



Alfred Streng

Beaktande av sociala och miljömässiga
hänsyn vid offentlig upphandling

Åbo Akademis förlag
Tavastgatan 13, FI-20500 Åbo, Finland
Tfn +358 (0)2 215 3478
E-post: forlaget@abo.fi

Försäljning och distribution:
Åbo Akademis bibliotek
Domkyrkogatan 2-4, FI-20500 Åbo, Finland
Tfn +358 (0)2 -215 4190
E-post: publikationer@abo.fi

BEAKTANDE AV SOCIALA OCH MILJÖMÄSSIGA HÄNSYN VID
OFFENTLIG UPPHANDLING



Beaktande av sociala och miljömässiga hänsyn vid offentlig upphandling

Alfred Streng

Åbo Akademis förlag | Åbo Akademi University Press
Åbo, Finland, 2018

CIP Cataloguing in Publication

STRENG, Alfred.

Beaktande av sociala och miljömässiga
hänsyn vid offentlig upphandling / Alfred
Streng. - Åbo : Åbo Akademis förlag, 2018.

Diss.: Åbo Akademi. - Summary.

ISBN 978-951-765-893-5

ISBN 978-951-765-893-5
ISBN 978-951-765-894-2 (digital)
Painosalama Oy
Åbo 2018

FÖRORD

Denna avhandlingsprocess börjar nu nå sin fullbordan.

Jag önskar här rikta ett tack till alla dem som på olika sätt stött mig i mitt arbete med avhandlingen.

Ett stort tack till min handledare professor Markku Suksi som gjort en betydande insats för avhandlingsprocessens framskridande. Med sakkunskap och vänliga råd har han hjälpt mig i min forskning.

Ett särskilt tack går självfallet till professor Lasse Lehtonen och docent Kristian Siikavirta som verkat som förhandsgranskare av denna avhandling. Jag är väldigt tacksam för att de åtog sig uppdraget och ägnade sin dyrbara tid till att granska detta forskningsarbete. De har gett mig många sakkunniga kommentarer. Jag vill även tacka professor Lasse Lehtonen i egenskap av att han är villig att ställa upp som opponenter för min avhandling.

Stiftelsen för Åbo Akademi forskningsinstitut, Kulturfonden för Finland och Sverige, Svensk-Österbottniska samfundet, Nordiska Administrativa Föreningen och Svenska Kulturfonden har med ekonomiska bidrag gjort att detta forskningsarbete kunnat förverkligas. Ett innerligt tack!

Slutligen vill jag även hjärtligt tacka min familj för det stöd de gett mig under avhandlingsprocessens gång. Min mor ED Brita Kristina Gyllenbögel har med sina sakkomentarer kunnat hjälpa mig framåt i processen. Min far Håkan och min bror Kristoffer har i alla ögonblick uppmuntrat mig. Min fru Ann-Helen och min dotter Alicia har med sin närvaro i vardagen kunnat motivera mig att jobba vidare.

Vikinga, december 2017

Alfred Streng

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1. INLEDNING.....	1
1.1. Upphandling och hållbarhet	1
1.2. Upphandling i en social- och miljöpolitisk kontext	5
1.3. Offentlig upphandling med beaktande av sociala och miljömässiga hänsyn	12
1.3.1. Lagstiftningens utveckling	12
1.3.2. Lagens tillämpningsområde	23
1.4. Forskningsområde och tidigare forskning	28
1.4.1. Bakgrund	28
1.4.2. Forskningsuppdrag	30
1.4.3. Tidigare forskning	33
1.5. Metodologiska utgångspunkter	35
2. PRINCIPER FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING.....	43
2.1. Allmänt.....	43
2.2. Principen om icke-diskriminering och principen om likabehandling	47
2.3. Öppenhetsprincipen.....	56
2.4. Konkurrensprincipen.....	63
2.5. Proportionalitetsprincipen	67
2.6. Principen om ömsesidigt erkännande.....	73
2.7. Ekonomiska principer	75
2.7.1. Prismässigt sett billigast och ekonomiskt sett mest fördelaktigt.....	75
2.7.2. Tillåtna jämförelsekriterier för urvalskriteriet ”totalt sett mest fördelaktigt”	82
2.8. Principen om hållbar utveckling.....	83
3. SOCIALA OCH MILJÖMÄSSIGA HÄNSYN I UPPHANDLINGSFÖRFARANDET	88
3.1. Allmänt.....	88
3.2. Socialt ansvarsfull offentlig upphandling.....	96
3.3. Miljöanpassad offentlig upphandling	120

III

3.4. Lagstiftning	133
3.4.1. Normer och rättspraxis på EU-nivå	133
3.4.2. Lagstiftning om miljö- och sociala aspekter i Finland	154
4. OLIKA SÄTT ATT TA MILJÖMÄSSIGA HÄNSYN	169
4.1. Tekniska specifikationer av kontrakt föremålet	169
4.1.1. Om tekniska specifikationer	169
4.1.2. Specifikationerna bör vara lämpliga för det som upphandlas	173
4.1.3. Specifikationerna bör basera sig på objektiva kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier	173
4.1.4. Specifikationerna bör vara fritt tillgängliga	176
4.1.5. Andra lämpliga bevis som kan godkännas	176
4.2. Krav gällande produktionsmetoden och tillverkningsprocessen	177
4.3. Urval av anbudsgivare	183
4.4. Kontraktstilldelning	190
4.5. Utförande av kontraktet	196
4.6. Upphandling som inte omfattas av reglerna i upphandlingsdirektiven	200
4.7. Målsättningar och utveckling av systemet med miljömärke	202
4.8. Miljömässiga hänsyn eller inte?	207
5. OLIKA SÄTT ATT TA SOCIALA HÄNSYN	213
5.1. Allmänt	213
5.2. Beskrivning av föremålet för upphandlingen	216
5.3. Särskilda kontraktsvillkor	218
5.4. Tekniska specifikationer	226
5.5. Tilldelnings- eller utvärderingskriterier	236
5.6. Kvalificering och uteslutning av leverantörer	244
5.7. Tilldelning av kontrakt	258
5.8. Onormalt låga anbud	264
5.9. Sociala hänsyn vid upphandlingar som inte omfattas av EU-direktiven	268

6. HÅLLBAR OFFENTLIG UPPHANDLING	270
6.1. Hållbar upphandlingsstrategi.....	270
6.3. Förstärkning av en socialt och miljömässigt hållbar marknad	292
7. AVSLUTNING	305
KÄLLFÖRTECKNING	I
Monografier och artiklar	I
Lagar, förordningar och propositioner	XVI
Lagar och förordningar.....	XVII
Propositioner och remisser	XVII
Motioner och skrivelser.....	XVIII
Beslut.....	XVIII
Betänkanden, utredningsarbeten och utlåtanden	XIX
EU-rättsliga källor	XX
Fördrag och förordningar	XX
Direktiv	XXI
Beslut.....	XXII
Resolutioner och utlåtanden (juridiskt icke-bindande)	XXII
Grönbok och handböcker	XXIII
Meddelanden, rapporter och yttranden.....	XXIII
Arbetsdokument	XXV
ILO	XXVI
FN.....	XXVI
Rättspraxis.....	XXVI
Finska rättsfall	XXVIII
<i>Högsta förvaltningsdomstolen</i>	XXVIII
Marknadsdomstolen	XXVIII
Justitieombudsmannen	XXIX
Svenska rättsfall	XXIX

HFD/Regeringsrätten	XXIX
Kammarrätter	XXX
Förvaltningsrätter	XXX
Länsrätter XXX	
Justitieombudsmannen	XXX
Nämnden för offentlig upphandling	XXXI

ABSTRACT*Social and Environmental Considerations in Public Procurement*

In this research focus is on social and environmental considerations in public procurement according to Finnish legislation. The Finnish legislation on public procurement is based on European Union law. The most central question at issue is in which means can social and environmental considerations be taken regard to according to the legislation in force.

From a methodological point of view this research is primarily legal dogmatic with focus on interpreting and systematizing the legal norms on public procurement. The systematization is done with the support of legal principles and general doctrines. Viewpoints on the interpretation of the legal norms on public procurement are here put forward in order to present justified arguments on social and environmental considerations in public procurement. It is here discussed *de lege lata* which specific requirements on social and environmental considerations can be set in public procurement. This research is also to a certain extent *de lege ferenda* as normative recommendations are put forward regarding the interpretation of the legal norms on social and environmental considerations in public procurement. Examples from other countries are also used in this research, first and foremost from Sweden, as to enlighten the questions discussed. Finland and Sweden have rather similar legal orders and both countries have implemented the new EU-directive on public procurement 2014/24/EU.

The possibility to set requirements on social and environmental considerations in public procurement existed also according to the EU-directives on public procurement from 2007 but in directive 2014/24/EU it is more emphasized. One of the aims is to lead the development into a more sustainable direction. The Finnish Government has also committed itself to better foster the taking regard to social and environmental considerations in public procurement.

The procuring authority has in every single case on the basis from the subject matter of the contract and the objectives that are pursued assess which social and environmental considerations are of relevance for the procurement at issue. Although it has been possible

for the procuring entities to set criteria that specifically award social and environmental considerations, the use of e.g. environmental criteria as a part of the selection criteria economically most advantageous has not been a guarantee for the procuring authorities to have success with implementing sustainable alternatives or awarding sustainability in the different tenders in an equal manner. One challenge for the procuring authorities is that the environmental considerations are often to reduce an environmental problem but concurrently they cannot be too far-reaching that they reduce the amount of tenders and limit the possibilities for a successful procurement. The requirement must thereto comply with the underlying principles of public procurement, as e.g. the principles of transparency and equal treatment.

A problem that is specifically connected to the social considerations is that they primarily relate to the manufacturing process. They can thus not solely be evaluated on the basis of the end product and they are difficult to control in a globalized production with complex supply chains. Criteria that include social considerations may above all be used to decide which of the tenders are economically most advantageous if they entail an economic advantage for the procuring authority and relate to the product or service that are object of the contract or to the manner in which the contract is carried out. It is however not allowed to reserve a contract to a specific category of suppliers or to apply price preferences. This also applies to criteria that e.g. concern the number of employees from a specific social category or a requirement to submit a plan for gender equality.

A problem that may concern the environmental considerations is the difficulty to define the technical specifications, i.e. to make the call for tenders in such a way that the environmentally friendly can be rated in a manner that regard the various tenders equally. For instance can it be difficult for the procuring authorities without the expertise needed to define such criteria that take into account the practice in a particular branch or the level of the technical development. An approach to more sustainable and environmentally friendly procurements is here to rate the life cycle costs for the procurement.

The question whether it on the whole is suitable to use public procurement as a means to achieve goals that are more sociopolitical, as social and environmental considerations, is

VIII

also discussed. It can be argued that such considerations do not have full effect within public procurement and complicate the regulations.

The public sector may though actively contribute to that actors from the third sector and social enterprises have success in competitive tenderings in the public sector. According to directive 2014/24/EU it is e.g. allowed to reserve procurements in the welfare sector to non-profit organizations or to certain operations that have social and vocational integration as a primary goal. Finland and Sweden have though chosen not to assure the position of non-profit organizations as service producers in the legislation.

The use of social and environmental considerations prerequisites understanding and knowledge of how to implement them in the definition of the objectives with the public procurement, in the evaluation of the adequacy of the suppliers, in the comparison of the tenders and in the purchasing agreement.

FÖRKORTNINGAR

BB	Brottsbalken (sv)
BSCI	Business Social Compliance Initiative
CEMR	Europeiska jämställdhetsdeklarationen
CSR	Corporate Social Responsibility
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EKUB	Ekonomiutskottets betänkande (fi)
EMAS	Europeiska unionens miljölednings- och miljöredovisningsordning
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FiU	Finansutskottets betänkande (sv)
FN	Förenta nationerna
GENICES	Global Ecolabelling Networks Internationally Coordinated Ecolabelling System
GL	Grundlagen (fi)
GPA	Government Procurement Agreement
GPP	Green Public Procurement
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
HKP	Hållbara konsumtions- och produktionsmönster
ILO	International Labour Organization
IPP	Integrerad produktpolitik
ISO	Internationell Standardiseringsorganisationen

IVO	Inspektionen för vård och omsorg (sv)
JO	Justitieombudsmannen
JYSE	Allmänna avtalsvillkoren för offentlig upphandling
KomL	Kommunallagen (fi)
KULTU	Kommittén för hållbar utveckling och konsumtion
LAS	Lagen om anställningsskydd (sv)
LCA	Life Cycle Impact Assessment/ Livscykelanalys
LCC	Livscykelkostnadsberäkning
LOU	Lagen om offentlig upphandling (sv)
LOV	Lagen om valfrihetssystem (sv)
LR	Länsrätt (sv)
LUF	Lagen om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (sv)
MD	Marknadsdomstolen
MiUU	Miljöutskottets utlåtande (fi)
MKB	Miljökonsekvensbedömning
MyndOffL	Lag om offentlighet i myndigheternas verksamhet (fi)
NGO	Non-Governmental Organization
NOU	Nämnden för offentlig upphandling (sv)
NPM	New Public Management
OECD	Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling
OffL	Offentlighets- och sekretesslagen (sv)
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
RF	Regeringsformen (sv)
RFV	Regionförvaltningsverket (fi)
RP	Regeringens proposition
RR	Regeringsrätten (sv)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SIP	Samordnad individuell plan

SFS	Svensk författningssamling
SEMC	Swedish Environmental Management Council
SL	Strafflagen (fi)
SOU	Statens offentliga utredningar
SRPP	Socially Responsible Public Procurement
SRR	Statsrådets redogörelse (fi)
STM	Social- och hälsovårdsministeriet (fi)
UpphL	Lagen om offentlig upphandling (fi)
WTO	World Trade Organization
ÄLOU	Äldre lagen om offentlig upphandling (sv.)

1. INLEDNING

1.1. Upphandling och hållbarhet

Många ser möjligheter med att driva samhällsutvecklingen i en mer hållbar riktning genom att uppställa sociala och miljömässiga krav i upphandlingar. I dagens läge är det kanske mer regel än undantag att ställa miljörelaterade krav i upphandlingar. Upphandlingar kan också användas som ett samhällspolitiskt medel för att framföra viljeyttringar hos medborgarna i en viss region eller kommun. Den offentliga sektorn kan även utnyttja upphandlingar som ett instrument för att påverka sitt förtroende hos medborgarna och tillsammans med s.k. sociala företag verka för att parter inom den tredje sektorn får allt fler kontrakt inom den offentliga sektorn.¹⁾

Lagstiftningen om offentlig upphandling baserar sig på EU-direktiv. Den offentliga upphandlingen utgör ett medel för att erbjuda varor och tjänster, men också ett betydande juridiskt medel genom vilka myndigheterna och andra upphandlande enheter kan uppfylla icke-kommersiella målsättningar, såsom beaktande av sociala och miljömässiga hänsyn.

Målet med hållbar utveckling har blivit ett genomgående inslag i en lång rad politiska verksamhetsområden, däribland offentliga upphandlingar. I EU:s strategi för hållbar utveckling förekommer målsättningar enligt vilka den offentliga upphandlingen ska vara miljöanpassad och medlemsländerna ska anta nationella handlingsplaner för miljöanpassad offentlig upphandling. Det förekommer flera definitioner på miljöanpassad offentlig upphandling. Enligt EU-kommissionens definition utgör miljöanpassad offentlig upphandling ett förfarande för de offentliga myndigheternas upphandling av varor och tjänster liksom för arbeten med lägre miljöpåverkan över hela livscykeln, jämfört med varor,

1) Se t.ex. Múnoz 2009, ss. 69–82. Se även RP 18/2016, ss. 5, 12, 18.

tjänster eller arbeten med samma primärfunktion som annars skulle ha upphandlats.²⁾ Hållbarhet handlar därtill inte enbart om miljö, utan om allt som påverkar samhället, från till exempel etik och mångfald till arbetsmiljö och mänskliga rättigheter.

I och med utvecklingen av EU:s sociala dimension med ikraftträdandet av Lissabonfördraget den 1 december 2009 har frågan om sociala hänsyn fått ökad betydelse under de senaste åren. I artikel 3 i fördraget om Europeiska unionen (FEUF) stadgas att EU baserar sig på en social marknadsekonomi som bl.a. ska verka för en hållbar utveckling. EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna blev också rättsligt förpliktande i och med att Lissabonfördragets trädde i kraft. I tillämpningen enligt stadgans artikel 51 ingår sociala rättigheter, såsom rätten till rättvisa arbetsförhållanden, förhandlingsrätt och rätt till kollektiva åtgärder. Även miljö nämns i stadgan, likaså hållbar utveckling, i artikel 37.³⁾

I rättspraxis har det inte fastställts någon entydig definition på vad som innefattas i begreppet sociala hänsyn. I enlighet med EU-kommissionen kan det vara fråga om olika typer av arbetsmarknads- och socialpolitiska åtgärder som genomförs inom ett offentligt upphandlingskontrakt. I EU-kommissionens meddelande *Socialt ansvarsfull upphandling – en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling* definieras socialt ansvarstagande i offentlig upphandling som upphandlingsåtgärder som tar sociala aspekter i beaktande såsom sysselsättningsmöjligheter, anständigt arbete, överensstämmelse med sociala rättigheter och arbetstagares rättigheter, social integration, lika möjligheter, tillgänglighet för alla, beaktande av hållbarhetskriterier, etisk handel och frivilligt iakttagande av företagets ansvar (Corporate Social Responsibility, CSR).⁴⁾

2) KOM(2008) 400.

3) Se art. 3 Fördraget om Europeiska unionen (FEU) och art. 18 samt art. 37 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Se även SOU 2015:78, ss. 61–62.

4) Europeiska unionens kommission, SEK 2010 1258.

Beaktandet av hållbarhet har också blivit en del av vardagen för många, både på individ- och samhälls nivå. Enligt Haughton omfattar begreppet hållbar utveckling fem olika element: 1) framtida händelser, som relaterar till rättvisa och jämlikhet över generationsgränserna, 2) social rättvisa, det vill säga rättvisa inom en viss socialgrupp, 3) gränsöverskridande ansvar, d.v.s. jämlikhet mellan olika geografiska platser, 4) processuell rättvisa, med andra ord öppna och rättvisa processer samt 5) jämlikhet mellan arter, det vill säga betoning av betydelsen av biodiversitet eller artmångfald.⁵⁾ Hållbar utveckling kan också ses som en balans mellan sociala, ekonomiska och miljömässiga faktorer.⁶⁾ Enligt bl.a. Golusin, Ivanovic och Teodorovic är de sociala faktorerna svårare att mäta i praktiken, på grund av deras inneboende subjektivitet, motstridighet och värderingar.⁷⁾ De olika elementen av hållbar utveckling tillämpas nödvändigtvis inte på ett jämnt sätt, eftersom de som är i råd att tillämpa dem prioriterar de element av hållbarhetsagendan som de själva föredrar, med fokus beroende av respektive parts grundläggande principer och verksamhet.⁸⁾ Van der Maesen och Walker anser också att själva begreppet hållbarhet i viss mån är problematiskt. Begreppet uppfattas vanligen bestå av tre delar: en ekonomisk, social och miljöbetonad pelare. Enligt Van der Maesen och Walker är det i praktiken den ekonomiska och miljöbetonade som dominerar liksom utbytet dem emellan. Det sociala innehållet kan därmed bli utan betydelse.⁹⁾

Företag, organisationer och myndigheter har i alla fall insett att de inte enbart är ansvariga för sina kunder, konsumenter, patienter eller klienter utan också för samhället, miljön och medborgarna. Beaktande av sociala och miljömässiga hänsyn är ett beaktande av hållbarhet och ett åtagande för en hållbar utveckling, till exempel genom att använda anställningsförfaranden som främjar mångfald, tillämpa miljövänliga produktionsprocesser,

5) Se Haughton 2009, ss. 233–243.

6) Se bl.a. Dyllick & Hockerts 2002, ss. 130–141.

7) Se Golusin, Ivanovic & Teodorovic 2011, ss. 233–243.

8) Se bl.a. White & Lee 2009, ss. 683–692.

9) Se Beck, Van der Maesen och Walker 2013, ss. 12–13.

vägra anlita leverantörer som utnyttjar barnarbetskraft i något skede av produktionsprocessen och genom att engagera sig i andra aktiviteter som upprätthåller en hög etisk standard.¹⁰⁾

Regeringen i Finland har också förbundit sig att bättre främja hållbarhetsaspekter i de offentliga upphandlingarna. Till exempel i regeringsprogrammet för Katainens regering för perioden 2011–2014 i Finland ställdes som målsättning att ändra lagen om offentlig upphandling så att sociala hänsyn bättre kan tas i beaktande i de offentliga upphandlingarna.¹¹⁾ År 2012 lanserade också Arbets- och näringsministeriet i Finland en nätbaserad CSR-kompass (Corporate Social Responsibility) för elektroniska upphandlingar med syfte att underlätta för de upphandlande myndigheterna och enheterna att ställa sociala hänsyn i de offentliga upphandlingarna.¹²⁾ I regeringsprogrammet för Sipiläs regering från år 2015 nämns att lagen om offentlig upphandling ska ses över så att den stöder nationalintresset och medborgarnas välfärd samt att fem procent av all offentlig upphandling ska vara innovationsupphandlingar, men inget explicit sägs om sociala och miljömässiga upphandlingar.¹³⁾

Enligt en rapport om sociala hänsyn i kommunala upphandlingar i Finland av organisationen Finnwatch och publicerad i november 2013, ställer dock endast ett fåtal kommuner

10) Se t.ex. Dominick & Lunney 2012, ss. 53–54. Se även RP 18/2016, ss. 18–19. Den dominerande måttstocken på ekonomisk utveckling är bruttonationalprodukten, men den ger dock en alltför snäv bild av samhällsutvecklingen. Den speglar bara värdet av vissa varor och tjänster i industrisamhället, men undervärderar social- och miljöfaktorerna. Det finns också andra mått på utveckling, till exempel gpi, som utgår från bnp men subtraherar bland annat kostnaderna för skador på miljön, och adderar bland annat hushållsarbete i hemmet och frivillig barn- och äldreomsorg. Se även Kalima 2001, ss. 204–205. Enligt Kalima borde man i enlighet med mänskliga rättigheter avhålla sig från att upphandla förnödenheter som är tillverkade med hjälp av barnarbetskraft. Frågan gäller också etiska värdegrunder. Genom att koppla kriteriet till varans kvalitet, kunde man i enskilt upphandlingsbeslut hänvisa till etiska värdegrunder och sålunda undgå att upphandla den prismässigt sett billigaste varan.

11) Se Katainens regeringsprogram, s. 40, tillgängligt på <http://valtioneuvosto.fi/hallitus/hallitusohjelma/pdf/fi.pdf>

12) CSR-kompassen tillgänglig på <http://julkinen.csr-kompassi-fi>

13) Se Sipiläs regeringsprogram, ss. 21, 27, tillgängligt på <http://valtioneuvosto.fi/hallitus/hallitusohjelma/pdf/fi.pdf>. Se även RP 18/2016, ss. 5, 12, 18–19, 32–33.

kriterier för sociala hänsyn i sina anbudsfrågor. Av de 76 anbudsfrågor som granskades var det endast i fyra stycken som det ställdes kvalitativa kriterier gällande sociala hänsyn. En betydande del av de produkter från s.k. riskländer som köps av kommunerna kommer således från förhållanden som de kommunala upphandlande myndigheterna och enheterna i Finland inte känner till eller granskar.¹⁴⁾

1.2. Upphandling i en social- och miljöpolitisk kontext

Gällande frågan om upphandling som ett instrument i social- och miljöpolitiken finns det dock jämförelsevis lite forskning om verkningarna och resultaten av att ställa sociala och miljömässiga hänsyn. Därtill är kunskapen om de juridiska möjligheterna att ställa sådana krav inte alltför utbredd bland de upphandlande myndigheterna och enheterna. Ifall det förekommer en vilja hos de upphandlande myndigheterna och enheterna att använda sociala och miljömässiga krav i upphandlingarna för att påverka utvecklingen av samhället i en mer hållbar riktning, borde man också ha tillförlitlig och reliabel kunskap om vad vidtagna åtgärder kan leda till. För att uppnå önskade resultat vill man också i så hög grad som möjligt kunna säkerställa att just de åtgärder man vidtar leder till de förväntade resultaten.

Utnyttjandet av offentlig upphandling för att uppnå socialpolitiska målsättningar är trots det inget nytt fenomen, i synnerhet ur ett internationellt perspektiv. Redan på 1800-talet ställde man i bl.a. Frankrike, England och USA sociala krav t.ex. gällande lönenivåer på sådana företag som ville ingå avtal med den offentliga sektorn, och efter första världskriget kunde man bl.a. ställa sociala krav för att skapa arbete åt krigsinvaliderna. I USA började man å sin sida efter andra världskriget alltmer utnyttja offentlig upphandling för att bekämpa rasdiskriminering och i dagens läge förekommer antidiskrimineringsklausuler i upphandlingar på samtliga nivåer, allt från stadsnivå till federal nivå. Man anser alltså att

14) Se rapport *Alkuperä tuntematon - sosiaalinen kestävyys kuntien julkisissa hankinnoissa*. Tillgänglig på www.finnwatch.org/images/kuntahankinnatweb.pdf

man genom offentliga upphandlingar också kan få till stånd framsteg i de sociala förhållandena i samhället, då genom skydd mot diskriminering och lika rättigheter och möjligheter för alla. Inom EU är det i Storbritannien som man har den mest utvecklade praxisen gällande krav på sociala hänsyn i upphandlingar. Tyngdpunkten ligger här i första hand på lokala upphandlingar och utveckling av de lokala förhållandena. Men offentliga myndigheter på alla nivåer i Storbritannien är skyldiga att även i upphandlingar aktivt främja lika rättigheter och möjligheter för medborgarna.

När det gäller den miljöanpassade offentliga upphandlingen, så började principerna utvecklas i slutet av 1980-talet i vissa europeiska länder. Själva miljöpolitiken bör anses vara internationell till sitt väsen, i synnerhet på grund av vår globaliserade ekonomi och de stora varuflödena över alla gränser. Den offentliga sektorn är en stor aktör på marknaden och kan genom upphandlingen av varor och tjänster starkt påverka utvecklingen mot miljövänligare alternativ. Undersökningar visar på att den offentliga sektorn, både genom sin storlek och sin roll som lagstiftare, kan påverka utvecklingen av utbudet genom att explicit efterfråga sådana varor och tjänster som ännu inte existerar i dagsläget. Därtill kan den offentliga upphandlingen bidra till utvecklingen och kommersialiseringen av innovativa miljövänliga produkter för vilka det kan finnas en dold efterfrågan på den privata marknaden.¹⁵⁾

De offentliga upphandlingsenheterna kan också ha ett så kallat livscykelperspektiv på sina anskaffningar och därmed i bästa fall både spara på kostnaderna och minska på den miljöbelastning som varorna eller tjänsterna medför.¹⁶⁾ I direktivet för offentlig upphandling 2014/24/EU föreskrivs i artikel 67 om tilldelningsgrunderna att kostnaderna enligt den upphandlande myndighetens val får bedömas endast på grundval av pris eller genom

15) Se bl.a. Geroski 1995, ss. 30–31 och COWI 2009, ss. 2–7. Se även Social Enterprises 2014, s.4.

16) Livscykelperspektiv innebär bl.a. att myndigheten analyserar vilka kostnader som anskaffningen kommer att orsaka under dess livslängd, t.ex. investeringskostnader, underhållskostnader, drivmedelskostnader, eventuella reparationskostnader och externa kostnader såsom skador på miljön.

en analys av kostnadseffektivitet, exempelvis en analys av *livscykelkostnader* på de villkor som anges i artikel 68.¹⁷⁾ I artikel 68 anges att livscykelkostnaderna, såvida det är relevant, kan omfatta (a) interna kostnader, inklusive kostnader för förvärv, t.ex. produktionskostnader, användning, t.ex. energiförbrukning och underhållskostnader samt kostnader för avyttring, t.ex. insamlings- och återvinningskostnader, och (b) externa miljökostnader som är direkt kopplade till livscykeln, under förutsättning att de kan ges ett penningvärde och kontrolleras. Sådana externa kostnader kan innefatta kostnader för utsläpp av växthusgaser och andra förorenande ämnen samt andra klimatanpassningskostnader.¹⁸⁾

Detta ger de offentliga upphandlarna möjlighet att bygga sina tilldelningsbeslut på livscykelkostnaden för de produkter, tjänster eller byggtreprenader som ska upphandlas. Livscykelkostnaden är tänkt att täcka alla stadier av en produkts existens eller under tillhandahållandet av en tjänst, från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, röjning och avslutande. De kostnader som ska beaktas omfattar inte enbart direkta monetära kostnader, utan även externa miljökostnader om dessa kan beräknas i ekonomiska termer och verifieras.

År 1999 togs i den s.k. Cardiffprocessen beslut om att miljömässiga hänsyn skulle beaktas i alla EU:s beslut och att offentlig upphandling kan ses som ett strategiskt styrmedel.¹⁹⁾ I Lissabonstrategin från år 2000 sägs det att EU senast år 2010 ska vara vägledande inom ekonomisk, social och ekologisk uthållighet. Enligt målsättningarna i strategin ska ekonomisk tillväxt och social sammanhållning kunna ske utan bekostnad av miljön. Lissabonstrategin kompletterades med en s.k. tredje pelare, miljön, efter att EU:s strategi för

17) Se direktiv 2014/24/EU artikel 67.

18) Se direktiv 2014/24/EU artikel 68. Se även RP 18/2016, 95 §.

19) Cardiffprocessen är uppkallad efter EU-toppmötet i Wales år 1998 och utgör egentligen en frivillig samordning av den ekonomiska strukturpolitiken i medlemsstaterna med ökad sysselsättning som målsättning.

hållbar utveckling antagits vid Europeiska rådets möte i Göteborg år 2001.²⁰⁾ I EU-kommissionens tolkningsmeddelande från den 4 juli 2001 redogjordes för de möjligheter som gemenskapslagstiftningen gav att ta miljömässiga hänsyn vid offentlig upphandling.²¹⁾ Efter det har också EU-domstolen klargjort möjligheterna.²²⁾ EU-kommissionen har sedan dess definierat miljöanpassad offentlig upphandling i ett flertal sammanhang. År 2002 antog Europeiska rådet och Europaparlamentet det sjätte miljöhandlingsprogrammet, där det gavs riktlinjer för miljöpolitiken i EU för 10 år framåt och angavs fyra områden som kräver särskilt brådskande åtgärder: klimatförändringar, naturmångfald och biologisk mångfald, resursförvaltning samt miljö och hälsa. År 2013 antogs det sjunde miljöhandlingsprogrammet för 10 år framåt och där betonas naturkapital, resurseffektivitet och hållbarhet än mer samt att alla åtgärder och mål ska föreslås och genomföras i enlighet med principerna om smart lagstiftning och, vid behov, omfattas av en utförlig konsekvensbedömning.²³⁾

De egentliga möjligheterna för en miljöanpassad offentlig upphandling strukturerades för första gången i EU-kommissionens meddelande om integrerad produktpolitik. Där rekommenderade man medlemsstaterna att handlingsplaner för miljöanpassad offentlig upphandling skulle antas till och med slutet av år 2006.²⁴⁾ En starkare ställning fick miljöskyddet i EU då den s.k. *integrationsprincipen* infördes i fördraget, nuvarande artikel 11 FEUF. I artikel 11 FEUF stadgas att miljöskyddskraven ska integreras i utformningen

20) Se KOM(2001) 264 slutlig.

21) Kommissionens tolkningsmeddelande av den 4 juli 2001 om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling (KOM(2002) 274 slutlig).

22) EU-domstolens domar av den 17 september 2002 i mål C-513/99. Se mer framöver i kapitlen 2.8., 3.1., 4.1.1. och 4.4. Se även den 4 december 2003 mål C-448/01. Se mer framöver i kapitlen 2.4., 3.1., 3.2., 3.4.1., 4.8., 5.4. och 7.

23) Se Europaparlamentets och rådets beslut nr 1600/2002/EG av den 22 juli 2002 om fastställande av gemenskapens sjätte miljöhandlingsprogram (EGT L 242, 10.9.2002) och Europaparlamentets och rådets beslut nr 1386/2013/EU av den 20 november 2013 om ett allmänt miljöhandlingsprogram för unionen till 2020 – Att leva gott inom planetens gränser (EGT L 354/171, 20.11.2013).

24) Se KOM (2003) 302, Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet: *Integrerad produktpolitik – miljöpåverkan ur livscykelperspektiv*.

och genomförandet av unionens politik och verksamhet. Ändamålet är att bl.a. främja en hållbar utveckling. Detta tydliggörs även i ingressen till upphandlingsdirektivet 2004/18/EG pt. 5.²⁵⁾ På basis av detta blev det också mer tydligt och mindre tvistigt att beakta miljömässiga hänsyn i offentlig upphandling.

I upphandlingsdirektiven 2004/17/EG och 2004/18/EG klargör man sedan hur offentliga upphandlare kan beakta miljöaspekter i samband med den offentliga upphandlingen.²⁶⁾ Europeiska kommissionen presenterade också ett meddelande om offentlig upphandling för en bättre miljö den 16 juli 2008. Meddelandet syftade till att öka miljökraven vid offentlig upphandling för att minska miljöpåverkan av offentlig konsumtion samt stimulera utvecklingen av miljöinnovation, miljöprodukter och miljötjänster inom EU. Genom att harmonisera miljökrakterierna inom EU minskar även risken att snedvrیدا den inre marknaden vilket även bör leda till minskade administrativa kostnader för både upphandlande myndigheter och enheter och leverantörer. Kommissionen föreslog formalisering av ett samrådsförfarande för framtagande av gemensamma frivilliga miljökrakterier för produkt- och tjänstegrupper i ett nära samarbete med medlemsstater, experter, näringsliv och andra berörda aktörer.

Direktivet om offentlig upphandling 2014/24/EU ska ge de upphandlande myndigheterna de instrument som de behöver för att använda deras köpkraft till att upphandla varor och tjänster som uttryckligen främjar innovation, respekt för miljön och kampen mot miljöförändringar samtidigt som man förbättrar sysselsättningen, folkhälsan och de sociala

25) Se art. 11 FEUF och ingressen punkt 5 direktiv 2004/18/EG. Se även Falk 2014, ss. 33–35.

26) Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Se även Kommissionens meddelande KOM(2008) 400/2 ”*Offentlig upphandling för en bättre miljö*” och kommissionens arbetsdokument ”*Att köpa grönt! Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling*” Handboken om miljöanpassad offentlig upphandling har publicerats i en omarbetad version år 2016, vilken innehåller vägledning om hur miljöhänsyn kunde ingå i varje skede av upphandlingsprocessen enligt EU:s direktiv 2014/24/EU .

villkoren.²⁷⁾ Möjligheten att ta sociala och miljöhänsyn framkommer mer tydligt i direktivet 2014/24/EU än i det tidigare direktivet 2004/17/EG. Dessa hänsyn kommer klart till uttryck i skäl 37 i direktivet, i enlighet med vilket det bl.a. är av särskild vikt att medlemsstaterna vidtar relevanta åtgärder för att säkerställa efterlevnaden av de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som är tillämpliga på den ort där byggentreprenaden utförs eller tjänsterna tillhandahålls och som följer av lagar, författningar, dekret och beslut på nationell nivå och unionsnivå samt av kollektivavtal, förutsatt att dessa bestämmelser och deras tillämpning överensstämmer med unionsrätten.

EU:s huvudsakliga roll inom offentlig upphandling kan sägas vara att öka medvetenheten om socialt och miljömässigt hållbar upphandling, introducera direktiv och lagstiftning, främja god sed och praktik samt understödja och initiera forskning och debatt inom området. Detta kan dock endast förverkligas i praktiken när de upphandlande myndigheterna och enheterna på alla nivåer inser sin roll, förstår upphandlingens uppgift och verkan samt kan tolka och tillämpa lagstiftningen.

Detta till trots har det förekommit en betydande osäkerhet bland upphandlande myndigheter och enheter om vad som varit möjligt, inte minst beträffande möjligheterna att ställa längre gående krav än vad som följer av EU-rätten. Frågeställningen, dvs. hur långtgående krav och kriterier EU-rätten har tillåtit, har dock varit av principiell karaktär.²⁸⁾

I Finland tog statsrådet år 2009 ett särskilt principbeslut gällande främjandet av miljömässigt hållbara offentliga upphandlingar.²⁹⁾ År 2013 tog statsrådet ett nytt principbeslut, som ersatte det föregående och som gällde främjandet av nya och hållbara miljö- och

27) EU-medlemsstaterna skulle sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet senast den 18 april 2016. I enlighet med artikel 288 FEUF riktas direktivet till medlemsstaterna och är bindande med avseende på det resultat som ska uppnås. Den nationella normgivningsmakten avgör hur genomförandet ska gå till. Ifall inte direktivets resultat säkerställs i den nationella rättsordningen inom föreskriven tid är detta oförenligt med unionsrättens företrädare och med principen om lojalt samarbete i artikel 4.3. FEU.

28) Se SOU 2013:12 *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*, s. 382.

29) Se Statsrådets principbeslut om främjandet av hållbara val vid offentliga upphandlingar, 8.4.2009.

energilösningar i offentliga upphandlingar.³⁰⁾ Även i enlighet med 20 § Finlands grundlag bär var och en ansvar för naturen och dess mångfald samt för miljön och kulturarvet. Det allmänna ska också verka för att alla garanteras en sund miljö och att var och en har möjlighet att påverka beslut i frågor som gäller den egna miljön.³¹⁾

Användningen av offentlig upphandling som ett medel för att uppnå andra än rent ekonomiska målsättningar inom den offentliga sektorn beror på bestämmelser som den rådande rättsordningen utfärdar och på den politiska viljan att inkorporera dessa målsättningar i den offentliga upphandlingen. Likaledes gäller att de begränsningar som lagstiftningen ställer och bristen på politisk vilja minskar utrymmet för beaktandet av miljö- och sociala hänsyn i den offentliga upphandlingen.

Globalt sett har myndigheter runtom världen försökt tackla de utmaningar som en hållbar utveckling ställer genom att utnyttja sitt inflytande som huvudsakliga upphandlare av varor och tjänster. Undersökningar visar dock att medan många organisationer inom den offentliga sektorn inkluderar vissa hållbarhetskriterier i sina offentliga upphandlingar, så är dock vissa områden rätt försummade och det förekommer en stor variation bland olika regioner i hur man överlag omfattar och är involverad i hållbar offentlig upphandling.³²⁾

EU har inget egentligt regelverk för socialpolitik, men i enlighet med artikel 4 FEUF har unionen delad befogenhet med medlemsländerna i frågor som gäller socialpolitik. Medlemsländerna är i stort ansvariga för socialpolitiken. EU:s kompetens begränsas av principerna om subsidiaritet och proportionalitet. Socialpolitiken på nationell nivå är ändå allt mer påverkad av EU, påverkan sker på medlemsländernas socialpolitik via till exempel strävanden att stärka den inre marknaden.³³⁾ Utvecklingen under den senaste tiden har

30) Statsrådets principbeslut om främjandet av energi-, miljö- och cleantech-lösningar vid offentliga upphandlingar, 13.6.2013.

31) Principbeslut är ett sätt att för det allmänna att tillämpa GL 20 §.

32) Se t.ex. Brammer & Walker 2011, ss. 452–476.

33) Se även Paju 2015.

dock lett till en form av europeisk social dimension med ett allt större direkt och indirekt inflytande på medlemsländernas socialpolitik, trots att FEUF i sig inte innebär någon förskjutning av socialpolitiskt beslutsfattande från nationell nivå till EU-nivå.³⁴⁾ Etableringen och utvidgningen av den inre marknaden kan ändå innebära både utmaningar och möjligheter för medlemsländernas socialpolitik. Unionens politik gällande t.ex. social kohesion, konkurrens, sysselsättning och ekonomi har också klara effekter på det sociala området. Strävanden efter sociala och miljömässiga hänsynstaganden i den offentliga upphandlingen kan också här uppfattas som ett anammande av ett mer socialt hållbart tänkande i den marknadsanpassningsprocess som skett.

1.3. Offentlig upphandling med beaktande av sociala och miljömässiga hänsyn

1.3.1. Lagstiftningens utveckling

Grunden för offentlig upphandling i EU finns ursprungligen nedlagd i Romfördraget, som undertecknades i Rom 1957 och som utgjorde grunden för den Europeiska Ekonomiska Gemenskapen, EEG, sedermera EG och EU. I Romfördraget har andra fördrag sedan införlivats i och med utvecklingen av EEG. Reglerna för den offentliga upphandlingen finns inte explicit införlivade i Romfördraget, men reglerna om den fria rörligheten för varor, rätten att tillhandahålla tjänster och den fria etableringsrätten samt de rättsprinciper som hör till är centrala i Romfördraget och utgör också grunden för den offentliga upphandlingen.³⁵⁾

År 1971 kom det första egentliga upphandlingsdirektivet, rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten. Som namnet antyder gällde direktivet

34) Se artikel 3 och 4 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

35) Se artiklar 34, 49 och 43 FEUF se också bl.a. Falk 2011 och 2014, ss. 26–35.

upphandlingar av bygg- och anläggningsarbeten. Det första direktivet gällande upphandling av varor kom år 1977, rådets direktiv 77/62/EEG om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling, som därefter har reviderats två gånger genom ändringsdirektiv, 80/767/EEG och 88/295/EEG. På 1970-talet var i synnerhet marknaden för bygg- och anläggningsarbeten i vissa dåvarande medlemsländer kontrollerad av brottsliga ligor och korruptionen var allmän inom den offentliga sektorn. Man konkurrensutsatte inte offentliga upphandlingar och alla företag kunde inte delta i anbudstävlingarna på jämlika villkor. Utländska företag diskriminerades öppet, och de hade stora svårigheter att delta i upphandlingar i andra medlemsländer ifall de inte grundade lokala företag. Bristen på konkurrens ledde till att kostnaderna för de offentliga upphandlingarna, som finansierades med skattemedel, steg. Kvaliteten var inte heller den bästa möjliga och alternativa varor eller sätt att erbjuda tjänster fanns inte att tillgå.³⁶⁾

Genom att göra de offentliga upphandlingarna öppna ville man även skapa en mer konkurrenskraftig europeisk inre marknad. På 1980-talet insåg man att Europa höll på att bli efter i konkurrenskraften i förhållande till USA och Japan. Man ville göra Europa till ett område där företagen konkurrerade med sina varor enligt pris och kvalitet. Varorna och tjänsterna skulle produceras där det enligt principerna om öppen konkurrens var mest förmånligt. Medlemsländerna skulle inte få snedvrیدا konkurrensen genom olika offentliga stöd, genom att styra de offentliga upphandlingarna till företag från det egna området, genom en politik som manipulerar marknaden eller genom andra osunda metoder som gynnar det egna landet eller området. Man försökte också kompensera diskrepanser som den fria konkurrensen orsakade med olika s.k. kohesionsåtgärder, såsom stöd från strukturfonder och motsvarande stödåtgärder som godkändes på gemenskapsnivå.³⁷⁾

36) Pekkala & Pohjonen 2012, ss. 27–29 och 2015, ss. 27–29.

37) Se artiklar 107–109 FEUF, där det fastställs att statsstöd är förbjudet om det inte uppfyller vissa på förhand bestämda undantag. Syftet med bestämmelserna i fråga är att säkerställa att konkurrensen på den inre marknaden i EU inte snedvrیدs. Se också framöver kapitel 3.4.1.

År 1985 publicerades kommissionens vitbok *Competition of the Internal Market* som analyserade verksamheten på EG:s inre marknad. I den konstaterades bland annat att upphandlingsdirektiven inte märkbart förändrat medlemsländernas praxis på upphandlingens område. Diskriminering av anbud från andra medlemsländer var ännu allmänt. I den s.k. Cecchini-rapporten³⁸⁾ som utkom år 1988 konstaterades att omfattningen av de offentliga upphandlingarna är så pass stor och betydande att de ekonomiska kostnader som förorsakades av diskriminerande behandling inte längre kunde förbises. Av denna orsak ingick även en reform av upphandlingsdirektiven i det omfattande lagstiftningsprogrammet som gemenskapen genomförde i slutet av år 1992.³⁹⁾

Det första egentliga direktivet för upphandling av tjänster utkom sålunda först år 1992, rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster. Även de första rättsmedelsdirektiven infördes i början av 1990-talet i rådets direktiv 89/667/EEG och 92/13/EEG. I rättsmedelsdirektiven regleras bland annat leverantörernas rätt att pröva upphandlingsbeslut och att väcka talan om skadestånd. Man insåg nämligen att enbart de materiella reglerna inte räckte till för att trygga en jämlik behandling för företag från andra medlemsländer.⁴⁰⁾

Då det s.k. inre marknadsprogrammet förverkligades år 1992 fästes också särskild uppmärksamhet vid offentlig upphandling. Avsikten var att offentliga marknader i hela EU skulle konkurrensutsättas. Principerna om icke-diskriminering, objektivitet och transparens skulle tas hänsyn till vid tilldelning av kontrakt inom den offentliga sektorn. Man ansåg även att reglerna om offentlig upphandling utgjorde nödvändiga beståndsdelar i den fria rörligheten för varor, tjänster, etableringsrätten och förbudet mot diskriminering

38) Se The Cecchini – report 1988.

39) Pekkala & Pohjonen 2012, ss. 27–29 och 2015, ss. 27–29.

40) Se Kuoppamäki 2012, ss. 346–347. Rättsmedelsdirektiven behandlas inte närmare i denna forskning. Till de centrala rättsprinciperna för denna forskning hör inte heller rättsskyddsprincipen.

på grund av nationalitet. Med detta som bakgrund har man byggt upp ett omfattande regelverk inom området för offentlig upphandling. År 2004 skedde en uppdatering och kodifiering av reglerna då direktiven 2004/18/EG och 2004/17/EG tillkom.⁴¹⁾

Eftersom regelverket gällande offentlig upphandling är detaljrikt, komplext och har en rätt autonom utformning, händer det att man inte upplever att det ger uttryck för grundläggande EU-rättsliga principer för den inre marknaden. Upphandlingsrätten ska därför också ses som en del av regelverket för den inre marknaden i EU och tolkas med det som bakgrund.⁴²⁾

EU-domstolen har också varit en central aktör i utvecklingen av reglerna gällande offentlig upphandling. EU-domstolens rättspraxis på den offentliga upphandlingens område har å ena sidan sin bakgrund i de tidiga direktiven om offentlig upphandling, men rättsutvecklingen har också pådrivits av EU-domstolen själv, vars påverkan framförallt kan ses i senare direktiv om offentlig upphandling.⁴³⁾

Den 1 januari 1994 gick Finland med i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, EES, och sedan årsskiftet 1994–1995 är Finland också medlem i EU. Finland har därmed även förbundit sig att följa det regelverk som EU lagstiftat om den offentliga upphandlingens område. Juridiken gällande offentlig upphandling utgör dock inte ett eget specifikt rättsområde, den utgör en del av EU:s regelverk som medlemsländerna ska följa. Inom den offentliga upphandlingen tillämpas således även villkor, krav och specifikationer som inte endast kan bedömas utifrån gällande upphandlingsdirektiv eller lagar om offentlig

41) Se Hettne 2011, s. 6–8 och direktiv 2004/18/EG och 2004/17/EG. Se HFD 1997:126, där fråga var om att objektivitetskriterierna inte uppfylldes. Se även Kalima 2001, s. 144.

42) Se mer Hettne 2011, s. 7–8.

