

Datum	Vår beteckning
1998-03-24	15/98-29
Ert datum	Er beteckning
1998-01-15	M98/143/8

Regeringen
Miljödepartementet
103 33 STOCKHOLM

Rapport om ekologiskt hållbar offentlig upphandling

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på uppdrag av regeringen (1998-01-15) analyserat konsekvenserna av de förändringar i EG-fördraget som Amsterdamfördraget medför beträffande möjligheterna att ställa miljökrav vid offentlig upphandling samt den grönbok om offentlig upphandling som EG-kommissionen har presenterat.

Beslut om utformning av denna rapport har fattats vid nämndsammanträde den 24 mars 1998, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, inköpschefen Tomas Axi, civ.ek. Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, kanslirådet Charlotte Hedberg och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefjuristen Hans Sylvén efter föredragning av jur.kand. Johan Svedberg och jur.kand. Rickard Falkendal. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandenas förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Johan Svedberg

SAMMANFATTNING

NOU har samrått med Kommerskollegium och konsulterat professorn i internationell rätt vid Stockholms universitet Said Mahmoudi.

När det gäller betydelsen av Amsterdambfördraget för möjligheten att ställa miljökrav vid offentlig upphandling kan det konstateras att ändringarna inte har förändrat denna möjlighet för upphandlande enheter på ett markant sätt.

Amsterdambfördragets största förtjänst vad gäller offentlig upphandling ligger kanske i den möjlighet som det har skapat för medlemsstaterna att sätta press på EG-kommissionen att lägga fram förslag till ändring i direktiven om offentlig upphandling. Integrationsprincipen kan i det sammanhanget åberopas som en grund för gemenskapens skyldighet att införliva miljöhänsyn med regelverket för offentlig upphandling.

Reglerna om uteslutning av anbudsgivare som begått brott i yrkesutövningen eller som begått annat allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 1 kap. 17 § 1 st. tredje respektive fjärde punkten LOU kan tillämpas på miljöbrott och allvarliga fel i miljöhänsyn.

Möjligheten att ställa miljökrav vid kvalificeringen av anbudsgivare är enligt NOU:s bedömning utomordentligt begränsad. Sådan bedömning skall begränsas till en prövning av anbudsgivarnas lämplighet med hänsyn till deras tekniska förmåga och kapacitet samt deras ekonomiska och finansiella ställning.

Enligt NOU:s mening torde krav på EMAS-registrering eller krav på uppfyllande av kriterierna för sådan registrering inte kunna förenas med reglerna för offentlig upphandling. Likaså bedömer NOU att krav att leverantören skall ha antagit en miljöpolicy är oförenligt med gemenskapsrätten.

Det är NOU:s uppfattning att miljöfaktorer kan tillmätas betydelse vid val av det mest fördelaktiga anbudet endast under förutsättning att det föreligger ett samband mellan miljökraven och föremålet för upphandlingen samt att utvärderingskriterium framgått av annons eller förfrågningsunderlag.

EG-direktiven om offentlig upphandling saknar särskilda bestämmelser om tillverkningsprocesser. I enlighet med resonemanget ovan är det endast möjligt att ställa krav på tillverkningsprocesser då dessa har betydelse för slutproduktens egenskaper.

GPA förefaller tillåta att tillverkningsprocesser inkluderas i kravspecifikationen under förutsättning att dessa inte diskriminerar produkter från andra stater.

Mahmoudi anför visst stöd för att GPA skulle kunna ges företräde. Enligt NOU:s mening måste dock en upphandlande enhet som vill vara säker på att

följa båda regelverken välja att anpassa sig till de strängaste reglerna, vilka i detta fall utgörs av EG-direktiven. Kommerskollegium anser att EG-direktiven skall ha företräde gentemot GPA.

Ett sätt för upphandlande enheter att ställa krav på tillverkningsprocesser som måhända kan accepteras är såvitt NOU kan bedöma att ställa krav på att en vara skall vara märkt med det europeiska miljömärket (EU-blomman).

I enlighet med Beentjes- domen föreligger visst utrymme att uppställa tillkommande villkor som inte utgör kvalificeringskrav eller utvärderingskriterier. I grönboken synes domen tolkas så, att krav avseende vissa sociala hänsyn skulle kunna uppställas och i en upphandling vara utslagsgivande under vissa förutsättningar medan krav i andra avseenden bl.a. miljöhänsyn inte skulle kunna ligga till grund för uteslutning.

Enligt NOU:s bedömning kan inom ramen för en upphandling krav inte ställas på leverantören att föremålet för upphandlingen skall transporteras på visst miljövänligt sätt. För den upphandlande enhet som önskar transport på miljövänligt sätt, kan i stället en separat upphandling av själva transporttjänsten göras.

SAMMANFATTNING	2
INLEDNING	5
1.1 Uppdraget	5
1.2 Arbetets utförande	5
2 RÄTTSKÄLLOR	5
2.1 EG-fördraget	5
2.1.1 Amsterdampfördraget.....	6
2.2 EG-direktiv om offentlig upphandling	7
2.3 Government Procurement Agreement (GPA)	8
2.4 Lagen om offentlig upphandling (LOU)	8
2.5 EG-kommissionens grönbok om offentlig upphandling	9
2.6 Det femte miljöhandlingsprogrammet	9
3 UPPHANDLINGSPROCESSEN	9
4 KRAV PÅ LEVERANTÖREN	10
4.1 Krav beträffande yrkesutövning	10
4.2 Kvalifikationskrav	11
4.2.1 Krav på EMAS-registrering och miljöpolicy	13
5 UTVÄRDERINGSKRITERIER	14
5.1 Inledning	14
5.2 Europeiska specifikationer och harmoniserande regler	15
5.3 Tillverkningsprocesser	15
5.3.1 GPA.....	17
5.4 Miljömärkning	18
6 TILLKOMMANDE VILLKOR	19
6.1 Krav med anknytning till transporter	21
BILAGA 1 REGERINGENS UPPDRAG TILL NOU	
BILAGA 2 YTTRANDE FRÅN KOMMERSKOLLEGIUM	
BILAGA 3 YTTRANDE FRÅN SAID MAHMOUDI	

INLEDNING

1.1 Uppdraget

Regeringen har i beslut den 15 januari 1998 givit NOU i uppdrag att efter samråd med Kommerskollegium analysera hur miljökrav och andra krav på ekologisk hållbarhet kan ställas vid offentlig upphandling. Analysen skall enligt uppdraget göras mot bakgrund av EG:s direktiv om offentlig upphandling (89/665/EEG, 92/13/EEG, 92/50/EEG, 93/36/EEG, 93/37/EEG, 93/38/EEG) samt Government Procurement Agreement inom ramen för Världshandelsorganisationen.

NOU skall särskilt analysera konsekvenserna av de förändringar i EG-fördraget som Amsterdamavtalet medför samt den grönbok om offentlig upphandling som EG-kommissionen har presenterat.

För uppdragets fullständiga lydelse se bilaga 1.

1.2 Arbetets utförande

NOU har under ärendets gång haft samråd med Kommerskollegium (bilaga 2) och inhämtat yttrande från professorn i internationell rätt vid Stockholms universitet Said Mahmoudi (bilaga 3).

Framställningen koncentreras främst på EG-fördraget och EG-direktiven för offentlig upphandling och därmed även LOU över tröskelvärdena. På de områden där Government Procurement Agreement (GPA) har annorlunda regler eller förefaller medge en annan tolkning än EG-rätten anges detta särskilt.

2 RÄTTSKÄLLOR

2.1 EG-fördraget

I EG-fördraget finns det ingen bestämmelse som direkt hänvisar till offentlig upphandling men artiklarna 6 om icke-diskriminering, 30-34 om fria varurörelser, 52 om etableringsrätt och 59 om fri rörlighet för tjänster ligger alla till grund för EG-direktiven om offentlig upphandling.

Miljöfrågorna tillmäts en allt större betydelse i EG-fördraget som ändrats flera gånger i detta avseende. Artiklarna 2 (gemenskapen skall främja en hållbar och icke-inflatorisk tillväxt som tar hänsyn till miljön), 3 punkt k (gemenskapens verksamhet skall innefatta en miljöpolitik), 36 (undantag från de fria varurörelserna för att skydda bl.a.människors och djurs hälsa och liv och att bevara växter), 100a (frågan om hur beslut för tillnärmning av medlemsstaternas olika bestämmelser skall ske, EG-kommissionen skall i sina förslag enligt p. 1 i artikeln om hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd utgå från en hög skydds nivå) och 130r (gemenskapens miljöpolitik skall syfta till en hög skydds nivå, miljöskyddskraven skall

integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens övriga politik) utgör alla ett stöd för att beakta miljöhänsyn vid offentlig upphandling.

2.1.1 Amsterdamfördraget

Enligt Mahmoudi har Amsterdamfördraget följande betydelse för möjligheten att beakta miljöhänsyn vid offentlig upphandling.

Amsterdamfördraget förändrar EG-fördraget bl.a. avseende miljö. De ändringar inom det området som har störst betydelse för den offentliga upphandlingen gäller gemenskapens grundläggande miljöprinciper.

Den första viktiga ändringen är att principen om hållbar utveckling nu har antagits som en inledande allmän princip redan i ingressen till unionsfördraget. Detta är endast en viljeförklaring från medlemsstaterna och skapar varken rättigheter eller skyldigheter för dem.

Hållbar utveckling har genom Amsterdamfördraget kommit till uttryck också i artikel 2 samt i en ny artikel 6 i EG-fördraget. Dessa två bestämmelser föreskriver en konkret skyldighet för gemenskapen att främja en hållbar utveckling av näringslivet. Införandet av begreppet hållbar utveckling som en princip i EG:s grundlag är en formell bekräftelse på att idén om en oinskränkt handel mellan medlemsstaterna skall få ge vika för nya viktiga intressen, särskilt skyddet av miljön inom gemenskapen. Gemenskapsinstitutionernas skyldighet att beakta denna princip kan bli föremål för prövning av EG-domstolen.

En annan viktig princip som kan ha betydelse för om miljökrav kan ställas vid offentlig upphandling är principen om integrering av miljöfrågor i övrig gemenskapspolitik. Genom Amsterdamfördraget blir den en självständig allmän princip i en ny artikel 6 som lyder: "Miljöskyddskraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet enligt artikel 3, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling."

Att ha dessa principer i den inledande avdelningen av fördraget bekräftar att miljöskydd har blivit en kärnfråga av samma höga status som frihandel. Det innebär också att de nämnda miljöprinciperna är bindande rättsregler för gemenskapens institutioner och att de skall styra samtliga aktiviteter inom gemenskapen. Medlemsstaterna är däremot inte bundna av dessa principer på grund av EG-fördraget.

Amsterdamfördragets största förtjänst vad avser offentlig upphandling ligger kanske i den möjlighet som det har skapat för medlemsstaterna att sätta press på EG-kommissionen att lägga fram förslag till ändring i direktiven för offentlig upphandling.

Integrationsprincipen kan i det sammanhanget åberopas som en grund för gemenskapens skyldighet att införliva miljöhänsyn med regelverket för

offentlig upphandling. För de upphandlade enheterna har däremot inte möjligheterna att ställa miljökrav förändrats på ett markant sätt.

2.2 EG-direktiv om offentlig upphandling

Genom inträdet i EU (tidigare EES-avtalet) har Sverige förbundit sig att i den svenska rätten införliva innehållet i EG-direktiven.

