vilket är alternativet, får inkludera miljöegenskaper i de tekniska specifikationerna. Den närmare innebörden av dessa bestämmelser framgår av beaktandesats 29 till upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn av vilken det framgår att en upphandlande myndighet i de tekniska specifikationerna får föreskriva särskilda miljöegenskaper, t.ex. en viss produktionsmetod och/eller särskilda miljöeffekter för grupper av varor eller tjänster, och det samma får anses gälla vid upphandlingar i försörjningssektorerna. Det är således numera klarlagt att det, till skillnad från vad som tidigare ansetts gälla, är tillåtet att ställa miljökrav på leverantörernas produktionsmetoder under förutsättning att de grundläggande EG-rättsliga principerna efterlevs.⁷

Av upphandlingslagarna (6 kap. 7 § i respektive lag) framgår vidare att en upphandlande myndighet eller enhet som anger miljöegenskaper i form av prestanda- eller funktionskrav under vissa förutsättningar får använda de specifikationer, eller vid behov delar av dessa, som fastställts för miljömärken. Det förtjänar i detta sammanhang att påpekas att en upphandlande myndighet eller enhet med andra ord inte får kräva att en vara skall var försedd med ett visst

⁷ Prop. 2006/07:128, s. 198.

miljömärke, utan endast att varan skall uppfylla alla eller några av de kriterier som krävs för varan skall kunna tilldelas detta miljömärke. Vidare måste tre förutsättningar vara uppfyllda för att en upphandlande myndighet eller enhet skall få hänvisa till de specifikationer som gäller för ett visst miljömärke. Specifikationerna måste vara lämpliga för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som skall upphandlas, kraven för miljömärket måste ha utarbetats på grundval av vetenskapliga rön och märkena måste vara tillgängliga för alla berörda parter, dvs. alla företag som uppfyller kraven måste kunna få sina varor miljömärkta.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får presumera att varor som är försedda med miljömärket motsvarar de tekniska specifikationer som angetts i förfrågningsunderlaget, men måste även godta andra lämpliga bevis för att produkter som inte är märkta motsvarar specifikationerna. En leverantör vars produkter inte är miljömärkta har med andra ord möjlighet att styrka att hans varor motsvarar specifikationerna genom att t.ex. förete forskningsrapporter eller testresultat.

5. BEVIS OM TEKNISK KAPACITET MED AVSEENDE PÅ MILJÖFRÅGOR

Vid genomförande av en upphandling får en upphandlande myndighet eller enhet ställa krav på den ekonomiska ställning och tekniska och yrkesmässiga kapacitet som leverantörerna skall besitta och begära att leverantörerna ger in bevis som styrker den efterfrågade ekonomiska ställningen och kapaciteten.

Vid upphandling av byggtreprenader eller tjänster, får den upphandlande myndigheten eller enheten t.ex. begära uppgifter om de miljöskyddsåtgärder leverantören kommer att tillämpa när kontraktet fullgörs, om det med hänsyn till vad kontraktet avser behövs sådana uppgifter. Den upphandlande myndigheten eller enheten får med andra ord om det behövs med hänsyn till kontraktet ställa krav på att leverantören har kapacitet, dvs. kunskap och förmåga, att hantera de miljömässiga risker som är förknippade med projektet. Exempel på verksamheter där denna bestämmelse kan vara tillämplig är byggtreprenader som på grund av sin storlek, eller att marken som bebyggs är eller har varit förorenad, kräver särskilda kunskaper, eller tjänster som innebär hantering eller transport av kemikalier.

Som bevis kan den upphandlande myndigheten eller enheten bl.a. kräva att leverantören uppvisar ett certifikat, upprättat av ett oberoende organ, som intygar att leverantören uppfyller vissa miljöledningsstandarder. Om den upphandlande myndigheten/enheten ställer krav på sådana certifikat skall den hänvisa

till EMAS⁸ eller till miljöledningsstandarder som bygger på relevanta europeiska eller internationella standarder, men måste även godta andra bevis på likvärdiga miljöledningsåtgärder vilka ges in av leverantörerna.

6. ANBUDSUTVÄRDERING

Som framgått av min föregående upphandlingskrönika finns det två alternativa utvärderingsgrunder som kan tillämpas vid anbudsutvärderingen. Antingen skall det anbud antas som är det, från den upphandlande myndighetens synpunkt, ekonomiskt mest fördelaktiga eller också skall det anbud antas som har det lägsta priset.

När utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används skall det anbud antas som uppfyller alla förfrågningsunderlagets krav och som vid en bedömning av anbudet, enligt de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna, är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Bland de kriterier som kan användas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga omnämns i de icke-uttömmande exemplen i de båda upphandlingslagarna miljöegenskaper (12 kap. 1 § 1–2 st. och 15 kap. 16 § 1–2 st. i respektive lag). Exempel på sådana miljöegenskaper som i EG-domstolens rättspraxis ansetts vara tillåtna är vid upphandling av el att elen producerats med förnybara energikällor och vid upphandling av busstransporttjänster nivån på bussarnas utsläpp av kvävedioxid samt bussarnas bullernivå.⁹

I sammanhanget förtjänar dock att påpekas att det inte bara är när det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antas som den upphandlande myndigheten respektive enheten kan ta miljöhänsyn. Detta eftersom den upphandlande myndigheten eller enheten, genom att ställa höga obligatoriska miljökrav (s.k. skall-krav) kan säkerställa att de offererade varorna, tjänsterna eller byggtrepreneurarbetena är utformade på ett sätt som innebär låg miljöpåverkan, trots att endast priset blir föremål för utvärdering.

⁸ EMAS är en förkortning av Eco Management and Audit Scheme och är en förordning som antogs i sin första version år 1993 och som ändrats och uppdaterats sedan dess (senaste versionen är Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 761/2001 av den 19 mars 2001 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljöredovisningsordning). EMAS är enkelt uttryckt ett system för miljöstyrning som bl.a. innehåller bestämmelser om miljöutredning, miljöpolicy, miljömål, miljöprogram, miljörevision, ackreditering av miljökontrollanter och miljöredovisning. Se vidare www.emas.se.

⁹ Se EG-domstolens ovan nämnda domar i mål C-448/01 EVN och Wienstrom samt C-513/99 Concordia Bus.

7. SÄRSKILDA KONTRAKTSVILLKOR

En upphandlande myndighet respektive enhet får (enligt 6 kap. 13 § och 15 kap. 14 § LOU respektive 6 kap. 14 § och 15 kap. 14 § LUF) ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt skall fullgöras, s.k. särskilda kontraktsvillkor. De särskilda kontraktsvillkoren måste emellertid anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget.

Särskilda kontraktsvillkor är inte tekniska specifikationer, kvalificeringskrav, urvalskriterier eller utvärderingskriterier. Istället är särskilda kontraktsvillkor förpliktelser som den leverantör som tilldelas kontraktet måste acceptera och som reglerar hur leverantören skall agera när han fullgör kontraktet. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan kräva att anbudsgivarna i sina anbud bekräftar att de åtar sig att uppfylla villkoren om de tilldelas kontraktet, och anbud som inte innehåller en sådan bekräftelse får förkastas.

De särskilda kontraktsvillkoren måste vara förenliga med alla de grundläggande EG-rättsliga principerna. Ett särskilt kontraktsvillkor måste således bl.a. vara proportionerligt i förhållande till kontraktet i övrigt. Villkoret kan därför endast avse den del av leverantörens verksamhet som är inblandad i fullgörandet av kontraktet, t.ex. tillhandahållandet av tjänster. Ett mer svepande krav som avser även andra delar av leverantörens verksamhet kan stå i strid med proportionalitetsprincipen, eftersom det inte har tillräcklig anknytning till det som upphandlas.¹⁰

8. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Som framgått ovan finns det numera fog för slutsatsen att miljöhänsyn vid offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna inte är något kontroversiellt, utan tvärtom är en integrerad del av både upphandlingslagstiftningen och inköpsprocessen, och det finns också ett utbrett folkligt och politiskt stöd för miljöhänsyn i samband med upphandling. Upphandlingsdirektiven och de svenska upphandlingslagarna ger också relativt tydlig vägledning om hur miljöhänsyn kan tas i en upphandlings olika faser, även om vissa otydligheter kvarstår. Vidare finns det redan idag en rikhaltig flora av handböcker, vägledningar, exempel på kriterier m.m., både på den gemensamma europeiska nivån och på nationell svensk nivå.¹¹

Det kan därför konstateras att mycket kan åstadkommas bara det görs på rätt sätt och att upphandlande myndigheter och enheter har möjlighet, och också

¹⁰ Prop. 2006/07:128, s. 200.

¹¹ Se bl.a. AB Svenska Miljöstyrningsrådets webbplats, www.msrf.se.

Kristian Pedersen

förväntas, ta miljöhänsyn vid sina upphandlingar. Det som krävs för att för att ta nästa steg i riktning mot en mer hållbar utveckling är dock att upphandlande myndigheter och enheter i ännu högre grad än tidigare analyserar och agerar utifrån hur de genom att förändra sina behov, redan innan upphandling påbörjas, ytterligare kan minska sin negativa miljöpåverkan.