43) Till exempel anges uttryckligen i inledningen till direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG att de utformats efter rättspraxis i EU-domstolen.

upphandling, utan bör även granskas utifrån bland annat syftet med upphandlingsdirektiven, EU-domstolens tolkning av relevanta bestämmelser i fördraget, internationella avtal och tidigare upphandlingsdirektiv samt övrig unionsrätt.⁴⁴⁾

Upphandlingsdirektivens grundläggande syfte är att bland annat trygga den fria rörelsen av varor och tjänster och den fria etableringsrätten.⁴⁵⁾ Av den rättsordning som råder i EU följer att de regler som Romfördraget stadgar om och som gäller den fria rörelsen av varor, tjänster och den fria etableringsrätten bör beaktas i alla upphandlingsärenden. Fördragets bestämmelser, som hör till primärrätten, har företräde framför förordningarnas och direktivens bestämmelser, som hör till sekundärrätten. Upphandlingsdirektivens bestämmelser får således inte stå i konflikt med fördragets bestämmelser och likaledes får inte därtill nationella bestämmelser stå i konflikt med bestämmelser i EU:s primär- och sekundärrätt, då unionsrätten har företräde framför nationell rätt.⁴⁶⁾

Allmänt taget kan man anse att behovet att reglera de offentliga upphandlingarna baserar sig primärt på att myndigheterna och med dem motsvarande offentliga företag inte alltid och i alla situationer har ett lika starkt incitament att konkurrensutsätta sina upphandlingar som företag som befinner sig i konkurrenssituationer. Ifall ett sådant företag betalar överpris för till exempel sina råvaruanskaffningar, är följden att dess konkurrenssituation omedelbart försämras. De företag som verkar mer effektivt kan sälja sina slutprodukter till ett förmånligare pris. Om en ineffektiv försäljningsverksamhet fortsätter en längre tid, kan det leda till att företagen blir utslagna från marknaden. Med regleringen av de offentliga upphandlingarna försöker man med andra ord bland annat kompensera det mindre

44) Se bl.a. Falk 2011 och 2014, ss. 26–29. Bl.a. enligt artikel 267 är EU-domstolen behörig att meddela besked om förhandsavgöranden angående tolkningen av fördraget och giltigheten samt tolkningen av rättsakter som beslutad av unionens institutioner, organ eller byrån. Medlemsstaterna i EU är bundna av EES-avtalet med Efta och GPA (avtal inom ramen för WTO). Se om tidigare direktiv ovan och rättsprinciper samt exempelvis rätten till fri rörlighet, rätten att tillhandahålla tjänster och rätten till fri etablering i EU.

45) Se Romfördraget, artiklar 34–36 om den fria varurörelsen, artiklar 49–50 om den fria etableringsrätten och artiklar 56–57 om den fria rörligheten för tjänster.

46) Se t.ex. Bernitz & Kjellgren 2010, s. 77 ff.

konkurrenstryck som sätts på myndigheternas inköpsverksamhet och spara offentliga medel.⁴⁷⁾

Innan Finland gick med i EES, fanns det endast få bestämmelser om offentliga upphandlingar. Angående statliga upphandlingar fanns det en förordning, Förordning om statens upphandlingar, (1070/1979). För kommunalförvaltningens del fanns däremot ingen lagstiftning som skulle ha reglerat upphandlingar av varor och tjänster eller entreprenader. Kommunernas centralorganisationer hade dock gett rekommendationer om utförandet av upphandlingar.⁴⁸⁾ De centrala målsättningarna i EES-avtalets var att ta bort handelshindren i handeln med varor och tjänster mellan avtalsparterna. EES-avtalet förpliktade Finland att förenhetliga bestämmelserna om offentlig upphandling med det då gällande upphandlingsdirektivet i EG. Detta skedde genom lagen om offentlig upphandling (1505/1992). Då Finland blev medlem i EG från och med år 1995 ändrades lagen endast lagtekniskt, genom lagen om ändring av lagen om offentlig upphandling (1523/1994). Betydande tillägg och förändringar tillkom i upphandlingslagen den 1 mars 1998, genom lagen om ändring av lagen om offentlig upphandling (1247/1997). Den centrala målsättningen med lagreformen var då att öka konkurrensutsättningen i sådana upphandlingar där de upphandlande myndigheterna och enheterna, i synnerhet kommunerna, skulle ha kunnat utföra det aktuella arbetet som egna arbeten. Den andra centrala målsättningen var att effektivera rättsskyddsmedlen som tillämpades inom offentliga upphandlingar. En ny förordning om varu- och tjänsteupphandlingar samt entreprenader som överstiger tröskelvärdet (380/1998) trädde i kraft den 1 juli 1998. Till lagens 14 § tillsattes den 1 december 1999 med lagen om ändring av 14 § lagen om offentlig upphandling (633/1999) ett stadgande om rätten för den som deltagit i en anbudstävling att få information om handlingarna som gäller behandlingen av anbudet. Till lagen tillsattes också den 1 mars

47) Se Kuoppamäki 2012, ss. 346–347. Se Kalima 2001, s. 204 om att man tidigare inte i allmänhet kunde betona och innefatta värderingskriterier gällande produktionsmetoder som ett avtalsvillkor i anbudsbegäran. Kalima ansåg även att man inte kunde ställa miljökriterier som enda kriterier i anbudsbegäran i enlighet med dågällande 7 § UpphL (1247/1997) eftersom det oftast inte leder till att det ur den upphandlande myndighetens synvinkel totalekonomiskt mest förmånliga alternativet väljs.

48) Se RP 154/1992, s. 4.

2000 ett stadgande om marknadsdomstolen (1530/2001). Den 1 februari 2005 trädde en förändring (21/2005) i kraft. Bl.a. förpliktades enligt 7a § den upphandlande myndigheten och enheten att fatta skriftliga beslut över de beslut man gjort under upphandlingsförfarandets gång.

Den följande finländska lagen om offentlig upphandling (348/2007) trädde i kraft den 1 juni 2007. I lagen ingår bestämmelser om konkurrensförfaranden och rättskyddsmedel vid upphandling som görs av offentliga myndigheter och andra enheter. Också lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (349/2007) trädde samtidigt i kraft. Genom dessa lagar genomfördes en rad EG-direktiv i den finländska lagstiftningen, såsom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, rådets direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten samt rådets direktiv om 92/13/EEG om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. Ett nytt direktiv av Europaparlamentet och rådet om offentlig upphandling 2014/24/EU godkändes i februari 2014. Direktivet skulle implementeras i Finland senast den 18 april 2016. Den finländska regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet (RP 108/2016) utkom 22 maj 2016. Den gällande lagen om offentlig upphandling, UpphL, (1397/2016) trädde i kraft den 1 januari 2017.⁴⁹⁾

49) I Finland gav Arbets- och näringsministeriet ett betänkande till reform av upphandlingslagen i maj 2015. Avsikten var att lagen skulle träda i kraft innan april 2016. Emellertid kom regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet den 22 juni 2016 och ekonomiutskottets betänkande, TaVM 31/2016 vp - HE 108/2016 vp, den 7.12.2016. UpphL godkändes av riksdagen den 22.12.2016, stadfästes 29.12.2016 och trädde i kraft 1.1.2017.

Reglerna i den finländska upphandlingslagen från 2007 baserar sig till största delen på de direktiv som godkändes i början av 1990-talet. Vid implementeringen av direktiven i den nationella lagstiftningen stötte man på problem redan i början av EU-medlemskapet. I direktiven förekommer inga egentliga motiveringar till artiklarna, utan endast ett förkunande inledningskapitel, där man på ett allmänt plan beskriver målsättningarna med direktiven, vilket verkar vara normalt i EU.⁵⁰⁾

I artikel 26 i direktiv 2004/18/EG respektive artikel 38 i direktiv 2004/17/EG möjliggjordes i alla fall användningen av sociala villkor för fullgörande av kontrakt under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. Av beaktandesatserna 33 respektive 44 framgår att det är möjligt att förplikta en leverantör att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner, om dessa inte har införlivats med den nationella lagstiftningen.⁵¹⁾ I detta sammanhang görs ingen skillnad mellan avtal för byggtreprenader, varor eller tjänster. Inom de gränser som anges i direktiven och under vissa förutsättningar, som senare kommer att klarläggas, är det i princip förenligt med gemenskapsrätten att ställa upp villkor på att de varor och tjänster som en leverantör avser att leverera framställs under sådana förhållanden som respekterar bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner.

EU-medlemsstaterna är bundna av reglerna i upphandlingsdirektiven och även av bestämmelserna i Världshandelsorganisationens (WTO) avtal om offentlig upphandling, GPA (*Government Procurement Agreement*). GPA har som syfte att undanröja handelshindrande och diskriminerande upphandlingslagar i de anslutna medlemsstaterna. Den

50) Se Pekkala & Pohjonen 2012, ss. 30–31 och 2015, ss. 30–31. Nämnas kan även att direktiven ursprungligen har sin grund i den franska förvaltnings- och konkurrensutsättningstraditionen, där besluten är väldigt hierarkiska och förfarandena formella. Nya och mindre medlemsländer har svårt att få sina egna synpunkter godkända, i synnerhet sådana förslag som skulle öka flexibiliteten.

51) Internationella arbetsorganisationen (ILO) är FN:s fackorganisation för sysselsättnings- och arbetslivsfrågor. ILO har som grundläggande mål att bekämpa fattigdom och främja social rättvisa. Till uppgifterna hör också att främja sysselsättning och bättre arbetsvillkor i hela världen och att värna om fackliga fri- och rättigheter. ILO har grundläggande konventioner om mänskliga rättigheter. Dessa konventioner tar sikte på frågor som gäller förenings- och förhandlingsrätt, barnarbete och minimiålder, diskriminering och lika lön samt förbud mot tvångs- och slavarbete.

omfattar rättigheter och skyldigheter som gäller i förhållande till parternas nationella lagar och andra föreskrifter samt förfaranden och praxis för statlig upphandling. Världshandelsorganisationens (WTO) första GPA-avtal om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement) undertecknades år 1979. Finland har varit part i avtalet ända från första början⁵²⁾. Den 6 april 2014 trädde ett nytt reviderat avtal i kraft, som innebär modernare regler för offentlig upphandling och ska underlätta utnyttjandet av elektronisk upphandling. GPA-avtalet har undertecknats av bl.a. EU, Liechtenstein, Norge, USA, Hong Kong, Island, Singapore och Israel. Genom avtalet förbinder sig parterna till att ge varandras företag bättre möjligheter att delta i offentliga upphandlingar, genom att bl.a. avtalets tillämpningsområde har ökat till att omfatta fler upphandlande myndigheter, fler nivåer av statsförvaltningen, fler nya tjänster samt andra nya områden. Den grundläggande principen också i GPA-avtalet är icke-diskriminering.⁵³⁾

I det reviderade GPA-avtalet stadgas gällande miljöhänsyn i artikel 10, pt. 6 att den upphandlande myndigheten och enheten kan använda och tillämpa tekniska specifikationer för att främja bevarandet av naturresurser eller för att skydda miljön. I artikel 22 nämns även att fortsatt arbete ska göras för främjandet av en hållbar utveckling.⁵⁴⁾

I direktivet för offentlig upphandling 2014/24/EU sägs i de allmänna principerna i artikel 56 att en upphandlande myndighet får besluta att inte tilldela ett kontrakt till den anbudsgivare som lämnar in det mest fördelaktiga anbudet när myndigheten har fastställt att anbudet inte åtminstone på likvärdigt sätt uppfyller de skyldigheter som unionen har fastställt på det social- och arbetsrättsliga området, i miljölagstiftningen eller i de internationella sociala eller miljörelaterade bestämmelserna.⁵⁵⁾ I den gällande UpphL 79 § 3

52) Se Avtal om upprättande av världshandelsorganisationen, FördrS 4/95 och Förordning om ikraftträdande av avtalet om upprättande av världshandelsorganisationen och dess bilageavtal samt lagen om godkännande av vissa bestämmelser i lagen, FördrS 5/95.

53) Se Arbets- och näringsministeriet 2015 *WTO:s avtal om offentlig upphandling* och Kommerskollegium 2014 *Nytt avtal inom WTO om offentlig upphandling – GPA*.

54) Se artikel 10, pt 6 och artikel 22, punkt 8 (iii) GPA-avtal om offentlig upphandling, reviderad version.

55) Se direktiv 2014/24/EU, artikel 56 och artikel 18.2.

mom. stadgas att den upphandlande enheten får besluta att den anbudsgivare som lämnat det mest fördelaktiga anbudet inte tilldelas upphandlingskontraktet, om anbudet inte överensstämmer med miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, vars efterlevnad föreslås bli bedömda med avseende på anbudet och inte anbudsgivaren.⁵⁶⁾

I artikel 67 i direktivet 2014/24/EU om tilldelningsgrunderna stadgas att utan att det påverkar tillämpningen av nationell lagstiftning och andra författningar om ersättning för vissa tjänster ska de kriterier som de upphandlande myndigheterna följer vid tilldelningen av offentliga kontrakt vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kostnaderna får enligt den upphandlande myndighetens val bedömas endast på grundval av pris eller genom en analys av kostnadseffektivitet, till exempel en analys av livscykelkostnaderna för varan eller tjänsten.⁵⁷⁾ Enligt 93 § stadgas om val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bestämmelsen innebär att systematiken gällande val av anbud förändras. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska alltid stå som kriterium för valet av anbud.⁵⁸⁾

I enlighet med Europa 2020-strategin ska man med de offentliga upphandlingarna särskilt sträva till att öka effektiviteten gällande användningen av offentliga medel. I upphandlingarna bör man så att säga sträva till att få bra valuta för pengarna. För att uppnå denna målsättning är det enligt strategin viktigt att få till stånd en så stark konkurrens om de offentliga kontrakten som möjligt. Anbudsgivarna bör ha jämlika konkurrensförutsättningar och osunda element i konkurrensen bör förhindras. Den andra huvudmålsättningen är att befrämja gemensamma samhälleliga målsättningar med hjälp av de offentliga upphandlingarna, såsom till exempel miljöskydd, ökning av resurs- och energieffektiviteten, bekämpande av klimatförändringen, befrämjande av innovation, befrämjande av social

56) Se också RP 108/2016, 79 § 3 mom.

57) Se direktiv 2014/24/EU, artikel 67. Nämnas kan att det svenska Lagrådet 2016, s. 3 kritiserar direktivet i fråga för att innehålla oklarheter och till vissa delar tvetydiga och motstridiga bestämmelser. Detta vill man inte att ska överföras till de nationella bestämmelserna. Lagrådet konstaterade i sitt yttrande över lagrådsremissen bland annat att direktiven uppvisar brister av olika slag. Det förekommer regler som är rätt obegripliga eller som är tvetydiga och kan ha olika mening. Andra regler igen har en innebörd som nog är begriplig, men emellertid inte förnuftig. Därtill finns det regler som står i strid med andra regler.

58) Se RP 108/2016, 93 §.

delaktighet, förbättring av sysselsättningsläget, minskning av energiförbrukningen, förbättring av de sociala förhållandena samt befrämjande av jämlikhet, i synnerhet genom att förbättra delaktigheten för de som är i sämst ställning.⁵⁹⁾

Att sträva till dessa målsättningar kan på lång sikt också stöda huvudmålsättningen att effektivera användningen av offentliga medel, till exempel genom att flytta tyngdpunkten för upphandlingarnas urvalskriterier från priset till de lägsta livscykelkostnaderna. Genom EU-lagstiftning och genom att ställa krav på EU-medlemsländerna, vilka garanterar att de offentliga upphandlingarna görs i enlighet med de politiska målsättningarna, försöker man också uppnå de ifrågavarande målsättningarna. Efterfrågan från offentliga sektorn och till exempel innovativa och samhälleligt ansvarsfulla varor och tjänster kan även påverka den privata produktionen och det privata konsumtionsmönstret.⁶⁰⁾

Verkställandet av EU-rätten hör ju i huvudsak till EU-medlemsländernas uppgifter. Utgångspunkten för verkställandet av EU-rätten är medlemsländernas institutionella autonomi. Medlemsländerna kan själva bestämma om den offentliga förvaltningens roll i samhället, fördelningen av förvaltningsuppgifter och behörighet mellan olika förvaltningsområden samt organisationsformen för förvaltningen. Till EU:s behörighet hör inte reglering av ställningen för offentliga organ eller harmonisering av strukturen för förvaltningen.⁶¹⁾ Själva förvaltningsförfarandet hör fortfarande till den nationella beslutanderätten, eftersom regleringen av det nationella förvaltningsförfarandet inte enligt EU:s grundfördrag hör till EU:s behörighet. Man kan här tala om det nationella förvaltningsförfarandets autonomi. Den allmänna utgångspunkten är här att då nationella förvaltningsmyndigheter tillämpar och verkställer EU-rätt så bestäms verksamhetsformerna och procedurvillkoren enligt nationell förvaltningsrätt.⁶²⁾ Ett undantag utgörs här av sådana normer

59) Europeiska Unionens kommission 2001. *Grön bok. Om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*. KOM/2011/0015, ss. 42–49.

60) Se *ibid.*

61) Se Mäenpää 2013, s. 242.

62) Se Mäenpää 2011, ss. 299–313.

i EU:s lagstiftning som reglerar förfarandet för hur de ska verkställas. Till dessa normer hör regleringen av det offentliga upphandlingsförfarandet. Harmoniseringen av de förfarandenormer som reglerar den offentliga upphandlingen hör för övrigt till de mest betydande av de EU-rättsliga förfarandenormer som gäller en enskild verksamhetsform inom den offentliga förvaltningen eftersom direktiven om offentlig upphandling innehåller många detaljerade bestämmelser om själva myndighetsförfarandet och de rättsmedel som ska användas ⁶³⁾

1.3.2. Lagens tillämpningsområde

Den finländska lagen om offentlig upphandling från 2007 tillämpades på upphandling som görs av staten, kommuner och samkommuner, evangelisk-lutherska kyrkan och ortodoxa kyrkosamfundet och deras församlingar, statens affärsverk och upphandlande myndigheter som subventioneras till mer än hälften av upphandlingens värde.⁶⁴⁾ Lagen tillämpades även på upphandling som görs av offentligrättsliga organ som inte har kommersiell eller industriell karaktär då deras finansiering, förvaltning eller ledning står under myndigheternas kontroll. Upphandling som omfattas av sekretess, upphandling som görs för militära ändamål samt vissa tjänsteupphandlingar utgör undantag från lagens tillämpningsområde.⁶⁵⁾

63) Se bl.a. Mäenpää 2013, ss. 335–341.

64) På Åland tillämpas separata regler inom upphandlingen. Åland har med stöd av 18 §, 1 och 4 punkterna, självstyrelselag för Åland, egen behörighet att lagstifta om upphandling. Enligt landskapslagen om offentlig upphandling tillämpas den finländska lagen om offentlig upphandling vid upphandlingar över EU:s tröskelvärde. Vid upphandlingar under tröskelvärdet gäller offentliga sektorns egna anvisningar för upphandling. Se Landskapslag (1994:43) angående tillämpning i landskapet Åland av lagen om offentlig upphandling och beslut vid Ålands landskapsregering gällande vissa upphandlingar, ALR (2015:52) samt LF (1998:101) om offentlig upphandling.

65) Särkelä 2016, ss. 324–325 argumenterar för att social- och hälsovårdstjänster borde ha lämnats utanför upphandlingslagens tillämpningsområde redan vid förnyelsen av lagstiftningen år 2007 då detta var möjligt på nationell nivå. Enligt Särkelä skulle man då ha kunnat föra en grundlig diskussion om social- och hälsovårdstjänsterna särskild karaktär och om vad som krävs då dessa tjänster konkurrensutsätts. I denna avhandling behandlas inte upphandling av social- och hälsovårdstjänster särskilt.

Allmänna undantag från tillämpningsområdet för UpphL från 2007 förekommer i 7 §, var det framkommer att lagen bland annat inte tillämpas på upphandling som omfattas av sekretess eller vars genomförande förutsätter särskilda säkerhetsåtgärder som grundar sig på lag, eller på upphandling som omfattas av andra förfaranderegler och som görs

- a) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts mellan Finland och ett eller flera tredjeländer och som omfattar varor eller byggtreprenader för genomförande eller utnyttjande av en byggtreprenad som är gemensam för de under-tecknande staterna eller tjänster för genomförande eller utnyttjande av ett projekt som är gemensamt för de undertecknande staterna,
- b) i enlighet med en internationell organisations särskilda förfarande, eller
- c) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts i samband med stationering av trupper och som gäller företag i någon av Europeiska unionens medlemsstater eller ett tredjeland

Beträffande tjänsteupphandlingar förekommer i 8 § undantag från lagens tillämpningsområde.⁶⁶⁾

Den gällande lagen om offentlig upphandling trädde ikraft den 1 januari 2017 och gäller i första hand konkurrensutsättningen i upphandlingsprocessen. Lagen reglerar inte till exempel utlokalisering eller privatisering av de verksamheter som de upphandlande myndigheterna och enheterna ansvarar för. De upphandlande myndigheterna och enheterna bestämmer själva om sina egna behov och om huruvida de ska producera tjänsterna själva, i samarbete med andra upphandlande myndigheter och enheter, använda sig av samorganisationers tjänster eller köpa tjänsterna av externa aktörer utanför den egna organisationen. Lagen reglerar inte heller det politiska beslutsfattandet, på basis av vilken till exempel kommunerna bestämmer att själva producera de tjänster de ansvarar för. Lagen om offentlig upphandling omfattar en s.k. procedurregel, enligt vilken enbart en del

66) Arbets- och näringsministeriet i Finland gav med anledning av direktiv 2014/24/EU i maj 2015 ett betänkande till reform av upphandlingslagen.. Se Arbets- och näringsministeriet (2015) *Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö*. Regeringens proposition till riksdagen, RP 108/2016, med förslag till ny lagstiftning om upphandlingsförfarandet kom den 22 juni 2016. Den nya UpphL (1397/2016) godkändes av riksdagen den 22.12.2016 och trädde i kraft 1.1.2017.

av upphandlingsprocessen är reglerad i lagen. Skyldigheter enligt lagstiftningen om upphandlingar gäller proceduren, med andra ord själva konkurrensutsättningsprocessen. Huruvida man alltså ämnar själv producera varan eller tjänsten inom en egen enhet eller huruvida man köper den, bör i princip avgöras genom politiska beslut innan man sätter igång upphandlingsprocessen och härom finns inga regler i upphandlingslagstiftningen.

Kartläggning av behovet och definition av föremålet för upphandlingen, dess innehåll och villkor ska bestämmas utifrån egna synvinklar och behov emedan upphandlingslagen inte reglerar dem. Även de avtal som ingås efter upphandlingen tillhör avtalsrätten och inte upphandlingslagarna. Kännetecknande för reglerna om offentlig upphandling är att de reglerar den situation, som föregår själva avtalsingåendet. Själva avtalet ses som en privaträttslig reglering men det som sker i upphandlingsprocessen innan det valda anbudet etablerats i ett kontrakt utgör offentlig rätt.⁶⁷⁾

Reglerna om offentlig upphandling reglerar den process myndigheter måste följa när de avser handla varor eller tjänster. Frågan är om en regel inom denna lagstiftning som ålägger myndigheter att i ett kontrakt i offentlig upphandling ställa vissa särskilda villkor ska anses vara privaträtt eller offentlig rätt. Det att det handlar om att ingå ett avtal om köp tyder på att det är en regel där myndigheten får anses vara likställd med en enskild. Ett kontrakt i en offentlig upphandling är väsensskilt från ett avtal mellan två privaträttsliga personer. En myndighet kan till skillnad från en privat aktör inte fritt välja vem avtalet ska slutas med eller hur processen ska gå till utan är skyldig att följa upphandlingslagstiftningen. Därtill övervakas processen av en tillsynsmyndighet. Detta talar för att regleringen ska anses offentligrättslig.⁶⁸⁾

Processen för en offentlig upphandling är att den ska inledas med en marknadsundersökning och planering av det som ska upphandlas, det vill säga kontraktsföremålet. Därefter

67) Se också rättsfall HD 2013:19, kapitel 5.7.

68) Se bl.a. SOU 2015:178, s. 163.

utarbetar den upphandlande myndigheten ett förfrågningsunderlag med olika krav på innehåll i anbud och på leverantörers kapacitet och lämplighet och med en redogörelse för modellen för anbudsutvärdering och de kommersiella villkoren. Den upphandlande myndigheten ska annonsera upphandlingen i enlighet med tillämpliga upphandlingsregler. När man fått in anbud och eventuella anbudsansökningar ingetts, så ska en kvalificering av leverantörerna ske och en utvärdering av anbuden göras. Den upphandlande myndigheten fattar sedan ett tilldelningsbeslut och tilldelar ett kontrakt eller ett ramavtal åt en eller flera leverantörer. När tilldelningsbeslutet har getts löper en tid med avtalsspärr. Då tiden för avtalsspärren gått ut så kan myndigheten ingå ett avtal med leverantören i enlighet med det tilldelningsbeslut som fattats.

Syftet med den gällande upphandlingslagen har varit att göra användningen av offentliga medel effektivare och tydliggöra villkoren för upphandlande myndigheters inköpssamarbete samt att garantera alla anbudsgivare, företag, yrkesutövare, föreningar, fonder och andra allmännyttiga sammanslutningar, en likvärdig och icke-diskriminerande behandling vid offentlig upphandling.⁶⁹⁾ Den grundläggande principen har varit att förbättra öppenheten i finländska konkurrensförhållanden och behandla deltagarna i upphandlingsförfarandet på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt sträva till användningen av skattemedel och öka effektiviteten och lönsamheten i upphandlingsverksamheten.

I regeringens proposition RP 108/2016 föreslås att det stiftas en ny lag om offentlig upphandling och koncession som ersätter lagen om offentlig upphandling från 2007 och lagen om elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem från 2011. Avsikten med propositionen är att “effektivisera användningen av allmänna medel, förenkla upphandlingsförfarandena, klargöra de centrala begreppen i lagen, förbättra små och medelstora företags möjligheter att delta i anbudsförfaranden, *förbättra möjligheterna att beakta miljöaspekter och sociala aspekter* samt garantera alla anbudsgivare en jämlik och icke-diskriminerande behandling vid offentlig upphandling”. Syften med förslagen är även att

69) Se Määttä & Voutilainen 2017, ss. 162–164, Liukko & Luukkonen 2002, ss. 118–120, Lukkarinen 2007, ss. 31–53 och Pedersen 2011, s. 34.

särskilda bestämmelser om konkurrensutsättning ska tas in i arrangemangen som gäller offentlig koncession. Genom propositionen genomförs Europeiska unionens direktiv 2014/24/EU som gäller offentlig upphandling och koncession. I propositionen beaktas också Europeiska unionens domstols rättspraxis i fråga om offentlig upphandling.⁷⁰⁾

Till sitt innehåll motsvarar förslagen i den finländska propositionen och i UpphL från 2007 vad berör tillämpningsområdet, upphandlingsförfaranden och rättsmedlen. Till de viktigaste ändringarna hör uttryckligen förbättrade möjligheter att beakta kvalitativa aspekter, såsom sociala och miljöhänsyn, och att garantera alla anbudsgivare en jämlik och icke-diskriminerande behandling.⁷¹⁾ Den gällande UpphL (1397/2016) godkändes av riksdagen den 22 december 2016 och riksdagens svar till statsrådet levererades den 23 december 2016. Lagen fastställdes av republikens president den 29 december 2016 och trädde i kraft den 1 januari 2017.

I enlighet med 5 § UpphL (1397/2016) är de upphandlande enheterna som avses i lagen

1. statens, kommunernas och samkommunernas myndigheter
2. evangelisk-lutherska kyrkan och ortodoxa kyrkan samt deras församlingar och övriga myndigheter
3. statens affärsverk
4. offentligrättsliga organ
5. varje upphandlare, om upphandlaren för upphandlingen har fått understöd av en upphandlande enhet som avses i 1–4 punkten till ett belopp som överstiger hälften av upphandlingens värde

Med offentligrättsligt organ avses en juridisk person som särskilt har inrättats för att tillgodose sådana behov i det allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär, och:

1. som till största delen finansieras av en upphandlande enhet som avses i 1–4 punkten,
2. vars ledning står under kontroll av en upphandlande enhet som avses i 1–4 punkten, eller

70) Se RP 108/2016, s. 1.

71) Se *ibid.*

3. i vars förvaltnings-, styrelse- eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av en upphandlande enhet som avses i 1–4 punkten.

1.4. Forskningsområde och tidigare forskning

1.4.1. Bakgrund

Den offentliga sektorn i Finland har en synnerligen stor och betydelsefull roll som anskaffare, inköpare av varor och tjänster. Det sammanlagda värdet av de offentliga upphandlingarna i Finland överstiger på årsnivå 15 miljarder euro.⁷²⁾ Inom många områden är den offentliga sektorn den överlägset största köparen av varor, tjänster och byggtreprenader. Närpå all offentlig verksamhet och en betydande del av det finska näringslivet påverkas sålunda av rättsutvecklingen inom offentlig upphandling.⁷³⁾

Regelverket för offentlig upphandling har som primär utgångspunkt att slå vakt om konkurrensen och se till att de upphandlande myndigheterna lever upp till principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Reglerna ger också möjlighet att använda den offentliga köpmakten till att påverka utvecklingen i riktning mot en större andel miljöanpassade produkter och ökade sociala hänsyn, vilket också är en uttrycklig målsättning med 2014-års direktiv. En viktig utgångspunkt är därtill att öka deltagandet av små och medelstora företag.⁷⁴⁾

Användningen av offentlig upphandling som ett politiskt verktyg har förekommit inom en rad olika områden, såsom som ett stöd för rättvisa arbetsförhållanden, för regional

72) Se Hankinnat.fi och European Commission Directorate General Grow 2013.

73) Offentlig upphandling anses medföra en rad betydande effekter, såsom större effektivitet i produktionen, incentiv för innovation och ökad kapacitet och skapande av ledande marknader, se t.ex. Uyarra & Flanagan 2010, s. 130.

74) Se RP 108/2016, Määttä & Voutilainen 2017, s. 252. Se också SOU 2013:12, ss. 71–72 och Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 75–78.

utveckling och som tillhandahållande av ekonomiska möjligheter för mindre bemedlade grupper. Dylig politik har ofta hänvisats till som sekundär, till skillnad från de så kallade primära målsättningarna med offentlig upphandling, såsom införskaffande av varor och tjänster.

Kritiken mot den offentliga upphandlingen har dock blivit alltmer utbredd. Man anser bland annat att regelverket om offentlig upphandling är icke-flexibelt och otydligt. Den offentliga upphandlingen har blivit en byråkratisk kostnad för offentliga samfund och företag. Det är oklart vad staten och kommunen egentligen köper och hur mycket av gemensamma medel man spenderar.

EU-kommissionen lade i sina förslag till upphandlingsdirektiv, KOM(2011) 895–897 (slutlig), fram fem generella mål för reformen av upphandlingsdirektiven. De ifrågavarande målen gäller också för 2014-års upphandlingsdirektiv:

- 1) Förenkling och flexibilisering av upphandlingsförfarandena.
- 2) Skapa fler och effektivare förutsättningar för en socialt och miljömässigt hållbar upphandling.
- 3) Bättre marknadstillträde för små och medelstora företag.
- 4) Säkra sunda förfaranden vid upphandling.
- 5) Tillsyn över och administrering av upphandlingsförfaranden.⁷⁵⁾

I denna forskning är fokus på det andra målet, det vill säga beaktandet av sociala och miljöhänsyn och hur detta ska och kan göras enligt den gällande lagstiftningen i Finland. Den främsta orsaken till att här fokuseras på beaktandet av både sociala och miljöhänsyn är att regleringen av sociala och miljöhänsyn sker till stora delar inom samma bestämmelser i EU-rätten och i den nationella lagstiftningen. Att offentlig upphandling kan användas för att bidra till att miljömål och sociala mål uppnås har även i olika sammanhang uttryckts i europeisk och nationell politik och lagstiftning. Det var i upphandlingsdirektivet från 2004, 2004/18/EG, och i den finländska upphandlingslagen från 2007 (348/2007) som man först tog ställning till beaktandet av sociala och miljöhänsyn. Såsom

75) Se KOM (2011) 895–897 slutlig.

i många andra frågor gällande upphandlingslagstiftningen så kom de första ställningstaganden kring här avsedda hänsyn från EU-domstolen, exempelvis C-31/87 *Beentjes*. Det är enligt samma villkor som en upphandlande myndighet får använda kriterier som syftar till att beakta sociala hänsyn som miljöhänsyn. Ett uttryckligt mål med 2014-års direktiv, såsom redan framkommit, är att öka beaktandet av både sociala och miljöhänsyn inom offentlig upphandling.

I enlighet med den svenska SOU 2006:28 gällande dåvarande reglering av sociala och miljöhänsyn syntes att en skillnad i EU-domstolens rättspraxis mellan domarna angående miljökrav och sociala krav vara att de sociala krav som varit aktuella behandlats som en egen kategori vid sidan av de kriterier som använts för att avgöra vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt medan miljökraven inordnats bland kriterierna i fråga. En annan skillnad ansågs vara att i de mål som gällt miljökrav hade det funnits en tydlig koppling mellan kraven och gemenskapens politik medan något motsvarande inte uttalats för de sociala kraven. Här konstaterades emellertid också att det är svårt att säga huruvida detta innebär någon skillnad i praktiken.⁷⁶⁾ De aktuella domarna som gällde sociala och miljökrav gällde därtill tolkningen av äldre upphandlingsdirektiv och de skillnader som förefaller ha förekommit har beaktats i senare direktiv.

1.4.2. Forskningsuppdrag

I denna forskning analyseras beaktandet av sociala och miljöhänsyn i den offentliga upphandlingen i Finland. Forskning ur denna synvinkel har inte gjorts tidigare i någon högre grad. Detta görs framförallt för att bringa förståelse om den offentliga upphandlingen ur det valda angreppssättet.

76) Se SOU 2006:28, ss. 185–186.

Den mest centrala frågeställningen i forskningen är framförallt på vilka sätt kan beaktandet av sociala och miljöhänsyn vid upphandlingen av varor och tjänster ske enligt gällande lagstiftning. Denna huvudfråga sönderfaller i tre delfrågor:

- 1) Vilka förutsättningar ställer EU-rätten och EU-domstolens tolkningar för beaktandet av sociala och miljöhänsyn vid upphandlingen?
- 2) I vilka avseenden har den finländska lagstiftaren lagstiftat om omständigheter som inför sådana nationella särlösningar som inte direkt framkommit av direktivet?
- 3) Vilka konkreta förfaringssätt kan man utveckla för beaktandet av sociala och miljömässiga hänsyn vid offentlig upphandling?

Här frågas även hur rättsprinciperna likabehandlings-, icke-diskriminerings-, öppenhets- och proportionalitetsprincipen, principen om ömsesidigt erkännande samt ekonomiska principer beaktas vid upphandling av varor och -tjänster i Finland, i synnerhet vid beaktandet av sociala och miljöhänsyn. Frågeställningar kring dessa principer är aktuella i denna forskning, emedan de hänför sig till de upphandlingsbeslut som fattats och tillvägagångssätt som använts.

Även lojalitetsprincipen är aktuell inom området för offentliga upphandlingar. Lojalitetsprincipen förekommer i art. 4.3. FEU och i enlighet med den ska medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter som följer av fördragen eller av akter från unionens institutioner fullgörs. Medlemsstaterna bör också vara unionen till hjälp vid fullgörandet av dess uppgifter och avstå från sådana åtgärder som kan äventyra fullgörandet av de målsättningar som unionen har. När direktiv införlivas ska medlemsstaterna se till att de nationella bestämmelserna är förenliga med ordalydelsen i och syftet med bestämmelserna i direktiven. Medlemsstaterna ska också säkerställa att de nationella bestämmelser som har sin grund i EU-rätten tillämpas och tolkas med beaktande av EU-fördragets bestämmelser och de allmänna rättsprinciperna. Lojalitetsprincipen gäller också medlemsstaternas lagstiftande, verkställande och dömande organ, inklusive regionala och lokala myndigheter och offentliga företag. Till denna frågeställning anknyter sig också frågan om nationell processautonomi,

enligt vilken medlemsstaterna vid genomförandet av de EU-rättsliga bestämmelserna ska tillämpa sina egna processuella regler. Här är det rättsskyddsprincipen som väger upp den nationella processautonomin då den ställer upp två grundläggande krav på de nationella rättsmedlen; för EU-rättens del måste de nationella rättsmedlen i enlighet med likvärdighetsprincipen inte skilja sig från hur talan eller liknande åtgärd får göras enligt nationell rätt. I den nationella rätten får stadganden eller brist på sådana inte heller hindra eller försvåra utövandet av EU-rätten enligt effektivitetsprincipen. Det är upp till medlemsstaterna att garantera ett effektivt och icke-diskriminerande medel för enskilda att kunna tillvarata sina rättigheter i enlighet med de EU-rättsliga bestämmelserna.⁷⁷⁾

Vid beaktandet av sociala hänsyn i lagstiftningen framkommer även etiska principer. Vid bedömningen av om etiska krav kan ställas och hur de i så fall får vara utformade måste de grundläggande EU-rättsliga principerna tas i beaktande. Av de EU-rättsliga principerna är det främst principerna om likabehandling och proportionalitet som det är fråga om. Likabehandlingsprincipen innebär i detta sammanhang att alla anbudsgivare ska ges samma förutsättningar. Det är inte tillåtet att till exempel direkt eller indirekt diskriminera leverantörer på grund av sådana faktorer såsom nationalitet eller geografiskt läge. Proportionalitetsprincipen medför å sin sida att de krav som ställs måste ha ett naturligt samband och stå i proportion till varandra. Kraven ska också vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen. Om det förekommer flera alternativ ska det alternativ väljas som är minst ingripande eller belastande. Till de grundläggande rättigheterna hör också bland annat rätten till icke-diskriminering, rätten till frihet från tvångsarbete, rätten till kollektivavtalsförhandlingar och avskaffande av barnarbete. I denna forskning behandlas emellertid inte arbetsrättsliga krav och villkor enligt kollektivavtal i någon högre grad.

77) Se t.ex. mål C-283/81 *CILFIT*, punkt 20 och mål C-62/00 *Marks & Spencer*, punkterna 33 och 44 samt Bernitz & Kjellgren 2010, s. 110 ff. Se även allmänt om lojalitetsprincipen i *Encyclopaedia Iuridica Fennica I* 1994, ss. 449–451 och Streng 2007, s. 115 ff. samt Määttä & Voutilainen 2017, ss. 285–289. Se Bernitz & Kjellgren 2014, s. 133 ff. Se även rättsfall *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*, C-158/80, EU:C:11981:16 och *Factortame*, C-213/89, EU:C:1990:257. Se även om C-283/81 i Bruun & Malmberg 2006, ss. 14–15.

Konkurrensutsättningen motiveras i allmänhet med ekonomiska argument, såsom att den offentliga sektorn inte har tillräckligt med anslag för att producera tjänsten eller att dess möjligheter att avlöna kunnig, yrkeskunnig personal är av någon outgrundlig anledning bristfällig. Den offentliga sektorns skyldighet att arrangera tjänster betyder inte, att den själv också är tvungen att producera denna ifrågavarande tjänst. Konkurrensutsättning förutsätter att man på förhand har skött om vissa saker, såsom produktivitets- och kostnadsberäkning. Förutom konkurrensutsättning kan en kommun i enlighet med 9 § kommunallagen, Kommunall (410/2015) tillsammans med andra kommuner sköta om tjänsterna, samkommuner eller samarbetsområden, där tjänsterna produceras på initiativ av värdkommunen och en beställar-producentmodell står till förfogande.⁷⁸⁾

Denna forskning gäller beaktande av sociala och miljöhänsyn inom den offentliga upphandlingen. Här behandlas inte särskilt upphandling av social- och hälsovårdstjänster eller alternativ eller undantag till upphandlingsskyldigheten i någon nämnvärd utsträckning.

1.4.3. Tidigare forskning

Det finns en rad forskning där man undersökt incitamenten för organisationer att engagera sig i socialt ansvarsfull verksamhet, t.ex. EU-kommissionen (2002), Graafland och van de Van (2006), Mackey et al (2007), Palazzi och Starcher (2000), Sustainability (2002) och WBCSD (2002) samt Mont och Leire (2009). I tidigare forskning har man ur ett ekonomiskt perspektiv undersökt incitamenten för offentlig upphandling med miljömässiga hänsyn, bland annat Lundberg & Marklund (2013) och (2015). I Lundberg & Marklund (2015) granskas särskilt offentlig upphandling som ett miljöpolitiskt styrmedel ur ett nationalekonomiskt perspektiv. I Stavenow och Sennström (2013) behandlas de ökande möjligheterna att ta sociala och miljömässiga hänsyn i offentliga upphandlingar.

78) Se Pekkala & Pohjonen 2015, ss. 21–24.

I svenska SOU 2016:15 görs även en internationell jämförelse av användningen av sociala villkor i offentlig upphandling, särskilt arbetsmarknadsrelaterade hänsyn. Det finländska Arbets- och näringsministeriet (2017) har också gett ut en handbok i socialt ansvarsfull upphandling, där konkreta exempel på tillvägagångssätt ges.

I bland annat verket, Jan-Erik Falk (2011), (2014) *Lag om offentlig upphandling* kommenteras direktiv och bestämmelser inom offentlig upphandling ur svensk synvinkel. Falk utgår från två olika perspektiv, för det första från det abstrakta regelsystemet, d.v.s. det juridiska perspektivet och för det andra från ett inköpare- och leverantörsperspektiv. Falks målsättning är att bidra till att de upphandlande myndigheterna ska uppnå maximal kundnytta inom det rådande regelsystemets ramar. I Alberg Sánchez Graells (2011) *Public Procurement and the EU Competition Rules* och Hjelmberg, Jakobsen & Troels Poulsen (2006) *Public Procurement Law*, Christopher Bovis (2015) *The Law of EU Public Procurement* och Sue Arrowsmith (2014) *The Law of Public and Utilities Procurement* utreds offentlig upphandling inom EU. Till exempel Bovis behandlar ämnet mer ur ett bredare samhällsekonomiskt och konkurrensrättsligt perspektiv medan till exempel Arrowsmiths analys är mer inriktad på en jämförelse av de konkreta upphandlingsrättsliga bestämmelserna i EU och Storbritannien.

Lina Wedin granskar i sin doktorsavhandling *Going Green – A study of public procurement regulation* (2009) regleringen av hållbarhet i offentlig upphandling ur ett rätts-sociologiskt perspektiv. Andrea Sundstrand behandlar i sin doktorsavhandling *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt* (2012) hur tilldelningar av offentliga kontrakt är reglerade i primärrätten inom EU. Sundstrand klarlägger med andra ord rättsvetenskapliga frågeställningar gällande tillämpningen av primärrätten vid tilldelningar av kontrakt som faller utanför själva upphandlingsdirektivens bestämmelser, men som omfattas av primärrätten i EU. I Anja Karvonen-Kälkäljäs doktorsavhandling *Unohtuuko vanhus? Oikeustieteellinen tutkimus asianosaissuhteista vanhuksen vaikuttamahdollisuuden näkökulmasta* (2012) och Esko Romppainens doktorsavhandling *Sosiaali- ja terveysjärjestön oikeudellinen asema hyvinvointipalvelujen järjestämisessä*

(2007) behandlas särskilt den offentlig- och förvaltningsrättsliga dimensionen vid upphandlingar inom social- och hälsovårdsområdet. Janne Tukiainen klarlägger i sin doktorsavhandling i nationalekonomi *Empirical Analysis of Competition in Procurement Auctions* (2008) konkurrenspolitiska frågeställningar i synnerhet gällande busstransporter och städning av skolgårdar. Ilona Lundström granskar i sin doktorsavhandling inom kommunalvetenskap problem som förekommer i kommunernas upphandlingar av tjänster. I Anne Nenonens doktorsavhandling *Oikeussuoja hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa* (2014) är den centrala frågeställningen förekomsten av rättsskydd i upphandlingar som faller utanför upphandlingslagens tillämpningsområde. I Kirsi-Maria Halonens doktorsavhandling *Hankintasopimuksen tehottomuus* (2015) är målsättningen att klarlägga gällande rätt vidrörande följder av avsaknad av rättsverkan för upphandlingsavtal och de ansvarsfrågor som då uppkommer mellan den upphandlande enheten och avtalsparten.

Helena Rosén-Andersson et al. ger i verket *Lag om offentlig upphandling - en kommentar* (2015) en utförlig kommentar till de nya upphandlingsreglerna som direktiv 2014/24/EU gett upphov till ur ett svenskt perspektiv. I Elise Pekkala et al. *Hankintojen kilpailuttaminen* (2017), Määttä, K. & Voutilainen, T. *Julkisten hankintojen sääntely* (2017) och Kristian Siikavirta *Julkisten hankintojen perusteet* (2015) kommenteras och analyseras den nya upphandlingslagstiftningen och ges exempel utgående från finländsk lagstiftning. I dessa verk diskuteras också rättsprinciper och offentlig upphandling. Katriina Alhola har i sin doktorsavhandling i ingenjörvetenskap *Environmental criteria in public procurement: Focus on tender documents* (2012) behandlat användningen av miljökriterier ur ett ingenjörvetenskapligt perspektiv. Sociala och miljömässiga aspekter inom offentlig upphandling har däremot inte i någon mer omfattande utsträckning behandlats i rättsvetenskapliga verk i Finland. Denna forskning fyller därmed en lucka genom att granska detta område.

1.5. Metodologiska utgångspunkter

Tematiken i forskningen berör den offentliga upphandlingen av varor och tjänster i Finland, särskilt med beaktande av sociala och miljöhänsyn. I den offentliga upphandlingen kan ingå offentligrättsliga och privaträttsliga element. Den offentliga upphandlingen kan också ha klara samhälls- och socialpolitiska dimensioner.

Den offentliga upphandlingens placering som ämnesområde i den rättsvetenskapliga indelningen är inte helt klar. Regleringen av den offentliga upphandlingen grundar sig på EU-rätten; på direktiv inom sekundärrätten, på rättsprinciper inom primärrätten och på EU-domstolens rättspraxis. EU-domstolens rättspraxis påverkas även i betydande grad av regleringens målsättning. I EU-rätten behandlas offentlig upphandling som en del av lagstiftningen om den inre marknaden men också som en del av konkurrensrätten i vid bemärkelse, fastän beredningen av konkurrenslagstiftningen och upphandlingslagstiftningen sköts av olika avdelningar i EU. Då regleringen av offentlig upphandling är en del av lagstiftningen om den inre marknaden är dess primära målsättning att försäkra att reglerna om de fyra friheterna förverkligas. Å andra sidan är offentlig upphandling även fråga om användning av offentliga medel, vilket ska skötas effektivt och vara transparent.

Den finländska upphandlingslagen är en förfarandelag för förvaltningen på samma sätt som förvaltningslagen och lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet. Upphandlingslagen begränsar å andra sidan myndigheternas prövningsrätt. Lagstiftningen om offentlig upphandling har således klara knytpunkter med förvaltningsrätten. Den offentliga upphandlingens knytpunkter med förvaltningsrätten är flera, t.ex. är de upphandlande enheterna i regel myndigheter och enligt UpphL reglerar L om offentlighet i myndigheternas verksamhet (OffL; 621/1999) upphandlingsdokumentens offentlighet, stadganden om delgivning av upphandlingsbeslutet finns delvis i förvaltningslagen, FörvL (434/2003) och de domstolar som behandlar besvärsmål i upphandlingsärenden tillämpar förvaltningsprocesslagen (586/1996). I egenskap av en förfarandelag för förvaltningen så

kan man egentligen uppfatta upphandlingslagen som en del av förvaltningsrättens kärnområde, eftersom den meddelar noggranna regler om hur offentliga samfund ska förfara vid upphandling, och begränsar därmed myndigheternas prövningsrätt. Därmed åsidosätter upphandlingslagen de bestämmelser om myndigheternas förfarande som meddelas i förvaltningslagen i och med att den senare är, med stöd av FörVL 5 § 1 mom, en subsidiär lag.