Syftet med EG-direktiven om offentlig upphandling är främst att ge leverantörerna i EU lika möjligheter att lämna anbud på offentliga upphandlingskontrakt i alla EU-länder. Med bl.a. en större öppenhet genom t.ex. publicitet skall handeln över gränserna uppmuntras och underlättas. Detta skall medföra att leverantörerna stärker sin ställning och därmed kan konkurrera på världsmarknaden med leverantörer från de andra stora handelsblocken USA och Asien.

Reglerna för offentlig upphandling kan sägas vila på fem grundprinciper om icke-diskriminering, likabehandling, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.

Direktiven reglerar upphandlingar som uppgår till vissa värden s.k. tröskelvärden.

Dessa är Rådets direktiv:

92/50/EEG (EGT L 209/1) av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster;

93/36/EEG (EGT L 199/1) av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor;

93/37/EEG (EGT L 199/54) av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten;

93/38/EEG (EGT L 199/84) av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (de s.k. försörjningssektorerna);

89/665/EEG (EGT L 395/33) av den 30 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten; samt

92/13/EEG (EGT L 76/14) av den 23 mars 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (försörjningssektorerna).

Vidare har två direktiv för införlivande av GPA antagits, direktiv 97/52/EG som införlivar GPA i EG:s upphandlingsdirektiv för varor, byggtreprenader och tjänster och direktiv 98/4/EG för försörjningssektorerna.

2.3 Government Procurement Agreement (GPA)

GPA är ett avtal om offentlig upphandling som ingår i avtalen om upprättandet av Världshandelsorganisationen WTO (prop. 1994/95:35 Sveriges anslutning till Världshandelsorganisationen m.m., Bilaga 7, del C sid 268 ff).

GPA som trädde i kraft den 1 januari 1996, omfattar i stort sett samtliga statliga myndigheter, lokala och regionala myndigheter (dvs. kommuner och landsting) samt vissa offentliga bolag. Avtalet täcker upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster.

Även EU har undertecknat GPA och införlivat avtalet i EG-direktiven för offentlig upphandling (se avsnitt 2.2).

2.4 Lagen om offentlig upphandling (LOU)

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 1994. LOU reglerar i det närmaste all offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader. Genom LOU införlivas de sex EG-direktiven om offentlig upphandling med svensk rätt. En ändring av lagen är att vänta under 1998 med anledning av de två EG-direktiven som införlivar GPA.

Över tröskelvärdena grundar sig lagen i huvudsak på EG-direktiv. Under tröskelvärdena motsvarar bestämmelserna i stort sett de som gällde tidigare för stat och kommun.

Lagens huvudregel om affärsmässighet återfinns i 1 kap. 4 § LOU och lyder: ”Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.” Bestämmelsen gäller även för upphandling under tröskelvärdena (6 kap. 1 § 2 st. LOU).

EG-direktiven styr inte upphandlingar under tröskelvärdena men EG-fördraget och dess bestämmelser om fri rörlighet för varor och tjänster, icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet och ömsesidigt erkännande gäller även för dessa upphandlingar.

2.5 EG-kommissionens grönbok om offentlig upphandling

EG-kommissionen antog i november 1996 en s.k. grönbok om offentlig upphandling. Syftet med grönboken är att behandla två huvudproblem, dels det otillräckliga och ofullständiga införlivandet av upphandlingsdirektiven i medlemsstaterna dels den relativt begränsade ekonomiska effekt som direktiven hittills har medfört. Grönboken behandlar även hur miljökrav kan beaktas vid offentlig upphandling.

I sin uppföljning till grönboken anger EG-kommissionen att den har för avsikt att publicera ett specifikt tolkningsdokument för att möjliggöra ett optimalt beaktande av miljöskydd i offentlig upphandling. I dokumentet skall möjligheterna att ställa miljökrav inom det nuvarande regelverket utvecklas och klargöras¹.

2.6 Det femte miljöhandlingsprogrammet

EG-kommissionens femte miljöhandlingsprogram (Towards sustainability, A European Community Programme of Policy and Action in relation to the Environment and Sustainable Development av den 27 mars 1992) fastställer långsiktiga mål och är baserat på två huvudprinciper:

Integration av miljöaspekter i alla politikområden är en nyckelfaktor. Miljöskyddsmålen kan bara uppnås genom att alla de områden som orsakar att miljön försämras involveras.

Det är bara genom delat ansvar mellan olika aktörer t.ex. offentlig förvaltning, offentliga företag, privata företag och allmänheten som åtaganden om överenskomna åtgärder kan uppnås.

3 UPPHANDLINGSPROCESSEN

Enligt EG-direktiven för varu-, byggentreprenad- och tjänsteupphandling² (den s.k. klassiska sektorn) skall i offentlig upphandling åtskillnad göras mellan prövning av anbudsgivarnas lämplighet och utvärdering av anbud. Regeln, som införlivas av 1 kap. 20 a § LOU, har av EG-domstolen i mål 31/87 Beentjes³ förklarats innebära att en klar åtskillnad skall göras mellan dessa två prövningar vilka styrs av olika regler. Vidare förklarades bestämmelsen ha direkt effekt. Regeln gäller inte inom försörjningssektorerna, där ett sådant krav på åtskillnad mellan de två momenten således inte föreligger.

¹ Commission Communication: Public Procurement in the European Union s. 27.

² Art 23 i 92/50/EEG, art 15 i 93/36/EEG och art. 18 i 93/37/EEG.

³ Mål C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, REG 1988, s. 4635.

Innan anbudsgivarnas lämplighet prövas enligt ovan nämnda regler skall en prövning av anbudsgivarna göras mot ett antal i direktiven⁴ angivna uteslutningsgrunder. Dessa regler motsvaras av 1 kap. 17 § LOU.

I 1 kap. 18 § 2 st. LOU anges vidare att en upphandlande enhet i annonsen om upphandling eller inbjudan till anbudsgivning skall ange vilka bevis den vill ha om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet (i det följande kallade kvalifikationskrav). Anbud från anbudsgivare som inte uppfyller kvalifikationskraven skall således inte prövas av den upphandlande enheten.

Beroende på var i upphandlingsprocessen miljökrav ställs ifråga om uteslutningsgrunder, kvalifikationskrav, utvärderingskriterier och tillkommande villkor gäller olika regler.

4 KRAV PÅ LEVERANTÖREN

4.1 Krav beträffande yrkesutövning

Enligt 1 kap 17 § 1 st. 3 p LOU⁵ kan en leverantör uteslutas från deltagande i upphandling om han är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom.

I grönboken p.5.48 anges: ”I första hand och på samma sätt som för de sociala aspekterna, kan miljöhänsyn tillgodoses genom särskild lagstiftning. Brotts mot denna medför att entreprenören döms för brott avseende yrkesutövningen eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i denna. I dessa fall får upphandlande enheter enligt direktiven utesluta varje entreprenör som gjort sig skyldig till sådana överträdelse.”

Enligt 1 kap. 17 § 1 st. 4 p. LOU⁶ kan uteslutning ske om leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta.

En dom från Kammarrätten i Stockholm meddelad den 11 december 1996 (mål nr 8647-1996) behandlade frågan om allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 1 kap 17 § 1 st. 4 p. LOU.

Målet gällde bl.a. huruvida ett ifrågasatt utsläpp av kvicksilver och det förhållandet att anbudsgivaren för viss tid bedrivit sin verksamhet utan erforderligt tillstånd utgjorde tillräcklig grund för att utesluta anbudsgivaren i en öppen upphandling avseende dentalprodukter.

⁴ Art. 29 i 92/50/EEG, art. 20 i 93/36/EEG, art.24 i 93/37/EEG och art 31 i 93/38/EEG.

⁵ Bestämmelsen motsvaras av artikel 29 1 st. c i 92/50/EEG, 20 p. 1 c i 93/36/EEG, 24 1 st. c i 93/37/EEG och 31 p. 2 i 93/38/EEG

⁶ Bestämmelsen motsvaras av artikel 29 1 st. d i 92/50/EEG, 20 p. 1 d i 93/36/EEG, 24 1 st. d i 93/37/EEG och 31 p. 2 i 93/38/EEG.

När det gäller frågan om de påstådda utsläppen av kvicksilver konstaterade kammarrätten att de uppgifter som den upphandlade enheten åberopat inte var ostridiga. Oklarhet rådde beträffande såväl utsläppens ursprung som tidpunkten för dessa. Såvitt framgick av handlingarna var dessa frågor under utredning. Med hänsyn härtill fann kammarrätten att det inte kunde anses visat att leverantören i detta hänseende gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Beträffande tillståndet hade leverantören medgivit att den tillståndspliktiga verksamheten bedrivits utan erforderligt tillstånd. Detta innebar enligt Kammarrättens bedömning att leverantören gjort sig skyldig till fel i yrkesutövningen. För bedömningen av om detta var ett allvarligt fel i yrkesutövningen fann kammarrätten skäl att beakta att bolaget vid tidpunkten för domens avkunnande hade tillstånd för sin verksamhet. Kammarrätten fann att det inte heller i denna del visats att anbudsgivaren gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

Kammarrättens dom vann laga kraft.

Reglerna om uteslutning av anbudsgivare som begått brott i yrkesutövningen eller som begått annat allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 1 kap. 17 § 1 st. tredje respektive fjärde punkten LOU kan således tillämpas på miljöbrott och allvarliga fel i miljöhänseende.

4.2 Kvalifikationskrav

I EG-direktiven⁷ inom den klassiska sektorn anges vilka handlingar som får infordras av en upphandlande enhet för att styrka leverantörens ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Reglerna införlivas av 1 kap. 18 §, 2 st. LOU. Vidare är en förordning om tekniska bevis att vänta inom kort. Beträffande upphandlingar inom försörjningssektorerna är reglerna något annorlunda utformade. I artikel 31 i 93/38/EEG, som införlivas av 4 kap. 22a § LOU, anges att leverantörer i selektiv och förhandlad upphandling skall väljas ut enligt objektiva kriterier och regler som skall hållas tillgängliga för de leverantörer som vill ta del av dem.

EG-domstolen har, såvitt NOU kunnat utreda, inte prövat frågan om de lagliga möjligheterna att i en offentlig upphandling ställa krav på miljöhänsyn. Domstolen har emellertid i några mål berört frågan om andra särskilda krav inom offentlig upphandling. I mål 31/87 Beentjes behandlades ett krav att anbudsgivarna i en upphandling avseende en byggentreprenad som reglerades av det tidigare gällande direktivet 71/305/EEG skulle anställa långtidsarbetslösa till en viss kvot för arbetets utförande. Domstolen förklarade inledningsvis bl.a. att en upphandlande enhet äger rätt att pröva anbudsgivares lämplighet enbart p.g.a. kriterier hänförliga till ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk förmåga och

⁷ Art. 31-32 i 92/50/EEG, art. 22-23 i 93/36/EEG, art. 26-27 i 93/37/EEG.

kapacitet (p. 17). Kravet i fråga var dock enligt domstolen varken ett kvalifikationskrav eller ett utvärderingskriterium: "As regards the exclusion of a tenderer on the ground that it is not in a position to employ long-term unemployed persons, it should be noted in the first place that such a condition has no relation to the checking of contractors' suitability on the basis of their economic and financial standing and their technical knowledge and ability or to the criteria for the award of contracts referred to in article 29 of the directive." (p. 28).