På sådana upphandlingar som faller utanför upphandlingslagens tillämpningsområde, t.ex. upphandlingar som underskrider de nationella tröskelvärdena, ska bl.a. förvaltningslagens och kommunallagens jämlikhets- och öppenhetskrav samt procedurförpliktelser fortfarande vara tillämpliga.^{79a)} Vid tvistemål placerar sig offentlig upphandling egentligen som ett särskilt förfarande mellan förvaltningsprocess och allmän rättsskipning. Lagligheten hos upphandlingsbeslut som statliga eller kommunala myndigheter gjort bedöms på basis av besvär i marknadsdomstolen i en förvaltningsprocess. Däremot behandlas tvistemål gällande upphandlingsavtalet i en civilprocess då upphandlingsavtalet är ett privaträttsligt avtal mellan två skilda juridiska personer.^{79b)} Om föremålet för upphandlingen emellertid är skötsel av en uppgift som hör till den offentliga förvaltningen, till exempel upphandling av en offentlig tjänst, så behandlas tvistemål gällande ett dylikt upphandlingsavtal som ett förvaltningstvistemål.⁸⁰⁾ Regleringen av upphandlingsavtalet och skadeersättningsansvaret hör till det obligationsrättsliga området. Denna forskning finns huvudsakligen inom det offentlighetsrättsliga området men går även i viss mån in på det privaträttsliga området då upphandlingsavtalets innehåll och vad som kunde inkluderas i avtalet också behandlas.

79a) Se även RP 108/2016, ss. 117–118 och HD 2013:19, kapitel 5.7.

79b) Se HD 2013:19.

80) Se bl.a. Mäenpää 2013, ss. 1055–1063.

I enlighet med Siltala kan rättsvetenskapen kategoriseras i olika delområden utgående från forskningsobjektet, kunskapsintresset och forskningsmetoden. I de olika delområdena definieras objektet på divergerande sätt, men gemensamt för dem alla är en rättslighet och en anknytning till en institutionell grund. Enligt detta kan det rättsliga beslutsfattandet och de samhällseliga dimensionerna av rätten inte klart skiljas åt och det är genom dialogen mellan samhället och rätten som legitimitetsvärdet hos ett rättsligt beslut konkretiseras.⁸¹⁾ I den forskning som här presenteras poängteras därför beslutsfattandets samhällseliga dimensioner och legitimitetsvärden vid sidan om den rättsliga tolkningen. Fokus ligger i första hand på tolkningen av den gällande rätten inom området offentlig upphandling men med målsättningen att också sammanföra empiriskt forskningsmaterial till den normativa och samhällseliga dimensionen.

Från en rättsvetenskaplig metodsynvinkel är denna forskning primärt rättsdogmatisk. Då de primära uppgifterna för rättsvetenskapen anses vara att tolka och systematisera så kan det påstås att denna forskning tar sig an båda uppgifterna.⁸²⁾ De typiska objekten för systematisering i rättsvetenskapen är rättsnormer. Systematiseringen utförs bland annat med stöd av rättsprinciper och allmänna läror.

Normerna gällande offentlig upphandling ska tolkas i enlighet med regleringens syfte. Bland annat öppenhetsprincipen, likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen har en stor betydelse som principer som styr tolkningen av upphandlingslagstiftningen. Upphandlingslagstiftningen innehåller även normer enligt vilka man kan avvika från huvudregeln ifall det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att följa huvudregeln. Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven i upphandlingsförfarandet är i rätt proportion till det ändamål man vill uppnå.

81) Se Siltala 2001, s. 120 och Siltala 2003, ss. 106–107.

82) Aarnio 1989, s. 288.

Intentionen med den andra grundläggande uppgiften för rättsdogmatiken, d.v.s. tolkningen, är att presentera berättigade ståndpunkter om innehållet i särskilda normer i det rådande rättssystemet. I denna forskning är det nödvändigt att framföra synpunkter på tolkningar av gällande rättsnormer med avseende på att identifiera potentiella tolkningsmöjligheter av rättsnormerna gällande den offentliga upphandlingen och framställa berättigade argument för utveckling av systemet. Här är det därför centralt att diskutera *de lege lata* vilka specifika krav på särskilt sociala och miljöhänsyn man kan ställa vid upphandlingen. Här framförs också synpunkter på reformerna av upphandlingslagstiftningen med anledning av 2014-års upphandlingsdirektiv. Forskningen är emellertid i den avsikten i viss mån *de lege ferenda* och kommer att innehålla normativa rekommendationer för hur rättsreglerna eller tolkningen av dessa borde förändras.^{83a)}

I enlighet med bl.a. Strömholm kan utländsk rätt användas i tjänande syfte på flera olika sätt: i rent informations- och orienteringssyfte med tanke på det fenomen som studeras, som exempelsamling eller i exemplifierande syfte, för historisk förståelse av det fenomen som studeras eller som argument för rekommendationer *de lege lata* eller *de lege ferenda*.

I denna forskning används exempel från andra länder, framförallt Sverige, för att belysa de frågor som analyseras. Användningen av det svenska rättsmaterialet kan motiveras med att rättsordningarna i Finland och Sverige är likartade och närstående, i båda rättsordningarna följs EU-direktivet och exemplen från Sverige kan bistå med perspektiv på miljö- och sociala hänsyn på ett relevant sätt. Sedan kan även nämnas att diskussionen om sociala och miljöhänsyn varit livligare i Sverige än i Finland. Men här görs således inte en regelrätt jämförelse mellan olika rättsordningar utan fokus är på den finländska lagstiftningen. Tanken är den att man utifrån tolkningar i svensk rätt kan lyfta fram möjliga tolkningar av den finska lagstiftningen. Tolkningen av den i Finland tillämpliga upphandlingsrätten utgår emellertid från de i Finland tillämpliga rättsreglerna.^{83b)}

83a) *De lege ferenda* syftar till vad lagen borde vara till motsats till *de lege lata* som avser vad lagen är.

83b) Se även Suksi 1996, ss. 97-101.

EU:s regelverk om offentlig upphandling utgör emellertid en central del av forskningen. Här analyseras regelverket gällande sociala och miljöhänsyn i den offentliga upphandlingen även utgående från de centrala rättsprinciperna.

I enlighet med rättssystemet i EU är det parallellt med rättsordningen i medlemsländerna. Det ställs även ingående krav på hur man i medlemsländerna utformar rättsordningen och tillämpar denna. EU-domstolen har också genom flera grundläggande avgöranden slagit fast principen, att unionsrätten har inom sitt behörighetsområde företrädesrätt i förhållande till nationell rätt.⁸⁴⁾ Enligt den EU-rättsliga företrädesprincipen bör tillämparen av nationell lag låta bli att tillämpa en nationell norm som står i strid med EU-rätten eller tolka den nationella normen i enlighet med EU-rätten. Å andra sidan innebär den tolkningsverkan som EU-rätten har att man bör försöka finna ett betydelseinnehåll för de nationella normerna som främjar EU-rättens målsättningar.⁸⁵⁾ EU-rättens förstahandskarakteristik och de målsättningar som hör till EU-regleringen styr således tillämpningen av de nationella normerna då det är fråga om tolkning som gäller rättigheter och skyldigheter som baserar sig på EU-rätten. Den tolkningsverkan som EU-direktiven har vid tolkning av nationell rätt har en särskild betydelse eftersom direktiven förpliktar medlemsstaterna endast gällande de resultat som ska uppnås. Tolkningsverkan konkretiserar och styr valet av de former och medel som direktivet lämnar till de nationella myndigheterna att göra. Ett sådant val förutsätter rättslig tolkning då de nationella myndigheterna tillämpar ur direktivens synpunkt relevant lagstiftning.⁸⁶⁾

84) Se Siltala 2003, ss. 300–310 och Bernitz 2011, s. 22.

85) EU-domstolen har i sin praxis behandlat företrädesprincipen i bl.a. C-6/64 *Costa v. E.N.E.L.* och C-81/98 *Alcatel*.

86) Se t.ex. Mäenpää 2013, ss. 511–514 och HFD 2002:41. Se även Lehtonen 2001, ss. 18-19. Se om HFD 2002:41 även Siitari-Vanne 2002, s. 154, Kaarresalo 2007, s. 199, Aalto-Setälä 2008, s. 815 och Pekkala & Pohjonen 2015 s. 719, tillämpning av upphandlingsstadganden om specialområden.

Å andra sidan, då det i EU-rätten inte förutsätts skydd av vissa särskilda intressen, kan innehållet i den nationella rätten tolkas utgående från normer och rättskällor i den nationella rätten.⁸⁷⁾ I forskning om gällande rätt inom området för offentlig upphandling utgörs de mest betydelsefulla rättskällorna av EU-rätten, dess målsättningar och rättspraxis från EU-domstolen.⁸⁸⁾

Gällande systematiseringen av rättskällematerialet följs den tolkning av rättskällor som bland annat Aarnio och Peczenik står för, enligt vilken rättskällorna indelas i starkt förpliktande, svagt förpliktande och tillåtna källor. De starkt förpliktande är lagen och sedvanerätt, de svagt förpliktande är förarbeten och rättspraxis och de tillåtna rättskällorna är bland annat rättslitteratur och utländsk rätt.⁸⁹⁾ Eftersom alla EU-medlemsländer har samma skyldigheter att sätta i kraft upphandlingsdirektiven, kan också lagstiftningslösningar från andra medlemsländer och i viss mån även rättspraxis utnyttjas i granskningen av gällande rätt i Finland.

Rättspraxis utgör också en viktig del av rättskällematerialet i denna forskning, till exempel anses kontexten vid lagtolkning vara betydligt mer omfattande än den som erbjuds rättsfallstolkaren. Det sätt på vilket rättsvetenskapen förhåller sig till rättsfall, av vilka

87) Se bl.a. Aarnio 1989, ss. 220–221 och Tuori 2000, s. 174 samt Rosas & Armati 2012, ss. 41–42. I enlighet med Rosas & Armati lämpar sig begreppet hierarki sämre för förhållandet mellan EU-rätt och nationell rätt. Istället ska företrädesprincipen tillämpas. En särskiljning kan göras mellan följande kategorier av normer:

- 1) värdegrunder för EU-rätten (artikel 2 FEU, nationella konstitutionella principer)
- 2) allmänna principer i EU-rätten (grundrättigheter, primärrätt såsom FEU och FEUF med protokoll)
- 3) internationella avtal som är bindande för EU
- 4) sekundärrätt i formen av lagstiftande akter
- 5) rättsakter som EU-kommissionen antagit på basis av delegerad makt
- 6) rättsakter som EU-kommissionen eller Rådet antagit på basis av implementerad makt
- 7) åtgärder i nationell rätt som är nödvändiga för att implementera EU-rättsakter

88) Se också Halonen 2015, ss. 13–17.

89) Se Aarnio 1989, ss. 89, 93 och Peczenik 1990, s. 213.

praxis består, är på ett väsentligt sätt anknutet till hurudan rättsvetenskapens egen vetenskapsuppfattning och uppfattning om sin uppgift är; detta har anknytning till rättsmaterialet och situationen i samhället, vilket bestämmer de förväntningar som ställs på rättsvetenskapen.⁹⁰⁾ I enlighet med Aarnio kan såsom rättskälla anses varje sådant beslut av en rättstillämpande myndighet, vilket är av betydelse för motiveringen av tolkningen. Enligt detta synsätt kan beslut från rättsinstanser på alla nivåer utnyttjas som rättskällor.⁹¹⁾ De rättsfall som lyfts fram och granskas är sådana som anses ha relevans för systematiseringen och tolkningen. Rättspraxis har en betydande roll i denna forskning och därför är rättsfallen valda utgående från vad som kan tänkas ha allra störst betydelse för tematiken i forskningen. Sålunda används ett urval rättsfall då målsättningen inte är en helhetsmässig eller detaljerad analys av hela området för offentlig upphandling utan målsättningen kan sägas vara att använda rättspraxis framförallt för att finna sätt att förstå och begreppsliggöra det mera specifika sakområdet sociala och miljömässiga hänsyn.⁹²⁾ Gällande Finland är det framförallt rättsfall från marknadsdomstolen (MD) och högsta förvaltningsdomstolen (HFD) som är relevanta. Såsom exempel används också rättspraxis från andra länder, i synnerhet Sverige med likartade förhållanden och en likartad rättsordning.

90) Se Klami 1979, ss. 407–437.

91) Se Aarnio 1989, s. 230. Se även Tolonen 2003, ss. 124–125 och Bernitz et al. 2006, ss. 124–129.

92) Se också Annola 2003, s. 44. I enlighet med Aarnio 2011, s. 17 så har den rättsvetenskapliga forskningen under de senaste åren styrts av bl.a. argumentationsteori. Forskarna försöker enligt detta argumentera för sina tolkningar och lösningar i fall av eventuell kritik. Även i denna forskning söks stöd för de tolkningar som framförs från olika rättskällor. I fall av att man inte i lagstiftningen eller i rättspraxis tagit ställning till saken i fråga, söks stöd från rättslitteraturen och från utländsk, särskilt, svenska förarbeten och rättspraxis.

2. PRINCIPER FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

2.1. Allmänt

Rättsprincipernas betydelse i den juridiska tolkningen har ökat sedan början av 1990-talet då Finland gick med i EU. Internationaliseringen och EU-rättens påverkan har höjt rättsprincipernas ställning. EU-domstolens argumentation har också fått intryck från alla medlemsländers lagstiftning, och det är rätt vanligt att domstolen argumenterar med rättsprinciper. EU-domstolens jurisdiktion gäller framförallt kommersiella förhållanden både från privaträttens och förvaltningsrättens område. Även undertecknandet av internationella avtal för mänskliga rättigheter och reformen av den finländska grundlagen har förstärkt betydelsen av rättsprinciperna. Man kan väl påstå att principernas betydelse har ökat då vi ska beakta EU-rätten i vår nationella lagstiftning. Också uppkomsten av nya rättsområden har förutsatt en förstärkning av rättsprincipernas ställning, för att bevara koherensen och logiken i rättssystemet. Rättsprinciperna förenar och förstärker lagtolkningen.

Koherens krävs bland annat för att lösningarna på rättsliga problem ska kunna motiveras på ett rationellt sätt. Motiveringarna bör vara logiska och passa ihop. Rättvisan förutsätter att de normer som tillämpas i enskilda rättsfall kan härledas till mer omfattande principer. Dessa principer utgör en koherent helhet. Vid tillämpningen av rättsprinciperna kan dock också ges rum för situationsspecifika faktorer och beaktande av särdrag i de enskilda fallen.⁹³⁾

Rättsprinciperna är alltid i växelverkan med omgivningen och samhället, och de kräver ett institutionellt stöd för sin existens. Rättsprinciperna kan dock förändras med tiden och i och med att också samhället förändras. Samhället och omgivningen avgör vilka rättsprinciper som kan godtas. Rättsprinciperna har sin grund i samhällets värderingar och moralbegrepp. Man kan påstå att rättsprinciperna komprimerar rättens innehåll. Men

93) Tuori 2007, s. 85. Se också Romppainen 2007, ss. 25–26.

rättsprinciperna fungerar också i olika roller: som lösningsprinciper, som tolkningsprinciper, som rättskällor och som normativa utgångspunkter för lösningar.⁹⁴⁾

Den nu gällande finska UpphL är en ramlag och rättsprinciperna har sålunda en särskild betydelse vid tolkningen av lagen. Öppenhetsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen och likabehandlingsprincipen utgör även grunden för EU:s direktiv om offentlig upphandling. Vid efterlevandet av dessa principer bör proportionalitetsprincipen tillämpas. Proportionalitetsprincipen förutsätter att de krav som ställs i upphandlingsförfarandet står i rätt proportion till de mål som eftersträvas och att åtgärderna är såväl nödvändiga som lämpliga. Rättsprinciperna utgör en viktig grund i rättsfall gällande offentlig upphandling. Principerna skapar enhetlighet vid tillämpningen av upphandlingslagen och komprimerar dess stadganden.⁹⁵⁾

I enlighet med 2 § UpphL ska ”den upphandlande myndigheten och enheten utnyttja befintliga konkurrensförhållanden, behandla deltagarna i upphandlingsförfarandet på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara öppet och med beaktande av proportionalitetskraven”. I enlighet med 2 § 1 mom. UpphL stadgas att “lagen har som ändamål att effektivisera användningen av allmänna medel, främja innovativ och hållbar upphandling av hög kvalitet samt garantera lika möjligheter för företag och andra sammanslutningar att erbjuda varor, tjänster och byggtreprenader vid anbudsförfaranden för offentlig upphandling”.

Allmänna medel uppstår med stöd av GL 81 § och 121 § 3 mom. och används genom statens och kommunernas budgeter bl.a. på offentlig upphandling. Till användning av offentliga medel kan kopplas krav på effektiv hushållning, men utan regler om offentlig

94) Tuori 2007, ss. 85–89.

95) Se Määttä & Voutilainen 2017, s. 112–119, Eskola & Ruohoniemi 2011, s. 22, Kalima et al. 2007, ss. 33–36, Kuoppamäki 2014, ss. 1405–1409 och Pekkala & Pohjonen 2015, s. 38. Se även Pekkala & Pohjonen 2012, ss. 35–36 om att icke-diskrimineringsprincipen ännu i början av 1990-talet var den mest betydande principen i offentlig upphandling. Se också FörVL 6 § där de allmänna rättsprinciperna som styr den offentliga förvaltningen framkommer.

upphandling skulle de offentliga samfunden kunna uppbringa generösare finansiering för sina inköp. Därmed har lagstiftningen om offentlig upphandling genom de krav på effektivisering av användningen av allmänna medel i 2 § 1 mom. UpphL. egentligen begränsat statens budgetmakt och den budgetmakt som kommunen åtnjuter med stöd av sin självstyrelse.⁹⁶⁾

I den upphävda UpphL från 2007 stadgades att de upphandlande myndigheterna och enheterna ska sträva efter att ordna sin upphandling så att den kan genomföras på ett så ekonomiskt och systematiskt sätt som möjligt samt i form av så ändamålsenliga helheter som möjligt med beaktande av miljöaspekterna. För att minska de administrativa uppgifterna i anslutning till upphandlingen kan de upphandlande myndigheterna och enheterna utnyttja ramavtal samt genomföra gemensamma upphandlingar eller utnyttja andra samarbetsmöjligheter vid anbudsförfaranden för offentlig upphandling.⁹⁷⁾ I 2 § 2 mom. i den gällande UpphL stadgas att “de upphandlande enheterna ska sträva efter att ordna sin upphandling så att den kan genomföras på ett så ekonomiskt, kvalitativt och systematiskt sätt som möjligt genom att befintliga konkurrensförhållanden utnyttjas, samt med beaktande av miljöaspekter och sociala aspekter”. Formuleringen i 2 § 2 mom. har emellertid karaktären av en rekommendation. Syftet är bland annat att betona hållbar upphandling, men frågan om hur upphandlingen kan ordnas mest ändamålsenligt och vad upphandlingen egentligen omfattar hör däremot till de upphandlande enheternas prövningsrätt och ansvarsområde.⁹⁸⁾

96) Grundlagsutskottet GrUU anmärkte i sitt utlåtande GrUU 49/2016 rd till RP 108/2016 att Finland är enligt 121 § 3 mom GL uppdelat i kommuner vars förvaltning ska grunda sig på självstyrelse för kommunernas invånare. I enlighet med bestämmelsen i fråga har kommuninvånarna rätt att besluta om sin kommuns förvaltning och ekonomi. Genom vanliga lagar går det inte att göra sådana ingrepp i självstyrelsens mest centrala särdrag att den urholkas i sak. GrUU ansåg att de föreslagna bestämmelserna i RP 108/2016 är av betydelse för den kommunala självstyrelsen men att de inte utgör ett sådant VÄSENTLIGT ingrepp i den kommunala självstyrelsen som skulle strida mot grundlagens bestämmelser.

97) 2 § Lagen om offentlig upphandling.

98) Se RP 108/2016, ss. 71–72. Se även Määttä & Voutilainen 2017, s. 77. Se också Finnwatch 2016 som i sitt utlåtande om RP 108/2016 vill att man till 2 § 2 mom tillägger “skattemässigt sett ansvarsfullt”.

Centrala gemensamma rättsprinciper är a) principen om icke-diskriminering och principen om likabehandling, b) öppenhetsprincipen, c) konkurrensprincipen, d) proportionalitetsprincipen, e) principen om ömsesidigt erkännande, g) ekonomiska principer samt h) principen om hållbar utveckling.

I alla skeden av upphandlingsförfarandet bör dessa följas, både över och under tröskelvärdena. Principerna gäller också gentemot samtliga leverantörer, även sådana som inte tagit del i den upphandling som är aktuell vid ifrågavarande tillfälle. Utöver kopplingen till kontraktsföremålet så är det de grundläggande rättsprinciperna som sätter gränser för vilka villkor de upphandlande myndigheterna och enheterna kan ställa, såsom beaktandet av sociala hänsyn och miljöhänsyn.⁹⁹⁾ Man kan på så sätt säga att rättsprinciperna som bör följas också begränsar de upphandlande myndigheternas prövningsrätt.

Den gällande UpphL innehåller även förenklade nationella förfaranderegler för upphandling. Syftet är att öka möjligheterna för de upphandlande enheterna att besluta och samtidigt göra förfarandena smidigare för både de upphandlande enheterna och anbudsgivarna. I och med förenklade nationella förfaranderegler för upphandling och ökad betoning av de upphandlande enheternas egna upphandlingsanvisningar kommer betydelsen av rättsprinciperna såsom principerna om öppenhet, icke-diskriminering, jämlikhet och proportionalitet även att öka.¹⁰⁰⁾

99) Det svenska Lagrådet ifrågasatte emellertid om det behövs en uttrycklig bestämmelse om att de grundläggande rättsprinciperna, som har sitt ursprung i FEU-fördraget, också gäller för medlemsstaternas upphandling. Den svenska regeringen ansåg dock att de grundläggande rättsprinciperna är av så stor betydelse för den offentliga upphandlingen att det också bör framgå av de nationella lagarna, se RP 2015/16:195, s. 426.

100) Se RP 108/2016, ss. 40–41. Miljöutskottet påpekar i sitt utlåtande 20/2016 om RP 108/2016 att trots att möjligheterna att ta miljöhänsyn ökar enligt propositionen så kan beaktandet av miljöhänsyn i praktiken bli ogjort, främst på grund av de upphandlande enheternas okunskap och ovilja att utsätta sig för risker.

2.2. Principen om icke-diskriminering och principen om likabehandling

Såväl principen om icke-diskriminering som principen om likabehandling är centrala i offentlig upphandling. Det framgår emellertid inte av EU-direktiven varför man valt att uttryckligen lyfta fram principerna om icke-diskriminering och likabehandling. En möjlig orsak kan vara att principerna i EU-domstolens praxis bedömts som tillämpbara i upphandlingsärenden.

Till exempel av EU-domstolens dom i mål C-243/89 *Stora Bält* hade Danmark inom ramen för ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbete i en anbudsinfordran ställt som villkor att nationella material och förbrukningsvaror, liksom nationell arbetskraft och utrustning ska användas, och fört förhandlingar med den utvalda anbudsgivaren utifrån ett anbud som inte var förenligt med kontraktshandlingarna. Det var fråga om att Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen i anbudsinfordran ställde som villkor för kontrakt om byggandet av Stora bältbron att danska material och förbrukningsvaror, liksom dansk arbetskraft och utrustning i möjligaste mån skulle användas. Och förhandlingarna med det utvalda konsortiet utgick från ett anbud som inte var förenligt med kontraktshandlingarna. Danmark hade därmed underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten och särskilt brutit mot artiklarna 30, 48 och 59 i EEG-fördraget liksom mot rådets direktiv 71/305/EEG. Detta stred mot likabehandlingsprincipen som låg till grund för direktivet 71/305/EEG.¹⁰¹⁾ EU-domstolen anmärkte att fastän man i det dåvarande direktivet inte explicit nämnde likabehandlingsprincipen, så var ändå skyldigheten att respektera principen av central betydelse i upphandlingsdirektivet.

101) Se målet C-243/89, *Stora Bält* (*Kommissionen mot Danmark*) och bl.a. Siikavirta 2015, s. 60. Se även målet C-87/94.

Likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen utgör inom EU-rätten en grundläggande utgångspunkt. Den omfattar ett generellt förbud mot varje typ av diskriminering inom EU grundad på nationalitet och den har direkt effekt i enlighet med art. 18(1) FEUF.¹⁰²⁾

I enlighet med EU-domstolen kan man i upphandlingsrätten emellertid göra en åtskillnad mellan principen om icke-diskriminering och principen om likabehandling.¹⁰³⁾ I målet *Beentjes* ansåg EU-domstolen att det står i strid med principen om icke-diskriminering att ställa sådana krav i offentlig upphandling som det är uppenbart att enbart leverantörer från samma medlemsland kan uppfylla eller att ställa sådana krav som leverantörer från andra medlemsländer svårligen kan uppfylla.¹⁰⁴⁾ Principen om likabehandling fastslogs av EU-domstolen i målet C-243/89 *Stora Bält* och senare i bl.a. C-21/03 och C-34/03 *Fabricom mot Belgien*. I enlighet med EU-domstolen i målet *Fabricom* så innebär likabehandlingsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, ifall det inte förekommer sakliga skäl för en sådan behandling.¹⁰⁵⁾

Avsikten med likabehandlingsprincipen i detta sammanhang kan sägas vara att garantera att konkurrens och möjlighet att välja det bästa anbudet förverkligas.¹⁰⁶⁾ I målet C-538/13 *eVigilo* har EU-domstolen också ansett att likabehandlingsprincipen avser utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens och syftar till att samtliga anbudsgivare bör få samma möjligheter då de utformar sina anbud och att lika anbudsvillkor bör gälla för samtliga

102) Se mer Raitio 2010, ss. 251–284, Bernitz 2011, ss. 24–25, Bernitz & Kjellgren 2010, ss. 111–113 och Castrén 2014, s. 51 samt Encyclopaedia Iuridica Fennica 1998, ss. 809–811. Se även Hettne 2008, ss. 122–123 om likabehandlingsprincipen. Se även RP 108/2016, s. 8.

103) Se bl.a. rättsfall C-31/87 *Beentjes* och C-458/03 *Parking Brixen*. Se även Ojanen 2006, ss. 102–106 om icke-diskrimineringsprincipen.

104) Se rättsfall C-31/87 *Beentjes*. Se även Kalima 2001, s. 191, om lagliga villkor i den nationella lagstiftningen om att utnyttja arbetslösa. Se Siikavirta 2015, s. 73–74 och RP 50/2006, s. 48.

105) Se C-34/03 *Fabricom mot Belgien*, pt. 27.

106) Se även SOU 2015:78, ss. 49–51. Se även mål C-513/99 *Concordia Bus* framöver.

anbudsgivare.¹⁰⁷⁾ I enlighet med EU-domstolen så ger artikel 18 FEUF om förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet och bestämmelserna om de grundläggande friheterna uttryck för likabehandlingsprincipen.¹⁰⁸⁾

I målet C-91/08 *Wall* klargjorde EU-domstolen ytterligare att principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering är direkt tillämpliga i EU-medlemsländernas rättsordningar och ska därför även tillämpas framom nationella bestämmelser.¹⁰⁹⁾

Av EU-domstolens rättspraxis gällande principen om likabehandling följer också att samtliga anbud bör följa kravspecifikationen så att de kan jämföras på ett objektiva sätt med varandra.¹¹⁰⁾ Det står i strid med principen om likabehandling att sådana anbud godkänns som inte överensstämmer med kravspecifikationen eller som det gjorts ändringar i efter att anbuderna öppnats. Det står även i strid med likabehandlingsprincipen att alternativa lösningar godtas ifall en sådan möjlighet inte getts tillkänna i det ursprungliga projektet. Om man önskar ge särskild betydelse åt en enskild egenskap, bör man också ge uttryck för den i anbudsbegäran.¹¹¹⁾

Sökande och anbudsgivare ska behandlas jämligt i offentlig upphandling oavsett sådana faktorer som inte hör till förverkligandet av upphandlingen. Sådana faktorer är särskilt sökandens eller anbudsgivarens nationalitet eller förekomst i något medlemsland eller område. En icke-diskriminerande behandling förutsätter också att sökande eller anbudsgivare från andra orter behandlas på samma sätt som till exempel lokala företag. Principen om icke-diskriminering har tolkats innebära att de krav som sätts på upphandlingen inte får vara lokala, gynna eller diskriminera ett visst område. Exempelvis i målen C-

107) Se mål C-538/13 *eVigilo*, punkt 33. Se även SOU 2015:78, ss. 49–51.

108) Se t.ex. mål C-260/04 *Kommissionen mot Italien*, punkt 23.

109) Se mål C-91/08 *Wall*.

110) Se mål C-243/89 *Stora Bält* och även fi. Marknadsdomstolen MD:6/11.

111) Se t.ex. HFD 1997:126. Se Kalima 2001, s. 203, Wallin & Konstari 2000, s. 261, där också jämförbarheten framhålls. Se även sv. Rättsfall Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 12256-15.

31/87 *Beentjes* och C-21/03 *Kommissionen mot Belgien* var det fråga om diskriminering då man som urvalskriterier för anbudet ställer krav som inte hör till upphandlingens innehåll. Sådana krav kan till exempel gälla sociala kriterier, bl.a. fanns det i den italienska lagstiftningen tidigare en skyldighet att köpa åtminstone 30 % från företag från fattiga områden i södra Italien och i Frankrike tillämpades ett krav på att följa franska lokala arbetsvillkor också på den arbetskraft som kom från anbudsgivarens egna land.¹¹²⁾

Till principen om likabehandling och principen om icke-diskriminering hör således också frågan om så kallade lokala hänsyn. En upphandlande myndighet får inte ge ett lokalt företag företräde i samband med en upphandling. I enlighet med EU-domstolen i bland annat målet C-21/88 *Du Pont de Nemours* konstateras att artikel 30 (nuvarande artikel 34 FEUF) i EU-fördraget utgör ett hinder för tillämpningen av italiensk nationell lagstiftning enligt vilken en viss andel, 30 procent, av offentliga upphandlingskontrakt av varor var förbehållen företag belägna i södra delarna av Italien. Artikel 34 FEUF anses begränsa de upphandlande myndigheternas möjligheter att utforma krav och kriterier inom icke-harmoniserade områden.¹¹³⁾ Den italienska lagstiftningen hade sitt ursprung i en målsättning att främja tillväxten och skapa arbetsplatser i regionen, vilket också i och för sig kan påstås vara en social- eller sysselsättningspolitisk målsättning.¹¹⁴⁾

Frågan om lokala hänsyn har också anhängiggjorts vid svenska domstolar, till exempel vid en upphandling av skolskjutsar antog Gullspångs kommun inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan antog istället ett anbud från ett företag som var beläget i kom-

112) Se målen C-31/87 *Beentjes* och C-21/03 *Kommissionen mot Belgien*. Se även målen C-21/88 *Du Pont de Nemours* och C-113/89 *Rush Portuguesa Ld mot Office national d'immigration*. Se Pekkala & Pohjonen 2015, s. 36, Pekkala et al. 2017, s. 53 och Siikavirta 2015, ss. 73–74.

113) Dyliga krav är i enlighet med inre marknads perspektivet bara tillåtna ifall de klarar de kriterier som följer av det s.k. inre marknads testet. Testet innebär att en åtgärd som kan utgöra ett handelshinder bör vara motiverad av en tvingande hänsyn till allmänintresset, icke-diskriminerande och proportionerlig i förhållande till det eftersträfvade målet, se mål C-234/03 *Contse* och SOU 2013:12 (bilaga 11a), s. 7. Se även nedan.

114) Se mål C-21/88 *Du Pont de Nemours*. Se även Kalima 2001, s. 312.

munen och därmed bidrog med arbetstillfällen och skatteintäkter. I enlighet med länsrättens beslut måste upphandlingen göras om, vilket också fastställdes av kammarrätten i Jönköping.¹¹⁵⁾

På samma sätt som en upphandlande myndighet eller enhet inte får ge ett lokalt företag företräde vid en upphandling, får man inte heller ha kravspecifikationer på en vara eller en tjänst som innehåller uppgifter om tillverkare, ursprung eller särskilt framställningsförfarande. Det får inte heller finnas någon hänvisning till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, ifall det inte är motiverat av föremålet för upphandlingen och åtföljs av orden "eller likvärdig".¹¹⁶⁾ Sådana krav gällande sociala och miljöhänsyn får naturligtvis inte heller ställas eller förekomma som står i strid med principen om icke-diskriminering och likabehandling. Högsta förvaltningsdomstolen i Finland har även konstaterat i målet 2010:35 att användningen av tidigare erfarenheter i jämförelsen av anbuderna inte är ägnat att trygga en jämlik och icke-diskriminerande behandling av anbudsgivarna, om den upphandlande myndigheten eller enheten inte har erfarenhet av samtliga anbudsgivare.¹¹⁷⁾

Vid bedömningen av anbudsgivarna och anbuderna förutsätter kravet på jämlik behandling att de krav som ställs gäller alla på samma sätt. Anbud som jämförs med varandra får inte

115) Kammarrätten i Jönköping, mål nr 4471-1997.

116) Se sv. Finansutskottet betänkande 2012/13: FiU32. Se även Pekkala & Pohjonen 2015, ss. 35–36. I enlighet med Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 79–84 kan likabehandlingsprincipen omfatta: 1) förbud att ge mer information till vissa leverantörer, 2) begränsningar av kompletteringsmöjligheten, 2) att leverantörernas olika förutsättningar ska beaktas, 3) att upphandlingens genomförandetid ska vara skälig, 4) att utvärdering ska ske med hänsyn till samtliga utvärderingskriterier, 5) att leverantören ska förstå kraven i förfrågningsunderlaget, 6) att det finns utrymme för subjektiva bedömningar, och 7) att alla leverantörer har rätt att delta i upphandlingen. Se även Kalima 2001, s. 203 om betydelsen av att anbudsgivaren har förstått karaktären av anbudsbegäran. Om såväl grunder för värdering som behörighet eller förutsättningar se HFD 2003:89. Dågällande upphandlingslag grundade sig på tidigare rättspraxis, nämligen att vid man vid värderingen av anbud inte längre var tvungen att använda tekniska, ekonomiska eller andra kriterier för urvalet. Förfarandet ansågs felaktigt, emedan man inte tillräckligt väl skilt åt de olika grunderna. Se även närmare Hyvönen et al. 2007, s. 146, Aalto-Setälä 2008, s. 695, Alkio-Wik 2009, s. 1145 och Eskola et al. 2017, s. 635. Se även HFD 16.2.2005 om kvalitetskriterier som kan vara alltför allmänna eller ospecificerade i Eskola et al 2017, s. 378.

117) Se även fi. Marknadsdomstolen 50/16.

behandlas olika och olika situationer får inte behandlas lika, om inte en sådan behandling är objektivt motiverad. Berättigande i frågan exemplifieras i fallet MD 20.5.2009 (230/09), där den upphandlande enheten ställt ett minimikrav gällande anbudsgivarnas omsättning vid upphandlingen av vårdar- och patienttelefoner. Marknadsdomstolen ansåg dock att kravet inte var diskriminerande utan att det var berättigat på grund av entreprenadens omfattning och karaktär som gällde en tilläggsentreprenad på 200 miljoner till ett sjukhus.¹¹⁸⁾

Självklart uppkommer i praktiken många situationer där det måste bedömas om en olik behandling har sin grund i sakliga skäl eller om den står i strid med de grundläggande EU-rättsliga principerna. Det bör även noteras att likabehandling av olika fall också kan stå i strid med likabehandlingsprincipen. Även i detta sammanhang uppkommer många svåra bedömningar där ingen generell vägledning kan ges.

Högsta förvaltningsdomstolen har i ett mål 1998:39 konstaterat att beaktande av en anbudsgivares rättelse av sitt anbud omedelbart efter att deadline gått ut innebar att anbudsgivaren sattes i en bättre position än sina konkurrenter. Anbudsgivarna hade således inte behandlats *jämlikt och på ett icke-diskriminerande* sätt. Beaktandet av rättelsen av anbudet efter att deadline gått ut hade också förändrat de övriga anbudsgivarnas inbördes position gällande ett relevant urvalskriterium, d.v.s. priset. Alla anbudsgivare ska kunna säkerställas att ha lika lång tid på sig att ge anbud. Den upphandlande enheten hade sålunda inte förfarit i enlighet med vad 1 § UpphL förutsätter, d.v.s. behandlat anbudsgivarna *jämlikt och på ett icke-diskriminerande* sätt.¹¹⁹⁾

Det kan också uppstå sådana situationer där det visserligen inte förekommer några intressekonflikter eller illojala affärsmetoder, men där rättvisan vid förfarandet kan äventyras

118) Marknadsdomstolen 20.5.2009 (230/09). Se även fi. HFD:1997:126 och MD 771/14.

119) HFD:1998:39. Se Kalima 2001, s. 176 och Aalto-Setälä et al. 2008, s. 749. Se också Pöysti 1999, s. 251, där fråga är om självständig behörighet vid medlemsländernas förvaltningsmyndigheter i EU, men även beaktande av EU-rätten. Se även HFD:1997:126, där kraven på en jämlik och icke-diskriminerande behandling inte ansågs ha blivit kränkta.

genom att vissa anbudsgivare befinner sig i en fördelaktig situation. Om den anbudssökande eller anbudsgivaren exempelvis har deltagit i förberedande verksamhet som är kopplad till utvecklingen av en tjänst som ska upphandlas (som forskning och/eller formgivning) kan detta innebära stora fördelar för den anbudsgivaren i form av insiderinformation och därmed leda till att respekten för principen om likabehandling kan ifrågasättas. Frågan som bör ställas här är i vilken utsträckning fördelar kan kompenseras utan att anbudsgivaren diskrimineras. Att bara utesluta anbudsgivare som har deltagit i förberedelserna av projektet skulle sannolikt vara en oproportionerlig reaktion, och det är kanske inte ens genomförbart i praktiken, särskilt om det finns få kvalificerade konkurrenter på marknaden. En möjlig kompensation kan t.ex. vara en skyldighet för denna anbudsgivare att till alla konkurrerande anbudsgivare lämna ut all insiderinformation som han eller hon har fått vid sitt tidigare arbete med ifrågavarande projekt. En fråga som ter sig ännu mer komplicerad är problemet med etablerade anbudsgivares naturliga fördelar, som det är ännu svårare att klart fastställa och kompensera för. Även här kan det fylla sitt syfte att kräva att viss insiderinformation lämnas ut för att minska risken för diskriminering, under villkoret att kommersiellt känsliga uppgifter skyddas på ett lämpligt sätt.¹²⁰⁾

Rättsfallet från HFD 2013:144 gällde också frågan om uteslutning av anbud från anbudstävlingen. I rättsfallet var det fråga om att samkommunen Syd-Österbottens sjukvårdsdistrikt gjorde en konkurrensutsättning gällande transporten av laboratorieprov och laboratoriesvar, småvaror, inre brevpост, modersmjölk, hjälpmedel samt lagervaror. I anbudsförfrågan förutsattes bland annat att anbudsgivaren bör ha samtliga tillstånd som lagen kräver, men det förutsattes inte att anbudsgivarna skulle redogöra för sina tillstånd i anbudet. Samkommunens upphandlingsenhet hade inte förfarit på ett sätt som stred mot rättsnormerna om offentlig upphandling då samkommunen hade uteslutit anbud från anbudstävlingen.

120) KOM (2011) 15. Se även Pekkala & Pohjonen 2015, s. 38.

I enlighet med 40 § UpphL (348/2007) bör anbudsfrågan utarbetas skriftligen och så tydligt att det utifrån den är möjligt att lämna anbud som kan mätas med samma mått och som är jämförbara.¹²¹⁾ Bestämmelserna i 67 § UpphL (1397/2016) motsvarar i huvudsak 40 § i den tidigare upphandlingslagen. I enlighet med 41 § 2 mom. ska anbudsfrågan eller upphandlingsannonsen innehålla upplysningar som är av väsentlig betydelse med tanke på upphandlingsförfarandet och utarbetandet av anbud. Bestämmelsen i 68 § UpphL (1397/2016) motsvarar i huvudsak 41 § i den tidigare upphandlingslagen. Enligt 46 § 1 mom. bör anbudsgivaren i sitt anbud visa att den vara, tjänst eller byggtjänst som erbjuds svarar mot kraven i anbudsfrågan och anbud som inte motsvarar de ställda kraven ska uteslutas ur anbudsfröfarandet. Bestämmelserna i 74 § UpphL (1397/2016) motsvarar i huvudsak 46 § 1 mom. § i den tidigare upphandlingslagen.

I 5 § 1 mom i lagen om kommersiell godstransport på väg (693/2006) stadgas att fordonstransport av gods på väg mot ersättning kräver tillstånd, men tillstånd krävs inte för de transporter som avses i 7 §. I 7 § 1 mom. 9 punkten, stadgas att tillstånd inte behövs för transport i anslutning till social- och hälsovårdsservice samt undervisningstjänster som en kommun, en samkommun eller ett samfund, där en kommun har bestämmande inflytande enligt 1 kap. 5 § i bokföringslagen, ordnar med fordon som innehas av den som ordnar transporten eller av en näringsidkare som levererar tjänsterna. I anbudet från företaget Furgo Finland Ab utgicks ifrån att det inte krävs tillstånd för transporter. Frågan gällde då huruvida anbudet var i enlighet med de krav som ställdes i anbudsfrågan. HFD tog således ställning till huruvida samkommunen som upphandlande enhet förfarit i strid mot UpphL då den uteslöt Furgo Finland Ab:s anbud som stridande mot anbudsfrågan från anbudsfröfarandet.

HFD ansåg att de transporter som gällde transport i anslutning till social- och hälsovårdsservice, d.v.s. transporten av laboratorieprov, laboratoriesvar, modersmjölk och hjälpmedel, utgör sådana transporter som det inte krävs tillstånd för enligt 7 § 1 mom. 9 punkten

121) Se även Kulla 2014, s. 301 om tydlighetskravet.

lagen om kommersiell godstransport på väg. Men upphandlingen gällde även transporten av småsaker, inre brevpост och lagervaror, vilket kan utgöra sådan transport som inte faller inom ramen för undantagsregeln gällande transport i anslutning till social- och hälsovårdsservice. På basis av de uppgifter i anbudsförfrågan gällande föremålet för upphandlingen kunde inte anbudsgivarna entydigt konstatera att det i upphandlingen endast var fråga om sådana transporter för vilka det enligt lagen om kommersiell transport på väg inte krävs tillstånd. Företaget Furgo Finland Ab hade i förhandlingar innan upphandlingsbeslutet meddelat åt den upphandlande enheten samkommunen att man inte har transporttillstånd och att man inte avser skaffa det samt att de priser som förekom i dess anbud var uträknade utan transporttillstånd.

HFD tog i beaktande undantagsregeln gällande tillstånd för transporter, uppgifterna om föremålet för upphandlingen i anbudsförfrågan och den utredning som Furgo Finland Ab gett gällande innehållet i de transporttjänster som man erbjöd. Med hänvisning till detta ansåg HFD att den upphandlande enheten inte förfarit i strid med UpphL då den uteslutit Furgo Finland Ab:s anbud från anbudsförfarandet på grund av att de transporttjänster som företaget erbjöd inte var i enlighet med kraven i anbudsförfrågan.¹²²⁾

I överensstämmelse med principerna om likabehandling och öppenhet bör inte en utvald anbudsgivare heller kunna ersättas med en annan ekonomisk aktör utan att kontraktet konkurrensutsätts på nytt. Den utvalda anbudsgivaren som fullgör kontraktet kan dock genomgå vissa strukturella förändringar under fullgörandet av kontraktet, exempelvis rent interna omorganisationer, sammanslagningar och förvärv eller obestånd. Sådana strukturella förändringar bör inte automatiskt kräva nya upphandlingsförfaranden för alla offentliga kontrakt som företaget fullgör.¹²³⁾

122) Se HFD 2013:144.

123) Se KOM (2011) 896, s. 26.

I bl.a. 35 § 4 mom. UpphL betonas även likabehandlingsprincipen, i enlighet med vilken den upphandlande enheten under förhandlingarna ska behandla samtliga anbudsgivare på ett likvärdigt sätt. Bestämmelsen har sin motsvarighet i den upphävda UpphL 26 § 3 mom. UpphL. Till exempel får den upphandlande enheten inte lämna ut information på ett sätt som kan stå i strid med likabehandlingsprincipen. I ett mål vid HFD (24.10.2011 liggare 3040) ansågs likabehandlingsprincipen förutsätta att alla anbudsgivare hade tillgång till samma information om de väsentliga krav som den upphandlande enheten under det förhandlade förfarandets gång uppställt för föremålet för upphandlingen.¹²⁴⁾

2.3. Öppenhetsprincipen

Öppenhetsprincipen baserar sig på rättspraxis som ansluter sig till FEUF samt på nationell nivå även till allmänt godkända krav på öppenhet i förvaltningen, i bl.a. förvaltningslagen (434/2003) samt i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet, OffL (621/1999). De övriga principerna förekom redan i den tidigare lagen om offentlig upphandling, men öppenhetsprincipen var ny i lagen från år 2007. Enligt RP 50/2006 är avsikten med upphandlingen i första hand att tillfredsställa den upphandlande myndighetens och enhetens behov och inte att aktivt förändra konkurrensförhållandena på marknaden. Öppenhetsprincipen förutsätter att uppgifter om upphandlingsförfarandet inte får hållas hemliga, upphandlingen kungörs offentligt, de som deltar i anbudstävlingen får alla information om vilket anbud som vinner och att alla dokument gällande upphandlingen är offentliga.¹²⁵⁾ På grund av öppenhetsprincipen bör alla som vill veta om anbuderna få den

124) Se RP 108/2016, s. 130. Se även HFD 24.10.2011 liggare 3040. Se Pekkala et al. 2017, ss. 214, 216, 217.

125) RP 50/2006 och sv. proposition 2006/07:128, s. 155. Nämnas kan att den ursprungliga finländska regeringspropositionen innehöll en mer detaljerad hänvisning till L om offentlighet i myndigheternas verksamhet, med bland annat en förteckning över alla de lagmoment som alltid ska tillämpas. Å andra sidan var den inte lika precis vad gäller tillämpningen av stadganden om sökande av ändring. Riksdagens förvaltningsutskott konstaterade då i sitt utlåtande att det fanns en risk med lagförslagets förteckning av lagmoment, eftersom dessa kunde tolkas utan att ta i beaktande den regleringshelhet som lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet utgör. Se också Bovis 2015, ss. 221-226 och mål C-458/03 *Parking Brixen*. Se även Määttä & Voutilainen 2017, s. 221-222. Se också bl.a. Marknadsdomstolen 11.5.2009 (212/09), där den upphandlande enheten ansågs ha förfarit i strid mot L om offentlig upphandling då upphandlingen

informationen, också sådana som t.ex. i ett begränsat förfarande valts till anbuds förfarandet. Förverkligandet av öppenhetsprincipen begränsas av vissa sekretessbehov, som specificeras i lagstiftningen om offentlighet i myndigheternas verksamhet. Öppenhets- eller transparensprincipen förutsätter också till exempel att den upphandlande myndigheten och enheten håller sig till det förfrågningsunderlag det tagit fram och inte under upphandlingens gång ändrar på förutsättningarna för upphandlingen.¹²⁶⁾ Enligt RP 108/2016 står innehållet i och verkningarna av öppenhetsprincipen oförändrade i den nya upphandlingslagen.¹²⁷⁾

Nämnas kan att det i Finland och Sverige förekommer vissa skillnader i hur man förhåller sig till dokumentens offentlighet. I Finland uppkommer tillgång till dokument för parterna och allmänheten genast efter att upphandlingsbeslutet är fattat, medan i Sverige så förverkligas parternas rätt att få tillgång till i övrigt sekretessbelagda dokument först efter en ändringsansökan till den upphandlande myndigheten eller enheten. I Sverige är det därtill så, till skillnad från Finland, att uppgifterna i anbuds dokumenten oftast sekretessbeläggs, eftersom man ansett att det annars kunde skada upphandlings enhetens intressen i kommande upphandlingsförfaranden. Ofta utreds saken i Sverige både utgående från upphandlings enhetens och den privata näringsidkarens intressen, till skillnad från kytymen i Finland, fastän stadgandena i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet och offentlighets- och sekretesslagen är så gott som likalydande i respektive land.¹²⁸⁾

I den finländska lagstiftningen lyder den allmänna sekretessgrunden i 22 § OffL att en myndighetshandling ska sekretessbeläggas, om det i denna lag eller någon annan lag fö-

inte kungjorts offentligt. Se även de svenska målen Regeringsrätten 30 maj 2007, mål nr 6274-05 (RÅ 2007, ref. 28), Länsrätten i Västmanlands län, mål nr 1264-05, Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6280-05, Kammarrätten i Jönköping, mål nr 549-07 och Länsrätten i Blekinge län, mål nr 44-07, där frågan gällde framförallt den upphandlande enhetens upplysnings skyldighet och den s.k. tiodagarsfristen.

126) Se även Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 84–86.

127) Se RP 108/2016, s. 74. Se även Määttä & Voutilainen 2017, ss. 521-530.

128) Bl.a. Mäenpää 2013, ss. 591–664.

reskrivs eller en myndighet med stöd av lag har föreskrivit att den ska vara sekretessbelagd eller om handlingen innehåller uppgifter för vilka tystnadsplikt föreskrivs genom lag. I 24 § räknas sedan upp vilka myndighetshandlingar som är sekretessbelagda. I Sverige är två sekretessgrunder de vanligast förekommande. För det första i enlighet med 19 kap 3 § 1 st. offentlighets- och sekretesslagen som föreskriver sekretess till skydd för det allmännas, bl.a. den upphandlande myndighetens eller enhetens, ekonomiska intressen, med andra ord sekretess för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. För det andra enligt 31 kap. 16 § 1 st. offentlighets- och sekretesslagen som föreskriver sekretess till skydd för enskilds, bl.a. anbudsgivares och anbudssökandes, ekonomiska intressen, det vill säga sekretess för uppgift om affärs- eller driftförhållanden för enskild, som har trätt i affärsförbindelse med myndigheten, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs.¹²⁹⁾

Offentlighetsprincipen medför i Finland att den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att lämna ut förfrågningsunderlag då det är en myndighetshandling. Ett förfrågningsunderlag anses som myndighetshandling då det finns tillgängligt för anbudsgivarna, med andra ord då annonsen publiceras eller då förfrågningsunderlaget sänds ut till någon leverantör. Detta betyder att ingen har rätt att ta del av förfrågningsunderlaget före denna tidpunkt, trots att det i och för sig skulle vara färdigställt. Ett förfrågningsunderlag som ännu inte expedierats ska anses som ett internt arbetsmaterial. Efter expediering kan en upphandlande myndighet eller enhet endast vägra att lämna ut ett förfrågningsunderlag då det omfattas av bestämmelserna om sekretess.¹³⁰⁾

129) Se även Sundstrand 2013a, ss. 551–552. Se även sv. rättsfall HFD 2015, ref. 55, där förvaltningsdomstols utredningsansvar i upphandlingsmålet ansågs innebära att domstolen kunde vara skyldig att fordra in uppgifter från den upphandlande myndigheten.

130) Se även Kulla 2014, ss. 486–490 och Määttä & Voutilainen 2017, ss. 521–530.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får inte närmare eftergranska vem det är som begär att få ut en viss allmän handling eller vad syftet är med begäran i större utsträckning än vad som behövs för att kunna pröva om hinder föreligger mot att lämna ut handlingen. Med beaktande av offentlighetsprincipen förekommer det sålunda inte någon möjlighet att vägra lämna ut ett förfrågningsunderlag genom att till exempel motivera att det inte är fråga om en leverantör som begär ut handlingen.

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan inte heller ställa krav på att det ska vara möjligt att nå den som begär ut förfrågningsunderlaget. Men den upphandlande myndigheten eller enheten kan upplysa om att man kan sända ut eventuella kompletteringar till leverantörer som anmäler sitt intresse. Det är således inte möjligt för den upphandlande myndigheten eller enheten att kräva att den ska veta eller ha kontroll över vilka leverantörer som har tillgång till förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten eller enheten bör tillgodose en begäran om att få tillgång till förfrågningsunderlaget genast eller så snart som möjligt.¹³¹⁾

Leverantörer har också vissa möjligheter att få ut handlingar, till exempel förfrågningsunderlag, från sådana upphandlande myndigheter eller enheter som inte lyder under offentlighetslagen, såsom flertalet statliga bolag och privata företag som utgör upphandlande enheter inom försörjningssektorerna. Det torde inte heller vara möjligt för en upphandlande myndighet eller enhet att vid öppen upphandling neka att lämna ut ett förfrågningsunderlag åt någon som utger sig för att vara leverantör.¹³²⁾

I enlighet med gällande 11 § 2 mom., 6 punkten OffL ska, när det vid offentlig upphandling är fråga om en annan anbudssökandes eller anbudsgivares affärs- eller yrkeshemligheter; uppgift om det totalpris som används vid anbudsjämförelsen dock alltid lämnas,

131) 6 § och 11 § OffL (L om offentlighet i myndigheternas verksamhet) och sv. 19 kap 3 § Offentlighets- och sekretesslagen. Se också dom från Kammarrätten i Göteborg, 8.10.1999, mål nr 3859-1999.

132) Även dom från Kammarrätten i Göteborg, 8.10.1999, mål nr 3859-1999.

men en part när det gäller offentlig upphandling har inte rätt att ta del av andra anbuds-sökandes eller -givares affärs- eller yrkeshemligheter. Däremot bör uppgift om pris eller övriga faktorer som används vid anbudsjämförelsen emellertid alltid lämnas. Vid tillämpningen av lagen har det uppkommit tolkningsproblem, till exempel har det förekommit oklarheter huruvida uppgifter som ansetts vara affärs- eller yrkeshemligheter ändå borde lämnas ut ifall de använts vid jämförelsen av anbud.¹³³⁾

Enligt 35 § 4 mom. UpphL får den upphandlande enheten inte under förhandlingarnas gång eller i den slutliga anbudsförfrågan röja konfidentiell information för de övriga anbudsgivarna som någon anbudsgivare eller anbudssökande som deltar i förhandlingarna lämnat utan ett samtycke där det specificeras vilken information samtycket gäller. Ett allmänt samtycke av anbudsgivaren till att konfidentiell information röjs är således inte tillräckligt. Den konfidentiella informationen kan till exempel vara privat affärs- eller yrkeshemlighet som avses i 24 §, 20 punkten OffL och som den upphandlande enheten fått kännedom om. I enlighet med 26 § 1 mom., 2 punkten OffL får en myndighet när sekretessplikt föreskrivits för någons intressen emellertid lämna ut uppgifter ur en sekretessbelagd handling ifall den parten ifråga ger sitt samtycke till att uppgifter lämnas ut.¹³⁴⁾

Öppenhetsprincipen gäller även när en upphandlande myndighet eller enhet ska fastställa miljökrav i de tekniska specifikationerna. I 29 punkten i ingressen till direktiv 2004/17/EU sägs att myndigheten eller enheten kan föreskriva särskilda miljöegenskaper, såsom en särskild produktionsmetod eller vissa miljöeffekter för varor eller tjänster. Man kan utnyttja lämpliga specifikationer som fastställts för miljömärken, såsom det europeiska miljömärket, nationella eller multinationella miljömärken samt även andra miljömärken, ifall kraven för märket i fråga har utarbetats och antagits på basis av vetenskap-

133) Se bl.a. HFD 11.12.2015, liggare 3660 och RP 108/2016, s. 32. Se även HFD 29.11.2007, liggare 3078 (HFD.2007:83). Se också Peckala & Pohjonen 2015, s. 695.

134) Se RP 108/2016, ss. 130–131.

liga rön eller genom ett sådant förfarande där de ifrågavarande parterna, exempelvis statliga organ, konsumenter, producenter, distributörer och miljöorganisationer kan delta och ifall miljömärket är tillgängligt för samtliga parter.¹³⁵⁾

Öppenhetsprincipen gäller också vid beaktandet av sociala hänsyn bland annat eftersom den upphandlande myndigheten eller enheten bör då det är möjligt fastställa tekniska specifikationer för att ta hänsyn till kriterier gällande tillgänglighet för funktionshindrade eller design med tanke på samtliga användares behov. De tekniska specifikationerna bör anges på ett sådant sätt att alla anbudsgivare vet vad de krav som den upphandlande myndigheten eller enheten fastställt också omfattar.¹³⁶⁾

I 72 § UpphL föreskrivs om de hjälpmedel som får användas vid beskrivningen av föremålet för upphandlingen. Bestämmelsen grundar sig på artikel 43 i direktiv 2014/24/EU. Detta innebar inga stora förändringar i 45 § i lagen från 2007, men avsikten är att de nya reglerna även ska möjliggöra användning av märken som baserar sig på sociala egenskaper. I enlighet med de nya reglerna ska det också vara möjligt att direkt ställa krav på ett visst märke istället för på dess grunder.¹³⁷⁾ De upphandlande enheterna ska dock inte vara förpliktade att ställa krav på ett visst märke. Märkeskraven ifråga ska bland annat grunda sig på objektivt kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier, vara antagna genom ett öppet förfarande och vara tillgängliga för alla parter.¹³⁸⁾

135) Se pt 29, preambel till direktiv 2004/17/EU samt Falk 2014, ss. 237–239.

136) Se *ibid.*

137) Se Kontio et al 2017, s. 201. T.ex. kan man kräva märket Svanen i upphandlingen.

138) Se RP 108/2016, ss. 175–176. I målet HFD 29.1.2010, som gällde anskaffning av symaskiner till en skola ansågs det vara diskriminerande att ställa krav på att symaskinerna skulle vara av ett visst märke. Detta krav skulle ha gynnat den part som representerade märket ifråga. Se även Eskola et al. 2017, s. 340, Pekkala & Pohjonen 2015, s. 349, Pekkala et al. 2017, s. 349.

I enlighet med EU-rättspraxis, såsom i rättsfallen *Telaustria* C-324/98 och *Unitron* C-275/98 så gäller att också i upphandlingar utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde ska man i upphandlingsförfarandet följa en tillräcklig öppenhet.¹³⁹⁾ Därmed ska man till exempel i tillräcklig stor omfattning meddela om möjligheten att teckna avtal så att upphandlingarna kan öppnas för konkurrens. EU-domstolen har också tillämpat grundfördragets principer för upphandlingsförfaranden på upphandlingar där upphandlingens värde understiger EU:s tröskelvärde.¹⁴⁰⁾

Anbudets pris intar naturligtvis en central ställning när upphandlingsbeslutet fattas. Ifall inte anbudsgivarna eller andra parter som deltar i upphandlingsförfarandet skulle ha rätt att få ta del av övriga anbudsgivares priser, skulle deras möjligheter att utnyttja rättskyddsmedel försämrats på ett väsentligt sätt. Med anbudets pris avses förutom anbudets totalpris, också eventuella delpriser, ifall dessa haft betydelse vid valet av anbud.

HFD i Finland har i målet 2007:83 tagit ställning till anbudens enhetspriser som företags-hemligheter. I målet var det fråga om en situation där den upphandlande myndigheten hade begärt anbud från tre företag, varav endast ett hade gett anbud. Efter att upphandlingsbeslutet gjorts hade ett företag, som man inte begärt anbud från och som inte deltagit i anbudstävlingen, bett av den upphandlande myndigheten att få ta del av enhetspriserna för det anbud som det anbudsgivande företaget gett. HFD fastslog i sitt beslut att anbudets

139) Se *Telaustria* C-324/98 och *Unitron* C-275/98. Det första fallet gällande öppenhet var egentligen C-108/98 *RI.SAN. Srl mot Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA och Ischia Ambiente SpA*. Efter detta kom *Telaustria* - målet, där kravet på öppenhet utvidgades till att gälla tjänstekoncessioner utanför direktiven. Därefter utvidgades kravet på öppenhet till att även gälla alla upphandlingar, även sådana som inte hör till direktivens tillämpningsområden, se t.ex. C-507/03 *An Post* och C-59/00 *Vestergaard*. Se även fi. RP 50/2006, s. 48. EU-kommissionen har med hänvisning till målen C-324/98 *Telaustria* och C-275/98 *Unitron* även klargjort att inte enbart principerna om icke-diskriminering och öppenhet ska tillämpas vid upphandling av tjänstekoncessioner utan också principerna om likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande som artikel 49 och artikel 56 FEUF grundar sig på.

140) Omfattningen av kravet på offentlighet vid upphandlingar har diskuterats mycket. Trots detta är det inte fullständigt klart vad öppenhetsprincipen och kravet på insyn medför. Den kritiska frågan är huruvida kravet på offentlighet också medför ett krav på att kontraktstilldelningar i primärrätten bör publiceras eller enbart offentliggöras och sedan hur en anbudsinfordran, publicering eller ett offentliggörande bör ske, se mer Sundstrand 2012, ss. 178–180. Se även RP 50/2006, ss. 17–18.

enhetspriser var det anbudsgivande företags företagshemligheter. Priserna hörde till företags näringsverksamhet. Ifall konkurrerande näringsidkare får ta del av dessa priser ger det dem konkurrensfördelar. Det företag som gav anbudet ville behålla enhetspriserna som företagshemligheter och företaget hade objektivt sett ett sekretessintresse. Tar man i beaktande när det vid offentlig upphandling är fråga om en annan anbudssökandes eller anbudsgivares affärs- eller yrkeshemligheter, ska, i enlighet med 11 § 2 mom. 6 punkten OffL uppgift om det pris och andra faktorer som används vid anbudsjämförelsen dock alltid lämnas. Men i detta fall var det fråga om ett utomstående företag som inte ansågs som part i upphandlingen och som därmed inte heller hade rätt att få ta del av anbudets enhetspriser. I enlighet med 24 § 1 mom., 20 punkten gäller nämligen att sådana myndighetshandlingar är sekretessbelagda som innehåller uppgifter om en privat affärs- eller yrkeshemlighet samt sådana handlingar som innehåller uppgifter om någon motsvarande omständighet som har samband med privat näringsverksamhet, om utlämnandet av uppgifter ur en sådan handling skulle medföra ekonomisk skada för näringsidkaren, och det inte är fråga om uppgifter som är betydelsefulla för skyddande av konsumenters hälsa eller en hälsosam miljö eller för bevakande av de rättigheter som innehas av dem som orsakas skada av verksamheten eller uppgifter om näringsidkarens skyldigheter och fullgörande av dessa.¹⁴¹⁾

2.4. Konkurrensprincipen

I upphandlingen ska utnyttjas alla de konkurrensmöjligheter som finns tillhanda. I princip ska en anbudstävling ordnas. I EU-direktiven förekommer inte något specifikt stadgande om att utnyttja alla befintliga konkurrensmöjligheter. I ingressen till upphandlingsdirek-

141) Se även fi. HFD 11.12.2015 och Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3367-13 och 3204-13, där frågan gällde absolut sekretess för uppgifter i anbud enligt 19 kap. 3 § Offentlighets- och sekretesslagen. Se också svenska Justitieombudsmannens beslut 3032-2011 (9.9.2014) där allvarlig kritik riktades mot vårdgivare dels inom Västra Götalandsregionen, dels Stockholms läns landsting för att de ingått avtal om journalföring med ett företag trots att detta inte varit förenligt med regelverket om sekretess inom hälso- och sjukvården. Se även Mäenpää 2016, ss. 185–186 och Lehtonen 2001 och 2003 samt Pekkala & Pohjonen 2015, s. 698.

tiven framgår dock att upphandlingsbestämmelserna ska sörja för att den offentliga upphandlingen öppnas för konkurrens och att otillåten samverkan utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen, vilket kan leda till uteslutning av leverantör.¹⁴²⁾ I direktivet för offentlig upphandling 2014/24/EU föreskrivs också i artikel 18 om principer för offentlig upphandling att upphandlingen inte får utformas i avsikt att undanta den från tillämpningsområdet för det direktivet eller för att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen.¹⁴³⁾ Det förekommer en tydlig koppling mellan upphandlingslagstiftningen och konkurrenslagstiftningen och kopplingen framgår mera klart i upphandlingsdirektiven än i den finländska lagen.

Med formuleringen i 2 § föregående UpphL ville man uttryckligen betona att syftet med upphandlingen framförallt ska vara att tillfredsställa den upphandlande myndighetens och enhetens behov och inte att aktivt förändra konkurrensförhållandena på marknaden.¹⁴⁴⁾

Den upphandlande myndighetens eller enhetens uppgift blir att utnyttja den befintliga konkurrensen på marknaden och genom konkurrensutsättningen försöka hitta den lösning som ur pris- och kvalitetsmässig synpunkt är den mest lämpliga. Konkurrens ska vidare uppnås genom att de EU-rättsliga principerna om den fria rörligheten för varor och tjänster och att den fria etableringsrätten iakttas.¹⁴⁵⁾

Enligt 2 § 2 mom. i UpphL gäller att de upphandlande enheterna ska sträva efter att ordna sin upphandling så, att den kan genomföras på ett så ekonomiskt, kvalitativt och systematiskt sätt som möjligt med utnyttjande av befintliga konkurrensförhållanden samt med beaktande av miljöaspekter och sociala aspekter. Reglerna i 2 mom. har emellertid ka-

142) Se direktiv 2004/18/EG, preambeln övervägande 43.

143) KOM (2011) 896, artikel 15.

144) Eskola & Ruohoniemi 2011, s. 86.

145) Se bl.a. mål C-380/98 *University of Cambridge*, punkterna 16 och 17, mål C-327/99 *Kommissionen mot Frankrike*, punkterna 41 och 42 samt mål C-470/99 *Universale-Bau m.fl.*, punkt 91.

raktären av en rekommendation. I momentet i fråga rekommenderas även att upphandlingen ordnas och genomförs på ett sätt som är förenligt med lagens ändamål. Det hör emellertid till de upphandlande enheternas prövningsrätt och ansvarsområde hur upphandlingen ordnas mest ändamålsenligt och vad upphandlingen ska omfatta.¹⁴⁶⁾

Utnyttjandet av de konkurrensmöjligheter som finns tillhanda sker i första hand genom att en anbudstävling ordnas. Värdet på upphandlingen avgör hur anbudstävlingen ska ordnas. Det är framförallt vid tolkningssituationer av lagen om offentlig upphandling som regeln om utnyttjandet av befintliga konkurrensmöjligheter tillämpas. Det kan vara fråga om tolkningen av en specifik lagregel eller sådana situationer, för vilken någon specifik lagregel inte finns. I rättspraxis har den upphandlande myndigheten eller enheten ansetts ha utnyttjat befintliga konkurrensmöjligheter då den handlat i enlighet med lagen om offentlig upphandling. Det är sålunda inte på den upphandlande myndighetens eller enhetens ansvar, som gjort en god anbudsförfrågan, att de företag som fått anbudsförfrågan inte alls lämnat något anbud. En tillräcklig konkurrenstävling kan anses ha skapats då anbudsförfrågan sänts till ett flertal leverantörer även om den endast lett till ett anbud, men enligt EU-domstolens rättspraxis är det å andra sidan även ett legitimt skäl att avbryta en upphandling som endast resulterat i ett enda anbud.¹⁴⁷⁾

En upphandling kan endast i vissa särskilda fall göras utan anbudstävling. I sådana fall kan det vara fråga om särskild brådska på grund av en oväntad händelse eller tekniska och ekonomiska orsaker som gör ordnandet av anbudstävling praktiskt omöjligt eller ekonomiskt olönsamt. Undantagen tolkas alltid snävt.

EU-domstolen har emellertid i bland annat två fall C-379/98 *Preussen Elektra* och C-448/01 *Wienstrom* fastslagit att det är förenligt med EU-rätten att man i offentlig upphandling hänvisar till att elektriciteten ska härstamma från förnyelsebara energikällor från

146) Se RP 108/2016, ss. 71–72.

147) Till exempel Marknadsdomstolen 48/04.

ett begränsat område i Tyskland och ytterligare inom företags försörjningsområde fastän en sådan hänvisning till tillverkningsprocesser kan anses ha en handelshindrande effekt och således även stå i strid med konkurrensprincipen. Hänvisningen är dock tillåten med tanke på hänsyn till miljön. Bestämmelsen i tysk lag om att elförsäljningsbolag bör köpa el från förnybara källor tjänade ett miljöskyddsändamål emedan minskningen av växthusgasutsläppen var en huvudorsak till klimatförändringen. Medlemsstaterna i EU hade kommit överens om att motverka klimatförändringarna. EU-domstolen refererade till kommissionens direktivförslag om s.k. ursprungscertifikat gällande förnyelsebara källor för el och utgjorde inte något hinder för dylik handel från ett begränsat område i Tyskland och ytterligare inom företags försörjningsområde från ett begränsat område i Tyskland. Det intressanta med de båda domarna är att EU-domstolen hänvisade till EU:s egen politik på området och till art. 36 i EU-fördraget, där fall då varors fria rörlighet kan hindras anges. Röster talar för att EU-domstolen motiverat miljöhänsyn och sociala hänsyn med allmänintresse i åtanke och därpåföljande möjliga handelshinder i stället för prioriterade politiska motiv.¹⁴⁸⁾

Upphandlingslagen i Finland innehåller ett antal regler som har till syfte att konkurrensen skall upprätthållas, såsom reglerna om annonsering, undantagsreglerna för annonsering, krav på antalet anbudsgivare som ska bjudas in till selektiv och förhandlad upphandling eller konkurrenspräglad dialog, tidsgränser för lämnandet av anbud och ansökningar och så vidare. Reglerna är dock enbart minimiregler, som nog främjar konkurrensen men inte är någon garanti för konkurrens. Det torde dock vara tillräckligt att lagens regler upprätthålls för att upphandlingar ska anses ha gått rätt till, men det går också att genom iakttagande av olika regler i lagen genomföra sådana upphandlingar som ej till fullo befrämjar konkurrensen på ett effektivt sätt.¹⁴⁹⁾

148) Se C-379/98 *Preussen Elektra* och C-448/01 *Wienstrom*. Se Falk 2014, ss. 391–392 och Hettne 2013:12, bilaga 12. Se även Caranta 2013:12, bilaga 13 och Kunzlik 2013:12, bilaga14. Se också Herler 2008, s. 118.

149) Se även Falk 2011 och 2014, ss. 505–508.

Det kan även förekomma en konflikt mellan ekonomisk effektivitet och olika inköpstekniska metoder för att skära ned på de administrativa kostnaderna, till exempel kan ramavtal som upphandlas gemensamt av flera upphandlande myndigheter leda till att konkurrensen minskar istället för att öka. Små eller medelstora företag förmår inte delta i sådana upphandlingar som gäller stora volymer på grund av minimiregler för kvalificering. Men upphandlingen av stora volymer på en gång behöver inte betyda lägre priser, eftersom anbudsgivarnas antal torde minska ifall det ställs krav på hög leveranskapacitet.¹⁵⁰⁾

När man talar om effektivitet i samband med lagstiftning bör man emellertid påminna sig om att begreppet effektivitet inte alls är entydigt utan kan förstås på olika sätt i olika sammanhang. Olika synvinklar på effektivitet förekommer till exempel vad gäller en leverantörs eller en upphandlande enhets effektiva verksamhet, på varu- eller tjänstemarknaden, för närvarande eller på lång sikt, i målinriktad verksamhet o.s.v. I upphandlingslagen eller i dess målsättningar definieras inte mer specifikt innehållet i den effektivitet som eftersträvas.¹⁵¹⁾

2.5. Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen härstammar från den tyska rätten och är också nu central i EU-rätten. I unionsfördraget (FEU) nämns principen i fråga i artikel 5. EU-domstolen har i

150) Se Falk 2011 och 2014, ss. 505–508.

151) Se Siikavirta 2015, ss. 40–49. Man kan önska att upphandlingar ska gå effektivt till, leda till ökad effektivitet eller en effektivt fungerande upphandlingsmarknad. Det är emellertid svårt att mäta effektivitet, till exempel kan det vara svårt att klargöra hur ikraftträdandet av upphandlingslagen påverkat kommunernas utgifter på lång sikt. I praktiken har effektiviteten på upphandlingsmarkanden mätts genom att bl.a. granska hur många anbud som kommer in och hur stor andel av upphandlingarna som konkurrensutsätts öppet. Antagandet är då att konkurrensen och marknaden fungerar bättre, ifall det förekommer flera företag och flera anbud. Gränsvärdet för hur många företag eller anbud som behövs för en effektiv konkurrens är emellertid oklart, fem eller sex stycken har nämnts i teorin, se bl.a. Edwardsson & Moius 2009, ss. 43–44.

sin rättspraxis tydliggjort principens innehåll med tre kriterier som utgångspunkt: åtgärden ska vara lämplig, den ska vara nödvändig och den ska stå i proportion till syftet.¹⁵²⁾ Principen riktar in sig på förhållandet mellan mål och medel. Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven i upphandlingsförfarandet är proportionella i relation till den målsättning som uppställts. Således bör man vid uppsättning av kraven ta i beaktande projektets karaktär, värde och omfattning. Likaledes bör de krav som gäller anbudets innehåll eller villkoren för anbuds-förfarandet stå i rätt proportion till kvaliteten på projektet. I krävande och omfattande tjänstepphandlingar eller byggtreprenader kan man följaktligen ställa högre krav än i mindre och enklare upphandlingar. Proportionalitetsprincipen har i rättspraxis ansetts innebära att man också beaktar måttlighet i uppsättandet av krav och att man inte till exempel går utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen.¹⁵³⁾ Krav som är alltför långtgående och som inte har en tydlig och affärs-mässig anknytning till kontrakt-föremålet har också tolkats strida mot proportionalitetsprincipen.¹⁵⁴⁾ Om också till exempel vissa leverantörer i kvalificeringsskedet anses klara av att genomföra ett upphandlingskontrakt på sina ekonomiska meriter, finns det ingen orsak att igen vid anbudsutvärderingen utvärdera deras ekonomiska kapacitet.

Enligt Mäenpää kan proportionalitetsprincipen uppdelas i tre grundelement; 1) sakenligheten, effektiviteten och lämpligheten av åtgärden i förhållande till målsättningen, 2) nödvändigheten och oundgängligheten särskilt med tanke på objektets förmåner och rättigheter samt 3) proportionalitet mellan mål och medel. I svensk rätt förekommer en motsvarande systematisering enligt Bernitz. Det att systematiseringarna motsvarar varandra

152) Se Raitio 2010, ss. 285–290, Kulla 2014, ss. 117–118. Se även t.ex. Pellonpää 2007, ss. 260 och 572 och Ojala 2011, s. 78 samt Herler 2008, ss. 319–322 om proportionalitetsprincipen.

153) T.ex De Búrca 1993, s. 146. Även Bernitz 2011, s. 24–25, Rosas & Armati 2012, kapitel 3 och Sundstrand 2013c, ss. 74–76. Se även Hettne 2008, ss. 132–135 och Kulla 2014, ss. 115–118 om proportionalitetsprincipen.

154) Se Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 86–87. Kraven kan gälla både kvalificeringskriterierna och utvärderingskriterierna.

har sin grund i EU-rätten, där en liknande uppdelning av proportionalitetsprincipen lagts fram.¹⁵⁵⁾

I målet C-234/03 *Contse m.fl.* i EU-domstolen som gällde utförandet av tjänster, ställdes som villkor för deltagande i anbudsgivningen att anbudsgivaren borde förfoga över åtminstone en lokal som skulle vara öppen för allmänheten minst 8 timmar om dagen, 5 dagar i veckan och med öppethållningstider förmiddagar och eftermiddagar i huvudstaden i den aktuella provinsen. Då kravet skulle vara uppfyllt redan innan anbudet hade inlämnats var det fråga om ett kvalificeringsvillkor och inte ett kontraktstvillkor. Skillnaden mellan dem ligger däri att kvalificeringsvillkor bör uppfyllas före själva anbudsgivningen och kontraktstilldelningen, medan kontraktstvillkor kan uppfyllas efter att kontraktet skrivits under. Kravets syfte var att skydda allmänheten. Enligt EU-domstolen var det dock tillräckligt att den vinnande leverantören anskaffade en lokal efter att kontraktet tilldelats. Kravet på innehavandet av lokal vid avgivande av anbud var därmed oproportionerligt.¹⁵⁶⁾

Det bör finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna bör naturligtvis också vara avsedda att uppnå det mål som eftersträvas. Proportionalitetsprincipen kan tillämpas även då man bedömer konkurrensskyldigheter och nationella tröskelvärden. I motiveringarna till den finländska lagen betonas också proportionalitetsprincipen vad gäller erbjudandet av möjligheter att komplettera anbudet för anbudsgivare som uppfyller kraven. Att utesluta ett anbud från anbudstävlingen på grund av smärre brister är inte förenligt med proportionalitetsprincipen. Den

155) Se Mäenpää 2001, s. 214 och 2003, s. 169 samt Bernitz 2002, s. 42.

156) Mål C-324/03 *Contse m.fl.* (REG 2005, s. I-9315). Se även Sundstrand 2013b, ss. 209–210. Se även de svenska målen Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3969-02 och Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6065-04. Se även Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 492–494.

upphandlande myndigheten rekommenderas i sådana situationer be anbudsgivaren komplettera sitt anbud.¹⁵⁷⁾ Enligt ett yttrande från den svenska nämnden för offentlig upphandling (NOU) innebär proportionalitetsprincipen också att det men som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte är oproportionerligt i förhållande till nyttan för den upphandlande myndigheten/enheten.¹⁵⁸⁾

I det enskilda fallet kan frågor om proportionalitet naturligtvis leda till svåra avvägningsfrågor. Några generella råd om vad som är tillåtet eller inte är därför omöjliga att ge. När man undersöker en viss bransch kan det vara möjligt att underlätta tillämpningen genom att peka ut sådana faktorer som kan vara av betydelse för att bedöma proportionaliteten i det enskilda fallet.

Till exempel vid bedömningen av om miljökraven som ställs vid en upphandling är proportionerliga måste man klargöra om de medel som man tänker vidta är proportionerliga i förhållande till de mål som man syftar till att uppnå.¹⁵⁹⁾ Samtidigt måste även miljömålen i den egna organisationens miljöpolicy klarläggas, till exempel hurdana mål som där förekommer och huruvida regionala, nationella eller internationella miljömål kan sammankopplas till miljökravet i fråga. Därefter kan en bedömning göras huruvida miljökravet som ställs är proportionellt i förhållande till målet.¹⁶⁰⁾

I det svenska målet RÅ 2010 ref. 78 gällde frågan huruvida ett landsting vid en upphandling av suturer hade rätt att i förfrågningsunderlaget ställa som krav att suturerna inte

157) T.ex. HFD 22.4.2004. Se även Eskola & Ruohoniemi 2007, s. 274 och Pekkala & Pohjonen 2015, s. 417.

158) Se NOU dnr 2005/0088-29. Se även mål C-55/94 *Gebhard* och avsnitt 6.6. nedan.

159) Se Miljöstyrningsrådet 2004, ss. 141–142. Se även Määttä & Voutilainen 2017, ss. 133-134 Till exempel i 95 § 4 pt UpphL stadgas att om man i upphandlingen beaktar konstnader som orsakas av externa miljöfaktorer, så ska de uppgifter som krävs för beräkningen av kostnaderna kunna tillhandahållas med rimliga ansträngningar av normalt omdömesgilla leverantörer.

160) Se *ibid.*

innehöll ett visst ämne.¹⁶¹⁾ Jämtlands läns landsting hade vid en upphandling av suturer och kirurgiska stapler i förfrågningsunderlaget angett som ett obligatoriskt tekniskt krav, under rubriken ”miljökrav”, att produkten skulle vara fri från tillsats av ämnet triclosan. Triclosan är ett ämne som klassas som miljöfarligt och har en miljöpåverkan samt är giftigt för vattenlevande organismer. Bolaget som tillverkade suturerna som innehöll ämnet triclosan ansökte hos länsrätten i Jämtlands län om överprövning av den upphandling som landstinget skulle genomföra (2007:1091). Bolaget ansåg att landstingets miljökrav stod i strid med den centrala proportionalitetsprincipen. Länsrätten ansåg att man med proportionalitetsprincipen i detta hänseende ska förstå att de åtgärder som den upphandlande myndigheten vidtar i något hänseende inte kan gå utöver vad som kan anses nödvändigt för att man ska få vad man eftersträvar. Ett rimligt förhållande mellan de mål som eftersträvas och de åtgärder som vidtas bör således förekomma. Miljökravet som landstinget uppställt ansåg länsrätten inte vara oproportionerligt och inte heller ansåg man att principen om likabehandling skulle ha åsidosatts, såsom bolaget även hade hävdad, eftersom bolaget inom sitt sortiment haft möjligt att också erbjuda suturer som inte innehöll ämnet triclosan. Länsrätten avslog följaktligen bolagets yrkande.

Bolaget överklagade länsrättens dom till kammarrätten. Kammarrätten i Sundsvall, konstaterade i sitt yttrande 2009-11-30 att den upphandlande myndigheten har en långtgående frihet att bestämma vilka krav som ska ingå i upphandlingsförfarandet, förutsatt att kraven är förenliga med de gemenskapsrättsliga principerna. Det miljökrav som Jämtlands läns landsting hade uppställt medförde i praktiken att en produkt, som i funktionshänseende är likvärdig med andra produkter på marknaden, helt utestängs från upphandlingen. För att miljökravet ska vara förenligt med proportionalitetsprincipen, förutsätts det att det är lämpligt och effektivt i förhållande till syftet, att det inte förekommit mindre ingripande alternativ och att den miljövinna som följer av kravet är proportionerligt till den konkurrensinskränkning och den skada som åsamkas leverantören. Kammarrätten

161) RÅ 2010 ref. 78. Se även mål C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE mot Venizeleio-Pananeio* (PE.S.Y.KRITIS), där saken gällde anskaffning av medicintekniska produkter försedda med CE-märkning vid ett sjukhus.

ansåg följaktligen att landstingets miljökrav inte framstod som ett lämpligt och effektivt sätt att uppnå det eftersträvade syftet och att det stred mot proportionalitetsprincipen.

Jämtlands läns landsting överklagade domen till Regeringsrätten (nuvarande HFD). Bolaget som tillverkade suturerna bestred överklagandet. Regeringsrätten utgick i sin bedömning, liksom Kammarrätten, från att den upphandlande myndigheten har stor frihet att bestämma föremålet för en upphandling. När den upphandlande myndigheten sedan ställer miljökrav bör de vara kopplade till det som ska upphandlas, med andra ord avse och påverka just den efterfrågade produkten. Ett krav som innebär att produkten av miljöskäl inte får innehålla ett visst ämne har en dylik koppling. Men de krav som den upphandlande myndigheten ställer, får inte stå i strid med principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster samt även till andra delar överensstämna med unionsrätten. Regeringsrätten bedömning var att landstingets krav att suturerna, som skulle upphandlas, skulle vara fria från ämnet triclosan, var objektivt utformat och icke-diskriminerande. Kravet var inte heller godtyckligt eller osakligt. Kammarrättens dom upphävdes därmed.

Domslutet kan kritiseras bland annat eftersom man inte prövade huruvida kravet på suturer fria från triclosan var ägnat att säkerställa att det mål som eftersträvades också uppnåddes, eller huruvida kravet gick utöver vad som var nödvändigt för att uppnå målet. Det är viktigt att göra en proportionalitetsbedömning för att kunna avgöra om krav på föremålet för en offentlig upphandling kan anses förenliga med möjligheterna till undantag från de grundläggande friheterna. Regeringsrättens slutsats att kravet var förenligt med EU-rätten kan därmed kritiseras då domstolen inte påvisar vilken rättslig grund som kravet på föremålet anses vara en godtagbar inskränkning av de grundläggande friheterna.¹⁶²⁾ Exempelvis framkom av EU-domstolens dom i mål C-55/94 *Gebhard* beaktande av rätten att idka yrkesverksamhet i en annan medlemsstat. För att krav och kriterier ska vara förenliga med EU-rätten krävs alltså det att de uppfyller proportionalitetsprincipens

162) Se också Sundstrand 2012, ss. 155–156.

två krav: de ska säkerställa att det mål som man eftersträvar med dem också uppnås och de bör inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det mål som eftersträvas.¹⁶³⁾

2.6. Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande kan anses omfattas av eller behandlas vid sidan av principen om icke-diskriminering. Principen om ömsesidigt erkännande betyder till exempel att en medlemsstats myndigheter är skyldiga att erkänna och godkänna handlingar och dokument som behöriga myndigheter i andra EU-medlemsländer utfärdat. Den upphandlande myndigheten och enheten kan inte till exempel ställa som krav att en leverantör från utlandet bör ha en särskild finländsk utbildning, utan det bör räcka att leverantören har en motsvarande utbildning från sitt hemland.¹⁶⁴⁾

I enlighet med principen om ömsesidigt erkännande ska den upphandlande myndigheten och enheten godkänna utländsk dokumentation, såsom intyg, certifikat och examensbevis, för att bl.a. styrka kvalifikationskrav då dokumentationen utfärdats av behöriga organ i andra EU-medlemsländer, till exempel vad gäller miljöskydd eller rättvisemärkning av varor. Med kvalifikationskrav avses då de krav som specifikt ställs på leverantören och som avser dennes ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Endast de anbud och de anbudsgivare som uppfyller kvalifikationskraven får gå vidare till anbudsutvärderingen. Principen om ömsesidigt erkännande gäller även tillverkning, marknadsföring, saluföring och import av produkter. Ett av EU-domstolens mest grundläggande avgöranden anses ha sin bakgrund i målet C-120/78 *Rewe Zentral (Cassis de Dijon)* där nationella regler i Tyskland gällande alkoholhalten i likör utgjorde ett handelshinder. Medlemsstaten Tyskland hade genom sitt regelverk ensidigt fastställt en lägsta alkoholhalt, 25 %, som ett villkor för saluföring av vissa alkoholhaltiga drycker, vilket utgjorde ett hinder

163) Se bl.a. mål C-55/94 *Gebhard*, punkt 37. Se även Rosén-Andersson et al 2015, ss. 368–370.

164) Se Pedersen 2011, ss. 35–36. Enligt Bernitz 2011, s. 26 tillämpar EU alltmer principen om ömsesidigt erkännande i situationer där det ställs särskilda krav på utbildning, kompetens eller seriositet.

för handeln inom gemenskapen och var oförenligt med artikel 30 i EEG-fördraget. Principen om ömsesidigt erkännande följer friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 56 i EUF-fördraget. Det fanns således inget giltigt skäl att hindra att alkoholhaltiga drycker, som lagligen har framställts och saluförts i en medlemsstat, importeras till de andra medlemsstaterna. Mot avsättningen av dessa produkter kunde inte göras gällande ett rättsligt förbud mot att saluföra drycker med en lägre alkoholhalt än den som föreskrivs i nationell lag och fick inte vägras tillträde till andra medlemsländers marknader om det inte kunde motiveras av tvingande hänsyn.¹⁶⁵⁾ Principen förekommer numera även i upphandlingsdirektiven.¹⁶⁶⁾ Principen om ömsesidigt erkännande medför också att EU-medlemsländerna bör behandla varor från övriga medlemsländer på motsvarande sätt som inhemska varor. Medlemsländerna får inte heller införa sådana regler som i praktiken innebär hinder mot den fria rörligheten, ifall det inte i unionsrätten förekommer sakligt grundade skäl för det. Principen om ömsesidigt erkännande omfattar även skyldigheten för en medlemsstat att acceptera varor och tjänster producerade i andra medlemsstater, särskilt om tjänsterna är likvärdiga med inhemska tjänster, såsom avgörandet i EU-domstolens dom i målet C-279/80 *Webb*. Frågan gällde att medlemsstaten enligt principen tar hänsyn till de krav på dokumentation, säkerhet, bevis, intyg och kvalifikationer som den som tillhandahåller tjänsten redan har uppfyllt för att få utöva sin verksamhet i den medlemsstat i vilken han är etablerad.¹⁶⁷⁾

Ibland används principen om ömsesidigt erkännande synonymt med *ursprungslandsprincipen*, men en åtskillnad bör göras mellan de två principerna.¹⁶⁸⁾ Principen om ömsesidigt erkännande utgör en presumtion som tillåter att värdländerna i en del fall kan stoppa vissa varor eller tjänster genom att tvingande hänsyn åberopas. Ursprungslandsprincipen är

165) Se rättsfall C-120/78, *Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*, punkt 8. Se Ojanen 2004, s. 132 och Streng 2010, ss. 6, 66.

166) Se artikel 42 direktiv 2004/18/EG och artikel 52 direktiv 2004/17/EG samt artiklar 18 och 19 direktiv 2014/24/EU. Se även RP 108/2016, 3 § och ss. 74–75.

167) Se rättsfall C-120/78, *Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*, punkt 14 och C-279/80 *Webb*. Se även Sundstrand 2011, ss. 47–48. Se Bruun 1998, s. 227.

168) Se t.ex. Bernitz & Kjellgren 2010, ss. 384–385.

mer långtgående och krävs att värdländerna alltid i princip bör tillåta varor och tjänster som godtagits i ursprungslandet eller hemlandet. I denna betydelse tillämpas ursprungslandsprincipen enbart inom sådana områden där lagstiftningen uttryckligen kräver det, såsom t.ex. gällande bank- och försäkringstjänster eller TV-sändningar.¹⁶⁹⁾

2.7. Ekonomiska principer

2.7.1. Prismässigt sett billigast och ekonomiskt sett mest fördelaktigt

Enligt 2 § i den finländska lagen om offentlig upphandling från 2007 ska upphandlingen ske möjligast förmånligt. Det anbudet ska väljas som a) är totalt sett mest fördelaktigt enligt de jämförelsekriterier som gäller för objektet för upphandlingen, eller b) är prismässigt sett billigast. Principen om jämlik och icke-diskriminerande behandling av anbudsgivarna förutsätter att anbudsgivarna på förhand vet på vilka grunder valet av anbud sker och enligt vilka kriterier man bedömer vilket anbud som totalt sett är mest förmånligt. Den upphandlande myndigheten eller enheten bör följaktligen i upphandlingsannonsern och anbudsförfrågan meddela vilket urvalskriterium den avser använda och vid användning av kriteriet totalt sett mest fördelaktigt också ange de jämförelsekriterier den använder i sin bedömning. Ifall den upphandlande myndigheten eller enheten i upphandlingsannonsern och anbudsförfrågan inte meddelat de urvalskriterier man avser använda, bör man välja det anbud som prismässigt sett är billigast.¹⁷⁰⁾ Fastän betydelsen av kriteriet totalekonomiskt mest fördelaktigt har ökat, är ändå kriteriet *prismässigt sett billigast* ännu mest central i upphandlingsprocessen. Vid behandlingen av upphandlingslagen i riksdagen, framfördes åsikter om att man helt skulle avstå från kriteriet prismässigt sett

169) Se *ibid.*

170) Se Ukkola 2011, ss. 328–330. Se också HFD:2010:69, där HFD tolkade snävt jämförelsegrunderna enligt den gamla upphandlingslagen (1505/1992). Se Eskola et al 2017, s. 381, Siikavirta 2015, s. 156 och Pekkala & Pohjonen 2015, ss. 455, 487.

billigast i den nya lagen och att det skulle bli obligatoriskt med kvalitetskriterier i framförallt upphandlingen av social- och hälsovårdstjänster.¹⁷¹⁾ Formuleringen i lagen blev dock inte enligt detta, men i varje fall håller både anbudsgivare som själva upphandlingsenheterna inom vissa sektorer att stegvis övergå från en priscentrerad policy till en mer kvalitetscentrerad linje.

För att kunna behandla anbudsgivarna på ett jämlikt och icke-diskriminerande sätt som lagen förutsätter, är det ytterst viktigt att anbuderna är jämförbara med varandra. Av den anledningen förutsätts också i stadganden om anbudsförfrågan i lagen att den upphandlande myndigheten eller enheten gör anbudsförfrågan på ett så klart sett att anbudsgivarna på basis av anbudsförfrågan kan ge entydiga och med varandra jämförbara anbud. Ur anbudsgivarnas synvinkel innebär detta å sin sida att anbudet bör göras genom att noggrant följa de anvisningar som ges i anbudsförfrågan.¹⁷²⁾ Högsta förvaltningsdomstolen i Sverige har även i en dom uttalat att ett förfrågningsunderlag bör vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av det kan avgöra vad den upphandlande myndigheten/enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.¹⁷³⁾

Kriteriet prismässigt sett billigast är inte entydigt, trots att man kan påstå att pris borde vara det enklast jämförbara elementet i anbudstävlingen och i jämförelsen av anbuderna. De pris som anbudsgivarna meddelar sätts i en inbördes ordning och det anbud som får det lägsta värdet, d.v.s. det som är det billigaste alternativet får flest poäng eller utses till vinnare på annat sätt. Prisets betydelse varierar betydligt beroende på upphandlingsobjektet och kvaliteten. I vissa tjänsteupphandlingar kan priset ha en klart mindre betydelse än i till exempel vissa upphandlingar av råvaror.¹⁷⁴⁾

171) Ukkola 2011, ss. 328–330.

172) I upphandlingar som överskrider EU-tröskelvärdena tillämpas kraven på anbudsförfrågan i enlighet med 40 § finländska lagen om offentlig upphandling och på upphandlingar enligt de nationella tröskelvärdena 69 §. Kraven är till sitt innehåll likalydande i båda stadganden.

173) Se RÅ 2002 ref. 50.

174) Bl.a. Parikka & Pöykkylä 2010, ss. 3–4.

Anbudsgivaren kan alltid i sitt anbud meddela priset på vilket sätt som helst, förutsatt att det uppfyller kraven i anbudsförfrågan. Den upphandlande myndigheten eller enheten är däremot alltid bunden till prisets slutgiltighet, vilket betyder att den inte i efterhand kan pruta på de pris som anbudsgivarna angivit. Anbudsgivarna å sin sida får ändra sina pris endast om anbudsförfrågan ändras på så sätt att någon vara eller tjänstehelhet tas bort från anbudsförfrågan. I en sådan situation är anbudsgivarna berättigade att ändra sina anbud i enlighet med de ändringar som den upphandlande myndigheten eller enheten gjort. Man kan dock inte be anbudsgivarna att ändra sina anbud enbart på grund av att den summa pengar som den upphandlande myndigheten eller enheten reserverat för upphandlingen inte räcker till för att förverkliga den.¹⁷⁵⁾

Priset skiljer sig från andra jämförelsekriterier i det att dess betydelse bör alltid vara ekonomisk, det vill säga vid en prisjämförelse så ska det lägsta priset vara det som vinner. De övriga jämförelsekriterierna behöver inte ha direkt ekonomisk betydelse för den upphandlande myndigheten eller enheten.