Ett sådant tillkommande villkor som kravet på anställning av långtidsarbetslösa måste helt och hållet vara förenligt med direktivets bestämmelser och gemenskapsrätten i övrigt: "...in order to be compatible with the directive such a condition must comply with all the relevant provisions of Community law, in particular the prohibitions flowing from the principles laid down in the Treaty in regard to the right of establishment and the freedom to provide services." (p. 29).

I ett annat mål 360/89, EG-kommissionen mot Italien⁸ som gällde upphandling av byggentreprenad enligt direktiv 71/305/EEG konstaterade EG-domstolen att viss italiensk lagstiftning, enligt vilken upphandlande enhet skulle förbehålla en andel om 15-30 procent av offentliga kontrakt åt företag som hade sitt säte i den region där arbetet skulle utföras och som vidare stipulerade att i valet av inbjudna anbudsgivare skulle tillfälliga associationer eller konsortier i vilka deltog företag vars huvudsakliga verksamhet bedrevs i den region där arbetet skulle utföras ges fördel, var oförenlig med art. 59 i EG-fördraget och direktivet.

Det ställda kravet var liksom i mål 31/87 Beentjes ett krav som inte rymdes bland kvalifikationskriterierna i EG-direktiven för offentlig upphandling. Till skillnad från i mål 31/87 Beentjes stred dock kravet mot EG-fördraget och var därför inte tillåtet.

I mål 71/92 EG-kommissionen mot Spanien⁹ förklarade EG-domstolen viss nationell spansk lagstiftning stå i strid med EG-direktiv 71/305/EEG. Enligt den spanska lagstiftningen skulle preferens vid utvärdering ges företag som hade tillgång till personal, material och finansiella tillgångar på spanskt territorium. EG-kommissionen hävdade att lagen stred mot dels direktivet och dels artikel 59 i EG-fördraget. Domstolen konstaterade dock endast att lagen stod i strid med direktivet och prövade därför inte om den var förenlig med artikel 59. Sue Arrowsmith¹⁰ anser att domen var berättigad på den grunden att kravet var godtyckligt och inte stod i relation till det verkliga behovet i det speciella kontraktet.

⁸ Mål C-360/89 EG-kommissionen mot Italien REG 1992, s. 3401.

⁹ Mål C-71/92 Kommissionen mot Spanien, REG 1993, s. 5923.

¹⁰ Sue Arrowsmith: The Law of Public and Utilities Procurement, Sweet and Maxwell, London 1996, s. 321.

Av domarna 360/89 och 71/92 framgår således att ett villkor uppställt i en offentlig upphandling i vart fall inte får stå i strid med EG-fördraget eller någon bestämmelse i EG-direktiven.

Möjligheten att ställa miljökrav vid kvalificeringen av anbudsgivare är enligt NOU:s bedömning utomordentligt begränsad. Sådan bedömning skall begränsas till en prövning av anbudsgivarnas lämplighet med hänsyn till deras tekniska förmåga och kapacitet samt deras ekonomiska och finansiella ställning.

4.2.1 Krav på EMAS-registrering och miljöpolicy

En av de vanligaste frågorna i samband med att miljökrav ställs vid offentlig upphandling är huruvida upphandlande enheter kan ställa krav på att leverantörerna skall vara registrerade enligt Rådets förordning (EEG) nr 1836/93 av den 29 juni 1993 om en gemenskapens miljöstyrnings- och miljörevisionsordning (EMAS).

Frågan har uppmärksammats även av EG-kommissionen. I grönboken¹¹ ställs frågan: ”Skulle i detta sammanhang införandet i de tekniska specifikationerna, som ingår i en upphandlings allmänna handlingar, av ett miljömärke eller krav på registrering i ”Environmental Management and Audit Scheme” (miljöstyrnings- och miljörevisionsprogrammet) såsom ett bland kvalifikationskraven, kunna anses som lämpliga åtgärder?”

Grönbokens ovanstående fråga om EMAS ger intryck av att EG-kommissionen har uppfattningen att krav på EMAS-registrering för närvarande inte ryms bland kvalifikationskriterierna i EG-direktiven.

EMAS syftar till att främja en frivillig förbättring av industrins miljöarbete och registreringen är i sig ingen garanti för att företaget säljer miljövänliga varor. Vidare gäller det för företagen att följa nationell miljölagstiftning som kan ligga på olika nivå i medlemsstaterna. Detta innebär att en leverantör i ett EU-land som inte har valt att låta sig EMAS-registreras i själva verket kan tvingas uppfylla högre miljökrav än en leverantör som registrerats i ett land med mindre hård miljölagstiftning.

Att vid offentlig upphandling ställa som krav att leverantören skall vara registrerad i EMAS förefaller enligt NOU inte förenligt med EG-direktiven. Det finns flera skäl som talar emot att EMAS-registrering används som krav. Det behöver inte nödvändigtvis finnas något samband mellan ett företags miljöarbete och dess produkters miljövänlighet. Vidare kan kraven för registrering vara olika hårda beroende på i vilken medlemsstat leverantören hör hemma. Dessutom är det ännu relativt få företag som har registrerat sig i EMAS. Risken finns att ännu icke registrerade leverantörer med miljövänliga produkter väljs bort till förmån för EMAS-registrerade leverantörer med sämre produkter ur miljöhänseende. Att endast kräva att

¹¹ Fråga 21 på s. 43.

leverantören uppfyller kriterierna för EMAS-registreringen förändrar inte situationen.

Att ställa krav på att leverantören skall ha en miljöpolicy bedömer NOU som oförenligt med gemenskapsrätten. Kravet kan inte innefattas i leverantörens tekniska förmåga och kapacitet eller dennes ekonomiska och finansiella ställning. Vidare utgör policyn ingen garanti för att varan är miljövänlig.

5 UTVÄRDERINGSKRITERIER

5.1 Inledning

1 kap 22 § LOU lyder: ”En upphandlande enhet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.”

Motsvarande bestämmelse för upphandling under tröskelvärdena återfinns i 6 kap. 12 § LOU.

Ordet miljöpåverkan är dock ett svenskt tillägg som saknas i motsvarande artiklar i EG-direktiven¹².

Det räcker inte med att ange endast miljöpåverkan som kriterium utan miljökraven måste preciseras för att möjliggöra en korrekt anbudsutvärdering.

I grönboken anges: ” I fjärde hand och när det gäller fasen för tilldelning av upphandlingskontrakt, skulle miljöfaktorer kunna spela en roll vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dock endast om hänvisningen till dessa faktorer gör det möjligt att mäta en ekonomisk fördel som är avhängig av den prestation som är föremål för upphandlingen och som direkt tillfaller den upphandlande enheten.” (p. 5.51).

Mahmoudi ifrågasätter denna tolkning och anför att ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” inte är definierat i direktiven utan bestäms genom hänvisning till en icke-uttömmande lista av faktorer. Därför finns det utrymme att beakta andra faktorer, bl.a. miljöhänsyn, än de som anges i direktiven. EG-domstolen har i flera domar faktiskt ställt miljön framför

¹² Artikel 36 i 92/50/EEG, 26 i 93/36/EEG, 30 i 93/37/EEG och 34 i 93/38/EEG.

gemenskapens traditionella politik. Beaktande av miljöskydd ger en klar miljöprofil till den upphandlande enheten. Enligt Mahmoudi skulle EG-domstolen, även om upphandlaren inte kan redovisa någon direkt ekonomisk vinst med sitt val av anbud, kunna göra en teleologisk tolkning av "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" med tanke på den framträdande plats miljöhänsyn har i gemenskapens politik.

Det är NOU:s uppfattning att miljöfaktorer kan tillmätas betydelse vid val av det mest fördelaktiga anbudet endast under förutsättning att det föreligger ett samband mellan miljökraven och föremålet för upphandlingen. Även kravet i 1 kap. 4 § LOU att anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn utgör stöd för detta.

5.2 Europeiska specifikationer och harmoniserande regler

I EG-direktiven om offentlig upphandling återfinns bestämmelser¹³ som innebär att upphandlade enheter är skyldiga att hänvisa till befintliga europeiska standarder om kravspecifikationen innehåller en teknisk beskrivning. 1 kap. 12 § LOU innehåller motsvarande bestämmelse.

Finns det harmoniserande regler inom EU t.ex. i form av direktiv eller europeiska standarder, begränsas möjligheterna att ställa mer långtgående krav än vad som anges i direktiven eller i den europeiska standarden.

Det är skillnad mellan minimi- och totalharmoniseringsdirektiv. Ett minimidirektiv ställer krav på att medlemsstatens regler skall uppfylla en viss miniminivå. Sedan kan medlemsstaterna ställa mer långtgående krav. En upphandlande enhet bör då minst kunna ställa krav på uppfyllande av den nivå som bestämts i enhetens hemland så länge detta inte bryter mot gemenskapsrätten t.ex. proportionalitets- och likabehandlingsprinciperna. Ett totalharmoniseringsdirektiv däremot innebär att den nationella lagstiftaren inte kan ställa mer långtgående krav än direktivet. Finns det ett totalharmoniseringsdirektiv i EU för ett varuområde begränsas således möjligheterna att ställa andra miljökrav. Den fria handeln mellan medlemsstaterna går här före allt annat.

En väg för en medlemsstat som vill öka hänsynstagandet till miljön kan vara att driva på arbetet med att införa strängare miljökrav i harmoniserande produktdirektiv och standarder.

5.3 Tillverkningsprocesser

EG-direktiven om offentlig upphandling saknar särskilda bestämmelser om tillverkningsprocesser.

¹³ Artikel 14 i 92/50/EEG, 8 i 93/36/EEG, 10 i 93/37/EEG och 18 i 93/38/EEG.

Saknas det EG-regler med anknytning till tillverkningsprocessen gäller de allmänna principerna om likabehandling och proportionalitet.

Om det finns minimidirektiv av betydelse för tillverkningsprocessen bör den upphandlande enheten minst kunna ställa krav på den nivå som bestämts i enhetens hemland. Om tillverkningsprocessen berörs i ett totalharmoniseringsdirektiv är det däremot inte möjligt att gå utöver vad som framgår av direktivet.

Som nämnts ovan anges i grönboken p. 5.51 att miljöfaktorer kan spela en roll vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet om det är möjligt att mäta en ekonomisk fördel som är avhängig av den prestation som är föremål för upphandlingen och som direkt tillfaller den upphandlande enheten.

I en PM från EG-kommissionen den 10 januari 1996 som skrevs inför det paketmöte som hölls med de svenska myndigheterna den 18-19 januari samma år yttras: "Miljökrav är således tillåtliga i förhållande till naturen av de varor som är föremål för upphandlingen. Dessa miljökrav får grunda sig på en icke-diskriminerande och objektiv definition av de tekniska specifikationer som begärs ("specification of environmentally sound "green" products"). Däremot kan sådana krav inte gälla själva fabriktionsprocessen för varorna som är föremål för upphandlingen."

Enligt EG-kommissionen är det således bara möjligt att ställa sådana krav på tillverkningen av en vara som är nödvändiga för varans funktion och kvalitet. Att ställa krav på en varas tillverkningsprocess blir endast möjligt då denna process påverkar slutproduktens egenskaper.

Mahmoudi anser inte att det saknar betydelse hur en vara producerats och att miljökrav får beaktas endast utifrån varans eller tjänstens direkta användning. Oavsett var miljöåtgärder vidtas är det skyddet av miljön i hela gemenskapen som är ändamålet. Detta framgår redan av EG:s fjärde miljöhandlingsprogram och har sedan förstärkts genom det femte miljöhandlingsprogrammet med begreppet delat ansvar.

Vidare anför Mahmoudi att utveckling av ett europeiskt miljömärke för varor och tjänster som kan inkluderas i de tekniska specifikationerna skulle vara ett bra sätt att ställa krav på produktionen.

Det skall enligt NOU föreligga ett samband mellan miljökrav och föremålet för upphandlingen. Av den anledningen är det endast möjligt att ställa krav på en viss tillverkningsprocess då denna har betydelse för den slutliga produktens egenskaper.

5.3.1 GPA

Artikel VI:1 GPA lyder:

”Tekniska specifikationer som anger egenskaper hos varor eller tjänster som skall upphandlas, såsom krav avseende kvalitet, prestanda, säkerhet, mått, symboler, terminologi, förpackning, märkning och etikettering, eller i fråga om tillverkningsprocesser och metoder samt krav som hänför sig till förfaranden för prövning av varors överensstämmelse med specifikationer som föreskrivits av upphandlande myndigheter, får ej utarbetas, antas eller tillämpas i syfte att skapa eller ge orsak till onödiga hinder för internationell handel.”

Till skillnad från ordalydelsen i EG-direktiven ger denna GPA-artikel intryck av att tillåta att tillverkningsprocessen inkluderas i kravspecifikationen. Detta understryks av artikel VI:2 som bl.a. föreskriver:

”Tekniska specifikationer som beslutats av upphandlande enheter skall, där så är lämpligt”... (b)”grundas på internationella normer, när sådana finns, och annars på tekniska föreskrifter, erkända nationella normer eller byggnadsregler.”

Tekniska föreskrifter och standarder definieras:

”I detta avtal är en teknisk föreskrift ett dokument som fastställer egenskaper som varan eller tjänsten eller dithörande processer och produktionsmetoder samt gällande administrativa bestämmelser måste besitta respektive uppfylla.”¹⁴

”I detta avtal är en standard ett dokument som fastställs av ett erkänt organ, och som för allmänt och upprepat bruk anger regler, riktlinjer eller egenskaper hos varor eller tjänster eller dithörande processer och produktionsmetoder som inte oundgängligen måste följas.”¹⁵

I båda dessa fall kan dokumentet: ”innefatta eller enbart behandla terminologi, symboler, förpacknings-, märknings- eller etiketteringskrav beträffande en vara, en tjänst, en process eller en tillverkningsmetod.”¹⁶

GPA förefaller således tillåta att tekniska specifikationer innefattar tillverkningsprocesser under förutsättning att dessa inte diskriminerar produkter från andra stater eftersom det skulle strida mot artikel III:1 GPA.

EG-kommissionens uppfattning är att EG-direktiven för offentlig upphandling inte ger möjlighet att ställa krav på tillverkningsprocessen. GPA å andra sidan förefaller medge sådana krav. Det är inte klart vilket regelverk som skulle få företräde om en upphandlande enhet väljer att ställa

¹⁴ Artikel VI:2 b fotnot 3 första meningen.

¹⁵ Artikel VI:2 b fotnot 4 första meningen.

¹⁶ Artikel VI:2 b fotnot 3 och 4 andra meningen.

krav på tillverkningsprocessen med hänvisning till GPA. Se vidare Mahmoudis yttrande s. 8-9.

Enligt NOU:s mening måste en upphandlande enhet som vill vara säker på att följa båda regelverken välja att anpassa sig till de strängaste reglerna, vilka i detta fall utgörs av EG-direktiven. Kommerskollegium anser att EG-direktiven skall ha företräde gentemot GPA.

5.4 Miljömärkning

EG-kommissionen förefaller anse att det finns en risk för att olika nationella miljömärkningssystem leder till att den gränsöverskridande handeln försvåras. Istället anser man att insatser bör göras för att utveckla europeiska standarder eller gemensamma tekniska specifikationer som syftar till att införliva och framhäva miljöaspekter. Ett exempel skulle enligt EG-kommissionen kunna vara ett europeiskt miljömärke som överensstämmer med gemenskapsrätten (grönboken p. 5.49).

Det finns redan ett europeiskt miljömärke enligt Rådets förordning (EEG) nr 880/92 om gemenskapsprogram för tilldelning av miljömärke (EU-blomman). Förordningen är baserad på ett livscykelperspektiv som inkluderar tillverkningsprocessen.

Enligt EG-kommissionens synsätt skulle då inte upphandlade enheter kunna ställa krav på att en vara skall vara märkt med EU-blomman.

Enligt Mahmoudi är det redan idag möjligt att inkludera detta miljömärke i de tekniska specifikationerna. Visserligen skulle detta utgöra en formell diskriminering men eftersom miljömärket gäller inom hela gemenskapen, är frivilligt och öppet för alla tillverkare av särskilda varor inklusive importerade varor som uppfyller EG-krav, är det inte omöjligt att EG-domstolen godkänner diskrimineringen till förmån för miljön. Ett problem kan dock vara att små- och medelstora företag i praktiken kan slås ut av ett sådant krav.

Att ställa krav på att en vara skall vara märkt med det europeiska miljömärket (EU-blomman) kan enligt NOU:s uppfattning eventuellt vara förenligt med gemenskapsrätten. Även tillverkningsprocessen skulle beaktas i ett sådant fall.

Vad avser nationella miljömärken, som t.ex. den nordiska svanen, måste krav på att leverantören skall ha märket anses diskriminerande.

Det är tveksamt om det går att ställa krav på att en vara skall motsvara kriterierna för märkningen eftersom denna innefattar krav på varans tillverkningsprocess.

Det finns en förordning EEG/2092/91 om ekologisk produktion av jordbruksprodukter och uppgifter därom på jordbruksprodukter och

livsmedel. Förordningen anger bl.a. kriterier för vad som skall betraktas som ekologisk produktion, hur märkningen av dessa produkter skall göras och hur kontrollen skall ske. I Sverige finns en lag (1995:551) och en förordning (1995:702) om ekologiskt framställda produkter som kompletterar EG-förordningen.

Eftersom EG definierat vad som avses med ekologisk odling bör det, så länge definitionen följs vara möjligt att ställa krav att livsmedel skall vara ekologiskt odlade. Ekologiska livsmedel bör kunna anses som en annan produkt än vanliga livsmedel där med vissa begränsningar bekämpningsmedel tillåts. Uttryck som "obesprutat" och liknande bör således inte användas vid upphandling.

6 TILLKOMMANDE VILLKOR

I grönboken behandlas frågan om möjligheten att i offentlig upphandling ställa krav som varken är hänförliga till en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning eller kriterier för anbudsutvärdering.

P. 5.42 behandlar krav av social karaktär: "En andra möjlighet består i att ställa, såsom villkor som skall gälla under avtalstiden, krav av social karaktär. Dessa kan till exempel avse att främja anställning av kvinnor eller skydd av vissa missgynnade kategorier. I detta avseende bör bedömningen av ett sådant villkor äga rum utanför själva upphandlingsförfarandet (se ovan nämnda dom i Beentjes-målet, liksom kommissionens meddelande om sociala och regionala aspekter i offentlig upphandling). Givetvis tillåts endast de villkor, som inte har någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater. Dessutom måste lämplig öppenhet garanteras genom att dessa villkor nämns i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget."

P. 5.52 behandlar miljöhänsyn: "I femte hand kan inköpsorganen säkerställa skyddet av miljön via utförandevillkor, som de utvalda leverantörerna är skyldiga att fullgöra enligt kontraktet. Med andra ord kan en upphandlande enhet från den leverantör, vars anbud antagits, begära att prestationen som upphandlingen gäller, genomförs med hänsyn till vissa miljökrav. Dessa utförandevillkor får givetvis inte vara av diskriminerande art och inte heller på något sätt lägga hinder i vägen för en väl fungerande inre marknad. Dessutom måste man säkerställa att deltagarna i anbuds-förfarandet förfogar över rimlig kännedom om att dessa villkor existerar, vilket kan ske genom att de anges i det publicerade meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Slutligen bör leverantörens förmåga att fullgöra sina kontraktsskyldigheter i enlighet med dessa villkor prövas utanför själva upphandlingsförfarandet."

Sue Arrowsmith¹⁷ behandlar frågan vilken verkan Beentjes-domen har med avseende på rätten att ställa krav som inte är hänförliga till vare sig kvalifikationskraven eller utvärderingskriterierna. Hon menar att den mest naturliga tolkningen, med hänsyn till att domstolen konstaterar att kravet inte ryms inom området teknisk förmåga och kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning, vore att medge att sådana sekundära kontraktsvillkor generellt sett skulle kunna uppställas och grunda uteslutning av anbudsgivare. Emellertid synes enligt Arrowsmith den tolkningen som EG-kommissionen har antagit i Communication Public Procurement Regional and Social Aspects, COM (89) 400 Final ha blivit allmänt accepterad, nämligen ett generellt förbud mot uteslutning av anbudsgivare på grund av sekundära kontraktsvillkor. Uppfattningen grundas på att direktivens kriterier för uteslutning av anbudsgivare och utvärdering av anbud är uttömmande och därför inte medger uteslutning av andra än däri angivna skäl.

EG-kommissionen medger följaktligen att vissa tillkommande krav som anges i grönboken under p. 5.42 av social karaktär, såsom främjandet av anställning av kvinnor eller skydd av vissa missgynnade kategorier, under vissa förutsättningar kan ställas att gälla under avtalstiden. Med hänvisning till Beentjes-domen bör bedömningen av ett sådant villkor äga rum utanför själva upphandlingsförfarandet.

EG-kommissionen synes således mena att sådana krav av social karaktär under de angivna förutsättningarna kan ligga till grund för uteslutning av anbudsgivare som inte uppfyller villkoret.

Under p. 5.52 behandlar EG-kommissionen krav avseende skyddet av miljön. Kraven, som benämns utförandevillkor, är leverantörerna skyldiga att fullgöra enligt kontraktet. Sådana villkor synes enligt EG-kommissionen dock endast kunna uppställas för den leverantör vars anbud antagits. Genom avtalet kan således den upphandlande enheten under vissa förutsättningar kräva att den upphandlade prestationen skall genomföras med beaktande av visst i avtalet reglerat miljöhänsyn. Ett sådant utförandevillkor skall enligt EG-kommissionen behandlas utanför själva upphandlingsförfarandet.

Vid en jämförelse av EG-kommissionens i grönboken redovisade uppfattning avseende sociala villkor enligt p. 5.42 och krav avseende skydd av miljön enligt utförandevillkor enligt p. 5.52 förefaller de förstnämnda kraven ges större tyngd än den senare typen av villkor. De sociala villkoren, som kan ställas vid sidan av kvalifikationskrav och utvärderingskriterier, kan ligga till grund för uteslutning av en anbudsgivare som inte uppfyller villkoret. Ett icke uppfyllt utförandevillkor avseende miljöhänsyn synes inte *per se* kunna utgöra grund för uteslutning av anbud, utan synes endast kunna äga en rent kontraktuell betydelse efter att upphandlingen slutförts.

¹⁷ Ibid. s. 826.