För att utveckla den offentliga upphandlingens fulla potential ansåg Europaparlamentet i en icke-bindande resolution om modernisering av den offentliga upphandlingen att kriteriet lägsta pris inte längre bör vara det avgörande kriteriet för kontraktstilldelningen och att det generellt sett bör ersättas av kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med avseende på ekonomisk, social och miljömässig nytta, med hänsyn tagen till kostnaderna under de aktuella varornas, tjänsternas eller byggnadsarbetenas hela livscykel. Vidare betonar man att detta inte skulle utesluta att det lägsta priset används som ett avgörande kriterium när det gäller mycket standardiserade varor eller tjänster. Parlamentet uppmanade EU-kommissionen att i nära samarbete med medlemsstaterna utveckla en metod för fastställandet av livscykelkostnader på bred och icke-obligatorisk bas. Stöd för

175) Se mer därom MD 290/05, 22/06 och 421/08.

kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle främja innovation och ansträngningar för att uppnå bästa möjliga kvalitet och värde för pengarna. Parlamentet framhöll också att reglerna för offentlig upphandling bör vara tillräckligt flexibla för att garantera att passiva konsumenter, till exempel på sjukhus, inom äldreomsorgen och på skolor och daghem, har samma tillgång till hälsosam och prisvärd mat som andra konsumenter och inte tvingas nöja sig med det tillgängliga alternativ som är billigast.¹⁷⁶⁾

I enlighet med 93 § UpphL ska det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga väljas. Ekonomiskt mest fördelaktigt är det anbud som för den upphandlande enheten har det lägsta priset, är kostnadsmässigt mest fördelaktigt eller har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Om den upphandlande enheten vid annan upphandling än varuupphandling använder endast det lägsta priset som kriterium för vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt ska den ange skälen till detta i upphandlingsdokumenten, i upphandlingsbeslutet eller i den särskilda rapporten om upphandlingsförfarandet.¹⁷⁷⁾

Enligt 93 § UpphL stadgas att den upphandlande enheten kan bestämma sådana jämförelsegrunder angående förhållandet mellan pris och kvalitet som gäller kvalitativa, sociala eller miljöspekter, miljöaspekter eller innovativa egenskaper. Kvalitetskriterier kan vara tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, tillgänglighet, utformning med tanke på samtliga användares behov, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, underhåll samt leveransdag, leveranstid eller tid för fullgörande samt andra leveransvillkor. Den upphandlande enheten kan beakta även kvalifikationerna och erfarenheterna hos samt organisationen av den personal som utses

176) Se Europaparlamentets resolution *Modernisering av offentlig upphandling* Europaparlamentets resolution av den 25 oktober 2011 om modernisering av offentlig upphandling (2011/2048(INI) Europeiska unionens officiella tidning nr C 131 E , 08/05/2013, ss. 25–34. Se även Arrowsmith 2014, ss. 795-797.

177) Se RP 108/2016, s. 346. Se även utlåtande från Reilu kauppa ry - Fairtrade Finland om RP 108/2016, där man anser att man från den föreslagna 93 § ska ta bort skrivelsen enligt vilken som grund för det totalekonomiskt mest fördelaktiga priset kan användas enbart lägsta priset eller kostnadsmässigt mest fördelaktiga alternativet. Detta pga att om enbart priset eller den tekniska kvaliteten betonas så innebär det att då man införskaffar varor från s.k. riskländer så ger man konkurrensfördelar åt varor som är producerade i dåliga arbetsförhållanden.

att fullgöra upphandlingskontraktet, om kvaliteten på den personal som utses på ett betydande sätt kan påverka fullgörandet av upphandlingskontraktet.

Den upphandlande enheten kan även ange kostnadselementen i förhållandet mellan pris och kvalitet i form av ett fast pris eller en fast kostnad på så sätt att anbudsgivarna konkurrerar enbart i fråga om kvalitetskriterier.¹⁷⁸⁾

I artikel 68 i EU-direktivet (2014/24/EU) om offentlig upphandling sägs sedan att livscykelkostnader kan omfatta följande kostnader under en produkts eller en tjänsts livscykel:

- a) interna kostnader, inklusive kostnader för förvärv, t.ex. produktionskostnader, användning, t.ex. energiförbrukning och underhållskostnader samt kostnad för avyttring, t.ex. insamlings- och återvinningskostnader, och
- b) externa miljökostnader som är direkt kopplade till livscykeln, under förutsättning att de kan ges ett penningvärde och kontrolleras. Sådana externa kostnader kan innefatta kostnader för utsläpp av växthusgaser och andra förorenande ämnen samt andra klimatanpassningskostnader.

När den upphandlande myndigheten sedan bedömer kostnaderna för att använda en livscykelkostnadsbedömning, ska den ange den metod som används för bedömningen av livscykelkostnaderna i upphandlingsdokumenten. Den metod som används bör uppfylla samtliga följande villkor:

- a) Den ska ha utarbetats på grundval av vetenskaplig information eller grundas på andra objektivt verifierbara och icke-diskriminerande kriterier.
- b) Den ska ha utvecklats för upprepad eller löpande användning.
- c) Den ska vara tillgänglig för alla berörda parter.

¹⁷⁸⁾ Se *ibid.*

De upphandlande myndigheterna ska tillåta ekonomiska aktörer, även sådana från tredje länder, att tillämpa andra metoder för att fastställa sina anbuds livscykelkostnader, förutsatt att de visar att metoden i fråga är förenlig med de gällande kraven.¹⁷⁹⁾ I 95 § UpphL ingår stadganden om livscykelkostnader i enlighet med direktivet.¹⁸⁰⁾

Miljöutskottet lyfter även fram i sitt utlåtande 20/2016 om RP 108/2016 att den nya stadgan om livscykelkostnader behövs och främjar ibruktagandet av hållbara cleantech-lösningar. Även enligt Statsrådets principbeslut om främjandet av energi-, miljö- och cleantech-lösningar vid offentliga upphandlingar ska man vid offentliga upphandlingar främja hållbarhetskriteriet.¹⁸¹⁾ Cleantech-lösningar är lösningar som är effektiva till sina miljöeffekter och bättre ur livscykelssynpunkt än andra typiska alternativ. Vid cleantech-upphandlingar är det fråga om köp av varor och tjänster som nyligen kommit på marknaden. Detta innebär att de är nya eller åtminstone annorlunda än de upphandlade varorna eller tjänsterna som tidigare gjorts. Cleantech-lösningar har en stark koppling till innovativa upphandlingar ur ett brett perspektiv, då de är en del av strategisk upphandling, med vilken man vill sträva till en resurseffektiv, konkurrenskraftig och mer miljövänlig ekonomi, vilket sedan kan resultera i en hållbar tillväxt.¹⁸²⁾

Att ställa miljökrav i offentlig upphandling kan i huvudsak motiveras med att den offentliga sektorn vill öka den samhällsekonomiska effektiviteten, dvs. att effektivitetsskålet är dominerande. Det är ett faktum att många konsumtions- eller produktionsprocesser ger

179) Artikel 68 direktiv 2014/24/EU. Det svenska Lagrådet 2016, s. 121 anser emellertid i sitt remissvar att det är oklart vad som avses med de olika skeden som en vara, tjänst eller ett byggnadsverk genomgår. I synnerhet behövs ett klargörande gällande tjänster.

180) Se RP 108/2016, s. 347. Förvaltningsutskottet anser i sitt utlåtande 44/2016 att stadgan om beaktandet av livscykelkostnader borde vara förpliktande vid jämförelse av anbud och deras totalekonomiska fördelaktighet. I den sv. propositionen 2015/16:195, del 2, ss. 73–74 framhålls att beaktandet av livscykelkostnader både kan leda till minskade kostnader för det allmänna och mindre miljöpåverkan, samt att användningen av funktionsbaserade miljökrav kan stimulera utvecklingen av innovativa lösningar.

181) Se Statsrådets principbeslut om främjande av energi-, miljö- och cleantech-lösningar vid offentliga upphandlingar, 13.6.2013 och Pesu & Suhonen 2016, ss. 522-530.

182) Se *ibid.*

upphov till påverkan av olika slag, så som hårdhänt exploatering av naturområden, utsläpp som har negativ miljö- eller hälsopåverkan, t.ex. cancerframkallande ämnen eller svavel- och kväveoxider som bidrar till försurning av sjöar och skogar. I frånvaro av offentliga ingrepp tenderar de enskilda producenterna eller konsumenterna att inte i tillräcklig grad beakta sådan påverkan när de göra sina konsumtions- och produktionsbeslut, med allvarliga störningar som följd. En samhällsekonomiskt ineffektiv resursanvändning uppstår. För att hantera sådana negativa externa effekter griper det offentliga in på olika sätt för att förmå producenter och konsumenter att beakta problemet.¹⁸³⁾

Genom att ställa miljökrav i offentliga upphandlingar kan man även styra aktörer inom den offentliga sektorn till att gynna återvinningsekonomiska verksamhetsmodeller.¹⁸⁴⁾ Vid inköp av t.ex. varaktiga konsumtionsnyttigheter kan de offentliga upphandlande enheterna styras till att gynna tjänstebaserade modeller istället för direkta varuinköp. Bland annat belyningsanordningar, lastflak och diverse arbetsmaskiner kan införskaffas som tjänster istället för som varor. När varaktiga konsumtionsnyttigheter införskaffas som tjänster, torde leverantören ofta ha en stark vilja att satsa på hållbarhet och materialeffektivitet. Tjänsteavtalen kan även möjliggöra bl.a. en återanvändning av maskinerna i fråga, att återvinningsbara delar tillvaratas och att maskinparken förnyas på ett flexibelt sätt då det uppkommer mer miljövänliga eller mer energieffektiva alternativ. I situationer då det inte är möjligt att upphandla ifrågavarande tjänster, kan man av leverantörerna kräva en plan gällande återanvändning och återvinning av delar och material.

När det gäller ambitionerna att ta sociala hänsyn i anskaffningen behöver orsaken inte huvudsakligen vara en strävan efter ökad samhällsekonomisk effektivitet. I stället dominerar oftast jämlikhets- eller rättvisemotivet och en vilja att agera moraliskt och etiskt riktigt, någonting som också kan sägas gälla för de allra flesta miljöbetingade insatserna.

183) SOU 2013:12, s. 388. Se även Kulla 2014, ss. 10, 76 om effektivitetskrav inom förvaltningen.

184) Se bl.a. Keronen 2016, s. 2.

Dessa skillnader i motiv har bland annat den implikationen att miljöanpassad upphandling respektive socialt ansvarsfull upphandling i grunden har delvis olika mål eller syften. Den upphandlande myndigheten eller enheten måste vara klar över vad det är man vill uppnå genom de krav man formulerar.¹⁸⁵⁾

2.7.2. Tillåtna jämförelsekriterier för urvalskriteriet ”totalt sett mest fördelaktigt”

När den upphandlande myndigheten eller enheten som urvalskriterium använder ”totalt sett mest fördelaktigt” har den rätt omfattande möjligheter att avgöra på vilka grunder man ska bedöma vilket anbud som totalt sett är mest fördelaktigt. I 93 § UpphL räknas i enlighet med upphandlingsdirektiven upp exempel på kriterier som kan användas för både EU-upphandlingar och nationella upphandlingar, såsom kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, underhållsservice, leveransdag, leveranstid eller tid för fullgörandet eller livscykelkostnader.¹⁸⁶⁾ Nämnas bör att kriterierna är mycket allmänna till sin utformning och kräver tilläggs-specifikationer i de flesta fall. I RP 108/2016 framhålls även att beaktandet av livscykelkostnader kan ge de upphandlande enheterna mera handlingsmöjligheter vid upphandlingsförfaranden. Å ena sidan kan de nya bestämmelserna generera kostnadsbesparingar i upphandlingspriserna men å andra sidan förutsätter de även upphandlingsutveckling, utbildning och högre kompetensnivå.¹⁸⁷⁾

185) Se *ibid.*

186) Se också bl.a. rättsfall fi. Marknadsdomstolen MD:399/12 där frågan om möjligheten att ställa sociala och miljömässiga hänsyn var aktuell.

187) Se RP 108/2016, s. 50. I den svenska lagrådsremissen till nytt regelverk om offentlig upphandling framhålls också att beaktandet av livscykelkostnader både kan leda till minskade kostnader för det allmänna och mindre miljöpåverkan, samt att användningen av funktionsbaserade miljökrav kan stimulera utvecklingen av innovativa lösningar, se sv. Lagrådsremiss 2015 *Nytt regelverk om offentlig upphandling*, s. 962 och 4 § sv. prop. 2015/16:195.

Fastän det är möjligt för de upphandlande myndigheterna eller enheterna att ställa kriterier i anbudsfrågan som specifikt belönar miljö- och sociala hänsyn, så har det visat sig att till exempel användningen av miljökritierier som en del av urvalskriteriet totalekonomiskt mest fördelaktigt inte utgör någon garanti för att de upphandlande myndigheterna eller enheterna ska ha framgång med att implementera de miljövänliga alternativen eller med att belöna miljövänligheten i de olika anbuden på ett jämlikt sätt.¹⁸⁸⁾ Enligt den LCA-undersökning som Parikka-Alhola & Nissinen gjorde visade det sig ytterligare att skillnaderna i miljömässiga hänsynen mellan de konkurrerande anbuden inte var så stora som de upphandlande myndigheterna eller enheterna upplevde.¹⁸⁹⁾ I den faktiska upphandlingssituationen antog de upphandlande myndigheterna eller enheterna också att anbuden erbjöd mer miljömässiga hänsyn än de i verkligheten gjorde. Den primära målsättningen inom mycken offentlig upphandling har nämligen varit att få så högkvalitativa varor och tjänster som möjligt till lägsta möjliga kostnader, och då har andra kriterier, såsom miljö- och sociala hänsyn, fått vika undan eller anpassats till priskriteriet. Detta har varit och är fortsättningsvis en ekvation som oftast inte går ihop.¹⁹⁰⁾

2.8. Principen om hållbar utveckling

Principen om hållbar utveckling nämns inte explicit i samband med de andra principerna, men på basis av flera källor till upphandlingslagarna så kan man gott påstå att principen är viktig att beakta i upphandlingar.¹⁹¹⁾ I enlighet med artikel 37 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna ska ”en hög nivå i fråga om miljöskydd och förbättring av miljöns kvalitet integreras i unionens politik och tryggas i enlighet med principen om hållbar utveckling”.¹⁹²⁾

188) Parikka-Ahola & Nissinen 2012, ss. 43–80. Se även mer i kap. 4, 5 och 6.

189) Parikka-Ahola & Nissinen 2012, ss. 43–80, LCA= Life Cycle Impact Assessment.

190) Se t.ex. sv. proposition gällande ökad miljöhänsyn i EU:s läkemedelslagstiftning 2013/14:39.

191) Jämför även principen om hållbar utveckling i finska kommunallagen 1.3. §, enligt vilken kommunen ska sträva efter att främja sina invånares välfärd och en hållbar utveckling inom sitt område.

192) Se Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, art. 37. (210/C 83/02).

Man har försökt främja utnyttjandet av miljö-, sociala- och etiska hänsyn i upphandlingarna genom bl.a. EU-kommissionens rekommendationer, men eftersom lagstadgade regler om dessa hänsyn saknas, så har EU-domstolen ofta varit tvungen att klargöra principernas innehåll i sin rättspraxis. I enlighet med rättspraxis har det varit möjligt att använda sig av också krävande jämförelsekriterier, med vilka man vill främja en hållbar utveckling.

Såsom exempel kan nämnas rättsfallet C-513/99 *Concordia Bus mot Helsingfors trafik och Helsingfors stad*, där domstolen ansåg att man som jämförelsekriterium också kan ha annat än något som ger direkt ekonomisk nytta, ifall det är förenligt med gemenskapens målsättningar och intressen. I fallet hade anbudsgivarna fått tilläggsponing för underskridande av vissa gränser av koldioxidutsläpp och bullernivå. Det var då fråga om att minska koldioxidutsläppen, bullernivåerna och miljöföroreningen och -belastningen, vilket Helsingfors stad också annars var skyldig till. På basis av detta ansåg domstolen att ett dylikt jämförelsekriterium kan godkännas och diskriminerar inte andra anbudsgivare, fastän införskaffandet eller ägandet av behövlig apparatur blir dyrt och var mindre vanligt förekommande bland anbudsgivarna. Det strider inte heller mot likabehandlingsprincipen att ställa höga krav som endast ett fåtal leverantörer kan uppfylla, så länge som kraven är sakligt motiverade av föremålet för upphandlingen.¹⁹³⁾ EU-domstolen tog i domskälen i fallet även hänsyn till integrationsprincipen i dåvarande artikel 6 i Romfördraget, i enlighet med vilken miljöskydds krav ska integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet. Detta betyder emellertid inte att andra kriterier än miljökritierier inte kunde tillämpas vid utvärderingen av anbud, såsom även framkommer av domstolens uttalande i punkt 55, enligt vilket faktorer som inte är av ren ekonomisk art kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten. EU-domstolen på-

193) Se målet C-513/99 *Concordia Bus*. Se också Kalima et al. 2007, ss. 214–215, Ojanen 2003, ss. 692–701, Aalto-Setälä et al. 2008, s. 689, Eskola & Ruuhoniemi 2007, s. 301 och Lindfors 2005, ss. 37–38. Se även mål C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna* och MD: 129:16.

talade också att såsom exempel på utvärderingskriterier angavs i de dåvarande upphandlingsdirektiven även estetiska hänsyn, vilket inte utgör ett kriterium som bibringar direkt ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten eller enheten.¹⁹⁴⁾

I direktivet om offentlig upphandling 2014/24/EU är principen om hållbar utveckling dock en central princip. Enligt motiveringarna till direktivet bygger direktivet på en *möjliggörande metod* som ska ge de upphandlande myndigheterna de instrument som behövs för att använda deras köpkraft till att upphandla varor och tjänster som främjar innovation, respekt för miljön och kampen mot miljöförändringar samtidigt som man ska förbättra sysselsättningen, folkhälsan och de sociala villkoren.

Till exempel kan en upphandlande myndighet eller enhet som vill köpa varor som främjar en hållbar utveckling, eller så kallade rättvisemärkta varor, ta hänsyn till detta i anbuds-specifikationerna, men den upphandlande myndigheten eller enheten kan inte kräva att varorna ska vara försedda med ett särskilt märke eller certifikat eftersom detta skulle göra kontraktet otillgängligt för producenter av varor som icke har certifikatet men likväl uppfyller standarder för hållbar handel. Detta utgör en allmän princip som inte bara gäller märken för etisk handel, utan samtliga märken där förutsättningen är certifiering på förhand av de ekonomiska aktörerna eller deras varor. Ifall den upphandlande myndigheten eller enheten vill köpa in ekologiska varor kan den inte heller kräva en särskild eko-märkning, men den kan i anbudsdokumentationen fråga efter överensstämmelse med särskilda kriterier för ekologisk odling.¹⁹⁵⁾

Krav på en hållbar utveckling kan även förekomma i de tekniska specifikationerna i en offentlig upphandling, under förutsättning att dessa kriterier kan kopplas till det aktuella

194) Se målet C-513/99 *Concordia Bus* och även Miljöstyrningsrådet 2004, ss. 214–215.

195) Se även Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 344–345.

kontraktsföremålet och är förenliga med EU:s övriga relevanta regler för offentlig upphandling samt principerna om likabehandling och öppenhet.¹⁹⁶⁾

Då den upphandlande myndigheten eller enheten vill köpa rättvisemärkta varor kan den göra så genom att fastställa de relevanta hållbarhetskriterierna i de tekniska specifikationerna för varorna. När man fattat beslut om kontraktsföremålet, kan man fastställa de tekniska specifikationerna för dessa varor. Kraven bör dock ha samband med varornas egenskaper eller prestanda eller produktionsprocessen.

Till exempel i målet C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar)* konstaterade EU-domstolen att det i princip inte förekommer något hinder mot att använda tilldelningskriterier som grundar sig på rättvis handel. I målet i fråga krävde provinsen Groningen i Nederländerna *Fair trade* som ett kriterium förutom pris och kvalitet vid upphandlingen av kaffe och kaffeautomatprodukter. Myndigheten kan dock inte ställa krav på att leverantören ska vara certifierad enligt ett visst märke, men märket kan utgöra ett bevismedel för att leverantören uppfyller de sociala krav som ställts i upphandlingen.¹⁹⁷⁾

Krav som gäller arbetsförhållandena för den personal som arbetar med att producera de varor som ska köpas in kan däremot inte beaktas i de tekniska specifikationerna eftersom de inte kan utgöra tekniska specifikationer i den mening som avses i upphandlingsdirektiven. Under särskilda förutsättningar kan dessa dock också förekomma i kontraktsbestämmelserna.¹⁹⁸⁾ Kriterier för en hållbar utveckling, såsom sociala kriterier kan även placeras i bestämmelserna för kontraktets fullgörande, under den förutsättningen att de har samband med fullgörandet av det aktuella kontraktet för den personal som fullgör kontraktet och efter vederbörliga ändringar stämmer överens med övriga krav som gäller.

196) Artikel 53 i direktiv 2004/18/EG och artikel 55 i direktiv 2004/17/EG. Se även mer kapitel 5 och 6.

197) Se mål C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna*.

198) Mer i kapitel 5.

I den finländska RP 108/2016 framhålls även att man i propositionen till ny upphandlingsslag utgående från EU:s upphandlingsdirektiv vill förtydliga hur de upphandlande enheterna kan främja miljöskyddet och en hållbar utveckling och samtidigt säkerställa att de får bästa tänkbara förhållandet mellan pris och kvalitet för sina upphandlingskontrakt.¹⁹⁹⁾

199) Se RP 108/2016, ss. 38–39.

3. SOCIALA OCH MILJÖMÄSSIGA HÄNSYN I UPPHANDLINGSFÖRFARANDET

3.1. Allmänt

Utgångspunkten är att den primära funktionen för offentlig upphandling är att garantera en öppen marknad för varor och tjänster med konkurrens och gränsöverskridande verksamhet. På grund av sin omfattning utgör den offentliga upphandlingen dock ett betydande verktyg för att förverkliga också andra målsättningar. Vad offentliga myndigheter köper har större betydelse än vad privata företag gör. Av denna anledning används den offentliga upphandlingen även till att främja så kallade sekundära målsättningar. Sådana sekundära målsättningar kan handla om allt från lokala aspekter, miljöskydd och sociala hänsyn ända till internationell politik.

Under en lång tid var det inte klart huruvida upphandlande myndigheter och enheter kunde ta hänsyn till miljö och sociala aspekter vid upphandlingar, förutom beaktandet av ekonomiska aspekter. Med sociala hänsyn avses bl.a. hänsyn till behov hos svagare eller mer utsatta grupper i samhället, ökning av integration, främjande av etnisk mångfald, tillgodoseende av grundläggande mänskliga fri- och rättigheter och tillförsäkran av en viss minimistandard gällande arbetsförhållanden för arbetstagare. EU-kommissionen var länge av den åsikten att krav och kriterier som används inom offentlig upphandling bör medföra en direkt ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten eller enheten. I EU-domstolens avgöranden i målen C-513/99 *Concordia Bus* och C-448/01 *EVN Wienstrom* gällande miljömässiga hänsyn framkom att EU-kommissionen haft en alltför strikt inställning till miljömässiga hänsyn och att upphandlande myndigheter under vissa förutsättningar kan beakta andra aspekter än rent ekonomiska och ta hänsyn till miljöaspekter. Miljömässiga hänsyn kan till exempel gälla nivån på eller genomförandet av miljöskyddet hos anbudsgivarna. EU-domstolen har i målen C-31/87 *Beentjes* och C-

225/98 *Nord-Pas-de Calais* (Kommissionen mot Frankrike) även godkänt sociala hänsyn. Miljöhänsyn och sociala hänsyn har kunnat godkännas om de varit förenliga med grundläggande principer i EU-rätten, varit icke-diskriminerande, haft ett samband med kontraktets föremål, inte gett den upphandlande myndigheten/enheten en obegränsad valfrihet och explicit angetts i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan. Till exempel har principen om icke-diskriminering ansetts förutsätta att särskilda villkor om att sysselsätta arbetslösa inte kan begränsas till att gälla nationella eller lokala arbetslösa.²⁰⁰⁾

Enligt Rosén-Andersson et al. kan emellertid införandet av krav på miljöhänsyn och sociala hänsyn som inte utgör tekniska specifikationer, kvalificeringskrav på leverantörer eller utvärderingskriterier medföra vissa problem. Bland annat kan sådana krav uppfattas betyda att leverantörer från andra EU-medlemsländer diskrimineras och att kraven är oproportionerliga i relation till det som upphandlas. En domstol kan också anse att kraven i fråga är öppna för en sådan diskretion att det finns en risk att de strider mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling.²⁰¹⁾

Implementeringen av miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandlingar innebär i allmänhet extra kostnader eller tilläggskostnader, som naturligtvis bör vägas mot de fördelar de kan medföra. För det första innebär en upphandlingsstrategi som beaktar miljöhänsyn och sociala hänsyn ofta att man måste betala ett högre pris för den vara eller tjänst man upphandlar. Detta behöver dock inte alltid vara fallet. Vissa gånger kan kostnadsfördelar också uppnås, till exempel inköp av dyrare lågenergilampor kan innebära inbesparingar i energikostnaderna. Men i många fall uppkommer dock tilläggskostnader. De uppkommer till exempel genom kostnader till leverantörer för att erbjuda miljöhänsyn och sociala hänsyn, såsom extra kostnader för att göra bussar tillgängliga för rullstolsburna eller kostnader för att förbättra arbetsförhållandena. Kostnader kan även uppkomma av det faktum

200) Se närmare om målen C-31/87 *Beentjes* och C-225/98 *Nord-pas-de-Calais* t.ex. i kapitel 3.4.1. Även Nenonen, 2009, s. 87, Sundstrand 2012b, s. 19 och Siikavirta 2015, ss. 73–74. Se även Pekkala et al. 2017, ss. 52–57, där det anses att upphandlingslagstiftningens ställning i befrämjandet av miljö- och sociala hänsyn historiskt förändrats från att vara begränsande till att vara möjliggörande.

201) Se Rosén-Andersson et al. 2015, s. 363.

att vissa företag avskräcks från att delta i anbudsförfarandet, vilket i sig minskar konkurrensen och de mest fördelaktiga anbuderna då nödvändigtvis inte fås in.

Utnyttjandet av miljökrav och sociala krav i offentlig upphandling är sålunda inte helt oproblematiskt. Regelverket gällande offentlig upphandling inom EU har sitt ursprung som ett styrmedel för andra ändamål än miljöhänsyn och sociala hänsyn, det vill säga som ett styrmedel för integrationen. Trots att miljöhänsyn numera godkänns i allt högre grad, så har reglerna om offentlig upphandling ännu prägel av sitt ursprung som medel för att främja marknadsintegrationen mellan medlemsstaterna i EU.²⁰²⁾

För det andra kan kostnader uppstå på grund av ökad urskiljning, till exempel genom att vissa företag måste uteslutas ur anbudsförfarandet eftersom de inte uppfyller kriterierna eller den extra urskiljning som krävs för att tillämpa kriterier för miljöhänsyn och sociala hänsyn. Detta gäller främst sådana upphandlande myndigheter eller enheter som betonar betydelsen av att minska urskiljningen. För det tredje uppstår det till exempel kostnader då det krävs extra insatser för att kontrollera att anbuderna i verkligheten stämmer överens med de ställda kriterierna eller då ytterligare tilldelningskriterier måste ställas upp etc. Emellertid ansåg kammarrätten i Stockholm i mål nr 2841-1 att en upphandlande myndighet inte är skyldig att vid utvärderingen kontrollera huruvida uppgifterna som lämnats i ett anbud gällande kraven på det upphandlade föremålet är riktiga, då omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta detta.²⁰³⁾

Den konkreta kostnaden och nyttan av att implementera miljöhänsyn och sociala hänsyn kan dock i vissa fall vara svår att fastställa. Både kostnaderna och nyttan varierar förstås i enlighet med vilka metoder som används och även beroende på andra faktorer såsom till exempel den följdriktighet och effektivitet med vilken hela upphandlingsförfarandet tillämpas och styrs.

202) Se mer Sandin 2011, ss. 307–328.

203) Se sv. rättsfall Kammarrätten i Stockholm mål nr 2841–11. Se även Rosén-Andersson et al 2015, s. 368.

Den verkliga orsaken till att genomföra en upphandling med beaktande av miljöhänsyn och sociala hänsyn kan vara påverkad av sociala faktorer och miljöfaktorer som i själva verket ligger långt från det som uppnås genom varorna eller tjänsterna. Ett beslut att upphandla kan fattas inte endast på grund av den direkta nytta som varorna eller tjänsterna medför, utan också på grund av de andra fördelar som dessa medför. Till exempel har många stater som satt igång program för offentliga arbeten för att erbjuda sysselsättning och få till stånd ekonomiskt uppsving i tider av hög arbetslöshet eller lågkonjunktur. Eller så kan en myndighet inleda program för upphandling av innovativa varor och tjänster, inte enbart på grund av den direkta nyttan som de medför utan för att skapa utvecklingsmöjligheter för varorna och tjänsterna, till exempel gällande användningen av miljövänliga material och metoder.

När det gäller upphandlingen av tjänster så bör man först göra en bedömning huruvida utförandet av tjänsten medför någon egentlig miljöpåverkan eller inte.²⁰⁴⁾ En upphandlande myndighet eller enhet kan sedan besluta att inte gå vidare med en upphandling på grund av miljöhänsyn. Till exempel kan man besluta att avsluta en upphandlingsprocess om det vid en närmare undersökning, såsom vid en miljökonsekvensbedömning/miljökonsekvensbeskrivning, visar sig att skadlig miljöpåverkan kan uppkomma om projektet realiserar. Till exempel inom byggnadssektorn, som står för en stor andel av förbrukningen av naturresurser och som har en stor påverkan på miljön, är miljökonsekvensbedömningen/-beskrivningen ett etablerat verktyg för att minska miljöpåverkan. Arbetet med miljökonsekvensbedömningen/-beskrivningen består av flera steg där man bland annat identifierar effekter på miljön och föreslår förebyggande åtgärder.²⁰⁵⁾ Miljökonsekvensbedömningen kan också vara till stor hjälp då beslut ska tas i upphandlingsprocessen, tillsammans med andra dokument och planer. Det finns dock potential att utöka den påverkan som miljökonsekvensbedömningen har på upphandlingar genom att närmare

204) Se bl.a. Miljöstyrningsrådet 2004, ss. 142–143.

205) Fi. 2§ och 4 § MKB-lagen (468/1994). Se närmare mer kapitel 5 och Uttam 2014.

koppla samman miljökonsekvensbedömningen med en miljövänlig upphandling, till exempel genom att stärka förhållandet mellan miljökriterier och själva innehållet i upphandlingskontraktet.²⁰⁶⁾

Ett sätt att uppnå politiska mål genom offentlig upphandling kan vara att det föreskrivs för de upphandlande myndigheterna ”vad man ska köpa in”. Man kan exempelvis föreskriva obligatoriska krav eller kriterier som styr vilka egenskaper varorna eller tjänsterna ska ha till exempel högsta nivåer för energi- och resursanvändning, miljöskadliga ämnen eller lägsta nivåer för återvinning eller de mest klimatsmarta produkterna. Man kan även tänka att man upphandlar en effekt, här minskad miljöpåverkan, för att uppnå de önskade miljömålen, såsom till exempel lägst koldioxidutsläpp eller lägst livscykelkostnad (LCC). Alternativt kan man ställa upp vissa mål, att t.ex. 60 procent av den offentliga upphandlingen måste vara miljövänlig.²⁰⁷⁾

I sektorspecifik lagstiftning har det på EU-nivå under senare tid införts skyldigheter för upphandlande myndigheter att i offentliga kontrakt kräva en viss nivå av energieffektivitet.²⁰⁸⁾ Bland annat har det inom EU gjorts följande:

- införts skyldigheter för upphandlande myndigheter att ta hänsyn till energiförbrukning eller annan miljöpåverkan i deras beslut om upphandling²⁰⁹⁾

206) Bl.a. Uttam et al. 2013, ss. 1–25.

207) På området miljöanpassad offentlig upphandling har flera medlemsstater, t.ex. Nederländerna, Finland, Slovenien, Österrike och Belgien, ställt upp ambitiösa mål på nationell nivå. Se även Kommissionens Meddelande IP/01/959 av den 5 juli 2001, där Kommissionen ger anvisningar om miljövänlig upphandling. Miljövänliga produkter eller tjänster definieras utifrån material, miljöprestanda och framställnings- och leverans process. Den offentlige upphandlaren kan i avtalet ange vilka råvaror och processer som får användas i tillverkningen. Myndigheter kan t.ex. begära att offentliga byggnader skall ha sin energiförsörjning från förnybara källor eller att maten i en skolmatsal skall vara producerad ekologiskt. Man kan i upphandlingen redan från första början av förfarandet inrikta mot varor och tjänster som är bättre för miljön. Se även HFD 27.6.2014, liggare 2079 där en felfri behandling i anbudstävlingen skulle ha inneburit att den upphandlande enheten hade ställt de miljövänliga jämförelsekriterierna så tydligt och exakt att man även i anbudet hade beaktat dessa kriterier.

208) Förordning (EG) nr 106/2008, EUT L 39, 13.2.2008:1 (förordningen om energieffektivitetsmärkning av kontorsprodukter). Se även t.ex. Miljöstyrningsrådet 2004, s. 35 om exempel på miljövinster och kostnadsbesparingar genom krav på energieffektivitet.

209) Direktiv 2009/33/EG om främjande av rena och energieffektiva vägtransportfordon.

- ställts krav på när det gäller inköp av vissa produkter och tjänster samt inköp och hyra av byggnader bör statliga myndigheter när de ingår offentliga byggentreprenad-, varu- eller tjänstekontrakt att de föregår med gott exempel och fattar energieffektiva köpbeslut²¹⁰⁾

- ställts krav på att upphandlande myndigheter ska sträva efter att enbart upphandla produkter som tillhör den högsta energieffektivitetsklassen.²¹¹⁾

EU-kommissionen har, såsom framkommit i ett flertal dokument, framhållit betydelsen av att integrera miljöaspekter i den offentliga upphandlingen. Ett av de viktigaste är meddelandet *Offentlig upphandling för en bättre miljö* från år 2008, där målsättningen var att ge råd om hur man minskar den offentliga sektorns miljöpåverkan och hur man använder miljövänlig offentlig upphandling för att stimulera innovation i miljövänlig teknologi och miljövänliga produkter och tjänster.²¹²⁾ En miljövänlig offentlig upphandling hör också ihop med målsättningarna för en hållbar tillväxt som är uppsatta för år 2020. Dessa målsättningar förekommer i meddelandet *Energi 2020 - En strategi för hållbar och trygg energiförsörjning på en konkurrensutsatt marknad*, där EU-kommissionen bland annat för fram tre prioritetsområden, det vill säga 1) utveckling av en ekonomi baserad på kunskap och innovation, 2) främjande av en effektiv hållbar tillväxt och 3) en ekonomi med hög sysselsättning och social kohesion.²¹³⁾ EU-kommissionen har i samband med detta satt igång sju så kallade flaggskeppsinitiativ för att katalysera framsteg inom varje prioritetsområde. Den huvudsakliga målsättningen med dessa initiativ är att ta bort kopplingen mellan ekonomisk tillväxt, utnyttjandet av naturresurser och miljöpåverkan. Istället ska övergången till en ekonomi, där användningen av förnybar energi ökar, främjas på alla sätt. En miljövänlig offentlig upphandling ses också som ett av medlen för att öka

210) Direktiv 2012/27/EU om energieffektivitet. Se även om energieffektivitet Siikavirta 2015, s. 144 och Arbets- och näringsministeriets anvisningar om energieffektivitet (2011).

211) Direktiv 2009/28/EG om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor och direktiv 2010/31/EU om byggnaders energiprestanda.

212) COM (2008) 400, ss. 7–8.

213) Se COM (2010) 2020.

resurseffektiviteten,²¹⁴⁾ bland annat därigenom att energikriterierna för effektivitet, förnybar energi och smarta nät bör användas vid alla offentliga uppköp av arbeten, tjänster och produkter.²¹⁵⁾

Till exempel för produkter skulle också en sådan metod för omvandling till ett monetärt värde som utvecklats för direktivet om rena fordon kunna få en bredare användning. En skyldighet att inkludera driftskostnaden för hela livscykeln i beslutet om inköp av produkter och tjänster (i likhet med vad som redan krävs för fordon) kan leda till lägre totala kostnader. Detta förutsätter emellertid att man hittar en generell metod som kan tillämpas på alla produktgrupper. Generellt sett har införandet av obligatoriska krav i EU:s upphandlingsregler genom lagstiftning på grundval av delegerade akter förordats som ytterligare ett sätt att främja innovation eller andra politiska mål inom Europa 2020-strategin.²¹⁶⁾

Beträffande social delaktighet anges i *EU:s handikappstrategi 2010–2020* att EU-kommissionen kommer att undersöka om det är lämpligt att anta regler för att säkerställa tillgängliga produkter och tjänster och bland annat se till att offentlig upphandling i högre grad används i detta syfte.²¹⁷⁾ Sådana krav kan vara ett mycket effektivt instrument för att uppnå Europa 2020-målen genom att man främjar varor och tjänster med ett högt samhällsligt värde på marknaden. Centraliserat beslut om strategier för upphandlingen undviker man dessutom splittrade strategier och ökar förutsägbarheten, vilket är till fördel för de ekonomiska aktörerna. Exempelvis kan skilda tillvägagångssätt för miljövänlig offentlig upphandling i olika medlemsstater leda till problem för leverantörer, särskilt

214) Se COM (2011) 21.

215) Direktiv 2010/30/EU om märkning och standardiserad produktinformation som anger energirelaterade produkters användning av energi och andra resurser.

216) Se Mario Monti rapport till Europeiska kommissionens ordförande av den 9 maj 2010 om en ny strategi för den inre marknaden, punkt 3.4, s. 78.

217) KOM (2010) 636.

små och medelstora företag, som måste anpassa sig till skilda regelverk i olika länder, vilket gör det svårare att utveckla och sälja miljövänliga produkter och tjänster.

Å andra sidan har det påpekats att det finns vissa problem med att införa krav om vad man ska köpa in. En viktig aspekt är att sådana krav riskerar att leda till diskriminering eller begränsad konkurrens på upphandlingsmarknaderna och i förlängningen eventuellt till färre anbudsgivare och högre priser, vilket i sin tur kan vara problematiskt när ekonomin är ansträngd och budgetarna stramas åt i många medlemsstater. För att minska risken för detta måste de krav och kriterier som införs vara objektiva och icke-diskriminerande och de bör bara användas när marknaden är tillräckligt utvecklad i hela EU för att garantera en effektiv konkurrens. Man bör också ta hänsyn till att vissa högre ställda miljökrav ändå på medellång eller lång sikt kan leda till ekonomiska inbesparingar, t.ex. krav på energieffektivitet.

Vissa typer av skyldigheter kan påverka konkurrensen på upphandlingsmarknaderna i högre grad än andra:

- Tekniska specifikationer i form av krav på prestanda har sannolikt mindre begränsande effekter på konkurrensen än detaljerade specifikationer av varornas tekniska egenskaper;
- Bindande föreskrifter om varornas tekniska egenskaper kan kraftigt minska både urvalet och konkurrensen på upphandlingsmarknaderna eller till och med leda till att båda försvinner helt och hållet, medan obligatoriska bestämmelser om vilka olika tilldelningskriterier som ska beaktas (t.ex. energieffektivitet, livscykelkostnader, tillgänglighet) förmodligen i mindre utsträckning begränsar effekterna på konkurrensen på upphandlingsmarknaderna.

En annan effekt av att införa krav om ”vad man ska köpa in” för upphandlande myndigheter är att deras handlingsutrymme i upphandlingsförfarandet minskar. Detta kan påverka deras möjligheter att upphandla varor och tjänster som är exakt anpassade till de enskilda myndigheternas särskilda behov. Denna risk kan konkret begränsas genom att kraven sätts på en lämplig nivå. Det brukar också anföras att centralt föreskrivna krav om

vad man ska köpa in skapar extra administration för de upphandlande myndigheterna och ekonomiska aktörerna, t.ex. en ökad arbetsbörda för att kontrollera att företagen uppfyller kraven. Mer och adekvat utbildning kan liksom särskilda verktyg hjälpa de upphandlande myndigheterna att hantera denna arbetsbörda på ett effektivt sätt. Dessutom skulle standardiserade krav på EU-nivå, t.ex. att köpa från de högsta prestandaklasserna av märkta produkter, innebära att upphandlande myndigheter inte behöver ha särskild teknisk kunskap när de utarbetar specifikationer, vilket i vissa fall skulle göra det lättare att ta hänsyn till sådana kriterier på lokal, regional och nationell nivå.

Ett mindre långtgående konkret förfaringsätt är att tilhandahålla incitament för upphandling av vissa typer av varor eller tjänster, istället för att föreskriva detta. Det kan röra sig om finansiella fördelar för myndigheterna att upphandla miljövänliga, socialt inkluderande eller innovativa varor och tjänster, mekanismer för utbyte av bästa praxis mellan upphandlande myndigheter eller andra stödmekanismer för upphandlande myndigheter som vill eftersträva Europa 2020-målen med hjälp av sin upphandling.²¹⁸⁾

3.2. Socialt ansvarsfull offentlig upphandling

Användningen av statliga eller kommunala kontrakt för att förverkliga socialpolitiska åtgärder har en rätt så lång historia. Strävanden att inkludera frågor om social rättvisa i offentlig upphandling fick sin början i 1800-talets England, USA och Frankrike. År 1840 gav USA:s president Martin van Buren en föreskrift om 10-timmars arbetsdag för de som arbetade enligt vissa statliga arbetsavtal och år 1891 fattades ett beslut om rättvisa löner i underhuset (House of Commons) i Storbritannien. Enligt beslutet skulle det förekomma ett villkor i alla avtal med arbetsgivare inom den privata sektorn att arbetstagarna skulle erhålla allmänt godkända ersättningar för sina jobb. En rad socioekonomiska målsättningar knöts följaktligen an till den offentliga upphandlingen såsom främjandet av rättvisa arbetsförhållanden och rättvisa löner och utnyttjandet av allmänna/offentliga arbeten

218) KOM (2011) 15.

för att tackla arbetslösheten. Man kan gott påstå att den offentliga upphandlingen här sågs som ett medel som de nationella myndigheterna använde för att driva igenom ekonomisk politik och socialpolitik. Utvecklingen av systemet för offentlig upphandling skedde ungefär samtidigt som utvecklingen av välfärdsstaten och den offentliga upphandlingen började användas för att stötta de målsättningar man hade med välfärdsstaten.²¹⁹⁾

Under 1800-talet fick alltså kopplingarna mellan upphandling och socialpolitik sin början i frågor kring arbetslösa och arbetarnas förhållanden. I många länder användes också allmänna/offentliga arbeten i syfte att tackla plötsliga stigningar av arbetslösheten. I England, USA och Frankrike användes därtill statliga avtal för att trygga nivåerna på minmilöner. Efter första världskriget började man även se statliga avtal som en viktig mekanism för att trygga behoven hos mera marginella grupper, såsom handikappade och olika minoritetsgrupper. I Storbritannien introducerade regeringen till exempel ett statligt avtalsprogram för sysselsättning av handikappade f.d. militärer. Efter andra världskriget utökades detta program till att gälla också övriga handikappade arbetare. En populär metod var även att grunda skyddade verkstäder för handikappade, där olika typer av varor tillverkades. Dessa varor gavs sedan företräde vid upphandlingar.²²⁰⁾

Dylik användning av offentlig upphandling är förvisso inte enbart av historiskt intresse. Många liknande statliga program har fått en fortsättning till dags dato, i både i-länder och u-länder. Upphandling används fortsättningsvis till exempel för att tackla arbetslöshet. Bland annat i Nederländerna har man i flera av de större städerna använt offentlig upphandling som en metod för att öka de långtidsarbetslösas deltagande i arbetslivet. Kopplingarna mellan offentlig upphandling, bekämpning av arbetslöshet och genomdrivandet

219) McCrudden 2004, s. 258.

220) McCrudden 2004, ss. 258–259.

av olika rättigheter för arbetstagare har sålunda fått en fortsättning och även tagit sig nya former.²²¹⁾

Därtill har nya områden inom socialpolitiken utvecklats som i vissa länder fått en nära koppling till den offentliga upphandlingen. I flera rättsordningar har utvecklingen av försöken att bekämpa diskriminering och öka jämlikheten också sammankopplats med den offentliga upphandlingen, till exempel användning av upphandling som en metod att genomdriva anti-diskrimineringslagar i arbetslivet, utnyttjande av upphandling för att införa en bredare uppfattning av begreppet distributiv rättvisa och användning av upphandling som en metod att stimulera ökat företagande.

Såsom exempel i detta sammanhang kan nämnas försök att bekämpa etnisk diskriminering i USA eller försök att lösa ursprungsfolkets problem i Malaysia. Andra exempel på uttryckliga kopplingar mellan offentlig upphandling och försök att lösa stora konstitutionella dispyter är behandlingen av ursprungsfolken i Kanada, förhållandet mellan de religiöst definierade grupperna i Nord-Irland och upphörandet av apartheid i Sydafrika och den därpå följande utvecklingen av ett demokratiskt styre.²²²⁾

Under 1980- och 1990-talen skedde stora förändringar i tillhandahållandet av offentligt producerade tjänster, delvis på grund av den globala ekonomiska situationen. Förändringarna skedde i form av en kombination av privatisering, utlokalisering och upphandling samt avreglering. Upphandlingsalternativet började av en del ses som problematiskt ur ett socialt perspektiv och försök gjordes för att begränsa den skada som man ansåg förorsakades av metoden.²²³⁾ Beslut av myndigheter att använda upphandling för att tillhandahålla vissa tjänster ansågs lyfta upp viktiga sociala frågor. En del fackförbund hävdade

221) Sysselsättningskrav har kunnat formuleras på olika sätt i upphandlingar, dels som ett kontraktskrav eller dels som incitament, mervärde eller kvalificeringskrav. Att ta hänsyn till vid utvärderingen av sysselsättningskrav är bland annat för det första om de skapar de effekter som eftersträvas i kontraktet, t.ex. antal sysselsättningsstillfällen, för det andra i vilken utsträckning de är konkurrensbegränsande.

222) McCrudden 2004, ss. 259–263.

223) Pekkala & Pohjonen 2015, s. 28 och McCrudden 2004, ss. 264–265.

att upphandlingen av tjänster från den privata sektorn istället för att tillhandahålla dem direkt genom det offentliga tjänstesystemet hade fördelningsmässiga konsekvenser för arbetstagarna och konsumenterna av tjänsterna, som måste tas i beaktande i beslutet om huruvida man överhuvudtaget ska upphandla tjänster från den privata sektorn eller inte. Det hävdades också att det kunde förekomma betydande negativa effekter ur en jämställdhetssynvinkel med att utlokalisera tjänsterna då lönerna var högre i den offentliga sektorn än i den privata och då de anställda i de utlokaliserade tjänsterna var mest kvinnor och etniska minoriteter.²²⁴⁾

Den internationella arbetsorganisationen ILO har under årens lopp antagit flera konventioner som särskilt gäller diskriminering på grund av kön, varav två anses som centrala med avseende på organisationens mandat: Konventionen om lika lön år 1951²²⁵⁾ som introducerade principen om lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde och Konventionen om diskriminering från år 1958²²⁶⁾ med Rekommendationen (R111) anknuten till den, vilken förbjuder diskriminering i arbete på grund av ras, hudfärg, kön, religion, politisk åsikt, nationalitet eller socialt ursprung.²²⁷⁾ Under senare år har ILO tagit en mer normskapande roll som också haft konsekvenser för kopplingen till den offentliga upphandlingen. Sedan mitten av 1990-talet har ILO drivit en politik som har fokus på några centrala konventioner, bland de totalt över 180 stycken antagna, och definierat dessa som grundläggande rättigheter i arbete. Bland dessa grundläggande rättigheter finns rätten till icke-diskriminering, rätten till frihet från tvångsarbete, rätten till kollektivförhandlingar och avskaffande av de värsta formerna av barnarbete.