En sådan skillnad i rättsverkan mellan de två typerna av villkor är enligt NOU:s mening svår att motivera. EG-kommissionen har inte klart redovisat skälen för sin inställning. EG-kommissionen stöder sig på Beentjes- domen vad gäller krav på sociala hänsyn, men synes inte medge att krav på miljöskydd genom utförandevillkor tillmäts samma betydelse. En möjlig förklaring kan vara, att vad gäller de sociala hänsynen kan dessa anses i viss mån ligga i linje med villkoret om långtidsarbetslösa i Beentjes- domen. Det skulle således finnas ett samband mellan den upphandlade prestationen (som var en byggentreprenad) och kravet på att denna skulle fullgöras genom att anställa en viss kvot av långtidsarbetslösa. På samma sätt skulle ett sådant samband kunna urskiljas mellan den upphandlade prestationen och de sociala hänsyn som avses i grönboken.

Mahmoudi anser att ett krav avseende miljöhänsyn kan uppställas som utförandevillkor, även om det skulle medföra diskriminering.

6.1 Krav med anknytning till transporter

Att ge företräde åt den leverantör som producerar en vara så nära den upphandlade enheten som möjligt i syfte att minimera transporten är enligt NOU:s mening inte möjligt. Miljöhänsyn som hindrar fria varurörelser måste vägas mot EU:s mest grundläggande målsättning om att fullborda den inre marknaden. Den leverantör som befinner sig närmast har ändå fördel av att inte behöva transportera varan lika lång sträcka som sina konkurrenter, vilket påverkar priset.

Ett alternativ till att ställa krav på transportsätt i en varuupphandling kan vara att köpa en vara fritt fabrik, vilket innebär att ansvaret för varan övergår till köparen då varan är klar för hämtning hos säljaren och säljaren meddelat köparen detta. Härvid har den upphandlande enheten sannolikt större möjlighet att själv ombesörja transporterna på ett enligt enheten miljövänligare sätt under förutsättning att någon diskriminering inte sker. En upphandlande enhet som gör en separat transportupphandling har möjlighet att själv välja önskat transportsätt.

Enligt EG-kommissionens uppfattning såsom den framförs i p. 5.52 i grönboken får inte utförandevillkoren vara diskriminerade.

Det är enligt NOU:s uppfattning svårt att ställa krav på visst transportsätt av varor inom ramen för upphandlingsförfarandet. Ett sådant krav kan troligen ställas då upphandlingen avser en separat transporttjänst. Enligt Mahmoudi kan en upphandlande enhet, oavsett om önskemålet är diskriminerande, i annonsen för upphandlingen ange tydlig information om sina önskemål att leveransen skall ske med den miljövänligaste transporten efter överenskommelse.

REGERINGEN

1998-01-15

M98/143/8

Miljödepartementet

Nämnden för offentlig upphandling
Box 2012
103 11 Stockholm

Uppdrag om ekologiskt hållbar offentlig upphandling

Regeringens beslut

Regeringen uppdrar åt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att efter samråd med Kommerskollegium analysera hur miljökrav och andra krav på ekologisk hållbarhet kan ställas vid offentlig upphandling. Analysen skall göras mot bakgrund av EG:s direktiv om offentlig upphandling (89/665/EEG, 92/13/EEG, 92/50/EEG, 93/36/EEG, 93/37/EEG, 93/38/EEG) samt Government Procurement Agreement inom ramen för Världshandelsorganisationen.

Nämnden skall särskilt analysera konsekvenserna av de förändringar i Fördraget som Amsterdamavtalet medför samt den grönbok om offentlig upphandling som EG-kommissionen har presenterat.

Uppdraget skall redovisas senast den 31 mars 1998.

Frågan om vilket utrymme för miljökrav som ges i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och i EG:s direktiv berördes i betänkandet (SOU 1996:23) Upphandling en miljöfråga. De synpunkter som kommit fram i remissbehandlingen av detta skall beaktas.

Ärendet

Regeringen verkar sedan ett par år för att statliga myndigheter i högre grad skall miljöanpassa sin upphandling. Detta görs mot bakgrund av att den offentliga upphandlingen som helhet ses som en viktig drivkraft i arbetet för ett ekologiskt hållbart samhälle. Regeringen har angett tre övergripande mål för ekologisk hållbarhet, nämligen skyddet av miljön, effektiv användning av energi och andra resurser samt hållbar försörjning. I regeringens skrivelse Ekologisk hållbarhet (skr. 1997/98:13) anges att Nämnden för offentlig upphandling tillsammans med Naturvårdsverket och Kemikalieinspektionen bör ta fram ett underlag till en svensk ståndpunkt i EU. Den skall utgå från EG:s regler och andra

internationella regler. I det fall önskvärda miljökrav inte överensstämmer med EG:s regler bör förslag lämnas till hur upphandlingsdirektiven kan ändras så att reglerna blir tydliga och styr i riktning mot ekologisk hållbarhet.

Skälen för regeringens beslut

Lagen om offentlig upphandling (LOU) reglerar i det närmaste all offentlig upphandling. Reglerna för upphandling över vissa tröskelvärden styrs av EG:s direktiv om offentlig upphandling. Sverige och EU har också förbundit sig att följa bestämmelserna i Government Procurement Agreement inom ramen för Världshandelsorganisationen WTO. LOU och EG:s direktiv ger utrymme för att ställa vissa miljökrav vid upphandling. En vägledning om miljöanpassad offentlig upphandling har tagits fram av Nämnden för offentlig upphandling, Naturvårdsverket och Kemikalieinspektionen. I denna ges exempel på vilket sätt sådana krav kan ställas. Det behöver emellertid undersökas om miljörelaterade krav får ställas på

- leverantören, exempelvis EMAS-registrering,
- hur produkter tillverkas,
- hur produkter transporteras.

Amsterdamfördraget innehåller flera ändringar på miljöområdet som kommer att få betydelse för arbetet med upphandlingsfrågor i EU. Hållbar utveckling tas in som ett övergripande mål i både artikel B 1 Unionsfördraget och i artikel 2 EG-fördraget. I en ny artikel 3c står ”miljöskyddskraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet enligt artikel 3, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling”.

Regeringen avser att på basen av nämndens analys ta fram en svensk ståndpunkt om hur miljökrav och andra krav på ekologisk hållbarhet bör kunna ställas vid offentlig upphandling.

På regeringens vägnar

Anna Lindh

Gunnel Nycander

Kopia till

Finansdepartementet
Närings- och handelsdepartementet
Utrikesdepartementet
Naturvårdsverket
KemI
Kommerskollegium

Kommerskollegium

National Board of Trade

Enheten för global handel

Margareta Norqvist

YTTRANDE

1998-03-27

Dnr 151-146-98

För kännedom:

Chefen för UD-IH

Harald Sandberg, UD-IH

Ulla Eriksson-Moberg, UD-IH

Charlotte Hedberg, FI

Johan Svedberg, NOU

Nämnden för offentlig upphandling

Uppdrag om ekologiskt hållbar upphandling

Nämnden för offentlig upphandling har haft regeringens uppdrag att analysera hur miljökrav och andra krav på ekologisk hållbarhet kan ställas vid offentlig upphandling, mot bakgrund av relevanta EG-direktiv och WTO:s avtal om offentlig upphandling (GPA). Uppdraget skulle genomföras efter samråd med Kommerskollegium.

Kollegiet har för sin del inget att erinra mot den tolkning av GPA och den slutsats beträffande dess relation till EG-direktiven som nämnden redovisar, d.v.s. att de strängare regler som ingår i direktiven måste ha företräde.

Margareta Norqvist

Att ställa miljökrav vid offentlig upphandling

Frågan om huruvida det är möjligt att ställa miljökrav vid offentlig upphandling skulle kunna bli föremål för en omfattande studie. I en sådan studie bör förhållandet mellan olika typer av miljökrav eller miljörelaterade krav å ena sidan och EG:s grundlagar och EG:s sekundärrätt gällande offentlig upphandling å andra sidan utredas. Vidare bör EG-domstolens praxis beträffande sambandet mellan miljöåtgärder och krav på icke diskriminering och proportionalitet, vikten av miljöskydd i förhållande till övrig gemenskapspolitik, hierarkin inom gemenskapens rättsakter och mellan sådana rättsakter och av gemenskapen ingångna internationella avtal studeras. Den följande analysen är dock begränsad till en kortfattad undersökning av några av dessa frågor. Analysen inleds med en diskussion om de allmänna förutsättningarna för att ställa ett miljökrav vid offentlig upphandling. Denna följs av en undersökning av möjligheterna att ställa tre konkreta miljökrav, nämligen krav på hur produkter tillverkas och transporteras och krav på leverantörens miljöarbete t.ex. EMAS- (eller liknande) registrering. Utgångspunkten för analysen är EG-direktiv om offentlig upphandling, särskilt direktiv 92/50 om tjänster, kommissionens grönbok om offentlig upphandling och i viss mån även GPA. Slutligen studeras de ändringar som Amsterdamfördraget har infört i EG:s grundlagar och som kan vara av betydelse för möjligheten att vid offentlig upphandling ställa miljökrav i allmänhet och de tre ovannämnda kraven i synnerhet.

I- Allmänna förutsättningar för att ställa miljökrav

Offentlig upphandling är ett väl reglerat område inom EG. Trots att själva EG-fördraget saknar direkt hänvisning till offentlig upphandling, är frågan nästan helt reglerad genom direktiv. Även WTO:s ”government procurement agreement - GPA” är viktigt i sammanhanget då det styr offentlig upphandling mellan gemenskapens medlemmar och ett antal andra länder såsom USA, som är parter i GPA. Trots att direktiven har relativt detaljerade gemensamma tekniska regler, gemensamma regler för deltagande, kriterier för kvalitativt urval och kriterier för prövning av anbud, saknar de direkta hänvisningar till miljön. Frågan är då om miljökrav som inte direkt nämns under någon av dessa rubriker ändå kan inkluderas i den upphandlande myndighetens kravspecifikationer eller beaktas vid prövningen av anbud. Den juridiskt viktiga frågan är med andra ord om det är möjligt för upphandlande myndigheter att ställa ett krav, som sannolikt har handelshämmande effekt och kan äventyra ett antal friheter, inom ett område där gemenskapen genom extensiv reglering har försökt *samordna* nationella förfaranden för att garantera dessa friheter.

Svaret beror bl.a. på om listan över kvalifikationskrav och kriterier för tilldelning av kontrakt skall betraktas som uttömmande eller ej. Bakgrunden till regleringen av offentlig upphandling och den rättsutveckling som skett på detta område inom gemenskapen sedan början av 70-talet visar att syftet har varit att skapa en allmän *ram* för samordningen av de nationella förfarandena. EG-domstolen har i ett flertal mål behandlat regelverkets innebörd och möjligheten att ställa krav utöver vad som finns uppräknat i relevanta direktiv. Vad gäller regelverkets karaktär av ramverk uttalade domstolen i CEI-målet 1987 (27/86) följande:

The directive [71/305 om upphandling av byggentreprenader]...does not lay down uniform and exhaustive body of Community rules; within the framework of the common rules which it contains, the Member States remain free to maintain or adopt substantive and procedural rules...on condition that they comply with all relevant provisions of Community, in

particular the prohibitions flowing from the principles laid down in the Treaty in regard to the right of establishment and freedom to provide services.

Vad beträffar möjligheten att ställa ett specifikt krav som inte nämnts i något relevant direktiv om offentlig upphandling är Beentjes-målet (31/87) ett viktigt avgörande. Domstolen fastslår här att gemenskapsreglerna angående upphandling utgör en ram som kan fyllas ut. Detta får dock ske endast om utfyllandet överensstämmer med gemenskapens grundläggande principer. Domstolen nämner, som två för målet relevanta principer, den fria etableringsrätten och den fria rörligheten av tjänster. Ett underförstått resultat av direktivens konstruktion som ramlag är att listan över kriterier inte behöver vara uttömmande. För att ställa specifika kvalifikationskrav på leverantörerna är huvudvillkoren, enligt domstolen, att ett sådant krav hänför sig endast till deras ekonomiska och finansiella ställning och deras tekniska förmåga. Domstolen konstaterar vidare att när det gäller valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har den upphandlande myndigheten diskretion att jämföra olika anbud och göra ett val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på grundval av objektiva kriterier som uppställs i direktivets artikel 29 (2). Domstolen betonar att listan inte är uttömmande.

Mot denna bakgrund är frågan om miljökrav kan ställas som ett kvalifikationskrav under t.ex. bedömningsgrunden teknisk förmåga eller alternativt kan beaktas som ett objektiva kriterium för valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vid tilldelning av kontrakt. Ett problem är naturligtvis hur man vill definiera miljökrav. För resonemangets skull kan vi för tillfället anta att det inte råder någon som helst tvekan att kravet ställs endast med hänsyn till skyddet av miljön; det handlar inte om godtycklig diskriminering av utländska leverantörer och det utgör inte ett förtäckt handelshinder. Kommissionens grönbok ger svar på dessa frågor. Kommissionen antyder att offentlig upphandling inte är ett totalt harmoniserat område utan det finns ett manöverutrymme för medlemsstaterna inom ramen för de befintliga direktiven.

Den första möjligheten är att säkerställa miljöhänsyn genom tekniska specifikationer. Problemet är att om det finns harmoniserande gemenskapslagstiftning för de varor, tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten som skall upphandlas, blir det svårt att utan vidare tillvarata denna första möjlighet. Ändringen av efterfrågan (t.ex. för oblekt papper) har nämnts som en möjlig grund för inköpsorganen att göra avsteg och ange andra tekniska specifikationer än de som är bestämda av gemenskapen. Jag har svårt att se hur EG-domstolen skulle kunna godkänna ett avsteg från harmoniserade gemenskapsstandarder för att tillgodose marknadens efterfråga. Det är mer troligt att domstolen godkänner avsteg endast på grund av hänsyn till miljön. Kommissionens förslag här torde i första hand avse upphandling av de tjänster, varor eller bygg- och anläggningsarbeten som inte är föremål för harmoniserande gemenskapsregler. I andra hand innebär det att gemensamma europeiska standarder måste utvecklas så att miljöaspekter beaktas i de tekniska specifikationerna av flera varor och tjänster.

Kommissionen menar att det är möjligt att under vissa villkor integrera miljöskydd i kvalifikationskrav som ställs på leverantören. Resonemanget är taget från domstolens avgörande i Beentjes-målet. Kommissionen är tydlig när den betonar att krav på anbudsgivares ekonomiska, finansiella och tekniska förmåga kan omfatta miljöhänsyn. Vad som är viktigt är att kommissionen, liksom domstolen, inte är beredd att acceptera miljöhänsyn som ett allmängiltigt krav, utan understryker att möjligheten att ställa detta krav måste undersökas med beaktande av de krav på förmåga som ställs i en bestämd upphandling.

En annan möjlighet, enligt kommissionen, är att vid tilldelning av upphandlingskontrakt låta miljöfaktorer spela en roll vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommissionen ställer dock två krav, dels att hänvisningen till miljöfaktorer gör det möjligt att mäta en ekonomisk fördel som är avhängig av den prestation som är föremål för upphandlingen, dels att

den ekonomiska fördelen direkt tillfaller den upphandlande enheten. ”Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” är inte definierat i direktiven, utan bestäms genom hänvisning till en icke-uttömmande lista av faktorer såsom pris, leveransdatum, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, teknisk förtjänst o.s.v. Det finns därmed ett utrymme att beakta andra faktorer, bl.a. miljöhänsyn, än de som anges i den listan. Kommissionen har gjort en snäv och marknadstrogen tolkning av ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”. Även om huvudsyftet med direktiven inte är skyddet av miljön, utan säkerställandet av den fria etableringsrätten och den fria rörligheten av varor och tjänster, finns det anledning att ifrågasätta en sådan tolkning. Kommissionens tolkning återspeglar den attityd som fanns inom gemenskapen under 70-talet när det ursprungliga direktivet antogs. EG-domstolen kan eventuellt ha en annan uppfattning där miljöskydd som ett allmänt intresse och som en av gemenskapens viktigaste målsättningar kan väga tungt. Domstolen har i flera viktiga mål bl.a. i ADBHU-målet (240/83) och flaskmålet (302/86) faktiskt ställt miljön framför gemenskapens traditionella politik. Beaktandet av miljöfaktorer vid val av anbud ger en klar miljöprofil till den upphandlande myndigheten. Om myndigheten i sin tur har en ekonomisk verksamhet leder oftast en sådan profil till en mätbar ekonomisk vinst. Även om den upphandlande myndigheten saknar ekonomisk verksamhet och inte kan redovisa en direkt ekonomisk vinst med sitt val av anbud, kan EG-domstolen göra en teleologisk tolkning av ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” i ljuset av miljöhänsynens framträdande plats i gemenskapens politik.

Den sista möjligheten att ställa miljökrav vid offentlig upphandling är att integrera dem med utförandevillkor. Kommissionen menar att deltagarna i anbudsförfarandet bör ha en rimlig kännedom om att prestationen som upphandlingen gäller måste genomföras med hänsyn till vissa miljökrav. Dessutom bör leverantörens förmåga att fullgöra sina skyldigheter i enlighet med dessa krav prövas utanför själva upphandlingen. Ordalydelsen i grönbokens punkt 5.52 tyder på att kommissionen skiljer mellan själva upphandlingsförfarandet och utförandefasen. Den som skall beakta miljökrav har redan, på grund av de kriterier som är uppräknade i direktiven, fått upphandlingskontrakten. Därmed blir fullgörandet av miljökrav en förhandlingsfråga *ex post facto*. Jag anser att detta alternativ skall tillgripas endast när ställandet av miljökrav vid själva upphandlingsförfarandet är klart diskriminerande eller opraktiskt. En sådan situation är krav på hur upphandlade varor skall transporteras (varom nedan).

Oavsett grunderna för miljökrav vid offentlig upphandling gäller principerna om icke-diskriminering och proportionalitet som två grundläggande villkor. EG-domstolens praxis under senare år har förtydligat innebörden av dessa villkor vad gäller eventuella konflikter mellan miljöskydd och den fria rörligheten av varor och tjänster. I flaskmålet gjorde domstolen gällande att en viss grad av diskriminering bör accepteras när det kan bevisas att åtgärden (eller kravet) har ett genuint miljösyfte. I vallonska avfallsmålet (2/90) gick domstolen ännu längre och fastslog att även en total diskriminering kunde godkännas för miljöns skull. Det bör understrykas att domstolens avgöranden i dessa två mål självfallet inte får tolkas som ett klartecken för att tillämpa vilket miljökrav som helst utan att tänka på åtgärdens diskriminerande effekter. När det gäller offentlig upphandling betyder domstolens praxis att de flesta miljökrav skulle kunna accepteras trots deras diskriminerande effekter. Vad som är den springande punkten i domstolens resonemang beträffande miljökravets diskriminerande effekter är att kravets huvudsyfte ska vara skyddet av miljön. Detta innebär att kravets verkliga syfte skall kunna fastställas med objektiva kriterier.

Kommissionens grönbok om offentlig upphandling har en byråkratisk attityd gentemot miljöfrågor. Dessutom är kommissionen kategorisk i sitt uttalande. Det kan bero på den funktion som kommissionen har och den roll som den spelar som den inre marknadens väktare.

Det kan också bero på oron för små och medelstora företags konkurrensmöjligheter vid allt högre och mer omfattande miljökrav. Yttranden från olika EU organ angående grönboken, bl.a. yttranden från regionkommittén och från den ekonomiska och sociala kommittén, betonar vikten av att väga in icke diskriminerande miljökrav. Icke diskriminering syftar här inte endast till den formella utan även den faktiska diskrimineringen som kan drabba utländska leverantörer särskilt små eller medelstora företag.

Miljöskydd är endast en av många aspekter som får beaktas vid offentlig upphandling. Grönboken har därför inte tagit intryck av den debatt som har pågått om miljöfrågornas ställning inom gemenskapen allt sedan Maastrichtfördraget. Med tanke på hur arbetet inom kommissionen vanligtvis samordnas bör kommissionens uttalande om förhållandet mellan miljöfrågor och offentlig upphandling och särskilt dess tolkning av ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” uppfattas som DG XV:s uppfattning och inget annat. Rättsutvecklingen under senare år, främst genom Maastricht- och Amsterdamfördragen, tyder dock på att miljöskydd skall anses som en övergripande princip som genomsyrar alla verksamheter som regleras av gemenskapen. Med andra ord kan ett alternativ till kommissionens snäva och marknadvänliga tolkningar vara att miljökrav skall beaktas som en grundnorm d.v.s. en utgångspunkt i alla offentliga upphandlingar och inte ett krav under tekniska specifikationer, kvalifikationsvillkor eller urvalkriterier. Men det erfordrar en klarare definition av miljökrav och ett genomtänkt förfaringsätt för att inte störa en väl fungerande inre marknad, som trots allt är gemenskapens *raison d'être*.

II- Specifika miljökrav

1- En miljövänlig tillverkningsprocess

EG-direktiv om offentlig upphandling saknar särskilda bestämmelser om framställningsprocessen. Tillverkningsprocesser och produktionsmetoder tillhör de områden som knappast är reglerade av gemenskapen. De få direktiv som har antagits i detta avseende har en annan målsättning än miljöskydd. Ett undantag är direktiv 92/112 om procedurer för att harmonisera programmen för minskning och slutlig eliminering av föroreningar orsakade av avfall från titandioxidindustrin. Det är klart att miljökrav inte kan ställas på tillverkningsprocessen vid upphandling av produkter från titandioxidindustrin eftersom domstolen redan har fastslagit (300/89) att syftet med gemenskapens reglering är både miljöskydd och harmonisering av nationella bestämmelser. Med andra ord är miljökraven redan tillgodosedda och det finns inte anledning för extra krav.

I de flesta fall är tillverkningsprocessen i sin helhet inte reglerad av gemenskapen. Det är medlemsstaternas lagar som gäller. EG ställer istället olika krav på delar av processen t.ex. utsläpp av miljöfarliga ämnen i luften och vatten, användning av ren teknik, omhändertagandet av avfall o.s.v. Möjligheten för en upphandlande myndighet att ställa krav beträffande tillverkningsprocessen som sådan beror i första hand på hur och i vilken omfattning gemenskapen har reglerat processen. Om gemenskapsreglering saknas helt (något som händer väldigt sällan) gäller de allmänna kraven på proportionalitet och icke diskriminering. Ett miljökrav får inte faktiskt utesluta utländska leverantörer. Det får inte heller begränsa handeln mer än vad som är nödvändigt för att nå det eftersträfvade syftet, nämligen ett effektivt skydd av miljön. I princip ser jag inte något hinder att ställa miljökrav på tillverkningsprocessen i andra fall. I verkligheten kan det dock bli mycket svårt att uppfylla de nämnda kraven. Diskrimineringen riskerar bli betydligt mer omfattande jämförd med när miljökrav ställs på produkter. Dessutom vore miljöskydd som enda skäl för det ställda kravet mycket altruistiskt

om den upphandlande myndigheten inte kunde bevisa ett visst samband mellan produktionen och produktens önskade egenskaper.