224) McCrudden 2004, ss. 264–265.

225) Finland ratificerade konventionen 14.1.1963, RP 104/1952, 47/1962, Förf.samling 128/1963, Fördragsserie 9/1963.

226) Finland ratificerade konventionen 23.4.1970, RP 57/1961, 94/1969, Förf.samling 831/1970, Fördragsserie 63/1970.

227) Se Equal Remuneration Convention 1951 (Convention 100) och Discrimination (Employment and Occupation) Convention 1958 (Convention 111) samt Recommendation R111.

Utvecklingen med att fokusera på dessa rättigheter har varit rätt framgångsrik, men ILO har dock endast begränsade resurser att försäkra att de grundläggande rättigheterna också efterföljs. Vid sidan om ILO har dock andra försökt göra sitt till för att rättigheterna ska få verkningar i praktiken, till exempel genom antagandet av så kallade uppförandekoder (Codes of conduct) som inkluderar rättigheterna, i synnerhet då tillämpningen av uppförandekoder inom internationella storföretag, som även sammanfallit med betoningen på företagets samhällsansvar (*Corporate Social Responsibility, CSR*). I det sammanhanget har det även förekommit försök till att uppmuntra till uppfyllande av kraven genom sammankoppling med tillgång till avtal i offentliga upphandlingar, bland annat ILO:s konvention 94 slår fast att offentliga upphandlingar ska innehålla klausuler som garanterar arbetstagarer löner, arbetstider och andra villkor som inte är mindre förmånliga än de som förekommer i kollektivavtal för arbete av samma slag i den bransch och i det område där arbetet utförs.²²⁸⁾

Konvention nr 94 antogs av ILO:s allmänna konferens den 29 juni 1949. Samtidigt med konventionen antogs även en rekommendation, Rekommendation nr 94 angående arbets-klausuler i kontrakt däri offentlig myndighet är part. Syftet med konventionen är att motverka så kallad social dumpning vid offentlig upphandling eller med andra ord att arbetsvillkor försämras på grund av konkurrens vid anbudsgivning. Konventionen föreskriver bland annat att vissa arbetsvillkor, såsom lönevillkor, ska gälla enligt de nationella reglerna. Konventionen har ratificerats av ett antal EU-medlemsstater, däribland Finland år 1951,²²⁹⁾ alltså långt innan Finland gick med i EU. Till exempel Sverige har däremot inte ratificerat konventionen till dags dato.

Konventionen ger uttryck för en värdlandsprincip, i enlighet med vilken val bör träffas angående tillämpliga villkor. Ifall konventionen har ratificerats av en EU-medlemsstat, uppstår frågan hur värdlandsprincipen förhåller sig till EU-domstolens rättspraxis om

228) McCrudden 2004, ss. 265–266 och ILO-konvention 94.

229) Konvention nr 94 trädde i Finland i kraft 20.9.1952, RP 19/1951, Författningssamling 623/1951, Finlands författningssamlings fördragsserie 30/1951.

godtagbara inskränkningar i den fria rörligheten och EU-rättsliga principer om lagval. ILO-konventionen är i första hand avsedd att gälla förhållanden inom ett land, men kan även tillämpas på gränsöverskridande situationer. En grundförutsättning för dess tillämpning är att ett kontraktuellt förhållande föreligger och det ska vara fråga om ett offentligt kontrakt, uttryckligen då kontrakt om offentlig upphandling. Det är partsställningen och prestationerna som avgör huruvida ett sådant kontrakt föreligger.²³⁰⁾

Syftet med ILO-konventionen är alltså att skydda arbetstagares rättigheter, vilket även är ett allmänt intresse som godtagits i EU-domstolens rättspraxis. Ändamålet att skydda arbetstagares rättigheter kan dock inte *per se* rättfärdiga inskränkningar i den fria rörligheten. Tillämpas principen om ömsesidigt erkännande, kan det visa sig att det allmänna intresset också tillgodoses genom ursprungslandets lagstiftning. Enligt artikel 18 FEUF är all diskriminering på grund av nationalitet förbjuden, vilket alltså uttrycker principen om icke-diskriminering. I artikel 56 FEUF förbjuds inskränkningar i friheten för medborgare i en medlemsstat att tillhandahålla tjänster åt mottagare i en annan medlemsstat. Artikel 50 FEUF möjliggör å sin sida för tjänsteföretag att utöva sin verksamhet i en annan medlemsstat utan att diskrimineras i förhållande till nationella företag.

I enlighet med EU-domstolens dom C-279/80 *Webb* medför detta dock ej att ”hela den nationella lagstiftning som gäller för denna stats egna medborgare och som i allmänhet är tillämplig på permanent verksamhet som utförs av företag som är etablerade i den staten, kan tillämpas i sin helhet på samma sätt på verksamhet som är av tillfällig karaktär och som utövas av företag som är etablerade i andra medlemsstater”.²³¹⁾ Vissa inskränkningar kan dock enligt EU-rätten godtas, ifall de kan motiveras med tvingande hänsyn av allmänt intresse, såsom till exempel socialt skydd för arbetstagare. Ett dylikt motiv är dock inte tillräckligt, utan reglerna bör gälla alla som utövar verksamhet inom territoriet i fråga, eller principen om icke-diskriminering. Därtill bör det allmänna intresset inte redan vara tillgodosett genom regler i ursprungslandet, eller principen om ömsesidigt erkännande, samt tillämpningen av de inskränkande nationella reglerna inte gå utöver vad

230) Krüger et al. 1998, s. 219 och Nielsen 2010, ss. 169–172. Se även Risvig Hamer 2016 om begreppet offentligt kontrakt.

231) Se rättsfall C- 279/80 *Webb*, punkt 16. Se även Jacobsson 2009, s. 504.

som krävs för att tillgodose det allmänna intresset i fråga, eller proportionalitetsprincipen. Till exempel konstaterade EU-domstolen i målet C-272/94 *Guiot* att en medlemsstat som kan välja mellan olika åtgärder för att nå ett visst mål ska sträva efter att begränsa inskränkningen av friheterna enligt artiklarna 59 och 60 EEG-fördraget samt 49 och 56 FEUF så lite som möjligt.²³²⁾

Dessa kriterier utnyttjas för att göra en bedömning om en inskränkning av den fria rörligheten är berättigad. Kriterierna introducerades ursprungligen på varuområdet genom EG-domstolens dom i målet C-120/78 *Rewe-Zentral*, punkterna 13 och 14. Principen om ömsesidigt erkännande utgör inte en formell lagvalsregel som generellt utesluter en rättsordning till förmån för en annan utan används för att hantera en kollision mellan ursprungslandets regler och värdlandets regler med beaktande av den fria rörligheten.²³³⁾ Man har i EU-rätten godkänt socialt skydd för arbetstagare som ett allmänt intresse.²³⁴⁾

Till skillnad från upphandlingsdirektiven så är ILO-konventionen endast tvingande beträffande centrala myndigheter medan direktiven även gäller upphandlingar som görs av regionala och lokala myndigheter. I ILO-konventionen fokuseras på den del av leverantörens prestation som innebär att arbetskraft anlitas. I enlighet med artikel 2(1) krävs att en leverantör som är part i ett offentligt kontrakt förbinder sig att erbjuda sina arbetstagare lön, inklusive olika tillägg, arbetstid och övriga arbetsvillkor som inte understiger en viss nivå.²³⁵⁾ Gällande dessa områden råder det inte avtalsfrihet mellan den beställande myndigheten och leverantören eller mellan leverantören och arbetstagaren. Enligt artikel 2(3) ska villkoren formuleras av den upphandlande myndigheten i samråd med de arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som gäller i det aktuella fallet. Det är upp till de stater som

232) Bl.a. rättsfall C- 279/80 *Webb*, punkt 17, C-76/90 *Säger* (Dennemeyer), punkt 15, C-43/93 *Vander Elst*, punkt 16, C-272/94 *Guiot*, punkt 11 och C-376/96 *Arblade m.fl.*, punkt 34.

233) Se mer Öberg 2003, ss. 51, 61.

234) Bl.a. EG-domstolens dom den 3 februari 1982 i de förenade målen 62 och 63/81 *Seco*, punkt 10, *Guiot* punkt 16 och *Arblade m.fl.* punkt 51. Se även Sundstrand 2013a, ss. 537–538 och Bruun 1998, s. 227.

235) I konventionen definieras dock inte begreppet lön, utan det talas om normallönesatser och övertidserättningar, inklusive olika slags tillägg.

ratificerat konventionen att avgöra tillvägagångssättet. Villkoren bör utgöra kontraktssinnehåll, trots att nationella arbetsrättsliga regler skulle vara tillämpliga. I konventionen utgås också ifrån att kollektivavtalsregler är de mest gynnsamma för arbetstagarna. För att fungera som standard bör dock ett kollektivavtal, enligt artikel 2(1a), uppfylla vissa kriterier, såsom vad gäller avtalsparter, innehåll och geografiskt tillämpningsområde.

Enligt 98 § 2 och 3 mom. UpphL om särskilda villkor i upphandlingskontrakt sägs bland annat att upphandlingskontrakten ska innehålla ett villkor om att minimivillkoren för ett anställningsförhållande ska följas. Detta grundar sig på ILO:s konvention nr 94. I enlighet med artiklarna 1 och 2 i konvention nr 94 ska centrala förvaltningsmyndigheter till upphandlingskontrakten foga en klausul enligt vilken leverantören ska följa åtminstone de minimivillkor för ett anställningsförhållande som ska tillämpas på den plats där arbetet utförs.²³⁶⁾

I de särskilda villkoren kan det alltså konkret förutsättas att leverantören och underleverantörerna i sina anställningsförhållanden iakttar det allmänt bindande kollektivavtal som tillämpas på den plats där byggtreprenaden utförs eller tjänsterna tillhandahålls eller varorna produceras samt de villkor som enligt lagstiftningen eller det allmänt bindande kollektivavtalet gäller för minimilön. Den upphandlande enheten ska emellertid inte kunna kräva att de bestämmelser och föreskrifter som tillämpas i den stat där den upphandlande enheten är belägen ska följas, om leverantören och underleverantörerna är etablerade i en annan medlemsstat. Denna princip har slagits fast av EU-domstolen i C-549/13, *Bundesdruckerei*, där domstolen ansåg att artikel 56 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt utgör hinder för en lagstiftning enligt vilken en anbudsgivare som avser att tillhandahålla tjänsterna genom att uteslutande använda tjänster av en underleverantör etablerad i en annan medlemsstat är skyldig att till arbetstagare som är anställda

236) Se RP 108/2016, ss. 213–215 och ILO konvention nr 94.

av underleverantören betala en minimilön som fastställs i lagstiftningen i den upphandlande enhetens etableringsstat.²³⁷⁾

Även i GPA-avtalet, som godkänts inom WTO, är *principerna om icke-diskriminering och öppenhet* viktiga grundprinciper. Till exempel är det inte tillåtet att positivt särbehandla nationella företag, och det ställs krav på publicering av lagar, föreskrifter, förfarande och praxis om den upphandling som omfattas av GPA. All offentlig upphandling i medlemsstaterna omfattas inte av GPA, utan endast sådan som vissa särskilt uppräknade upphandlande myndigheter och enheter utför. Vilka dessa är, samt vilka tjänster, byggtreprenader och tröskelvärden som avses, framkommer i bilagor till GPA. I vissa avseenden har de upphandlande myndigheterna större frihet enligt GPA, än vad upphandlingsdirektiven och upphandlingslagarna ger, bland annat är det tillåtet att använda så kallade kvalifikationssystem²³⁸⁾ inom den klassiska sektorn och det finns möjlighet att ta sociala hänsyn vid anbudsutvärderingen. Eftersom EU-rätten har ett monistiskt förhållande till folkkrätten, gäller att ingångna internationella avtal också utgör en del av unionens rättskällor. Skulle internationella förpliktelser och EU:s sekundärrätt stå i strid med varandra, gäller i enlighet med artikel 260–267 FEUF att internationella bestämmelser i regel har företräde.²³⁹⁾

Upphandlingsdirektiven reglerar förfarandet fr.o.m. offentliggörandet av att en viss upphandling ska genomföras t.o.m. tidpunkten då ett tilldelningsbeslut föreligger. Visar sig prestationen därefter inte vara kontraktsevenlig står vanliga kontraktuella påföljder till buds,

237) Se RP 108/2016, ss. 214–215 och C-549/13, *Bundesdruckerei* (EU:C:2014:2235). Se Pekkala et al. 2017, ss. 68–69. Se även MD: 669/17.

238) Med hjälp av ett kvalifikationssystem kan upphandlande enheter upprätta en förteckning över utvalda leverantörer och uppdragstagare. För enskilda avtal kan sedan den upphandlande enheten be de utvalda anbudsgivarna att lämna ett anbud. Med ett kvalifikationssystem kan de upphandlande enheterna spara tid för varje enskilt avtal, eftersom urvalet redan gjorts. Samtidigt kan de upphandlande enheterna ta hänsyn till tidigare erfarenhet på området, vilket är ett giltigt kriterium för att bedöma en anbudsgivares förmåga. Se även Pekkala & Pohjonen 2015, ss. 34–35.

239) Artikel 260–267 FEUF och även SOU 2011:73. Se även Rosas & Armati 2012.

såsom hävning eller skadestånd.²⁴⁰⁾ Enligt GPA artikel IV.1 och 2 får en produkt, tjänst eller leverantör från en stat som är part i avtalet inte behandlas mindre förmånligt än en inhemsk produkt, tjänst eller leverantör. Vidare får enligt artikeln en produkt, tjänst eller leverantör från en avtalsslutande part inte behandlas mindre förmånligt än en produkt, tjänst eller leverantör från en annan avtalsslutande stat. De tekniska specifikationerna får enligt artikel X inte på något sätt utgöra ett hinder för den internationella och gränsöverskridande handeln. Som tilldelningskriterier gäller enligt artikel XV 5 antingen enbart lägsta pris eller vad som är mest fördelaktigt.²⁴¹⁾

Allmänt gäller att de krav som en upphandlande myndighet ställer på leverantören inte får strida mot EU-rätten. Som exempel på ett godtagbart krav på hur ett upphandlingskontrakt ska fullgöras nämns i beaktandesats 33 i det s.k. klassiska direktivet 2004/18/EG och i beaktandesats 44 i det s.k. försörjningsdirektivet 2004/17/EG en skyldighet att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner som inte har införlivats i medlemsstatens nationella lagstiftning.²⁴²⁾

240) Se framöver om lagstiftning på EU-nivå.

241) Se reviderat GPA-avtal 6.4.2014.

242) Bestämmelser i internationell arbetsrätt i den mening som avses i artikel 52:4: Konvention nr 87 om föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten trädde i Finland i kraft 4.7.1950, RP 58/1949, Författningssamling 858/19491, Finlands författningssamlings fördragsserie 45/1949, Konvention nr 98 om tillämpning av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten trädde i Finland i kraft 8.7.1951, RP 19/1951, Författningssamling 627/1951, Finlands författningssamlings fördragsserie 32/1951, Konvention nr 29 om tvångs- eller obligatoriskt arbete trädde i Finland i kraft 1.5.1932, RP 63/1934, Författningssamling 373/1935, Finlands författningssamlings fördragsserie 44/1935, Konvention nr 105 om avskaffande av tvångsarbete trädde i Finland i kraft 17.1.1959, RP 39/1959, Författningssamling 244/1960, Finlands författningssamlings fördragsserie 17/1960, Konvention nr 138 om minimiålder för tillträde till arbete trädde i Finland i kraft 19.6.1976, RP 113/1974, Författningssamling 1060/1976, Finlands författningssamlings fördragsserie 87/1976. Konvention nr 111 om diskriminering i anställning och yrkesutövning trädde i Finland i kraft 15.6.1960, RP 57/1961 och 94/1969, Författningssamling 831/1970, Finlands författningssamlings fördragsserie 63/1970, Konvention nr 100 om lika lön för män och kvinnor för lönearbete av lika värde trädde i Finland i kraft 23.5.1953, RP 104/1952 och 47/1962, Författningssamling 128/1963, Finlands författningssamlings fördragsserie 9/1963, Konvention nr 182 om avskaffande av de värsta formerna av barnarbete trädde i Finland i kraft 19.11.2000, RP 170/1999, Författningssamling 300/2000, Finlands författningssamlings fördragsserie 16/2000. Finland har ratificerat ILO-konventionen 94, närmare bestämt den 22 december 1951.

Då riksdagens samtycke till ratifikationen inhämtades sades följande i proposition 19/1951 lagförslag 3 (623/1951):

”De ovan berörda ärendena ha i Finland i praktiken redan ordnats så, att bestämmelserna i konventionen faktiskt redan uppfyllts. Mellan arbetsgivarna och arbetarnas vederbörande fackorganisationer äro hela landet omfattande kollektivavtal i kraft, på grund av vilka de vid kontrakten bundna arbetsgivarna äro skyldiga att tillämpa i kontrakten bestämda löner och arbetsvillkor, vare sig det sedan är fråga om statens eller privata arbeten. Statsmakten har genom kontrakt förbundit sig att vid arbeten, som densamma låter utföra, tillämpa samma löne- o. a. arbetsvillkor som privata tillämpa i praktiken, varför löne- och arbetsvillkoren alltså i praktiken äro ordnade på basen av kollektivavtal.”

I Finland förekommer möjlighet till allmänt bindande verkan av kollektivavtal med stöd av lagen om fastställande av kollektivavtals allmänt bindande verkan (56/2001). Minimilönelagstiftning finns i 2 kap. 10 § arbetsavtalslagen (55/2001) där det föreskrivs att om kollektivavtal saknas och om arbetsgivaren och arbetstagaren inte har avtalat om något vederlag för arbetet, ska ”sedvanlig och skälig lön” utgå. Enligt EU-domstolen har medlemsstaterna stor frihet i att bestämma om minimilöner, exempelvis av EU-domstolens dom i mål C-396/13 *Spolka Akcyjna*, där det bl.a. framgår att minimilönen kan uträknas utgående från en klassificering av arbetstagarna i lönegrupper på det sätt som föreskrivs i relevanta kollektivavtal i medlemsstaten under den förutsättningen att uträkningen och klassificeringen görs i enlighet med bindande och transparenta bestämmelser.²⁴³⁾ I 10 kap. 2 § samma lag finns också en möjlighet till jämkning av oskäliga villkor i arbetsavtal. I 2 § lagen om utstationerade arbetstagare (1146/1999) finns en bestämmelse som innebär att till en utstationerad arbetstagare ska betalas sedvanlig och skälig lön för det fall lön enligt ett allmängiltigförklarat kollektivavtal inte tillämpas och den lön som arbetsgivaren och arbetstagaren avtalat om i väsentlig grad understiger sedvanlig och skälig lön.

243) Se mål C-396/13 *Spolka Akcyjna*.

Sverige som däremot inte har ratificerat konventionen har i utredningen SOU 2006:28 bl.a. tagit upp frågan om huruvida ILO:s konvention nr 94 är förenlig med upphandlingsdirektiven.²⁴⁴⁾ Enligt utredningen förekommer det vissa spänningar mellan konventionen och EU-rätten, vilket vid en eventuell ratificering kan leda till osäkerhet i de fall konventionens krav kan anses oförenliga med EU-rätten. Det konstateras även att också i det fall konventionen är förenlig med EU-rätten, kunde införlivandet av konventionens krav få ekonomiska konsekvenser. EU är en juridisk person som kan ha folkrättsliga rättigheter och skyldigheter. De internationella avtal som har unionen som part ingås av rådet enligt ett visst förfarande och ett dylikt avtal är bindande för unionens institutioner och medlemsstater. I utredningen SOU 2006:28 är det även fråga om i vilken utsträckning EU kan vara part i ett internationellt avtal. Gällande ILO-konventioner saknar EU kompetens, då sådana konventioner endast kan ratificeras av medlemmar i ILO, med andra ord stater. Men detta behöver dock inte medföra att EU saknar kompetens att ingå ett avtal som täcks av en ILO-konvention. Kompetensen baseras sedan år 2007 på artikel 4 FEUF.²⁴⁵⁾

Det som utredningen SOU 2006:28 fokuserar på är kompetensen gällande de områden som regleras av ILO-konventionen nr 94 och huruvida den kan anses tillkomma EU ensam eller EU och Sverige gemensamt. Enligt den s.k. *paralleldoktrinen* som utvecklats i EU-domstolens praxis så kan unionen härleda sin kompetens också från andra omständigheter än en uttrycklig bestämmelse i FEUF.²⁴⁶⁾ Kompetensen kan till exempel framgå av andra bestämmelser i fördraget eller av rättsakter som antagits med stöd av fördraget. Om unionen antagit en rättsakt inom ett särskilt område för att förverkliga fördragets mål, har unionen också kompetens att ingå ett internationellt avtal som berör detta område. Medlemsstaten är då förhindrad att förplikta sig på ett sätt som kan inverka på den gemenskapsrättsliga lagstiftningen.²⁴⁷⁾

244) SOU 2006: 28.

245) Se också rättsfall C- 22/70; *Kommissionen mot rådet (AETR-domen)*, REG 1971 s. 26, punkt 16.

246) Bl.a. *AETR-domen* punkterna 22–31 och mål C-468/98, *Open skies*, REG 2002 s. I-9575, punkt 73.

247) SOU 2006:28, ss. 335–336.

ILO-konventionen nr 94 gäller arbetsrättsliga villkor i upphandlingskontrakt utifrån intresset för socialt skydd för arbetstagare. I enlighet med artikel 153 FEUF har EU kompetens att anta minimidirektiv på det arbetsrättsliga området, bland annat vad gäller utveckling av arbetsmiljön och arbetsvillkor. Upphandlingsdirektiven är i sin tur antagna med syfte att bidra till skapandet av den inre marknaden genom att undanröja hinder för etableringsrätt och för den fria rörligheten för varor och tjänster och därmed öppna marknaden för konkurrens. Utredningen tar sedan inte närmare ställning till Sveriges kompetens att ratificera ILO-konventionen nr 94. Det anses i utredningen vara oklart huruvida de krav konventionen ställer är förenliga med upphandlingsdirektiven och övriga EU-rättsliga regler.²⁴⁸⁾

I den svenska utredningen SOU 2016:15 bedöms emellertid att 2014 års upphandlingsdirektiv inte utgör ett hinder för att Sverige ska kunna ratificera konventionen i fråga och införa arbetsklausuler i offentlig upphandling. Det konstateras dock även att det mervärde som en ratifikation innebär är begränsat, eftersom en ratifikation av konventionen inte utvidgar de existerande möjligheterna att ställa arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling.²⁴⁹⁾

Finland ratificerade konventionen nr 94 långt innan landet blev medlem i EG/EU och några krav från EU-kommissionens sida med anledning av eventuella oförenligheter mellan nationella regler som införlivar konventionens krav i nationell lag och EU-rätt har inte framställts.

248) SOU 2006:28, ss. 362–366. Se även SOU 2015:78, ss. 150–154 där det konstateras att det enligt ILO:s deklARATION om de grundläggande principerna och rättigheterna i arbetslivet från 1998 fastslogs att skyldigheterna att uppfylla de grundläggande förpliktelserna och kraven enligt ILO:s åtta kärnkonventioner föreligger oavsett om en medlemsstat ratificerat konventionerna.

249) Se SOU 2016:15, ss. 11–14.

Även i annan utveckling på internationell nivå har kopplingar skapats till offentlig upphandling. I utvecklingen av de mänskliga rättigheterna efter andra världskriget har förutom medborgerliga och politiska rättigheter också inkluderats ekonomiska och sociala rättigheter. I dagens läge finns det ett komplicerat nätverk av internationella, regionala och nationella konventioner, avtal och regler som hänför sig till mänskliga rättigheter. I slutet av 1990-talet gav svårigheter att genomdriva sådana normer upphov till försök att sammankoppla dem med upphandlingsfrågor på nationell, regional och internationell nivå.²⁵⁰⁾ Bland annat den policy som UNICEF driver innehåller begränsningar av upphandling från företag som utnyttjar barnarbetskraft eller som tillverkar landminor.²⁵¹⁾ I enlighet med artikel 32 i konventionen om barnens rättigheter ska barn skyddas från att utföra arbete som sannolikt är farligt och som kan störa barnets utbildning.

Socialt ansvarsfull upphandling eller SRPP innefattar upphandlingsaktiviteter som tar hänsyn till en eller flera av följande sociala aspekter: sysselsättningsmöjligheter, anständigt arbete, överensstämmelse med sociala rättigheter och arbetstagares rättigheter, social integration (inbegripet personer med funktionshinder), lika möjligheter, lika möjlighet och tillgänglighet åt alla, beaktandet av hållbarhetskriterier, frågor om etisk handel och ett bredare frivilligt iakttagande av företagens sociala ansvar (CSR),²⁵²⁾ samtidigt som principerna i FEUF-fördraget och upphandlingsdirektiven efterlevs. SRPP kan vara ett kraftfullt verktyg både för att främja hållbar utveckling och för att uppnå EU:s och medlemsstaternas mål på det sociala området. SRPP innefattar ett brett spektrum av sociala hänsyn som de upphandlande myndigheterna kan ta i beaktande vid rätt tidpunkt i upphandlingsprocessen.²⁵³⁾

250) McCrudden 2004, ss. 265–266.

251) Se Unicef's Childrens Rights & Business Principles. UNICEF:s principer utgör inte bindande norm.

252) I enlighet med Steurer 2009, ss. 49–72, kan strategierna för CSR indelas i 4 huvudteman: 1) ökning av medvetenheten och skapandet av möjligheter för CSR, 2) förbättring av öppenheten och transparensen, 3) underlättande av socialt ansvarsfulla investeringar och 4) styrning genom exempel, till exempel genom att göra *den offentliga upphandlingen mera hållbar och ansvarsfull*. Se även intervju med hållbarhetsexperten Kirsi Sormunen om hållbar utveckling som en del av företagets hela strategi, <http://www.aalto-pro.fi/blog/ota-kestava-kehitys-osaksi-strategiaa>.

253) <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=89&langId=sv&newsId=978&furtherNews=yes>

Sociala hänsyn kan kombineras med miljöaspekter i en integrerad strategi för hållbarhet inom offentlig upphandling. För att stödja sin socialpolitik kan de upphandlande myndigheterna tillämpa sociala hänsyn på en rad olika sätt. Beroende på omständigheterna finns det många sociala hänsyn som endast kan inkluderas i vissa delar av upphandlingsprocessen. Dessutom bör de upphandlande myndigheterna avgöra från fall till fall vilka sociala hänsyn som är relevanta för varje specifik upphandling, beroende på kontraktets föremål och på hur målen ser ut. Exempel på sociala hänsyn som skulle kunna vara relevanta vid offentlig upphandling, och som följer upphandlingsdirektiven och de grundläggande principerna i FEUF, är främjande av möjligheter till anställning, främjande av anständigt arbete, främjande av överensstämmelse med sociala rättigheter och arbetstagares rättigheter, stödjande av social integration och främjande av den sociala ekonomins organisationer, främjande av tillgänglighet och design för alla, tagande av hänsyn till etisk handel, strävan att uppnå högre grad av frivilligt åtagande gällande företagens sociala ansvar samt främjande av små och medelstora företag då de kan kopplas till sociala hänsyn.²⁵⁴⁾

Man talar om externa och interna incitament för socialt ansvarsfull offentlig upphandling.²⁵⁵⁾ Till de externa incitamenten hör t.ex. olika intressenter som direkt eller indirekt utövar påtryckning på organisationerna att inkludera sociala hänsyn i sin offentliga upphandlingsverksamhet. Bland annat kan dessa intressenter ställa direkta krav gällande upphandlingsprocesserna, till exempel genom lagstiftning, eller så kan de indirekt påverka organisationerna genom till exempel konsumentbojkotter av barnarbete som används vid produktionen av varorna.

254) Se Kommissionens handbok: *Socialt ansvarsfull upphandling – en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling* 2011, ss. 7–9.

255) T.ex. Mont & Leire 2009, s. 391.

Ett ökande antal återförsäljare väljer att föredra sådana leverantörer som har dokumenterad erfarenhet av socialt ansvarsfull upphandling.²⁵⁶⁾ Därtill utövar medborgarorganisationer allt större inflytande på hur organisationerna formar sin verksamhet.²⁵⁷⁾ En annan påtryckare, med allt mer inflytande, är media, som driver på företag och organisationer att inkludera sociala hänsyn i sin upphandlingspraxis. Undersökande, grävande, journalister kan samarbeta med olika medborgarorganisationer och effektivt lyfta fram och ge uppmärksamhet åt eventuella missförhållanden. Ytterligare förekommer det ett ökande antal socialt ansvarsfulla investerare som endast investerar i sådana objekt och verksamheter där sociala hänsyn tas och beaktas i en tillräcklig och tillfredsställande grad.²⁵⁸⁾

De så kallade interna incitamenten har etiska eller instrumentella bakgrundsorsaker. Socialt ansvarsfull upphandling uppfattas ofta som moraliskt korrekt och som lönsamt med tanke på framtiden. Organisationer börjar förverkliga socialt ansvarsfulla upphandlingar då de upplever det som etiskt rätt, dock med baktanken att det inte nödvändigtvis gagnar organisationens resultat.²⁵⁹⁾ Trots att den socialt ansvarsfulla upphandlingen inte nödvändigtvis har några direkt bevisbara effekter på leverantörernas resultat, kan den socialt ansvarsfulla upphandlingen och upphandlingspersonalens deltagande i styrningen av leverantörskedjan bidra till att skapa tillit och öka förtroendet i förhållandet mellan köpare och leverantörer, vilket i sin tur kan öka kännedomen om leverantörskedjan och därmed också förbättra leverantörens resultat samt i slutändan även minska på kostnaderna.²⁶⁰⁾

Ett av de starkaste interna incitamenten för alla organisationer är upprätthållandet av sitt rykte. Detta kan de göra genom att utveckla och implementera sin verksamhet gällande

256) Vassallo et al. 2008, s. 12.

257) NGO= Non-Governmental Organization. Endel är av den åsikten att det ökade inflytandet som NGO's har utgör ett av de mest betydande utvecklingsdragen i den internationella handeln under de senaste 20 åren, se t.ex. Guay et al. 2004, ss. 125–139.

258) Bl.a. Whitehouse 2006, s. 279.

259) Se t.ex. Carter 2005, ss. 177–194.

260) Bl.a. Worthington et al. 2008, ss. 319–331.

socialt ansvarsfulla upphandlingar som kan vara till hjälp för att undvika hot mot varumärken och rykte, vilka utgör de viktigaste immateriella tillgångarna för organisationer.²⁶¹⁾ Det riskbenägna beteendet som många organisationer ändå har kan också ses som ett internt incitament, fastän det kan vara till hög grad påverkat av så kallade externa faktorer eller krafter.

Eftersom konsumenterna också blivit alltmer socialt och miljömässigt medvetna, har många organisationer börjat se socialt ansvarsfull upphandling som en konkurrensfördel som kan leda till möjligheter att förbättra leverantörernas prestanda eller hitta alternativa leverantörer och därmed eventuellt också nya källor till innovation, marknadstillfällen samt förbättrade produktionsprocesser.²⁶²⁾

För offentliga organisationer och myndigheter kan incitamenten för socialt ansvarsfull upphandling vara att bidra till samhällets bästa och att stärka profilen för den offentliga sektorn genom att bland annat påvisa att varorna och tjänsterna som köps inte kan associeras med kränkta mänskliga rättigheter eller utnyttjande av barnarbetskraft.²⁶³⁾ Detta kan ge en bild åt medborgarna och väljarna att de offentliga organisationerna och myndigheterna har en etiskt och socialt medveten och ansvarsfull praxis. När de offentliga organisationerna och myndigheterna tar i beaktande sociala och etiska hänsyn vid uppställandet av anbudskriterierna gör de också samtidigt socialt ansvarfull upphandling till en konkurrensfördel för handeln och industrin vilket på så sätt kan det ge upphov till mer socialt ansvarsfull praxis bland leverantörerna och i bästa fall en allmän förbättring av den etiska och sociala profilen i hela samhället.

261) Se bl.a. Doh och Stumpf 2005, ss. 3–18 och Roberts 2003, ss. 159–170.

262) Maignan et al. 2002, ss. 641–648. Till exempel det svenska gruvbolaget LKAB har en offensiv strategi vad gäller hållbarhetskrav. Målsättningen är att bli ledande vad gäller hållbara inköp. LKAB sänder bl.a. ut brev till alla aktiva leverantörer där företagets hållbarhetskrav finns beskrivna. Kraven baserar sig på riktlinjer som definierats av Global Compacts tio principer, Unicefs Childrens Rights and Business Principles, OECD:s riktlinjer för multinationella företag FN:s vägledning för företag och mänskliga rättigheter, se Upphandling 24 2014.

263) T.ex. McCrudden 2004, ss. 257–267 och Thorsell 2008, ss. 6–9.

På samma sätt som det förekommer externa och interna incitament för organisationer för socialt ansvarsfull upphandling, så förekommer det också externa och interna hinder för socialt ansvarsfull upphandling (se tabell nedan).²⁶⁴⁾ De externa hindren utgör de som uppstår utanför den s.k. kärnorganisationen och som antingen kommer från olika intressenter eller från olika parter längs leverantörskedjan. Dessa kan indelas i sådana externa hinder som kärnorganisationen möter då den introducerar eller implementerar sociala hänsyn i leverantörskedjan samt hinder som leverantörerna möter då vissa praxis eller vissa sociala krav introduceras i kedjan.²⁶⁵⁾

264) Hinder för socialt ansvarsfull offentlig upphandling har inte behandlats så mycket i litteraturen, men t.ex. Maignan et al 2002, Welford and Frost 2006, Vassallo et al. 2008 och Mont and Leire 2009 har behandlat ämnet ifråga.

265) Se Mont and Leire 2009, ss. 393–395.

Interna och externa hinder för organisationer att tillämpa socialt ansvarsfull upphandling

<i>Interna hinder</i>	<i>Externa hinder</i>	<i>Externa hinder utanför Europa</i>
Ledningen saknar förståelse	Marknaden inte redo	Skillnader i arbetskultur
Brist på resurser att granska alla leverantörer	Brist på rättspraxis som skulle vara till hjälp för att tolka lagen	Låg nivå på miljö- och sociala standarder och förväntningar
Tillgången på information och tidskrävande intern informationsgång	Problem med att skapa förteckning över leverantörer och att kontrollera deras prestanda	Leverantörernas personal utgör ett hinder
Brist på kunskap och tid för att identifiera specifika sociala aspekter och att införliva dem i upphandlingskriterierna	Omöjlighet att garantera att 100 procent av alla hundratals leverantörer och underleverantörer följer kärnorganisationens uppförandekod eller socialpolitik	Problem med att verifiera den information som presenteras av leverantörerna på grund av risken med falska siffror och dubbla bokningar
Brist på praktiska medel och uppdaterad information	Brist på lagstiftning som skulle kräva finländska, svenska eller europeiska företag att inkludera sociala och etiska kriterier i upphandlingarna	Hög nivå av korruption i olika länder
Brist på samarbete mellan olika upphandlande myndigheter och enheter		Oro vad gäller lagligheten i social offentlig upphandling eftersom sociala kriterier kan uppfattas som hinder för frihandel och fri konkurrens, samt lagliga aspekter för multinationella företag

Källa: Mont and Leire 2009, ss. 399–402.

De interna hindren för socialt ansvarsfull upphandling härrör sig från det förhållandet att införandet av socialt ansvarsfull upphandling kan leda till betydande förändringar i kärnorganisationen, såsom till exempel förändringar i processer och system för val av leverantörer, förändringar i förfarandena gällande utvärdering och verifiering samt behov av utbildning för personalen gällande sociala och etiska aspekter.²⁶⁶⁾ Ett annat vanligt hinder som förekommer inom organisationer är behovet eller nödvändigheten att berättiga förändringen och de kostnader den medför inför styrelsen eller motsvarande organ, helst då

266) Se bl.a. Vasallo et al. 2008, s. 12.

i ekonomiska termer. Är det fråga om betydande tilläggskostnader, bör de rätta argumenten finnas för att på ett övertygande sätt berättiga behovet av förändringen. I många organisationer saknas även förtroendet helt från den högsta ledningen, eller så upphör förtroendet i det skedet då de nya praktikerna ska börja tillämpas och mer resurser skulle krävas.²⁶⁷⁾ Förtroendet från den högsta ledningen kan vara avgörande för den upphandlande myndigheten eller enheten eftersom man bör få veta i vilken grad socialt ansvarsfull upphandling ska implementeras och i vilken grad socialt ansvarsfull upphandling kan introduceras för leverantörskedjan.

Inom organisationen kan det även förekomma problem med att samla in nödvändig och relevant information för implementeringen av sociala hänsyn och därtill kan det även brista i samarbetet i dessa frågor mellan olika enheter eller avdelningar.²⁶⁸⁾

Avsaknaden av praktiker och uppdaterad information utgör ofta ett hinder i början då organisationer inför sociala hänsyn i sina upphandlingar. Till exempel kan det röra sig om brister i möjligheten att kontrollera leverantörerna och följa upp samt utvärdera deras verksamhet. Svårigheterna att utveckla kontroll- och utvecklingsinstrument kan i många fall bero på karaktären hos verksamheten, t.ex. kan det vara fråga om projektbaserad verksamhet för vilken det är svårt att inkludera sociala och etiska kriterier. Även bristen på tid kan utgöra ett hinder, varvid det då är fråga om bristen på tid för utveckling av de rätta medlen för kontroll och utvärdering av leverantörernas varor, tjänster och verksamhet. Bristen på tid behöver inte utgöra ett verkligt och konkret hinder för att implementera sociala hänsyn i upphandlingarna, men i praktiken kan bristen på tid bli en faktor som man hänvisar till ifall man inte introducerat sociala och etiska hänsyn i upphandlingarna.

267) T.ex. Maignan et al. 2002, ss. 641–648.

268) Se Mont and Leire 2009, ss. 403–404.

Åtminstone tidigare utgjorde också bristen på lagstiftning och klara regler gällande socialt ansvarsfull upphandling ett betydande hinder för organisationer ifall de ville introducera och implementera den socialt ansvarsfulla upphandlingen i sin organisation. Även avsaknaden av rättsfall och litteratur gällande sociala hänsyn i upphandlingar gjorde det åtminstone tidigare svårare för upphandlare att veta hur man rätt ska tolka de existerande lagreglerna. Sociala hänsyn kan numera beaktas i större utsträckning med stöd av EU:s målsättning.²⁶⁹⁾

Externa hinder för kärnorganisationen kan för det första uppstå som en följd av problem med att introducera förändringar eller utvärdera resultatet hos övriga parter än hos första nivåns leverantörer. Ofta saknas också resurser att göra något åt saken.²⁷⁰⁾ Andra hinder som kan förekomma är bland annat kulturskillnader mellan länder, men också mellan regioner, områden och sektorer. Sådana kan leda till diskrepanser i förväntningarna mellan den producerande och den konsumerande marknaden vad gäller just sociala och miljömässiga hänsyn.²⁷¹⁾ Ofta har olika leverantörer inom olika sektorer också olika s.k. uppförandekoder att efterfölja, t.ex. gällande arbetstider och övertid, vilket kan leda till svårigheter ifall samtliga leverantörer plötsligt förväntas följa samma regler. Många kan också uppleva att marknaden inte än är redo för strikta regler eller föreskrifter gällande sociala och miljömässiga hänsyn och att man inte heller har de rätta medlen för uppföljning av hur de förverkligas i praktiken.

För sådana finländska organisationer vars offentliga upphandlingar sträcker sig utanför Europa kan det också i praktiken vara svårt att garantera att samtliga leverantörer och underleverantörer följer kärnorganisationens uppförandekoder och socialpolitik. Till exempel är det svårt för någon myndighet att till fullo försäkra att ingen leverantör eller

269) EU kommissionens guide om socialt ansvar och Statsrådets principbeslut 22.11.2012 <https://tem.fi/documents/1410877/2934378/Sosiaalisesti+vastuulliset+hankinnat+opashttps://tem.fi/documents/1410877/2934378/Sosiaalisesti+vastuulliset+hankinnat+opas>

270) Welford and Frost 2006, ss. 166–176.

271) Vasallo et al. 2008.

underleverantör i leverantörskedjan använder sig av barnarbetskraft, har usla arbetsförhållanden eller betalar alltför låga löner. Å andra sidan gäller att om allmänheten får kännedom om sådana missförhållanden, hamnar de myndigheter som arbetat med dessa frågor i en bättre dager än de som inte alls engagerat sig.²⁷²⁾ Det kan därtill vara svårt att överhuvudtaget finna argument eller vädja till mänskliga rättigheter och motsvarande sociala frågor i helt andra kulturer, ifall referensramarna är helt olika eller det saknas rättsregler gällande sociala och etiska frågor.

Den upphandlande myndighet och enhet som ställer ett etiskt villkor bör alltså ha kapacitet att övervaka att villkoret också efterlevs. Utgående från EU-domstolens praxis följer även att villkoren i upphandlingarna måste vara förenade med krav som gör det möjligt att säkerställa en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbuderna också är korrekt.²⁷³⁾ Kravet på uppföljning medför att de upphandlande myndigheterna och enheterna är hänvisade till att koppla de etiska villkoren till bevismedel som möjliggör att villkoren kan övervakas. Ifrågavarande bevismedel får inte begränsas till att avse ett visst märke eller något annat exklusivt bevis, utan måste istället vara transparent och ge alla leverantörer en möjlighet att visa att de kan fullgöra villkoren som ställs.

Den svenska organisationen Swedwatch har också i en rapport om sociala krav i upphandlingar *Agents for Change* granskat svensk upphandling av kirurgiska instrument i Pakistan, kycklingkött i Thailand och kaffe i Brasilien.²⁷⁴⁾ Man frågade bl.a. de upphandlande myndigheterna eller enheterna vad de uppfattar som de största hindren för att ställa krav på social hållbarhet i upphandlingsprocessen och hur man kan komma över dessa hinder. Det man upplevde som de största hindren var 1) att hitta rätt balans mellan att ställa långtgående krav utan att förvränga konkurrensen och 2) otillräckliga resurser för att sätta sig in i frågorna på djupet. Flera upphandlare nämnde även behovet av större

272) Mont and Leire 2009, ss. 399–400.

273) T.ex. mål C-448/01, *Wienstrom*.

274) Se Swedwatch 2016, ss. 37–39.

intern kapacitet för att säkerställa att de ställda kriterierna uppfylls. Det upphandlarna ansåg sig vara mest i behov av för att uppnå sina målsättningar var *de facto* mer resurser. Man frågade även upphandlarna vilka politiska beslut som skulle krävas. Flera av respondenterna önskade här att det vore möjligt att direkt kräva vissa certifieringar, till exempel med avseende på Fairtrade.²⁷⁵⁾

Numera finns det många organisationer som tillhandahåller så kallad social och etisk märkning. En leverantör som önskar tillhandahålla en vara eller tjänst som har etisk märkning bör skaffa sig en certifiering och betala en licensavgift till organisationen. För att leverantören ska kunna få denna certifiering måste de kriterier som organisationen ställt upp även vara uppfyllda. Kriterierna behöver inte alltid vara begränsade till de grundläggande ILO-konventionerna utan kan också medföra mer långtgående krav och villkor. Det är upp till de upphandlande myndigheterna och enheterna att vara uppmärksamma på huruvida dessa mer långtgående krav är oproportionerligt betungande eller diskriminerande mot vissa kategorier av leverantörer eller på några andra sätt är oförenliga med UpphL samt gemenskapsrätten.²⁷⁶⁾

Till exempel den internationella standarden ISO26000 bygger på sju grundläggande principer som tillsammans har som avsikt att definiera socialt ansvarstagande.²⁷⁷⁾ Standarden ska sålunda beskriva vad företag och organisationer kan göra för att bidra till en hållbar utveckling. Den innehåller dock endast frivilliga riktlinjer och medför således ingen direkt certifiering.

275) Se *ibid.*

276) I ett mål i finska MD 485/10 och HFD 8.3.2013, liggare 862 gällande dagvårdstjänster förutsattes att dagvårdspersonalen skulle ha anställningsförhållanden som var i kraft tillsvidare. Detta motiverades bl.a. med att dagvårdspersonalens beständighet korrelerar med en högre kvalitet på dagvården. Därtill antogs att man till anställningsförhållanden som är i kraft tillsvidare, får personal med längre erfarenhet och högre utbildning. HFD godtog användningen av jämförelsekriteriet i fråga. Se även Pekkala et al. 2017, s. 67.

277) ISO är en privaträttslig organisation, en förening som registrerats i Schweiz. Se www.iso.org. Den internationella standardiseringsorganisationen ISO håller även på med att utveckla en standard, ISO 20400, för hållbar upphandling. Tanken är att standarden i fråga ska underlätta den del av hållbarhetsarbetet som går att koppla till inköp och upphandlingar. Standarden ska bli klar under år 2017.

Riktlinjerna ISO26000 innehåller:

- a) begrepp, termer och definitioner på sociala hänsyn,
- b) bakgrund, trender och karaktäristika för sociala hänsyn,
- c) principer och rutiner i samband med sociala hänsyn,
- d) frågeställningar och kärnområden i samband med sociala hänsyn,
- e) integrering, genomförande och främjande av sociala hänsyn,
- f) identifiering av och samverkan med intressenter, och
- g) spridning av information om åtaganden, prestationer och övrigt i samband med sociala hänsyn.

Ett problem då social hållbarhet ska bestyrkas har varit att det enligt gällande upphandlingslagstiftning inte varit möjligt att i anbudshandlingarna hänvisa till en enskild certifiering eller ett enskilt certifieringsmärke. Certifiering har kunnat användas som bevis för att kriterierna uppfylls, men som själva kriterier har man varit tvungen att använda certifieringsmärkets kriterier. Detta har förutsatt att de upphandlande myndigheterna och enheterna har kunskap och kännedom om olika certifieringar. I anbudshandlingarna bör sålunda uppräknas de mest väsentliga kriterierna för certifiering och beställarna bör sedan utvärdera huruvida kriterierna uppfylls.

EU-domstolen har gett ett betydande förhandsavgörande gällande certifieringsmärken i målet C-368/10 *EU-kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar)*. Provinsen Nord-Holland hade år 2008 publicerat en upphandlingsannons där man ville ingå avtal om leverans och skötsel av kaffeautomater. I anbudsförfrågan meddelade man att man ville öka användningen av ekologiska produkter och Rättvis handelprodukter i kaffeautomaterna. Som en följd av konkurrensutsättningen väckte EU-kommissionen talan i EU-domstolen mot Nederländerna, där man gick åt den oklara upphandlingen och särskilt att kriterierna inte direkt knöt an till föremålet för upphandlingen. EU-domstolen konstaterade i målet att krav på rättvis handel hör till föremålet för upphandlingen och att olika kriterier

för rättvis handel kan användas som villkor i anbudsförfrågan. Krav hade ställts på särskilda varumärken i syfte att göra kaffemarknaden med hållbar och till en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion. Domstolen ansåg dock att provinsen Nord-Holland definierat kriterierna på ett oklart sätt och att man borde tillåtit att anbudsgivarna bevisar att man uppfyller kraven på andra sätt än bara genom hänvisning till ett visst certifieringsmärke. Nord-Holland hade inte uppfyllt sina skyldigheter enligt unionsrätten.²⁷⁸⁾

Sociala kriterier gällande upphandling av varor från s.k. riskländer är således möjliga.²⁷⁹⁾ Användningen av sådana kriterier förutsätter dock att den upphandlande myndigheten och enheten har kunskap och kännedom om saken.

3.3. Miljöanpassad offentlig upphandling

Miljöanpassad offentlig upphandling kan ses som både en strategi från myndigheternas sida att främja användningen av hållbara varor och tjänster och en företagsstrategi att förbättra utvecklingen av hållbara varor och tjänster och därmed även uppfylla kraven på mer hållbara varor och tjänster. Upphandlingslagstiftningen ger möjligheter till att uppmärksamma och beakta miljöaspekter.

En miljöanpassad offentlig upphandling kan ha sitt ursprung i en eller flera av följande faktorer:

- 1) ett handlingsprogram från kunden till leverantören som innehåller miljökrav eller miljökriterier på leverantörens prestation,
- 2) en yttre drivande faktor, till exempel lagstiftning, kunder/klienter eller konkurrenter, eller

278) Se mål C-368/10. Se också MD: 17/14.

279) Upphandlingar från s.k. riskländer avser framförallt varor som köps från länder vilka placerar sig lågt på bl.a. FN:s utvecklingsindex eller i Transparency International's korruptionsindex.

3) en vision om en hållbar miljö, en övergripande upphandlingsstrategi eller ett miljöfokuserat ledarskap.

Miljöanpassad offentlig upphandling har alltmer kommit att betraktas som ett politiskt styrmedel och det politiska engagemanget för en miljöanpassad offentlig upphandling har ökat nationellt, på EU-nivå och internationellt. Vid FN:s världstoppmöte om hållbar utveckling i Johannesburg år 2002 beslutades att offentlig upphandling bör användas för att uppmuntra utveckling och spridning av miljövänliga varor och tjänster. En arbetsgrupp för hållbar utveckling skapades, som fick till uppgift att sprida metoder för hållbar offentlig upphandling. Även OECD antog år 2002 en rekommendation om miljöanpassad offentlig upphandling. Flera OECD-länder har utvecklat egna strategier för hållbar upphandling. Efter världstoppmötet om hållbar utveckling i Johannesburg på hösten år 2002 utformades en arbetsgrupp, Marrakech Task Force, för hållbar utveckling, vars uppgift är att sprida miljöanpassade metoder för offentlig upphandling. I flera OECD-länder har egna strategier för hållbar utveckling skapats och även i s.k. tillväxtekonomier har man utvecklat sådana.

Principerna för miljöanpassad upphandling började utvecklas i slutet av 1980-talet i ett antal europeiska länder. Under den s.k. Cardiffprocessen 1999 beslutades om integrering av miljöhänsyn i EU:s samtliga beslut. Offentlig upphandling nämns i det sammanhanget som ett strategiskt styrmedel. I den s.k. Lissabonstrategin från år 2000 formulerade EU målet att till 2010 göra Europa till den mest konkurrenskraftiga, dynamiska och kunskapsbaserade ekonomin, med möjlighet till hållbar ekonomisk tillväxt med fler och bättre arbetstillfällen och en hög grad av social sammanhållning.²⁸⁰⁾ I ett tillägg till strategin framhålls att ekonomisk tillväxt och social sammanhållning bör ske utan att miljön

280) Se Lisbon European Council, Presidency Conclusions, 23–24 mars 2000.

tar skada.²⁸¹⁾ Under år 2001 lade EU-kommissionen fram ett meddelande om möjligheterna att inom ramen för upphandlingsdirektiven kunna inkludera miljökriterier i offentliga upphandlingar.²⁸²⁾

Miljöskydd har numera en central ställning i EU:s verksamhet och politik. I enlighet med artikel 11 FEUF ska miljöskyddskraven integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling. Enligt artikel 114 FEUF ska EU-kommissionen i sina förslag om hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd utgå från en hög skyddsnivå och särskilt beakta ny utveckling som grundas på vetenskapliga fakta. Europaparlamentet och rådet ska också, inom ramen för sina respektive befogenheter, sträva efter att nå detta mål.

I EU strukturerades möjligheterna för en miljöanpassad offentlig upphandling för första gången i EU-kommissionens meddelande år 2003 om integrerad produktpolitik, där man rekommenderade medlemsstaterna att handlingsplaner för miljöanpassad offentlig upphandling skulle antas till och med slutet av år 2006.²⁸³⁾ I upphandlingsdirektiven 2004/17/EG och 2004/18/EG klargörs det sedan hur offentliga upphandlare kan beakta miljöaspekter i samband med den offentliga upphandlingen.²⁸⁴⁾ Under år 2004 lanserade EU-kommissionen även en handlingsplan för att stimulera användningen av miljöteknik i syfte att minska de ekonomiska, finansiella och institutionella hinder som förekommer i arbetet med att främja utveckling av ny miljöteknik. Offentlig upphandling omnämns

281) KOM (2000)264 slutlig.

282) Se COM (2002) 274 final.

283) KOM (2003) 302.

284) Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

här som ett instrument för att förbättra marknadsförutsättningarna för och underlätta tillämpningen av miljöteknik.²⁸⁵⁾ Under år 2004 utgav också the *High Level Group on the Revision of Lisbon Strategy for Growth and Employment* en rapport i vilken det rekommenderades att myndigheter på det nationella planet ska utarbeta handlingsplaner.²⁸⁶⁾

I meddelandet från EU-kommissionen om hållbar utveckling och EU:s strategi för hållbar utveckling, KOM (2009) 400, konstateras att de viktiga politiska initiativen under de senaste åren varit den s.k. Energy Star-förordningen,²⁸⁷⁾ som gäller energieffektivitetsmärkning för kontorsutrustning, och ett meddelande från EU-kommissionen om offentlig upphandling för en bättre miljö, som föreslår att medlemsstaterna från och med 2010 skulle uppnå ett frivilligt 50-procentigt mål för miljöanpassad offentlig upphandling.²⁸⁸⁾ EU-kommissionens avdelningar har arbetat fram kriterier för miljöanpassad offentlig upphandling för tio prioriterade produkt- och tjänstegrupper (t.ex. transport, livsmedel, byggverksamhet och kontorsutrustning) som medlemsstaterna har uppmanats att godkänna. Miljökraven har åtminstone i Finland visat sig vara stimulerande för innovatörer, producenter, upphandlarna och marknaden i övrigt. Miljöaspekter beaktas vid anskaffningar av t.ex. transportfordon, byggt teknik och energi.²⁸⁹⁾

I EU:s strategi för hållbar utveckling fastställdes också målet att samtliga medlemsstater år 2010 skulle ställa miljökrav i samma omfattning som de medlemsländer som ledde utvecklingen 2006. Ifrågavarande mål förekom också i den övergripande handlingsplanen för hållbar konsumtion och produktion och hållbar industripolitik under beteckningen SCP/SIP, som innehåller ramar för genomförande av ett paket med olika instrument för

285) Se Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och social kommittén samt regionkommittén, *Rapport om handlingsplanen för miljöteknik*, (2005–2006), SEK (2004) 413.

286) Kok, W, Ed. 2004.

287) Se Förordning (EG) nr 106/2008 EUT, s.1.

288) Se COM (2008) 400.

289) Se t.ex. Suomen ympäristökeskuksen raportteja 10/2016. Se även Lundberg & Marklund 2013, ss. 41–57.

att förbättra produkters energieffektivitet och miljöprestanda.²⁹⁰⁾ År 2008 presenterade EU-kommissionen sedan sitt förslag om offentlig upphandling för en bättre miljö med en uppföljning och vidareutveckling av målen för den offentliga upphandlingen, i enlighet med handlingsplanen för SCP/SIP.²⁹¹⁾

Utgångspunkten för den miljöanpassade offentliga upphandlingen är att den ska basera sig på entydiga och ambitiösa miljökriterier för produkter och tjänster. Ur EU-rättslig synvinkel är det viktigt att de kriterier som medlemsländerna tillämpar på den miljömässiga offentliga upphandlingen är jämförbara och undviker att snedvrیدا konkurrensen på den inre marknaden, emedan medlemsländerna utvecklat en rad nationella kriterier och metoder på området. Miljökriterier på EU-nivå har en längre tid funnits bland annat inom ramen för miljömärkningen, förordningen om energieffektivitetsmärkning och eko-designdirektivet för energianvändande produkter. EU-kommissionen har i samråd med en expertgrupp, med företrädare för medlemsstaterna som är aktiva inom miljöanpassad offentlig upphandling, utarbetat kriterier för produkt- och tjänstegrupper i 10 sektorer som ansetts vara särskilt lämpliga för genomförandet av miljöanpassad offentlig upphandling. Dessa sektorer är byggsektorn; mat- och cateringtjänster; transporter och transporttjänster; energi; kontorsmaskiner och datorer; kläder, uniformer och andra textilier, pappers- och trycktjänster; inredning; rengöringsprodukter och -tjänster samt utrustning för hälsovårdssektorn. I meddelandet om offentlig upphandling för en bättre miljö, KOM (2008) 400, föreslog EU-kommissionen bland annat att samrådsförfarandet mellan EU-kommissionen och expertgruppen, med företrädare för medlemsstaterna som är aktiva inom miljöanpassad offentlig upphandling, skulle formaliseras och medlemsstaterna uppmanades att godkänna de kriterier för miljöanpassad offentlig upphandling som utarbetats. Man föreslog också att de kriterier som ska utvecklas bör beakta den tidigare och

290) Se COM (2006) 397 final.

291) Se COM (2008) 397 final.

pågående utvecklingen av kriterier inom ramen för handlingsplanen för hållbar konsumtion och produktion.²⁹²⁾ I direktivet för offentlig upphandling 2014/24/EU är den övergripande principen att de upphandlande myndigheterna ska använda sin köpkraft till att upphandla varor och tjänster som främjar innovation, respekt för miljön och kampen mot miljöförändringar samtidigt som man ska förbättra sysselsättningen, folkhälsan och de sociala villkoren.²⁹³⁾

För att överhuvudtaget identifiera miljövänliga alternativ kan också den upphandlande myndigheten och enheten ställa följande frågor till anbudsgivaren:

- 1) Ger leverantören i fråga årligen ut en hållbarhetsredovisning?
- 2) På vilket sätt utvärderas leverantörerna på basis av resultaten gällande miljökriterierna?
- 3) Upprätthåller leverantören en lista till exempel över miljöfarliga kemikalier som inte får användas i produktionen?²⁹⁴⁾
- 4) Hur ser leverantörens logistikprogram ut och hur ser strategin för produkternas livscykel ut?²⁹⁵⁾

En särskilnad för kriterierna inom den miljöanpassade offentliga upphandlingen görs mellan så kallade kärnkriterier och övergripande kriterier. Kärnkriteriernas syfte är att möjliggöra en enkel miljöanpassad offentlig upphandling och inriktas på miljöprestandan för produkterna samt på att minimera de administrativa kostnader företagen utsätts för. De ska utgöra grund för de mål som sätts och för jämförelser. Vid övervakning kan även kontrolleras om kärnkriterierna följs. De övergripande kriterierna går däremot in på flera aspekter eller också på högre nivåer av miljöprestanda. Avsikten är att de ska användas

292) Se COM (2008) 400, ss. 7–8.

293) Direktiv 2014/24/EU. Även Falk 2001, ss. 37–38.

294) Se t.ex. Herler 2008, ss. 102–103 om kemikalierisker.

295) Dominick & Lunney 2012, s. 61.

av de myndigheter som har mer ambitiösa miljö- och innovationsstödmålsättningar. Kontroll av efterlevnaden av de övergripande kriterierna kan genomföras i de medlemsstater som visar de bästa resultaten. Gemensamma EU-kriterier för miljöanpassad offentlig upphandling ska enbart vara fastställda för sådana produkter och tjänster som ännu inte omfattas av de obligatoriska kriterierna för miljöanpassad offentlig upphandling.²⁹⁶⁾

Kriterierna ska formuleras på så sätt att de är lättförståeliga av offentliga upphandlare och anbudsgivare samt så att de enkelt kan tas med i upphandlingsdokumenten, i enlighet med gällande lagstiftning om offentlig upphandling. EU-kommissionen har även utvecklat rättsliga och operativa vägledningar för den miljömässiga offentliga upphandlingen, till exempel ett nätbaserat verktyg för utbildning om miljöanpassad offentlig upphandling för upphandlare, beslutsfattare, chefer och konsulter, med syftet att underlätta genomförandet av den miljöanpassade upphandlingen.²⁹⁷⁾

Gemensamma miljökriterier för offentlig upphandling har också utvecklats för tio så kallade nyckelbranscher, vilka ansetts mest lämpliga för att implementera sådana kriterier. Kriterierna har sin basis i existerande europeiska och nationella eko-märken, såväl som i information insamlad från experter. Ett av de sätt som den upphandlande myndigheten kan garantera att miljöaspekterna implementeras är rätten att utesluta en sådan anbudsgivare som tidigare har fällts för brott mot yrkesetiken enligt lagakraftvunnen dom eller har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten. Exempelvis i målet MD 554:15 var fråga om att den upphandlande enheten hade förfarit i strid med upphandlingsföreskrifterna. Upphandlingsenheten kunde enligt 54 § 1 mom., 4 punkten UpphL (2007) (enligt 81 § 1 mom 3 och 5 punkterna gällande lag UpphL 1397/2016) inom gränserna för sin prövningsrätt utesluta

296) COM (2008) 400, ss. 8–9.

297) COM (2008) 400, ss. 8, 11.

budgivaren med anledning av den ansvariges tidigare straffrättsliga dom.²⁹⁸⁾ Om överträdelser av miljölagstiftningen enligt lagen betraktas som ett brott mot yrkesetiken, är det enligt direktiven om offentlig upphandling tillåtet för en upphandlande myndighet att utesluta en anbudsgivare från deltagande på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen om företaget har dömts för brottet och domen har vunnit laga kraft. Det krävs inte en lagakraftvunnen dom för att kriteriet allvarligt fel i yrkesutövningen ska uppfyllas. EU-domstolen har i fallet C-465/11 *Forposta* konstaterat att begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar allt felaktigt förfarande som påverkar ifrågavarande aktörs yrkesmässiga pålitlighet och att de upphandlande enheterna kan konstatera felet i yrkesverksamheten. Användningen av kriteriet allvarligt fel i yrkesutövningen förutsätter inte en lagakraftvunnen dom och den upphandlande enheten kan använda det som en uteslutningsgrund då den har tillgång till andra bevis på förseelser.²⁹⁹⁾

Det är sålunda möjligt att utesluta en anbudsgivare som blivit dömd för till exempel miljöbrott enligt miljölagstiftningen i enlighet med 81 § 1 momentet 5 punkten UpphL. Det kan till exempel handla om överträdelse av ett tillståndsvillkor som getts med stöd av miljölagen eller om miljöbrott som avses i 48 kap. StraffL. Lagbrottet bör i så fall ha gjorts i yrkesutövningen. Ett exempel på allvarligt fel i yrkesutövningen är uppenbara kvalitetsbrister i samband med handhavandet av kemikalier. Också avtalsbrott kan betraktas som allvarligt fel i yrkesutövningen.³⁰⁰⁾

I lagen om offentliga upphandlingar finns också en punkt som kan anses vara en nationell uteslutningsgrund och som alltså inte grundar sig på upphandlingsdirektiven. Detta är 80 § 2 mom. i upphandlingslagen som räknar upp en del av arbetsbrotten i 47 kapitlet i strafflagen (arbetarskyddsbrott i 47 kap. 1 §, arbetstidsbrott i 47 kap. 2 §, diskriminering i arbetslivet i 47 kap. 3 §, ockerliknande diskriminering i arbetslivet i 47 kap. 3 a §,

298) Se även sv. HFD 4266-12, ref. 61, där fråga var om att en anbudsgivare hade tidigare gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

299) Se C-465/11, *Forposta SA och ABC Direct Contact sp.zo.o. v Pozta Polska SA*, 13.12.2012.

300) Se RP 108/2016, ss. 189–191 och Falk 2011 och 2014, ss. 330–332.

kränkning av arbetstägarens organisationsfrihet i 47 kap. 5 § samt anlitande av utländsk arbetskraft som saknar tillstånd i 47 kap. 6 a §.

Kraven på öppenhet och jämlik behandling förutsätter dock att det i beslutet för tilldelning av kontrakt, bör specificeras vilken typ av information som utnyttjats i beslutsprocessen och vilken betydelse ifrågavarande information haft. Följaktligen kan tidigare erfarenheter som den upphandlande myndigheten har av anbudsgivarens sätt att uppfylla miljökriterier utnyttjas endast om det uttryckligen står i anbudsförfrågan att man använder miljökriterier i jämförelsen av anbud. Tidigare erfarenheter kan tas i beaktande i form av referenser eller utlåtanden från myndigheter som förverkligar upphandlingar. Det är emellertid rätt så osannolikt att negligierandet av miljöaspekter i ett tidigare kontrakt skulle utgöra en grund för uteslutning i ett nytt anbudsförfarande, eftersom kriterierna för uteslutning är rätt så strikta och uteslutning endast är möjligt ifall man klart kan påvisa att miljöaspekterna varit en särskilt viktig del av det tidigare kontraktet och åsidosättandet av dem varit av betydande karaktär.³⁰¹⁾ En dylik situation vore dock rätt så exceptionell, eftersom miljöaspekterna oftast åtminstone hittills varit av ”mindre betydelse i kontraktet”.

Det har även framkommit i undersökningar att många villkor och klausuler gällande miljökriterier i upphandlingsavtal är rätt vagt formulerade.³⁰²⁾ I många fall har den upphandlande myndigheten och enheten inte någon reservation gällande rätten att inspektera att verkställaren verkligen uppfyller de överenskomna miljökriterierna. Få avtal innehåller således reservationer gällande övervakning och inspektion av verkställarens/avtalspartens verksamhet. Men avtalen innehåller i allmänhet nog villkor enligt vilka avtalsparten bör ersätta likviderade kostnader ifall man bryter mot de överenskomna miljökriterierna. Den upphandlande myndigheten eller enheten kunde emellertid inkludera reservationer

301) Hemmo 2003, ss. 116–117. I målet C-538/07 *Assitur* framgår det även att en indikation om att det föreligger en grund för uteslutning inte kan användas utan att en föregående utredning görs av i vilken utsträckning omständigheterna är av betydelse för upphandlingen i fråga.

302) Bl.a. Palmujoki, Parikka-Ahola & Ekroos 2010, ss. 259–260.

gällande övervakning av avtalspartens verksamhet och direkta och förutbestämda konkreta sanktioner ifall av eventuellt avtalsbrott för att i högre grad säkerställa att de överenskomna miljökriterierna efterföljs.

Enligt en studie om situationen för miljöanpassade offentliga upphandlingar inom EU beaktar nog de upphandlande myndigheterna och enheterna miljöaspekter i rätt så hög grad.³⁰³⁾ I Finland och även i Sverige vill de upphandlande myndigheterna och enheterna helst undvika potentiella rättsliga konflikter. Lagstiftningen utgör dock inget problem för att ta i beaktande miljöaspekter i den offentliga upphandlingen, men det finns en efterfrågan på klarare, mer detaljerade, konkreta och proaktiva kriterier för miljöanpassade offentliga upphandlingar, i synnerhet sådana detaljerade kriterier som kunde leda till verkliga miljöfördelar eller att utveckla allmänna avtalsvillkor och olika typer av ramavtal som inkluderar miljökritier.³⁰⁴⁾ Det kan här ur ett avtalsperspektiv vara fråga om att ställa dels produktbaserade kriterier, såsom att stipulera energikriterier för IT-utrustning, dels tjänstbaserade kriterier, eller också minimikrav på återvunnet innehåll i byggnadsmaterial gällande entreprenadavtal, samt dels processbaserade kriterier, som till exempel att uppmuntra huvudleverantörer att skapa intresse för utveckling av underleverantörers förutsättningar att uppfylla miljökrav. I upphandlingen bör EU:s allmänna rättsprinciper följas.

Regeringsrätten i Sverige (nuvarande HFD) har gjort följande uttalande:

”När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. Myndigheten kan till exempel ta miljömässiga hänsyn genom att i förfrågningsunderlaget ställa krav beträffande produktens miljöegenskaper (6 kap 3 paragrafen LOU). De kraven måste vara kopplande till det som upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten. Ett krav av innebörd att produkten av miljöskäl inte får innehålla ett visst ämne har en sådan koppling.”³⁰⁵⁾

303) Se Collection of Statistical Information on Green Public Procurement in the EU: Report on Data Collection Results 2009.

304) Palmujoki, Parikka-Ahola & Ekroos 2010, ss. 261–262.

305) RÅ 2010 ref. 78.

Exempel på konkreta miljökrav kan vara att den efterfrågade produkten inte ska innehålla vissa miljöfarliga ämnen eller att produkten ska uppfylla vissa tekniska krav. Krav kan också ställas på leverantören att denne ska följa upp att underleverantörers produkter uppfyller vissa krav eller egenskaper. För att kravet ska anses vara väldefinierat måste det klart framgå vad som krävs av leverantören, varan eller tjänsten, alternativt att det måste vara tydligt för leverantören vad som ur miljösynpunkt kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Om kravet inte uppfyller något av dessa alternativ är kravet att anse som icke-väldefinierat ur ett upphandlingstekniskt perspektiv. Ett exempel på ett icke-väldefinierat krav är att leverantören ska redovisa sitt miljöarbete, utan närmare krav på att miljöarbetet ska hålla en viss kvalitet.³⁰⁶⁾

Såsom även Cousins et al. poängterar beror effektiviteten i upphandlingsverksamheten på att finna och upprätthålla en balans mellan sex grundläggande faktorer:

- 1) inkludera upphandlingsverksamheten som en del av organisationens övergripande strategi,
- 2) skapa och administrera basen för organisationens leverantörer,
- 3) organisera alla upphandlingsrelaterade verksamheter internt,
- 4) kunskap och expertis gällande både upphandlare och interna kunder inom organisationen,
- 5) system för mätning av prestationer samt
- 6) modeller som möjliggör en meningsfull kostnadsnyttoanalys av föreslagna beslut och förändringar.³⁰⁷⁾

Mycket av den utvärdering som skett inom den miljöanpassade offentliga upphandlingen har gällt mätningen av enskilda prestationer, i synnerhet i vilken grad anbudsgivarnas enskilda varor och tjänster är miljöanpassade. För utveckling av den miljöanpassade offentliga upphandlingsverksamheten krävs det av upphandlarna att de inför ett mer övervägt och holistiskt synsätt på upphandlingen, där man sammanför det miljöanpassade

306) Se sv. Regeringens skrivelse 2011/12:134.

307) Cousins et al. 2008, ss. 195–212.

tänkandet med den upphandlande myndighetens och enhetens övergripande upphandlingsstrategi. Till exempel hur upphandlingsverksamheten är internt organiserad och vilka planer och strategier som finns för att få tillgång till rätt slag av kunskap och expertis gällande miljöanpassad offentlig upphandling, är faktorer som de upphandlande myndigheterna och enheterna borde ta i beaktande. Därtill är det även av stor betydelse vilka utvärderingskriterier som utnyttjas i upphandlingen och vilket slags modell som används för kostnadsnyttoanalysen. Dåligt utfall i den miljöanpassade offentliga upphandlingen kan vara resultatet av en skev balans mellan enskilda initiativ inom den miljöanpassade offentliga upphandlingen, till exempel att man fokuserar på att beskriva vilka kriterier som de upphandlande myndigheterna och enheterna kan välja mellan då de väljer anbud utan att ställa detta i relation till de andra delmomenten av upphandlingsprocessen. Bland annat kan det vara fråga om till vilken grad man förstått betydelsen av de kriterier som uppställts, hur realistiska de verkligen är samt huruvida det existerar en klar och politiskt godkänd syn på vad kostnaderna respektive nytta är av att köpa miljöanpassade varor och tjänster.

I en undersökning som gjorts i Norge gällande hinder för och drivkrafter till miljövänlig offentlig upphandling så framkom det huvudsakligen fem hinder och fyra drivkrafter.

Hindren:

- 1) Kunskap: bristen på kunskap, både allmän miljökunskap och produktspecifik kunskap samt i någon mån också avsaknad av kunskap hur man ska ställa miljökriterier.³⁰⁸⁾
- 2) Kostnader: brist på möjlighet att beakta miljömässiga hänsyn ifall det i för stor utsträckning strider mot ekonomiska överväganden.
- 3) Brist på stöd: brist på stöd från ledande håll begränsar den upphandlande myndighetens och enhetens möjligheter att använda mer tid och pengar på miljövänlig offentlig upphandling.
- 4) Tyngdpunkt på funktionalitet: många varor med detaljerade användningsområden eller tekniska kriterier begränsar utrymmet för miljökriterier.
- 5) Arbetstryck: förhindrar möjligheterna att ge de extra resurser som krävs för att inkludera miljömässiga hänsyn i upphandlingarna.

308) Se också fi. Ekonomiutskottets betänkande, TaVM 31/2016, s. 5, där det framhålls att det krävs rådgivning om att göra hållbara och ansvarsfulla upphandlingar.

Drivkrafter:

- 1) *Samarbete*: mera centraliserade upphandlingsfunktioner där tyngdpunkten kan vara på själva upphandlingen och där man med hjälp av utbyte av erfarenheter och transdisciplinär upphandling kan fokusera gemensamt på att tillämpa miljövänlig offentlig upphandling.
- 2) *Stöd*: stöd från ledningshåll och/eller politiskt håll för att förverkliga upphandlingarna.
- 3) *Förenkling*: göra tillämpningen av miljökriterier så enkel som möjlig, för att spara tid och resurser.
- 4) *Miljömärken*: underlätta situationen genom kunskap om vilka miljömärken som finns tillgängliga på marknaden, vilket i sin tur underlättar formandet av miljökriterier för den egna upphandlingen.³⁰⁹⁾

I enlighet med den svenska Riksrevisionens rapport om miljökrav i offentlig upphandling skulle en starkare styrning och högre effektivitet kunna nås genom att peka ut prioriterade produktgrupper på förordningsnivå. Sådana produktgrupper bör ha relativt stor upphandlingsvolym, upphandlas både av stat, kommuner och landsting och ha betydande negativ miljöpåverkan. Det skulle kunna bidra till minskad miljöpåverkan och till låga transaktionskostnader. Den svenska regeringens prioritering av produktgruppen miljöbilar är ett exempel på ett område där detta, trots vissa brister i styrning och uppföljning, har lyckats. Den svenska miljöbilsförordningen används även i stor utsträckning i kommuners och landstingens upphandlingar av miljöbilar eftersom förordningens miljökrav upplevs som ett stöd av upphandlare. Att utforma miljökrav i förordning för en produktgrupp med stor miljöbelastning där det också i stor utsträckning finns ramavtal för den offentliga sektorn har därför lett till minskade utsläpp och samtidigt hållit transaktionskostnaderna låga.³¹⁰⁾

Den miljöanpassade offentliga upphandlingen måste också ses ur ett bredare perspektiv. Till exempel bör verkningarna på konkurrensen tas i beaktande eftersom miljökriterier kan utgöra hinder för deltagande och sålunda minska antalet anbudsgivare samt i slutändan leda till högre priser. För att den miljöanpassade offentliga upphandlingen ska få och

309) Se Loland Dolva 2007, ss. 44–46. Se även sv. proposition om EU - miljömärket 2012/13:179.

310) Se sv. regeringens skrivelse 2011/12:134.

ha en verklig effekt på miljöproblemen är det viktigt att den miljöanpassade offentliga upphandlingen siktar in sig på produktgrupper som har en stor påverkan på miljön och på områden där den offentliga upphandlingen är anmärkningsvärd. För de upphandlande myndigheterna och enheterna är det ytterst viktigt att detta beaktas när den miljöanpassade offentliga upphandlingen ska implementeras. Man bör ytterligare ha relevant och uppdaterad kunskap, information och förmåga. Det är även av betydelse att man inser att de verkningar som den miljöanpassade offentliga upphandlingen har på konkurrensen och priserna kan variera, till exempel så kan priserna stiga trots en ökad konkurrens, delvis på grund av investeringar som anbudsgivarna gör för att uppfylla de miljökriterier som den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt upp. Men i stort, så kan man med den miljöanpassade offentliga upphandlingen sporra efterfrågan på gröna varor och tjänster i samhället genom att uttryckligen styra efterfrågan mot miljöanpassade varor och tjänster och därmed också ge företag mera incitament att utveckla miljöanpassade varor och tjänster då de vet att det förekommer en efterfrågan på sådana.³¹¹⁾

3.4. Lagstiftning

3.4.1. Normer och rättspraxis på EU-nivå

Reglerna om offentlig upphandling utgör inte en del av det så kallade funktionssättsfördragets, FEUF:s, konkurrensregler. Reglerna om offentlig upphandling betraktas som en del av den inre marknaden och etableringsfriheten, men det har dock ett sakligt samband med konkurrensreglerna i funktionsfördraget.³¹²⁾ Funktionssättsfördraget saknar alltså särskilda regler för offentlig upphandling, men till exempel diskriminering utgående från nationalitetsskäl mot företag i något annat medlemsland står dock i strid med grundprinciperna i fördraget, bland annat med diskrimineringsförbudet i artikel 18.1. FEUF och

311) Report from the Nordic competition authorities 1/2010, ss. 27–33. Även Sandin 2011, ss. 307–310.

312) Se EU-kommissionens beslut 30.6.2004, C(2004) 2200.

förbudet mot kvantitativa restriktioner i artiklarna 34 och 35, om etableringsrätt i artikel 49 och om fri rörlighet av tjänster i artikel 56. Bl.a. av EU-domstolens dom i mål C-45/87 *Dundalk* (Kommissionen mot Irland) hade upphandlingsmyndigheterna förkastat ett utländskt företags anbud, vilket stred mot upphandlingsrättsliga principer. Däremot hade upphandlingsmyndigheten kunnat specificera kraven. T.ex. av EU-domstolens dom i mål C-243/89 *Stora Bält* fastställdes att krav på användningen av inhemsk arbetskraft och inhemska produkter stred mot icke-diskrimineringsprincipen, Även kravet på likabehandling av anbudsgivarna bör följas.³¹³⁾ Ifrågavarande bestämmelser ger uttryck för och har lett till utvecklingen av flera grundläggande unionsrättsliga principer som EU-domstolen ofta återoppar i upphandlingsmål, såsom principerna om *icke-diskriminering, likabehandling, transparens* och *öppenhet, proportionalitet* och *ömsesidigt erkännande*. De här grundläggande principerna är tillämpliga i alla skeden av ett upphandlingsförfarande och gäller i förhållande till alla leverantörer alldeles oavsett om dessa har lämnat anbud i upphandlingen eller inte.

Ministerrådet har med direktiv skapat ett rätt omfattande regelverk för offentlig upphandling. Avsikten har varit att garantera att de stora upphandlingar som bedrivs i medlemsstaterna sker enligt regler som säkerställer en öppen konkurrens och att företag från hela EU-området kan delta på lika och objektiva villkor samt att det inte förekommer risk för hänsynstaganden som är av ovidkommande karaktär. Direktiven är detaljrika och reglerar bland annat tillvägagångssättet vid offentlig upphandling av stora order, både vad gäller anbudsinfordran och anbudsbedömning. Reglerna har till vissa delar sin bakgrund i WTO:s GPA-avtal (*Government Procurement Agreement*). Även för att garantera att direktiven om offentlig upphandling följs, så har ministerrådet utfärdat speciella så kallade rättsmedelsdirektiv (direktiv 2007/66/EG och ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13 vad gäller effektivare förfarande för prövning av offentlig upphandling). Syftet

313) Se t.ex. målen C-45/87, kommissionen mot Irland (REG 1988, s.4929) (*Dundalk*) Se Kalima 2001, ss. 129–130, 189, där det konstateras att man inte hade kunnat motivera användningen av irländska standarder med hälsoskäl. Ytterligare tillämpade domstolen direkt art. 30 i Romfördraget. Se Nenonen, 2009, s. 87. Se även C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s I-3353) (*Stora Bält*).

med dessa är framförallt att säkerställa att beslut i upphandlingsärenden ska kunna överklagas till domstol, att felaktiga beslut ska kunna stoppas interimistiskt och att de företag som lidit eventuell skada har till skadestånd, till exempel om de utsatts för diskriminering. Den finländska lagstiftningen har sin grund i EU-direktiv.

De äldre direktiven om offentlig upphandling antogs med artiklarna 47.2, 55 och 95 i dåvarande EG-fördraget som rättslig grund.³¹⁴⁾ Också nyare upphandlingsdirektiv har samma rättsliga bas. Direktivens syfte är sålunda att bidra till förverkligandet av den inre marknaden genom att avlägsna hinder för etableringsrätten och för den fria rörligheten för varor och tjänster samt öppna marknaden för konkurrens. Orsakerna till den EU-rättsliga regleringen av upphandlingsförfarandet har alltså till sin början varit rent ekonomiska. De äldre upphandlingsdirektiven omfattade inte några uttryckliga krav gällande sociala eller miljömässiga hänsyn. Då explicita bestämmelser om sådana krav som kunde ställas vid upphandlingar saknades, var det oklart huruvida de alls kunde ställas och ifall de kunde ställas hur långt de kunde sträcka sig. EU-domstolen kom dock i sin rättspraxis att slå fast att det är möjligt att ställa särskilda krav av annan art än rent ekonomisk, fastän bestämmelser om detta inte förekom i de äldre direktiven.³¹⁵⁾

I EU:s visioner och ambitioner ses reformer av den offentliga upphandlingen som dels nödvändiga element för att uppnå konkurrenskraft och tillväxt och dels som oundgängliga

314) De direktiv som här avses är rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten och rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, med ändringsdirektiv.

315) Se framöver om EU-domstolens praxis. Det kan sägas här också att både direktiv 93/36 och direktiv 93/38 innehåller dock en bestämmelse som innebär att det vid värdering av vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är möjligt att ta hänsyn till estetiska egenskaper, artikel 26.1b respektive artikel 34.1a. De estetiska egenskaperna hos föremålet för upphandlingen kan ha en väsentlig ekonomisk betydelse när det gäller föremål som ska marknadsföras. Bestämmelsen är inte begränsad till det fallet. Det förefaller därför som att en upphandlande enhet kunde ställa estetiska krav på föremålet för upphandlingen, även om detta skulle användas enbart av den upphandlande enheten själv och de estetiska kraven därför inte främst var av ekonomisk art.

medel för att erbjuda offentliga tjänster.³¹⁶⁾ Utvecklingen inom unionen, dels tack vare EU-domstolens rättspraxis, har medfört att socialpolitiska och miljöpolitiska hänsyn fått en allt större roll vid skapandet av den inre marknaden. I FEUF framgår av bland annat artikel 9 och 11 att unionen ska främja och beakta sociala och miljöskydds krav i sin verksamhet och politik. I december år 2000 antog EU unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, med inspiration av bland annat Europakonventionen.³¹⁷⁾ I stadgan förekommer bland annat i artikel 21 ett allmänt diskrimineringsförbud, i artikel 23 bestämmelser om jämställdhet mellan kvinnor och män och i artikel 26 integrering av personer med funktionshinder. En socialpolitisk dagordning antogs också samtidigt med stadgan.³¹⁸⁾ Den har som ändamål att framförallt trygga en positiv och dynamisk samordning mellan ekonomisk politik, sysselsättningspolitik och socialpolitik genom samspel av bland annat regionala aktörer, arbetsmarknadsparter och näringslivet.³¹⁹⁾

EU-kommissionen har vidare definierat socialt ansvarsfull upphandling som ”upphandlingsaktiviteter som tar hänsyn till en eller flera av följande sociala aspekter: sysselsättningsmöjligheter, anständigt arbete, överensstämmelse med sociala rättigheter och social integration, arbetstagares rättigheter (inbegripet personer med funktionshinder) och lika möjligheter, utformning som ger tillgänglighet för alla, beaktande av hållbarhetskriterier, frågor om etisk handel och ett bredare frivilligt iakttagande av företagets sociala ansvar, samtidigt som de centrala rättsprinciperna och upphandlingsdirektiven efterlevs”.³²⁰⁾

316) Se t.ex. KOM 2010: 608.

317) Se EGT nr C 364, 18.12.2000: 1. Bestämmelserna i stadgan riktar sig till EU:s institutioner och organ samt till medlemsstaterna när de tillämpar unionsrätten (artikel 51).

318) KOM (2000) 379 slutlig.

319) Se KOM (2000) 379, ss. 2, 15.

320) Se Europeiska kommissionen 2011 *Socialt ansvarsfull upphandling - En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*. Se även Siikavirta 2015 ss. 76–77.

Som framkommit var det länge relativt oklart hur och när sociala hänsyn kunde beaktas vid offentlig upphandling. EU-kommissionen utgav därför år 2001 ett tolkningsmeddelande för att förtydliga möjligheten att beakta och integrera sociala hänsyn i processerna kring offentlig upphandling mot bakgrund av gällande lagstiftning.³²¹⁾ Det rättsliga utrymmet att beakta sociala hänsyn i offentlig upphandling befästes i och med tillkomsten av 2004 års upphandlingsdirektiv. År 2008 antogs sedan den förnyade sociala agendan. I den anges till exempel vilka möjligheter som finns att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling och däri visas hur sociala hänsyn kan integreras i unionens inre marknads-politik.³²²⁾

Kommissionen tar även i ett meddelande från år 2009 upp möjligheterna att ställa etiska krav i offentlig upphandling.³²³⁾ En av frågorna som tas upp i meddelandet gäller rättvisemärkning. EU-kommissionen understryker att upphandlande myndigheter inte kan ställa specifika krav på att varorna ska vara rättvisemärkta, då detta skulle kunna utesluta varor som inte har just denna märkning, men som uppfyller liknande standarder för rättvis handel. EU-kommissionen påpekar också att etiska krav måste ha ett samband med föremålet för upphandlingen. Om etiska krav gäller genomförandet av det upphandlade kontraktet så ska kraven vara kopplade till genomförandet, t.ex. minimilön för de arbetstagare som ska utföra det arbete som omfattas av upphandlingen. År 2010 gav EU-kommissionen också ut en vägledning om socialt ansvarsfull upphandling med avsikten att klargöra vilka möjligheter som finns att beakta sociala hänsyn.³²⁴⁾ Även ett meddelande och en vägledning om s.k. sociala tjänster i allmänhetens intresse och vad som gäller för dessa tjänster i förhållande till EU:s upphandlingsregelverk har getts ut av EU-kommissionen.³²⁵⁾

321) Se KOM (2001) 566.

322) Se KOM (2008) 412.

323) Se KOM (2009) 215.

324) Europeiska kommissionen 2011 *Socialt ansvarsfull upphandling, en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*.

325) KOM (2007) 724.

Inom EU behandlas miljökrav i offentlig upphandling framför allt i unionens arbete med integrerad produktpolitik (IPP), miljöteknik, hållbara konsumtions- och produktionsmönster (HKP) och EU:s strategi för hållbar utveckling. EU:s strategi för hållbar utveckling beslutades om år 2006. I strategin fastställdes ett strategiskt mål om att senast till år 2010 öka genomsnittsnivån för miljöanpassad offentlig upphandling i EU till den nivå som uppnåddes av de medlemsstater som hade bäst resultat år 2006. År 2008 presenterade EU-kommissionen ett meddelande om miljökrav i offentlig upphandling. I meddelandet definierades miljöanpassad offentlig upphandling exempelvis som ”en process där offentliga organisationer upphandlar varor, tjänster och entreprenader med låg miljöpåverkan under sin livscykel jämfört med varor, tjänster och entreprenader med samma funktioner som annars skulle upphandlas utan dessa miljöaspekter”. Meddelandet är en del av handlingsplanen för hållbar konsumtion och produktion och hållbar näringspolitik som EU-kommissionen antog år 2008. Denna handlingsplan syftade till att med hjälp av olika initiativ förbättra produkters energi- och miljöprestanda och öka efterfrågan på dessa produkter. EU-kommissionen föreslog i meddelandet ett förtydligande av målet i EU:s strategi för hållbar utveckling. Målet för år 2010 var att 50 procent av medlemsstaternas offentliga upphandlingar ska innehålla miljökrav och att EU-gemensamma miljökrav för offentlig upphandling ska utvecklas. EU-kommissionen menade att om miljökraven i de olika medlemsstaterna är gemensamma undviker man att den inre marknaden snedvrids. Enligt EU-kommissionen kan gemensamma miljökrav också minska den administrativa bördan för både offentliga organisationer och företag samt för små och medelstora företag.³²⁶⁾

EU-kommissionen tog i rapporten fram preliminära gemensamma miljökrav för tio produkt- och servicegrupper som identifierats som mest lämpliga för att ställa miljökrav på. Kommissionen uppmanade också medlemsstaterna att inkludera de EU-gemensamma

326) KOM 2008: 400 slutlig.

miljökraven i sina nationella handlingsplaner. Enligt rapporten om befrämjandet av miljövänliga upphandlingar borde andelen miljövänliga upphandlingar ha varit 50 procent av alla upphandlingar år 2010 i EU-medlemsländerna.³²⁷⁾ Direktivet om miljövänliga fordon, 2009/33/EG, förutsätter för sin del att de upphandlande myndigheterna eller enheterna när de anskaffar fordon tar i beaktande fordonens energi- och miljökostnader under dessas livstid, såsom till exempel energiförbrukning och koldioxidutsläpp samt vissa andra utsläpp.³²⁸⁾ År 2011 har EU-kommissionen även gett ut en s.k. grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad.³²⁹⁾ Direktivet för offentlig upphandling 2014/24/EU godkändes i februari 2014 och där betonas miljö- och sociala hänsyn för en hållbar tillväxt.³³⁰⁾

EU-domstolen har i en rad domar tagit ställning, direkt eller indirekt, till beaktandet av miljö- och sociala synpunkter i offentlig upphandling. Redan i slutet av 1980-talet konstaterade dåvarande EG-domstolen i målet C-31/87 *Beentjes* att bedömningen av anbudsgivarnas lämplighet och avgörandet av anbudstävlingen är två skilda saker, på vilka man tillämpar olika regler. I målet handlade det om att det krav som den upphandlande enheten ställt gällande sociala hänsyn att sysselsätta långtidsarbetslösa ansågs som en särskild egen kategori, skiljt från de tekniska specifikationerna och lämplighetsvillkoren. Man ansåg det vara ett särskilt villkor i avtalet, vilket inte får vara diskriminerande och som bör framgå av upphandlingsannonsen.³³¹⁾ Syftet med att skapa en dylik särskild kategori av villkor i upphandlingslagstiftningen har dock ifrågasatts och har också förorsakat en

327) KOM 2008:400. EU-kommissionen gav också redan år 2001 ut en kommuniké om den av unionens lagstiftning som ska tillämpas på offentliga upphandlingar och möjligheterna att ta i beaktande miljöhänsyn, KOM (2001) 274 samt år 2004 en handbok om grön upphandling, *Buying Green*, 18.8.2004 SEC (2004) 1050. Därtill förekommer det på adressen www.ec.europa.eu/environment/GPP_Toolkit, som innehåller miljökriterier för 11 olika produktgrupper. Handboken har kommit ut i en tredje upplaga i maj 2016, *Buying Green*, SEC (2016).

328) Direktiv 2009/33/EG.

329) KOM 2011: 15. Grönbok – om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare upphandlingsmarknad.

330) Direktiv 2014/24/EU.

331) Se mål C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV vs. Nederländerna*, s. 4635. Sedermera har en regel om särskilda villkor i avtalet stadgats i L om offentlig upphandling.

viss oklarhet i sådana upphandlingsförfaranden där man överväger att använda sociala eller miljökriterier. Som en följd av utfallet i målet *Beentjes* föreslog dåvarande EG-kommissionen i sin Grönbok år 1996 en möjlighet att ställa villkor för anbudsgivarna gällande uppfyllandet av sociala förpliktelser. EG-kommissionen ansåg dock att uppfyllandet av sådana villkor skulle klargöras först under den s.k. avtalsperioden.³³²⁾

I målet C-225/98 *Nord-Pas-de-Calais (Kommissionen mot Frankrike)* var det fråga om en motsvarande situation som den i målet *Beentjes*. Den upphandlande enheten hade ställt som kriterium för uppgörande av avtal (jämförelsekriterium) ett kriterium gällande arbetskraften, som var en del av lokala bekämpningsprogrammet av arbetslöshet. EG-kommissionen som väckte åtal mot Frankrike i fallet, ansåg att det på basis av *Beentjes*-fallet var i och för sig möjligt att ta i beaktande åtgärder gällande arbetskraften som en förutsättning för förverkligande, men inte som jämförelsekriterium, eftersom man som jämförelsekriterium enbart kunde använda det lägsta priset eller det totalekonomiskt mest förmånliga anbudet. I upphandlingsdirektiven skiljer man på de krav som ställs på leverantörernas förmåga att klara av kontrakten och på de krav och kriterier som ställs på föremålet för upphandlingen. Redan i fallet *Beentjes* påpekade EG-domstolen att urvalet av leverantörer och bedömningen av anbuden är två olika delar av upphandlingsförfarandet och att dessa delar regleras av olika bestämmelser.³³³⁾

Domstolen konstaterade i fallet *Nord-Pas-de-Calais* att man i upphandlingsdirektiven inte helt utesluter möjligheten för den upphandlande myndigheten eller enheten att använda kriteriet bekämpning av arbetslöshet som ett kriterium i upphandlingsförfarandet

332) KOM (96) 590, punkt 5.42. Kommissionen intog även i COM (89) 400 en ståndpunkt som innebär ett förbud mot att utesluta anbudsgivare på grund av s.k. sekundära kontraktsvillkor. Orsaken till denna ståndpunkt är att uppräknningen av kriterier i direktiven gällande uteslutning av leverantörer bör uppfattas som uttömmande och sekundära kontraktsvillkor förekommer inte där.

333) Se mål C-31/87, *Beentjes*, punkt 15.

förutsatt att man för ifrågavarande kriteriums del följer gemenskapsrättens allmänna principer och särskilt icke-diskrimineringsprincipen.³³⁴⁾ Följaktligen följde inte EG-domstolen i målet *Nord-Pas-de-Calais* den indelning som gjordes i *Beentjes*-målet, utan man ansåg att det kriterium som var en särskild förutsättning för avtalet utgjorde ett kriterium för att ingå avtal, med andra ord ett jämförelsekriterium.

Den logik som tillämpas här kan ses som problematisk. För det första så lämpar sig minimiförutsättningen om att sysselsätta långtidsarbetslösa dåligt som ett jämförelsekriterium, och för det andra så borde inte jämförelsekriterier kunna utgöra kriterier för att utesluta en anbudsgivare. Domstolen konstaterade ytterligare i målet att de upphandlande myndigheterna kunde tillämpa ett villkor om att ingå i en kampanj mot arbetslöshet, ifall detta villkor var i enlighet med gemenskapens alla grundprinciper, men dock endast i sådana fall där myndigheterna hade att bedöma vilket av två eller flera ekonomiskt likvärdiga anbud som är bättre. Villkoret kunde alltså tillämpas som ett tilläggs-kriterium, efter att anbudet hade jämförts ur en rent ekonomisk synvinkel.³³⁵⁾ I enlighet med upphandlingsdirektiven 2004/18/EG, 26 artikeln, och 2004/17/EG, 38 artikeln, kan också de upphandlande myndigheterna ställa särskilda villkor för förverkligandet av upphandlingsavtalet under förutsättningen att villkoren är förenliga med gemenskapsrätten och att de informerats om i upphandlingsannonsern eller i anbudsbegäran, detta gäller i synnerhet villkor som rör sociala och miljömässiga hänsyn.³³⁶⁾

I målet C-448/01 *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike* ansåg domstolen bland annat att då en upphandlande myndighet väljer att ingå avtal med den anbudsgivare som erbjuder det ekonomiskt mest förmånliga alternativet, kan den ta i beaktande miljösynpunkter, under förutsättningen att:

- a) dessa synpunkter hör till objektet för upphandlingen,

334) Se mål C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais (Kommissionen mot Frankrike)*.