När gemenskapen har regler som påverkar delar av tillverkningsprocessen kan det uppstå två situationer; antingen är gemenskapens miljöregler av minimikaraktär i vilka fall upphandlaren eventuellt kan ställa högre krav. Om syftet med EG-regeln är harmonisering finns det emellertid inte fog för andra miljökrav från upphandlaren sida. Även i detta fall, d.v.s. när gemenskapen har minimi- eller harmoniserande miljöstandarder beträffande delar av tillverkningsprocessen, är det mycket svårt att uppfylla kravet på icke diskriminering.

Man kan resonera att tillverkningen oftast sker långt ifrån det ställe där produkten används. Miljökrav på tillverkningsprocessen ger därmed ingen direkt vinst till den upphandlande myndigheten och ter sig då vara ett irrelevant krav. Jag kan emellertid inte instämma i uppfattningen att det saknar betydelse hur en vara producerats och att miljökrav får beaktas endast utifrån varans eller tjänstens direkta användning. Ett sådant resonemang bortser från det faktum att sedan EG:s fjärde handlingsprogram för miljön, som antogs 1986, har de flesta miljöåtgärder fått en gemenskapskaraktär. Det innebär att oavsett var de vidtas är det skyddet av miljön i hela gemenskapen som är ändamålet. Detta resonemang har förstärkts genom det femte handlingsprogrammet, som lanserade begreppet delat ansvar. Begreppet innebär bl.a. att alla måste delta i miljöskyddsarbetet utan att tänka på vem eller vilka som kommer att få nytta av resultatet.

Kommissionen efterlyser i grönboken ett miljömärke som överensstämmer med gemenskapsrätten. Ett sådant märke skulle kunna ingå i de tekniska specifikationerna. Att utveckla ett europeiskt miljömärke för många varor och tjänster som kan inkluderas i de tekniska specifikationerna är säkert ett bra sätt att ställa krav på produktionen. Vad gäller EG:s eget miljömärke, som utlovar en godtagbar miljöpåverkan av produkten under hela dess livscykel och därmed även tillverkningsprocessen, är det min uppfattning att det går att inkludera det i de tekniska specifikationerna redan idag. Det utgör säkert en formell diskriminering, men med tanke på att miljömärket gäller inom hela gemenskapen, är frivilligt och öppet för alla tillverkare av särskilda varor, även importerade varor som uppfyller EG-krav, är det inte omöjligt att EG-domstolen godkänner diskrimineringen till förmån för miljön.

Jag ser i miljömärkning en realistisk möjlighet att ställa krav vad gäller produktionen. Invändningen att den skulle kunna ha diskriminerande effekter är klart svagare när man talar om ett frivilligt system som är öppet för alla tillverkare. Samtidigt är jag medveten om att ett sådant krav i praktiken kan slå ut små och medelstora företag från marknaden, ett problem som har uppmärksamats av flera institutioner inom gemenskapen.

2- En miljövänlig transport

Vilket transportsätt som skall anses mest miljövänligt beror på många faktorer i varje specifikt fall. Valet kan i många fall bli subjektivt. Att ställa krav på en viss sort transport i upphandlingsannonsen innebär att ett antal eventuella leverantörer redan från början är uteslutna från upphandlingsförfarandet. Problemet ligger i att den mest miljövänliga transporten i princip kan bestämmas först efter att det bästa anbudet (det ekonomiskt mest fördelaktiga) har valts. Den bästa transporten väljs inte alltid på grundval av nivån på utsläpp av avgaser eller typen av bränsle. Avståndet, det geografiska läget av tillverkningsstället och miljötillståndet vid de tänkbara transportvägar (ett känsligt havsområde, en landsväg som går genom döende skogar, en järnväg som delvis går bredvid ett naturreservat) är bland de faktorer

som kan avgöra den bästa transporten för en viss leverans. Att i förväg ställa krav är enligt min mening diskriminerande och går inte att rättfärdiga med miljöargument. Vad som är möjligt är att i upphandlingsannonsen ange tydlig information om den upphandlande myndighetens önskemål att leveransen skall ske med den miljövänligaste transporten efter överenskommelse. En sådan överenskommelse bör rimligen ingå i utförandevillkoren. Ett annat alternativt är att den upphandlande myndigheten själv tar ansvaret för transporten som ett moment helt skilt från upphandlingen.

3- Krav på leverantören

Möjligheten att ställa krav på leverantören är enligt min mening kanske inte lika stor som möjligheten att ställa krav på själva produkten eller tjänsten. Anledningen är att det oftast är svårare för den upphandlande enheten att bevisa ett eget intresse med ett uppfyllt miljökrav och ett konkret samband mellan det ställda kravet och upphandlingens ändamål. Ändå anser jag det vara möjligt att ställa vissa miljökrav på leverantören om villkoren för icke diskriminering och proportionalitet beaktas och om ett visst samband, även ett svagt sådant, mellan kravet och föremålet för upphandling kan visas.

Ett möjligt krav på leverantören som har nämnts under senare år är registrering i ett miljöstyrningsprogram. Miljöregistrering är ett nytt och frivilligt sätt att uppmuntra företag att arbeta på ett miljövänligt sätt. Gemenskapens förordning om miljöstyrning och miljörevision antogs efter EG-direktiven om offentlig upphandling. Det finns därmed ingen hänvisning till EMAS i dessa direktiv. Inte heller kommissionens grönbok nämner något om krav på registrering. Under senare år har flera andra registreringssystem för företag både på nationell och internationell nivå utvecklats.

Jag ser minst två problem med att ställa krav på miljöregistrering vid offentlig upphandling. För det första kan man inte ta sambandet mellan företagets miljöarbete och produktens miljövänlighet för givet. Till skillnad från miljömärkning, som är ett bevis på en miljöanpassad produkt och kanske en miljövänlig produktion, visar miljöregistrering endast att tillverkaren har ett miljöprogram och en miljöpolitik för sina anläggningar. Det finns med andra ord ingen garanti att EMAS-registrering leder till tillverkning av miljövänliga produkter.

För det andra finns det fortfarande få företag som har lyckats registrera sig. Det gäller definitivt EMAS-registrering i de flesta EU-länder. Inte heller är de nationella systemen eller ISO standarderna så väl etablerade. Att ställa krav på registrering kan således gynna storindustrier i ett fåtal länder samtidigt som det slår ut miljömedvetna icke registrerade småföretag. Även här finns en skillnad mellan EU:s miljömärkning och EMAS-registrering eftersom miljömärkningen är öppen för alla produkter, såväl de som tillverkas inom gemenskapen som de som importeras, medan EMAS kan tilldelas endast de företag som är verksamma inom gemenskapen. Det innebär att även om man kunde bortse från den diskriminerande effekten av själva kravet på registrering, skulle hänvisningen till EMAS eller något namngivet registreringssystem vara en oacceptabel diskriminering.

Det kan resoneras att miljöregistrering, liksom miljömärkning, är frivillig och tillgänglig för alla företag som kan uppfylla de uppställda kraven. Krav på registrering, enligt samma argument, är därmed inte mer diskriminerande än krav på miljömärkning. Problemet här är att sambandet mellan produkten eller tjänsten och leverantörens miljöprofil inte är lika starkt som vid miljömärkning. Krav på registrering kan medföra en faktisk diskriminering som inte kan

försvaras med själva upphandlingen som grund, men möjligen med hjälp av ett i sammanhanget juridiskt svagt argument av skyddet för miljön i allmänhet.

Det finns idag oro att registrering, som i princip begränsas till företagets miljöarbete, skulle förvandlas till ett redskap för att slå ut konkurrenterna, särskilt utländska små och medelstora företag. Om revideringen av EMAS och övriga nationella och internationella standarder banar vägen för kontroll av företagets tillverkningsprocesser och produkter och om flera företag registrerar sig inom hela gemenskapen, kan krav på registrering under samma villkor som nämndes för miljömerke bli aktuellt. Till dess förblir miljökrav på leverantörerna underkastat många begränsningar.

III- GPA

Government Procurement Agreement, som har antagits inom ramen för WTO, är en mellanstatlig överenskommelse för att reglera offentlig upphandling på internationell nivå. Gemenskapen är part i avtalet liksom ett antal stater. Det finns ingen direkt hänvisning till miljöskydd i avtalet. Till skillnad från EG-direktiven om offentlig upphandling, finns det emellertid flera bestämmelser som på ett tydligt sätt öppnar möjligheten att ställa vissa miljökrav. Den viktigaste i sammanhanget är artikel VI om tekniska specifikationer. Artikeln innehåller en icke uttömmande lista över sådana specifikationer, bl.a. "the processes and methods for ...production". Själva formuleringen av artikeln är viktig och påbjuder en kommentar. Det står att de tekniska specifikationerna "shall not be prepared, adopted or applied with a view to, or with the effect of, unnecessary obstacles to international trade". Denna artikel ger ett allmänt tillstånd att ange ett antal tekniska specifikationer under förutsättning att en sådan specifikation (även de som inte direkt nämns i artikeln) inte förorsakar *onödigt* handelshinder. Artikeln har tydligen fått intryck av både debatten inom gemenskapen till följd av EG-domstolens avgörande i bl.a. flaskmålet och GATT-panelens yttrande i tuna-dolphin-målet.

GPA tycks i artikel VI erkänna rätten för den upphandlande enheten att ställa krav vad gäller tillverkningsprocessen även om ett sådant krav leder till viss diskriminering och orsakar hinder i den internationella handeln. Det står i samma artikel att de tekniska specifikationerna skall grundas på antingen internationella standarder, nationella föreskrifter eller erkända nationella standarder. I fotnot 3 till avtalet definieras termen "nationella föreskrifter". En nationell föreskrift syftar här till ett dokument som beskriver produktens eller tjänstens egenskaper och deras relevanta processer och produktionsmetoder. Det framgår klart att författarna anser att krav på tillverkningsprocessen är en möjlig teknisk specifikation. Det kan följaktligen antas att även krav på miljömärkning eller motsvarande krav skulle kunna accepteras.

Gemenskapen har införlivat GPA i direktiven om offentlig upphandling genom direktiv 97/52 av den 13 oktober 1997. Det nya direktivet inför ett antal ändringar i direktiv 92/50, 93/36 och 93/37. Det finns inga förändringar i bestämmelserna angående tekniska specifikationer och det finns ingen motsvarighet till krav på produktion som finns i GPA. En ny artikel 38a i direktiv 92/50 [med en motsvarande ny artikel 33a i direktiv 93/37] föreskriver att "Vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt genom upphandlande myndigheterna skall medlemsstaterna mellan sig tillämpa lika förmånliga villkor som de som de vid tillämpning av avtalet om offentlig upphandling...beviljar tredje land". Beroende på hur man vill definiera "förmånliga villkor" kan denna bestämmelse uppfattas som ett tillstånd att ställa samma krav på upphandling inom gemenskapen som mellan medlemsstaternas offentliga myndigheter och anbudsgivare från andra länder parter i GPA.

En tänkbar situation är att en upphandlande myndighet åberopar GPA:s föreskrifter som grund för sina krav. I händelse av tvist är kärnfrågan vilken hierarki som skall gälla mellan olika rättskällor, nämligen ett för gemenskapen bindande internationellt avtal, EG:s grundlagar och EG-direktiven om offentlig upphandling. Gemenskapen har en monistisk inställning gentemot folkrätten. De ingångna internationella avtalen utgör en del av gemenskapens rättskällor. I händelse av konflikt mellan internationella förpliktelser och EG:s sekundärrätt har internationella bestämmelser i regel företräde (Romfördraget art. 228-234). Huvudregeln är att sådana avtal har direkt effekt och kan åberopas inför medlemsstaternas nationella domstolar (Kupferberg-målet 104/81). EG-domstolen har dock ibland gjort avsteg från denna grundläggande princip och kommit till slutsatsen att även en sekundär rättsakt kan ha företräde framför gemenskapens internationella förpliktelser. Det har särskilt varit fallet med GATT-avtalets bestämmelser. Några uppmärksammade fall i detta avseende är International Fruit Company-målet (21-24/72), Schluter-målet (9/73), SIOT-målet (266/81) och bananmålet (C 280/93). I det hårt kritiserade bananmålet skulle domstolen fastslå huruvida vissa importrestriktioner i förordning 404/93 om en gemensam organisation för bananmarknaden var förenliga med gemenskapens skyldigheter under GATT-avtalet. Domstolen fann att även om GATT-bestämmelserna var bindande för gemenskapen, kunde de inte läggas till grund för bedömningen av lagenligheten av en förordnings bestämmelser. Domstolen resonerade att GATT-bestämmelserna var flexibla och villkorliga. Förordningen hade därmed företräde.

I ingressen till direktiv 97/52, punkt 1, betonas att avtalet inte har direkt effekt. Vidare understryks i punkt 3 att upphandlande myndigheter som omfattas av avtalet skall rätta sig efter EG-direktiven om offentlig upphandling enligt deras lydelse i det nya direktivet (97/52). Med tanke på att ett av Tysklands viktigaste argument i bananmålet var att GATT-reglerna hade direkt effekt och företräde, kan formuleringen i direktiv 97/52 tyda på att gemenskapen vill säkerställa direktivets företräde framför GPA. Trots GPA:s stundom oprecisa och tvetydiga språk är det inte säkert att EG-domstolen i ett mål om förenligheten av direktiven om offentlig upphandling med GPA kommer till en liknande slutsats som i bananmålet. Domstolen är vanligtvis inte okänslig för hård kritik. Den enormt starka kritik som riktades mot domstolens protektionistiska attityd efter bananmålet kan påverka utgången av liknande mål. Min gissning är att domstolen i ett sådant fall troligen kommer att göra den tolkning som EG:s grundlag erfordrar, nämligen att godkänna GPA:s företräde. Anledningen är att här handlar det inte om en konflikt mellan en uttrycklig handelsrestriktion i ett direktiv och GATT:s bestämmelser om frihandel. Tvisten här gäller avsaknad av uttryckliga bestämmelser i EG-direktiven och GPA:s mer eller mindre tydliga tillåtelse att ställa krav vad gäller tillverkningsprocessen.

IV- Amsterdamfördraget

De miljörelevanta ändringar som genom Amsterdamfördraget har införts i EG:s grundlagar kan indelas i två stora grupper; de som gäller gemenskapens grundläggande miljöprinciper och de som rör rättsgrunden för miljörelevanta beslut. De ändringar som har störst betydelse för offentlig upphandling ligger inom den första gruppen.

Den första viktiga ändringen är att principen om hållbar utveckling nu har antagits som en inledande allmän princip redan i ingressen till unionsfördraget. Där betonas att medlemsstaterna är beslutna att med beaktande av principen om hållbar utveckling och inom ramen för en förverkligad inre marknad, en ökad sammanhållning och ett förbättrat miljöskydd främja ekonomiska och sociala framsteg för sina folk. Det är tydligt att hållbar utveckling har nämnts

här endast som en viljeförklaring från medlemsstaternas sida. Det skapar varken rättigheter eller skyldigheter för medlemsstaterna.

Hållbar utveckling har genom Amsterdamfördraget kommit till uttryck också i artikel 2 i EG-fördraget samt i en ny artikel 6. Dessa två bestämmelser föreskriver, till skillnad från ingressen till unionfördraget, en konkret *skyldighet* för gemenskapen att främja en hållbar utveckling av näringslivet bl.a. genom att fullgöra den gemensamma politik eller verksamhet som avses i artikel 3 och 3a. En gemensam handelspolitik och en miljöpolitik är bland de som nämns i artikel 3. Den huvudsakliga innebörden av begreppet hållbar utveckling har sedan det började användas i mitten av 80-talet varit att skapa balans mellan utveckling och miljöskydd. Det har emellertid funnits en inneboende konflikt mellan främjandet av å ena sidan internationell handel som en viktig del av utveckling och å den andra miljöskydd. Införandet av begreppet hållbar utveckling som en *princip* i EG:s grundlag är således en formell bekräftelse av att den ursprungliga heliga idéen med en oinskränkt frihandel mellan medlemsstaterna skall ge vika för nya viktiga intressen, särskilt skyddet av miljön inom gemenskapen. Det innebär också att gemenskapsinstitutionernas skyldighet att beakta denna princip kan bli föremål för rättsprövning av EG-domstolen.

En annan viktig princip av eventuell betydelse för om miljökrav skulle kunna ställas vid offentlig upphandling är principen om integrering av miljöfrågor i övrig gemenskapspolitik. Frågan om integrering uppkom först i gemenskapens tredje handlingsprogram för miljön (1982-1986), när det upptäcktes att gemenskapens jordbruk, transport- och regionalpolitik hade avsevärda effekter på miljön. Kravet på en sådan integrering införlivades då med artikel 130r (2) i EG-fördraget genom den europeiska enhetsakten. I ett försök att förtydliga kravet ändrade Maastrichtfördraget texten i artikel 130r (2) så att den kom att lyda ”Miljöskyddskraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens övriga politik”. Amsterdamfördraget har tagit ett viktigt steg framåt genom att göra den till en självständig allmän princip i en ny artikel 6 som lyder ”Miljöskyddskraven skall integreras i utformning och genomförande av gemenskapens politik och verksamhet enligt artikel 3, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling”.

Det finns ett nära logiskt samband mellan principen om hållbar utveckling och integrationsprincipen. Syftet med dessa båda principer är att försona de två till synes motstridiga gemenskapsintressena om att främja frihandel och att skydda miljön. Det är därmed inte förvånande att både den nya artikel 2 och den nya artikel 6 ser det som gemenskapens uppgift att vid fullföljandet av bl.a. miljöpolitiken, den gemensamma handelspolitiken, den gemensamma politiken på jordbruks- och fiskeområdet, på transportområdet och på det sociala området (artikel 3) skapa en balans mellan frihandel och miljöskydd. Förflyttningen av integrationsprincipen och principen om hög skyddsnivå [artikel 130r (2)] från avdelning XVI i fördraget och placeringen av dem tillsammans med principen om hållbar utveckling i art. 2 och 6 visar hur stark ställning miljöskydd har inom gemenskapen. Att ha dessa principer i den inledande avdelningen av fördraget bekräftar att miljöskydd har blivit en kärnfråga av samma höga status som frihandel. Det också innebär att de nämnda miljöprinciperna är bindande rättsregler för gemenskapens institutioner och skall styra samtliga aktiviteter inom gemenskapen. Gemenskapens institutioner har en skyldighet att beakta dessa principer i sitt arbete. Medlemsstaterna är däremot inte bundna av dessa principer på grund av EG-fördraget. När det gäller betydelsen av Amsterdamfördraget för möjligheten att ställa miljökrav vid offentlig upphandling kan det konstateras att ändringarna inte har förändrat denna möjlighet *för upphandlande myndigheter* på ett markant sätt. Efter Amsterdamfördragets ikraftträdande skulle miljöns framskjutande ställning inom gemenskapen troligen kunna vara ett nytt starkt argument vid en tvist om förenligheten av miljökrav med offentlig upphandling. EG-domstolen

har säkerligen större anledning och starkare skäl att avgöra ett sådant mål till förmån för miljön.

Amsterdamfördragets största förtjänst vad gäller offentlig upphandling ligger kanske i den möjlighet som det har skapat för *medlemsstaterna* att sätta press på kommissionen att lägga fram förslag till ändring i direktiven om offentlig upphandling. Integrationsprincipen kan i det sammanhanget åberopas som en grund för gemenskapens skyldighet att införliva miljöhänsyn med regelverket för offentlig upphandling.

V- Avslutande synpunkter

Att ställa miljökrav vid offentlig upphandling innebär en inskränkning av frihandeln, som har varit gemenskapens viktigaste hörnsten. En sådan inskränkning är tänkbar endast om gemenskapens regelverk inom området och EG-domstolens tolkning av rättsreglerna åtminstone underförstått medger en möjlighet till det. EG-direktiven om offentlig upphandling saknar hänvisningar till miljökrav, men listorna över olika krav i dessa direktiv är inte uttömmande. Det innebär att miljökrav kan ställas under vissa villkor. Villkoren är att det kan bevisas att kravet inte inskränker handeln mer än vad som är absolut nödvändigt för skyddet av miljön, att det finns ett klart samband mellan kravet och själva upphandlingen, och att syftet inte är att diskriminera utländska företag. Hur dessa villkor uppfylls beror på omständigheterna vid varje enskild upphandling. Det finns inget allmänt råd som kan gälla i alla situationer. Inte ens EG-domstolens avgörande i ett eventuellt mål om offentlig upphandling och miljö skulle ge ett slutgiltigt svar. Det bör betonas att själva formuleringen av kravet i annonsen eller förfrågningsunderlaget kan bli avgörande för en bedömning av dess diskriminerande effekt. Idag är miljökrav ett *extra* krav vid offentlig upphandling, som i varje enskilt fall måste prövas med beaktande av villkoren om icke diskriminering, proportionalitet och direkt samband mellan kravet och upphandlingens ändamål. Det råder därför en osäkerhet bland de offentliga upphandlarna om huruvida deras specifika krav strider mot EG-regler eller ej. Det är angeläget att göra rättsläget tydligt genom ändringar i EG:s regelverk så att varje upphandlare *i regel* kan ställa miljökrav. Utvecklingen under senare år på både det politiska och juridiska planet inom gemenskapen visar att det finns fog för krav på sådana ändringar. Förutom Europeiska rådets upprepade uttalanden om miljöskyddets höga ställning på gemenskapens dagordning har Amsterdamfördraget givit en hög status till integrationsprincipen och principen om hållbar utveckling. Ett förslag till ändringar i direktiv om offentlig upphandling bör hänvisa till de nämnda principernas betydelse inom området offentlig upphandling. Även vikten av det utrymme som GPA ger upphandlaren för att ställa miljökrav och som för närvarande saknar motsvarighet i gemenskapsregler och EG:s skyldighet att fullgöra sina internationella åtaganden måste betonas.

Vad som behövs är att krav på varans eller tjänstens miljöpåverkan inkluderas i direktivens diverse kravlistor. Principen om hållbar utveckling förutser bl.a. en miljöanpassad internationell handel. En ändamålsenlig tolkning av denna princip innebär att miljökrav kan ställas även när det inte finns något direkt samband mellan upphandlingens ändamål och kravet. Det innebär att en eventuell ändring i direktiven skall utformas på ett sådant sätt att krav också kan ställas på leverantörer.

Said Mahmoudi