335) Se mål C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais (Kommissionen mot Frankrike)*. Se också Bovis 2012, ss. 413–414.

336) Se direktiv 2004/17/EG, art. 38 och direktiv 2004/18/EG, artikel 26.

- b) de inte ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet,
- c) de nämns uttryckligen i anbudsspecifikationen eller i upphandlingsannonsen, samt
- d) de följer alla unionens rättsprinciper, i synnerhet principen om icke-diskriminering.³³⁷⁾

Därtill konstaterade domstolen att gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling inte bör utgöra ett hinder för att en upphandlande myndighet, inom ramen för en bedömning av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt för tilldelning av kontrakt om elförsörjning, tillämpar ett upphandlingskriterium som kräver att den el som levereras ska produceras från förnybara energikällor. Gemenskapsbestämmelserna utgör emellertid ett hinder för nämnda kriterium i den mån de inte förenas med krav som möjliggör säkerställandet av en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbuden är korrekt eller i den mån det krävs att anbudsgivarna anger hur mycket el från förnybara energikällor de kan leverera till en inte närmare avgränsad krets köpare. Ytterligare är det upp till den nationella domstolen att kontrollera huruvida upphandlingskriteriet är tillräckligt klart utformat för att uppfylla kraven på likabehandling och insyn.³³⁸⁾ Det strider mot principen om likabehandling och ett öppet och objektiva upphandlingsförfarande om det framgår att informationen som lämnas av anbudsgivarna inte kommer att kontrolleras. Det måste gå att få insyn i upphandlingsförfarandet och att kontrollera att anbuden har prövats objektiva och enhetligt.

Principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven, innebär att kriterierna ska tillämpas objektiva och enhetligt på samtliga anbudsgivare vid prövning av anbuden. Principen utgör också en skyldighet att lämna insyn så att det kan kontrolleras om principen även iakttas. En objektiv och enhetlig bedömning förutsätter att den upphandlande myndigheten eller enheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information

337) Mål C-448/01/EG, *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike*, 4.12.2003, beaktadesats 33–34. Se även mål C-513/99/EG *Concordia Bus Finland Oy Ab vs. Helsingfors stad och HST-Buss-trafik*. Se också Siikavirta 2015, ss. 73–74.

338) Mål C-448/01/EG, *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike*, 4.12.2003, beaktadesats 96. Se även mål C-513/99/EG *Concordia Bus Finland Oy Ab vs. Helsingfors stad och HST-Busstrafik*. Se också Siikavirta 2015, ss. 73–74.

och de bevis som inges av anbudsgivarna kontrollera om anbuden också uppfyller kriterierna.

Domstolen poängterade att miljökriterier som används som utvärderingskriterier i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bör ha ett samband med föremålet för kontraktet. Det kriterium som användes i detta fall avsåg inte den tjänst som skulle upphandlas, det vill säga leveransen av el till den upphandlande myndigheten av sådan mängd som motsvarar den inom ramen för upphandlingen förväntade årliga konsumtionen, utan kriteriet avsåg den mängd som anbudsgivarna levererat eller ska leverera till andra kunder än den upphandlande myndigheten eller enheten och kunde sålunda inte anses ha ett samband med föremålet för kontraktet.³³⁹⁾

Ett dylikt kriterium kunde innebära att de anbudsgivare gynnas som på grund av sin produktions- eller leveranskapacitet kan leverera större mängder el än andra och att de anbudsgivare som till fullo uppfyller de villkor som har ett samband med kontraktets föremål blir oberättigat diskriminerade.³⁴⁰⁾

I målet C-331/04 *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc and Others v ACTV Venezia SpA and others* framhöll domstolen att de principer för ingåendet av avtal som den upphandlande myndigheten definierar bör särskilt följa rättsprinciperna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet.³⁴¹⁾ Skyldigheten att följa principen om likabehandling är en av grundtankarna i direktiven om offentlig upphandling, och därmed ska alla anbudsgivare ha likvärdiga möjligheter både då de gör sitt anbud och då deras anbud värderas. Likaledes är det viktigt för tryggheten av principerna om likabehandling och öppenhet att möjliga anbudsgivare är medvetna om vilka element som kommer att bedömas av den

339) Mål C-448/01/EG, *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike*, 4.12.2000. Se även mål C-513/99/EG *Concordia Bus Finland Oy Ab vs. Helsingfors stad och HST-Busstrafik*.

340) Mål C-448/01/EG, *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike*, 4.12.2003. Se även mål C-513/99/EG *Concordia Bus Finland Oy Ab vs. Helsingfors stad och HST-Busstrafik*.

341) Mål C-331/04, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio SnC and Others v ACTV Venezia SpA and Others*, 24.11.2005, beaktandesats 21-22.

upphandlande enheten eller myndigheten när de ska avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest förmånliga alternativet och de olika elementens inbördes viktordning, när anbudsgivarna ska göra sina anbud. Enligt EU-domstolen i målet *ATI* är det godtagbart att i efterhand ange viktningen av de underkriterier som förekommer i förfrågningsunderlaget under förutsättning att vissa villkor är uppfyllda. Dessa villkor är:

- a) att de nya viktningskoefficienterna inte orsakar någon ändring av tilldelningskriterierna,
- b) att de inte inkluderar omständigheter som, ifall de varit kända för anbudsgivarna då de utformade sina anbud, hade kunnat inverka på utformandet av anbudet, och
- c) att de inte har skapats i syfte att diskriminera någon anbudsgivare³⁴²⁾

EU-domstolen konstaterade också, i enlighet med detta, i målet *C-213/07 Michaniki AE v Ethniko Simvoulío Radiotileorasis and Ipourgós Epikratias* att de upphandlande myndigheternas skyldighet att se till att principen om likabehandling av anbudsgivarna efterföljs, motsvarar kärninnehållet i upphandlingsdirektiven.³⁴³⁾ I samma mål konstaterade EU-domstolen dock att nationella bestämmelser om uteslutande, vilka har som syfte att säkerställa att principen om likabehandling av samtliga anbudsgivare och öppenhetsprincipen iakttas i offentliga upphandlingsförfaranden, inte kan i enlighet med proportionalitetsprincipen gå utöver vad som anses nödvändigt för att uppnå detta mål.³⁴⁴⁾

I målet *C-451/08 Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben* var det fråga om ett arrangemang där en stad sålde en kasernfastighet till privata aktörer. Samtidigt godkände staden dock stadsplanen som gällde fastigheten och gjorde ett verkställighetsavtal med fastighetens köpare. Valet av avtalspartner baserade sig på att det projekt som företaget drev skulle öka stadens dragningskraft genom stadsplaneringen. Helmut

342) Mål C-331/04, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio SnC and Others v ACTV Venezia SpA and Others*, 24.11.2005, beaktandesats 24. Se också generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i mål C-101/08 *Audiolux m.fl.*, punkt 67.

343) Mål C-213/07, *Michaniki AE v Ethniko Simvoulío Radiotileorasis and Ipourgós Epikratias*, 16.12.2008, beaktandesats 45.

344) Mål C-213/07, *Michaniki AE v Ethniko Simvoulío Radiotileorasis and Ipourgós Epikratias*, 16.12.2008, beaktandesats 48.

Müller GmbH som hade gett ett anbud, men förlorat i anbudstävlingen, besvärade sig till den nationella domstolen över saken och hävdade att det var fråga om en entreprenadkoncession, det vill säga ett avtal om utnyttjanderätt gällande en entreprenad. Entreprenadkoncession innebär att ett byggnadsarbets motprestation inte utgörs av en ersättning, utan av en rätt att utnyttja byggnadsobjektet under en bestämd tid. Den nationella domstolen ville av EU-domstolen ha svar på huruvida det är fråga om ett upphandlingsavtal endast då den upphandlande myndigheten eller enheten införskaffar byggnadsarbeten i materiellt eller sakligt hänseende åt sig själv och om byggnadsarbeten innebär direkt ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten eller enheten.³⁴⁵⁾

EU-domstolen ansåg att enbart ett avtal som gäller visst penningvederlag kan vara ett avtal som avses i upphandlingsdirektivet 2004/18/EG och som gäller avtal om offentlig upphandling. Till ett dylikt avtals karaktär hör att det ska medföra ett direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten eller enheten. Ett sådant intresse är det fråga om bland annat då den upphandlande myndigheten eller enheten har för avsikt att bli ägare till det objekt som ska byggas eller om den upphandlande myndigheten eller enheten får ekonomiska fördelar av den framtida användningen eller överlåtelsen av byggnadsobjektet. Prestationen behöver sålunda inte bestå av materiell eller saklig upphandling av objektet.³⁴⁶⁾

EU-domstolen ansåg vidare att enbart genom att använda den regleringsmakt som stadsplaneringen ger, där det är fråga om förverkligande av den s.k. allmännyttan, strävar man inte till att erhålla en avtalsbaserad prestation eller förverkligande av den upphandlande myndighetens direkta ekonomiska intresse. I målet uppfylldes inte förutsättningarna för upphandlingsavtal heller genom de krav som den upphandlande enheten ställt upp, eftersom den upphandlande enheten endast undersökte byggnadsplaner som den fick på basis av sin befogenhet inom stadsplaneringen och gjorde sedan beslut utgående från det.

345) Mål C-451/08, *Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*.

346) Mål C-451/08, *Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*. Se även Eskola et al. 2017, s. 41.

Staden ställde inga krav på byggnadsobjektet eller dess förverkligande. För att kunna anse att den upphandlande enheten ställt krav på upphandlingen menade EU-domstolen att den borde till exempel ha skridit till åtgärder för att definiera särdragen i byggnadsobjektet eller åtminstone använt avgörande inflytande i planeringen av entreprenaden.³⁴⁷⁾ Detta är dock rätt vagt uttryckt och lämnar rum för tolkning.

På basis av utgången i *Helmut Müller*-målet konstaterade EU-kommissionen i sin grönbok om offentlig upphandling från år 2011 att till tillämpningsområdet för unionens upphandlingsdirektiv inte hör sådana situationer där man i ett bidragsavtal för beviljandet av stöd ställer en rättslig förpliktelse till erhållaren att erbjuda vissa tjänster.³⁴⁸⁾ Avsikten med sådana förpliktelser är enligt EU-kommissionen att garantera en ändamålsenlig användning av offentliga medel, men de är inte avsedda för att förverkliga de upphandlingsbehov som den myndighet som beviljar stöd har.

Avtalsvillkoren borde inte få vara i en avgörande ställning när det avgörs vem av anbudsgivarna som får ingå avtalet. Med andra ord borde vilken som helst av anbudsgivarna i princip kunna uppfylla dem. Avtalsvillkoren får inte vara förtäckta tekniska specifikationer eller grunder för ingående av avtal eller urval. Anbudsgivarna bör kunna visa att deras anbud är förenligt med de tekniska specifikationerna, men man kan inte kräva att villkoren för att förverkliga upphandlingsavtalet ska uppfyllas under tiden för upphandlingsförfarandet.

Man kan påstå att den tolkning om bidragsavtalets ställning i upphandlingslagstiftningen som framförs i Grönboken och i målet *Helmut Müller* är rätt så långtgående. I målet *Helmut Müller* ansåg EU-domstolen att den upphandlande myndigheten inte ställde krav en-

347) Mål C-451/08, *Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*.

348) Se KOM 2011: 15, ss. 6–7.

ligt upphandlingslagstiftningen på objektet för upphandlingen eller på dess förverkligande.³⁴⁹⁾ I EU-domstolens rättspraxis, exempelvis i mål C-513/99 *Concordia Bus* har man å andra sidan konstaterat att den upphandlande myndigheten eller enheten gör sig skyldig till ett fel i upphandlingsförfarandet, ifall den i förfarandet ställer sådana krav som inte hör till objektet för upphandlingen. I fallet C-513/99 *Concordia Bus* ställde den upphandlande myndigheten sådana krav på miljöhänsyn (kväveoxidutsläpp och bullernivå), som inte kunde kopplas till upphandlingsföremålet. Enligt domen följer, att kriteriet alltid måste ha ett samband med kontraktets föremål.³⁵⁰⁾ Då man tar i beaktande de förutsättningar för miljö- och sociala hänsyn som skapats i EU-domstolens rättspraxis, kan det vara att den bidragssituation som Grönboken avser, där man sätter krav som hör till det offentliga intresset, leder till att förfarandet betraktas som ett felaktigt upphandlingsförfarande istället för att det skulle ses som ett helt annat förfarande än upphandling.

Enligt EU-rätten är det inte heller tillåtet att ställa krav på ursprungsland, eftersom det kan utgöra kvantitativa importrestriktioner. Exempelvis av EU-domstolens dom i mål C-379/98 *Preussen Elektra*, där frågan gällde om artikel 30 i EG-fördraget ska tolkas så, att en nationell bestämmelse, enligt vilken företag förpliktas att till minimipriser köpa el från förnybara energikällor³⁵¹⁾ och enligt vilken nätoperatören ska stå för kostnaden utan ersättning, utgör en kvantitativ importrestriktion eller en åtgärd med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 30. Enligt domstolens bedömning var de nationella bestämmelserna i *Stromeinspeisungsgesetz* inte oförenliga med artikel 30 i dåvarande EG-fördraget, bl.a. på grund av att utvecklingen av användningen av förnybara energikällor

349) Mål C-451/08, *Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*.

350) T.ex. mål C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab vs. Helsingfors stad och HST-Busstrafik*. Notera också Regionkommitténs yttrande om Kommissionens grönbok "En modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad" där man rekommenderar i punkt 19 att en koppling till föremålet för kontraktet, gällande de krav och önskemål som ställs på anbudsgivarna, inte bör vara ett krav. Regionkommittén ansåg vidare att de upphandlande myndigheterna bör när det gäller dessa aspekter i så fall själva avgöra om de ska släppa på kopplingen till föremålet för kontraktet och vilka kriterier de ska använda, eftersom det finns stora skillnader mellan medlemsstaterna. Europeiska unionens officiella tidning, C 192/4 – 192/9, 1.7.2011.

351) Förnybara energikällor utgör uteslutande vattenkraft, vindkraft, solenergi och gas från avfallsdepåer och från reningsverk.

hör till de främsta mål som gemenskapen och dess medlemsstater ställt upp gällande klimatförändringar och med hänvisning till artikel 6 i dåvarande EG-fördraget, som anger att miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens övriga politik och att elproduktion av förnybara energikällor får prioriteras.³⁵²⁾ Att i en upphandling ställa krav på att till exempel varan eller tjänsten som upphandlas ska vara inhemsk står i strid med grundläggande bestämmelser i EU-fördragen, såsom till exempel fri rörlighet av varor, principen om ömsesidigt erkännande, diskrimineringsförbudet samt förbudet mot statsstöd i 107–109 FEUF.

Vad gäller frågan om statligt stöd så handlar bestämmelserna i 107–109 FEUF i första hand om de exakta villkoren för när ersättning för offentliga tjänster är statligt stöd. I andra hand handlar bestämmelserna om villkoren för när statligt stöd kan betraktas som förenligt med FEUF.³⁵³⁾ Syftet med reglerna i 107–109 FEUF är att förhindra att konkurrensförhållandena inom EU snedvrids på så sätt att medlemsländerna ekonomiskt gynnar vissa företag eller viss produktion. Ändamålet med statliga åtgärder bör inte vara att ge sådana fördelar åt vissa företag som kan förvanska marknadsförhållandena. Statligt stöd får heller inte utnyttjas till att skapa hinder för marknadstillträde. Med statligt stöd avses stöd som beviljas av andra än statliga myndigheter, t.ex. stöd som kommuner och andra regionala myndigheter. Begreppet statsstöd ska tolkas brett. Olika exempel på å ena sidan organ, som kan lämna ett dylikt stöd är t.ex. statliga banker, stiftelser och bolag, å andra sidan i vilken form stödet kan komma är direkta bidrag, subventionerade lån, förmånliga

352) Se även mål C-379/98, *Preussen Elektra AG mot Schleswig AG*. Till exempel Caranta och Kunzlik anser att miljö- och sociala hänsyn som utgångspunkt ska ses som prioriterade politikområden som ska integreras inom EU, och inte som möjliga handelshinder. De menar också att EU-domstolen inte i något mål om offentlig upphandling ansett att miljö- och sociala hänsyn ska motiveras utgående från ett allmänintresse, se SOU 2013:12 (bilaga 11a), s. 8. I denna forskning behandlas inte begreppen köp-respektive tillträdeskrav, emedan de hänför sig till amerikansk rätt och inte har stöd i EU-rätten, se SOU 2013:12 (bilaga 11a), s. 15.

353) Se Europeiska kommissionen 2013, ss. 19–20.

räntor, upplåtande av mark och byggnader utan ersättning eller till subventionerade priser och skattelättnader eller dylikt, som understöder marknadspriset.³⁵⁴⁾

Artikel 107.1 FEUF ställer upp fem kumulativa villkor som bör vara uppfyllda för att en offentlig stödåtgärd omramas av förbudet. EU-domstolen har vid ett flertal tillfällen ansett att en åtgärd kan utgöra stöd enbart när samtliga villkor i artikel 107.1 FEUF är uppfyllda.³⁵⁵⁾ I enlighet med de fem kumulativa villkoren bör ett offentligt stöd:

- 1) vara av ekonomisk karaktär, kan vara fråga om direkt ekonomiskt stöd, men också indirekt stöd, genom vilket den offentliga sektorn försöker stöda företagets verksamhet,
- 2) utgöra en selektiv ekonomisk förmån, d.v.s. gynna ett visst företag eller en viss produktion,
- 3) finansieras direkt eller indirekt genom offentliga medel
- 4) snedvrider eller hota att snedvrider konkurrensen och
- 5) påverka handeln mellan medlemsländerna. Handeln mellan medlemsländerna kan riskeras oberoende av om stödmottagaren deltar själv i handeln mellan medlemsländerna eller ej och villkoret uppfylls redan om åtgärden kan ha inverkan på att företag utanför EU-området kommer in på marknaden.

354) Se RP 50: 2006 s. 113 och Hettne 2011, ss. 4–5 samt Bovis 2015, ss. 241–245. Se dock Raitio 2008, ss. 856–857 om snarare en snäv än bred tolkning, särskilt i fallet C-379/98 *Preussen Elektra*.

355) Se särskilt mål C-280/00 *Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg*, punkt 74. Enligt EU-domstolen omfattas ett offentligt stöd som syftar till att möjliggöra linjetrafik inom ramen för stads-, förorts- och regional trafik emellertid *inte* av nämnda bestämmelse i de fall då detta stöd skall anses utgöra ersättning som motsvarar ett vederlag för tjänster som det mottagande företaget har tillhandahållit för att fullgöra allmän trafikplikt. Följande villkor ska vara uppfyllda:

- 1) det mottagande företaget skall faktiskt ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och dessa skyldigheter skall vara klart definierade,
- 2) kriterierna skall på grundval av vilka ersättningen beräknas vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt,
- 3) ersättningen får inte överstiga vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och till en rimlig vinst på grundval av fullgörandet av dessa skyldigheter,
- 4) när det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande, skall storleken av den nödvändiga ersättningen ha fastställts på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är utrustat med transportmedel som är lämpliga för att fullgöra den allmänna trafikplikten som ålagts det skulle ha åsattats vid fullgörandet av trafikplikten, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid skulle ha erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av trafikplikten.

Enligt artikel 107 i fördraget är förenligt med den gemensamma marknaden bl.a. stöd av social karaktär som ges till enskilda konsumenter, under förutsättning att stödet ges utan diskriminering med avseende på varornas ursprung, stöd för att främja den ekonomiska utvecklingen i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarlig brist på sysselsättning.

Ifall dessa fem kriterier är uppfyllda utgör en offentlig ersättning inte statligt stöd och artikel 107 FEUF är inte tillämplig. Om medlemsländerna inte uppfyller kriterierna i fråga, men de allmänna kriterierna för att tillämpa artikel 107 ändå uppfylls, utgör en offentlig ersättning ett statligt stöd.³⁵⁶⁾ Utan regler om offentlig upphandling kunde de upphandlande myndigheterna till exempel gynna vissa leverantörer på sätt som kunde uppfylla de ovan nämnda kriterierna för statsstöd, så att dylik upphandling kunde uppfattas som förbjudet statsstöd.

EU-kommissionen och EU-domstolen har under årens lopp utvecklat praxis för att kontrollera att finansieringen av offentliga tjänster och statligt stöd är förenlig med EU-rätten och i synnerhet konkurrenslagstiftningen. Enligt Bovis kan man tala om tre olika synsätt: statsstödsynsättet, komparationssynsättet och *quid pro quo* - synsättet. Enligt statsstödsynsättet utgör all finansiering av offentliga tjänster statsstöd i betydelsen av artikel 107.1 FEUF, förutsatt att inte artikel 106.2 FEUF och proportionalitetsprincipen är tillämpliga. I enlighet med komparationssynsättet betraktas emellertid finansieringen av offentliga tjänster som statligt stöd enbart om och i den omfattningen som det stöd som utbetalas utgör en ekonomisk fördel och stödet överstiger vad som kan anses som ändamålsenligt vederlag eller tilläggskostnaden för att erbjuda tjänsterna i fråga. I *quid pro quo* - synsättet igen särskiljer man mellan två kategorier av statlig finansiering av offentliga tjänster. Å ena sidan, i fall där det förekommer ett direkt samband mellan den statliga finansieringen och klart definierade skyldigheter att erbjuda offentliga tjänster för parten som erhåller ekonomiskt stöd, så utgör inte de summor som utbetalas av staten statligt stöd enligt EU-rätten. Å andra sidan, i fall där det inte förekommer något dylikt samband eller

356) Se Europeiska kommissionen 2013, ss. 19–20. Med stöd av artikel 86.3. EG, nuvarande 106.3 FEUF, utfärdade EU-kommissionen också ett särskilt beslut som anger villkoren för att ge statlig ersättning för tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster inom områden såsom sjukvården och bostadssektorn, se KOM (2011) 146. Frågan om vilket utrymme t.ex. kommunala upphandlande enheter har att anskaffa varor och tjänster från egna bolag har också varit föremål för livlig diskussion, se t.ex. Bovis 2012, Pedersen 2008 och Hettne 2011. I målet C-107/98 *Teckal* och i rättspraxis som följt därefter har EU-domstolen ansett att avtal om offentlig upphandling bör ingås av fristående personer och enheter. Ett avtal mellan personer som är inbördes beroende utgör inte ett upphandlingskontrakt i den mening som upphandlingsdirektiven föreskriver. Se också Määttä & Voutilainen 2017, ss. 216–217.

där skyldigheten att erbjuda offentliga tjänster inte är klart definierad, så utgör det ekonomiska vederlag som utbetalas av statliga myndigheter statligt stöd.³⁵⁷⁾

Enligt Siikavirta kan det i vissa fall emellertid vara svårt att utifrån sett urskilja huruvida det för att förverkliga vissa tjänster och säkerställa tillgång på dem är fråga om offentlig upphandling eller statligt stöd. I princip gäller i båda fallen att den offentliga maktens syfte är att kunna förverkliga en viss tjänst så att någon utomstående part förverkligar den mot ersättning. Både vid upphandling och vid stöd så får producenten offentliga medel och tjänsten i fråga kommer till allmänhetens tillgång. Men processerna styrs av helt skilda stadgan och förfarandesätt. De offentliga anskaffningarna regleras av upphandlingslagen och beviljandet av statligt stöd regleras framförallt av lagen om statsunderstöd (688/2001). I vissa fall regleras beviljandet av statligt stöd endast av allmänna stadganden om förvaltningsförfarande eller av kommunallagen. Stöd för näringsverksamhet bör naturligtvis även vara förenlig med EU:s regler om statligt stöd.³⁵⁸⁾

I målet C-31/87 *Beentjes* uttalade EU-domstolen att ett krav i en upphandling står i strid med principen om icke-diskriminering ifall det är uppenbart att enbart leverantörer från samma medlemsland som den upphandlande myndigheten kan uppfylla kravet, och i sådana fall leverantörer från andra medlemsstater skulle ha svårigheter att uppfylla det ställda kravet. Sålunda är det inte möjligt att ge företräde åt leverantörer från vissa geografiska områden eller att gynna lokalt tillverkade varor, fastän ett dylikt förfarande också skulle missgynna leverantörer av samma nationalitet.³⁵⁹⁾

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att en medlemsstat bör godta varor och tjänster från andra aktörer i andra EU-länder om produkterna är jämförbara med dem som

357) Se Bovis 2012, ss. 37–39.

358) Se Siikavirta 2015, ss. 129–132. Se även Siikavirta 2008, ss. 460–472. Statligt stöd kan oberoende av fördelningssättet påverka marknaden på ett snedvridande sätt. EU-kommissionen har i endel beslut ansett att leverantörer som valts genom konkurrensutsättning och vars verksamhet finansieras med offentliga medel kunnat få förbjudet statligt stöd, se bl.a. Nicolaidis & Rusu 2012, s. 22

359) Se mål C-31/87, *Beentjes*, punkt 30.

denna stat godkänner från inhemska producenter.³⁶⁰⁾ Det är inte förenligt med UpphL eller med EU-direktiven om offentlig upphandling att i de tekniska specifikationerna eller i kravspecifikationerna hänvisa till en särskild vara eller tjänst på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. I EU-domstolens praxis framhävs även principen om icke-diskriminering, i synnerhet icke-diskriminering på grund av nationalitet, som en av de viktigaste principerna för offentlig upphandling. Kriterierna bör sålunda vara förenliga med de för offentlig upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principerna och reglerna om offentlig upphandling.

Ett problem med miljömässiga hänsyn i upphandlingar är just svårigheten att definiera de tekniska specifikationerna. Framförallt gäller det svårigheten att göra anbudsbegäran på så sätt att det miljövänliga kan poängsättas på ett sätt som beaktar de olika anbudsgivarna jämlikt. Den upphandlande myndigheten eller enheten har svårt att utan sakkännedom definiera sådana kriterier som tar i beaktande praxis i branschen eller nivån på den tekniska utvecklingen. Ett sätt mot mera hållbara och miljövänliga upphandlingar är till exempel att poängsätta livscykelkostnaderna för upphandlingen. Den upphandlande enheten kunde då till exempel genom s.k. teknisk dialog få information, förutom om varans eller tjänstens egentliga tillverkningskostnader, även om material-, transport- och förstöringskostnader, avfallsmängder samt andra liknande faktorer. Då dylik information fås innan anbudsbegäran, kan den upphandlande myndigheten och enheten sedan begära att faktorerna ska ingå i anbudsbegäran.

Vissa undantagsbestämmelser förekommer dock till de grundläggande principerna. Till exempel med stöd av artikel 30 i Romfördraget kan importrestriktioner godtas, exempel-

360) Se bl.a. mål C-120/78, *Rewe Zentral (Cassis de Dijon)*.

vis med hänsyn till intresset att skydda människors eller djurs hälsa eller liv. Sådana restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.³⁶¹⁾

Enligt artiklarna 152 och 153 ska gemenskapen också verka för en hög hälsoskyddsnivå inom bland annat veterinär- och växtskyddsområdet, som syftar till att skydda folkhälsan. Unionen ska även främja konsumenternas intresse och säkerställa en hög konsumentskyddsnivå till skydd för konsumenternas hälsa, säkerhet och ekonomiska intressen samt till att främja deras rätt till information och utbildning.

Vad gäller särskilt de sociala kriterierna så har Europaparlamentet i en resolution om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling från år 2010 ansett att ett underliggande problem som anknyter sig till dem är att dessa kriterier huvudsakligen gäller själva tillverkningsprocessen. De kan därför inte bedömas endast med hjälp av slutprodukten och de är svåra att kontrollera vid globaliserad produktion med ofta komplexa leveranskedjor. De upphandlande myndigheterna kan ställas inför svårigheter och dra på sig extra kostnader när de ska kontrollera efterlevnaden av sådana kriterier.³⁶²⁾ I enlighet med lagstiftningen från 2007 har det också varit svårt för den upphandlande myndigheten och enheten att till exempel ge extra poäng åt en anbudsgivare som sysselsätter arbetslösa eller som inte använder barnarbetskraft. Det säkraste sättet att inkludera sociala hänsyn inom ramar för den lagstiftningen har varit att inkludera dem som tvingande villkor i upphandlingsavtalet. För att visa att de krav som ställs verkligen är motiverade av den upphandlande myndighetens och enhetens behov kan den upphandlande myndigheten och enheten inte bara ställa krav i förfrågningsunderlaget, utan bör i mån av möjlighet följa upp att leverantören också uppfyller de krav som ställts i förfrågningsunderlaget och skrivits in i upphandlingsavtalet.

361) Art. 30 Romfördraget. Artikelns ifråga riktar sig till medlemsstaterna i unionen och kan bara tillämpas tillfälligt i väntan på att gemenskapsåtgärder vidtas, se t.ex. mål C-40/82 *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, EU:C:1984:33.

362) Europaparlamentets resolution av den 18 maj 2010 om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling (2011/C 161 E/06), punkt 31.

Några exempel kan ges på utvecklingen av sociala hänsyn i övriga EU-medlemsländer under de senaste åren. I Danmark kräver myndigheterna att leverantören av varor eller tjänster betalar lön enligt kollektivavtal,³⁶³⁾ i Tyskland ändrade man portalparagrafen för offentlig upphandling år 2009 och då blev det uttryckligen tillåtet att ställa socialt motiverade krav, i Frankrike antogs år 2005 *Loi Borloo*,³⁶⁴⁾ enligt vilken det är tillåtet att ta hänsyn till anbudsgivarnas förmåga att inkludera grupper som är underrepresenterade i arbetslivet när de avgör vem som ska tilldelas kontrakt, i Storbritannien utnyttjas antidiskrimineringsklausuler framförallt på kommunal nivå och man har direktiv för hur lika rättigheter och möjligheter kan främjas genom offentlig upphandling och i Spanien har den baskiska regeringen gett ut en instruktion för hur förvaltningen bör införa kriterier om bland annat sociala hänsyn. I enlighet med instruktionen ska bland annat design och tillgänglighet för alla finnas med i de tekniska specifikationerna och den personal som anlitas bör innefatta ett bestämt procenttal personer med risk för att missgynnas, till exempel personer med funktionsnedsättning, psykiskt sjuka, arbetslösa kvinnor över 30 år, långtidsarbetslösa eller arbetslösa unga.³⁶⁵⁾

3.4.2. Lagstiftning om miljö- och sociala aspekter i Finland

I den tidigare finländska lagen UpphL 2 § 2 mom. (348/2007) från 2007 stadgades att ”de upphandlande enheterna ska sträva efter att ordna sin upphandling så att den kan genomföras på ett så ekonomiskt och systematiskt sätt som möjligt samt i form av så ändamålsenliga helheter som möjligt med beaktande av miljöaspekterna” och i 49 § stadgades att ”den upphandlande enheten *kan* fastställa särskilda villkor för upphandlingskontraktet, vilka kan avse särskilt miljöaspekter och sociala aspekter, såsom genomförande av yrkesutbildning på arbetsplatsen, iakttagande av Internationella arbetsorganisationens

363) Se mer om Danmark i bl.a. Nielsen 2010, ss. 291–314.

364) Loi no. 2005-841 du 26 juillet 2005.

365) Se bl.a. Callerstig et al. 2012, ss. 33–34.

(ILO) avtal, arbetsförhållanden och arbetsvillkor eller anställande av personer med funktionshinder. Detta förutsätter att villkoren är icke-diskriminerande och följer gemenskapens regelverk och att de anges i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan”.³⁶⁶⁾ I RP 50/2006 ansågs det viktigt med tanke på främjandet av en hållbar utveckling att miljömässiga hänsyn tas vid offentlig upphandling. Förutom att använda miljökostnaderna som ett kriterium vid val av anbud, kan miljömässiga hänsyn tas i övriga skeden av upphandlingsförfarandet, såsom i planeringsskedet, vid valet av anbudsgivare och kandidater och vid kontraktstilldelningen. I propositionen betonades att man tyvärr inte till fullo utnyttjat alla möjligheter att ställa miljökrav, men både de upphandlande enheterna och anbudsgivarna har krävt mer precisa regler om hur miljömässiga hänsyn ska tas för att rätta till bristen på miljöexpertis och avsaknaden av klara regler.³⁶⁷⁾ På EU-nivå har särskild vikt lagts just vid miljömässiga hänsyn, bland annat genom uttryckliga bestämmelser i upphandlingsdirektiven och i en särskild handbok för miljöanpassad offentlig upphandling.

I den tidigare svenska LOU 1 kap. 9 a § (2007:1091) stadgades att upphandlande myndigheter bör beakta miljömässiga hänsyn och sociala hänsyn om upphandlingens art motiverat det, eller den s.k. *bör-regeln*. Ordalydelsen skiljde sig från formuleringen i 49 i den tidigare finländska UpphL (348/2007), enligt vilken “den upphandlande enheten *kan* fastställa särskilda villkor för upphandlingskontraktet, vilka kan avse särskilt miljöaspekter och sociala aspekter.”³⁶⁸⁾ I en utredning som föranledde propositionen till den svenska lagen övervägdes om huvudregeln om affärsmässighet bör ändras eller ersättas dock med den utgångspunkten att det ska vara möjligt att ta miljömässiga hänsyn och sociala hänsyn vid tilldelning av kontrakt i enlighet med vad som angavs i direktiven.³⁶⁹⁾ Det att bestämmelsen i 1 kap 9 a § LOU till sin utformning uttryckligen var en så kallad

366) Se 2 § 2 mom och 49 § UpphL.

367) RP 50/2006, ss. 40–41.

368) Se LOU 1 kap. 9a § (2007:1091) och UpphL 49 § (348/2007).

369) Se även SOU 2013:12, ss. 386–387 och Rosén-Andersson et al. 2015, s. 78.

bör-regel, var avsett att betona betydelsen av att upphandlande myndigheter och enheter beaktar miljö- och sociala hänsyn i sina upphandlingar.³⁷⁰⁾ Bör-regeln är dock enbart ett målsättningsstadgande, med andra ord är den inte juridiskt bindande för de upphandlande myndigheterna och enheterna, utan den anger enbart målet för själva verksamheten. Enligt regeln bör den upphandlande myndigheten beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn i upphandlingar i vissa fall. Den överlåter till ifrågavarande myndighet att utifrån bestämmelserna i respektive lag bedöma på vilket sätt och i vilket skede av upphandlingen hänsynen ska tas. Med stöd av regeln kan man därmed inte kräva av de upphandlande myndigheterna eller enheterna att de ska ställa miljökrav eller sociala krav eller att de ska ansöka om överprövning eller väcka en skadeståndstalan mot en upphandlande myndighet eller enhet som inte ställer miljö- eller sociala krav. Men skyldigheten att ställa miljö- eller sociala krav kan dock följa av övrig lagstiftning. Det svenska Lagrådet påpekade i sitt remissvar att bestämmelsen i fråga har formen av en rekommendation (bör) och att den inte är försedd med någon sanktion. Bestämmelsen ger inte stöd för domstolsprövning ifall en upphandlande myndighet inte tagit miljö- eller sociala hänsyn. Den faktiska innebörden av bestämmelsen blir att upphandlande myndigheter får, men inte bör, ta miljö- och sociala hänsyn så länge det är i enlighet med de grundläggande rättsprinciperna i offentlig upphandling.³⁷¹⁾

I den gällande svenska LOU (2016:1145) stadgas i 4 kap. 3 § att en upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta. I den gällande finska UpphL (1397/2016) i 2 § 2 mom. att de upphandlande enheterna ska sträva efter att ordna sin upphandling så att den kan genomföras på ett så ekonomiskt, högkvalitativt och systematiskt sätt som möjligt genom att utnyttja befintliga konkurrensförhållanden och med beaktande av miljöaspekter och sociala aspekter.³⁷²⁾

370) Pedersen 2011, s. 140. Se även Rosén-Andersson et al. 2015.

371) Direktiv 2004/18/EG, KOM 2008:400 och direktiv 2014/24/EU. Se även Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 103–105, Det svenska Lagrådet 2016, ss. 58–59.

372) Se 4 kap. 3 § sv. LOU (2016:1145) och 2 § 2 mom. UpphL (1397:2016).

Miljöutskottet i Finland framförde i sitt utlåtande MiUU 29/2006 rd till ekonomiutskottet att ordalydelsen i 2 § 2 mom. i förslaget till 2007 års upphandlingslag skulle ändras på så sätt att det mera skulle styra mot ett beaktande av miljöaspekter.³⁷³⁾ Ekonomiutskottet ansåg det inte vara nödvändigt att ändra på ordalydelsen, men konstaterade dock i sitt betänkande att förslaget från kommittén för hållbar utveckling och konsumtion (KULTU) om skapandet av en upphandlingsstrategi för miljökriterier inom den offentliga förvaltningen skulle förverkligas. Strategin i fråga skulle enligt ekonomiutskottet skapa ramarna för att öka miljövänliga offentliga upphandlingar.³⁷⁴⁾ Ekonomiutskottet menade också i sitt betänkande att alltför mycket har varit inriktat på anbud med det lägsta priset och kvaliteten på anbuden har inte getts tillräckligt med utrymme. Därtill önskade man att kundperspektivet skulle beaktas redan i avtalsvillkoren, till exempel inom social- och hälsovårdssektorn ansåg man att myndigheterna kunde tillsammans med aktörer inom området ta fram kvalitetsstrategier eller liknande modeller för att i detalj styra upphandlingsmyndigheterna att köpa tjänster av högre kvalitet.³⁷⁵⁾

I enlighet med 45 § i lagen från år 2007 kan i prestanda- eller funktionskraven för de tekniska specifikationerna även ingå krav som gäller miljöegenskaper. För fastställandet av kraven kan den upphandlande enheten använda detaljerade specifikationer som är fastställda för europeiska, multinationella, nordiska eller övriga miljömärken. För att en upphandlande myndighet eller enhet ska få hänvisa till de specifikationer som gäller för ett särskilt miljömärke måste det ske under vissa förutsättningar:

- 1) Specifikationerna bör vara lämpliga för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som är föremål för upphandlingskontraktet,
- 2) Kraven för miljömärket bör vara utarbetade på basis av vetenskapliga rön,

373) MiUU 29/2006 rd, ss. 2–6.

374) EkUB 26/2006 rd, ss. 4–5.

375) EkUB 26/2006 rd, s. 5. Se även Pekkala & Pohjonen 2015, ss. 373–376 och Pekkala et al. 2017, ss. 59–61.

- 3) Alla parter som berörs, såsom myndigheter, konsumenter, tillverkare, företrädare för detaljhandeln och miljöorganisationer, bör ha haft möjlighet att delta i utarbetandet av miljömärket, och
- 4) Miljömärket bör vara tillgängligt för alla parter som berörs, d.v.s. samtliga företag som uppfyller de krav som ställs bör få sina varor miljömärkta.³⁷⁶⁾

Syftet med dessa förutsättningar, som dock i viss mån kan begränsa möjligheterna att hänvisa till specifikationer för miljömärken, är framförallt att förhindra att en användning av miljömärken diskriminerar vissa leverantörer. Bestämmelsen i 45 § UpphL från 2007 gjorde det dock inte möjligt att kräva användning av miljömärke för någon viss produkt. Den allmänna utgångspunkten vid uppgörandet av tekniska specifikationer för offentliga upphandlingar är att man inte som grund kan utnyttja någon organisations eller något företags metoder eller specifikationer vilka gynnar vissa leverantörer. Vissa miljömärken kan dock anses som bevis på att varan eller tjänsten uppfyller de krav som ställts. För att trygga en jämlig och icke-diskriminerande behandling måste den upphandlande myndigheten eller enheten dock godkänna andra bevis som anbudsgivaren framför och som gäller uppfyllandet av de krav som hör till miljömässiga hänsyn. Sådana bevis kan till exempel vara tekniska dokument av tillverkaren eller en teknisk rapport av ett erkänt organ.³⁷⁷⁾

Avsikten med miljömärkningen är att på basis av ett antal kriterier premiera sådana produkter som har bättre miljöegenskaper än motsvarande produkter i samma grupp av produkter. Kriterierna för miljömärkningen bör vara livscykelbaserade och kan omfatta krav på företaget, tillverkningsprocesser och produkter.³⁷⁸⁾ Det är oberoende organ som administrerar miljömärkningen och syftet med den är att via en symbol hjälpa konsumenterna

376) Se 45 § UpphL (348/2007). Se också art. 41 KOM (2011) 896.

377) Det finns modeller för hur miljöhänsyn ska beaktas i offentliga upphandlingar, bl.a. trafik- och kommunikationsministeriet har gjort upp rekommendationer hur energieffektivitet och andra miljöhänsyn ska beaktas vid upphandling av transporttjänster, Dnr 1585/04/2006.

378) Se även Miljöstyrningsrådet 2004, ss. 134–135 om miljömärkning. Se även Bratt 2014 som granskat miljömärkning från ett strategiskt hållbarhetsperspektiv. Enligt Bratt så förekommer det brister i teorin, i processen och i praktiken med miljömärkningen.

att göra val som är miljömedvetna. Miljömärkena ska utvecklas på basis av vetenskapliga rön.³⁷⁹⁾

Miljömärkning innebär egentligen en granskning av varan eller även tjänsten utifrån ett helhetsperspektiv, där användningen av till exempel energi eller kemikalier begränsas av gränsvärden. En undersökning som Visma Commerce gjort på uppdrag av Miljömärkning Sverige gällande upphandlingar av städ- och tryckeritjänster tyder emellertid på att det ofta ställs mer övergripande miljökrav på företagen än på själva varorna eller tjänsterna i sig, såsom krav att företagen ska ha en ISO-certifiering eller en miljöpolicy. Detta utgör dock ingen garanti för att varorna eller tjänsterna i sig är ett bra val för miljön.³⁸⁰⁾

Om sociala aspekter konstateras i RP 50/2006 att de kan vägas in i de tekniska specifikationerna för kontraktstilldelningen och att de bland annat kan avse genomförande av yrkesutbildning på arbetsplatsen, iakttagande av Internationella arbetsorganisationens (ILO) avtal, arbetsförhållanden och arbetsvillkor eller anställande av personer med funktionshinder.³⁸¹⁾ I motiveringarna till 49 § sades att ”eftersom villkoren för genomförandet av upphandlingskontraktet kan ha betydelse för innehållet i anbuden och till exempel för anbudspriserna, bör de anges på förhand i upphandlingsannonsen eller i förfrågningsunderlaget, så att anbudsgivarna kan beakta dem vid utarbetandet av anbud”. Bestämmelsen motsvarar artikel 26 i upphandlingsdirektivet.³⁸²⁾

49 § 2 mom. i UpphL från 2007 uppfyller villkoren i ILO:s konvention nr 94 (Arbetsklausuler i kontrakt där en offentlig myndighet är part), som ratificerades av Finland

379) Se mer kapitel 5.1.3.

380) Se Visma Commerces undersökning <http://www.svanen.se/Vara-krav/Svanens-kriterier/kriterie/?productGroupID=43> och <http://www.svanen.se/Vara-krav/Svanens-kriterier/kriterie/?productGroupID=22>.

381) RP 50/2006, ss. 197, 233.

382) RP 50/2006, s. 97.

1951. Ifrågavarande konventions syfte är att säkerställa att villkoren i anställningsförhållandena uppfylls på ett likvärdigt sätt i alla situationer.³⁸³⁾

I enlighet med 50 § i UpphL från 2007 kunde den upphandlande enheten i anbudsförfrågan ange de myndigheter av vilka anbudsgivaren kan få uppgifter om skyldigheter avseende bestämmelserna om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd, arbetsförhållanden eller arbetsvillkor. Den upphandlande enheten bör kräva att anbudsgivarna bekräftar att de utformat sina anbud med hänsyn till de skyldigheter som ifrågavarande stadga förpliktar till. Bestämmelserna i 1 mom. inverkade dock inte på skyldigheten att granska sådana onormalt låga anbud som avsågs i 63 § UpphL från 2007.³⁸⁴⁾ Bestämmelsen i 50 § grundade sig på artikel 27 i upphandlingsdirektivet, där medlemsstaterna ges en möjlighet att besluta om skyldigheten i enlighet med bestämmelsen i den nationella lagstiftningen.

I anbudsförfrågan kunde den upphandlande enheten åt anbudsgivarna ange de myndigheter hos vilka anbudsgivaren kan få uppgifter om skyldigheterna gällande beskattning, miljöskydd, arbetarskydd, arbetsförhållanden eller arbetsvillkor i Finland.³⁸⁵⁾ I regeringens proposition poängterades särskilt att de upphandlande enheterna dock bör beakta att de genom att upplysa kandidaterna och anbudsgivarna om de myndigheter som avses i bestämmelsen särskilt inom bland annat tjänsteupphandling kan försöka hindra osunda fenomen som faller inom ramen för grå ekonomi och främja kandidaternas och anbudsgivarnas insikter i de bestämmelser som tillämpas i Finland och se till att kandidaterna och anbudsgivarna är medvetna om att den upphandlande enheten förutsätter att dessa

383) Se *ibid.*

384) 50 § UpphL (348/2007).

385) RP 50/2006, s. 97. Enligt professor Niklas Bruun, som på uppdrag av Upphandlingskommittén gjorde den svenska rättsliga utredningen gällande sociala hänsyn vid offentlig upphandling, ställer just EU-direktivens klara ordalydelse "ekonomiskt mest fördelaktigt" upp vissa gränser för vilken betydelse sociala faktorer kan tillmätas i upphandlingsprocessen. Men helhetsbedömningen i processen bör vara objektiv och kraven på proportionalitet bör tas i beaktande, till exempel krav som innefattar sociala hänsyn och som är av relevans med tanke på anbudsgivarens förutsättningar att fullgöra kontraktet kan ges en större tyngd vid den helhetsbedömning eller viktning som avgör vem som ska tilldelas kontraktet. EU-domstolens avgöranden stöder, enligt Bruun, också tolkningen att sociala hänsyn kan ingå som underlag vid tilldelningen av upphandlingskontrakt.

bestämmelser iakttas.³⁸⁶⁾ Ytterligare betonades att för anbudsgivarna kan uppgifterna i anslutning till de skyldigheter som avses i 50 § vara av väsentlig betydelse, och de kan påverka anbudsgivarens möjligheter att utföra till exempel en tjänst som förutsätter utstationering av arbetskraft i en annan medlemsstat. Tillgången till sådana uppgifter kan i bästa fall främja uppfyllandet av gemenskapens mål om fri rörlighet för varor och tjänster samt det praktiska genomförandet av kraven i samband med miljöskydd och skydd av arbetstagare.³⁸⁷⁾

Det väsentliga som 1 mom. förpliktade till är att anbudsgivarna skulle på den upphandlande enhetens begäran i sitt anbud meddela att de bland annat tagit hänsyn till de lagstiftade skyldigheter som hänför sig till anställning av arbetstagare eller arbetarskydd som gäller vid platsen för utförande av en tjänst vilkas syfte är att förhindra användning av arbetskraft till sämre villkor än de som förutsätts i lagstiftningen.³⁸⁸⁾ Centralt i 2 mom. var att anbudsgivarens bekräftelse av att skyldigheterna gällande beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsförhållanden uppfyllts inte inverkar på granskningen av exceptionellt låga anbud.³⁸⁹⁾ Exceptionellt eller onormalt låga anbud får inte förkastas utan orsakerna till det låga anbudspriset ska redas ut.³⁹⁰⁾

I enlighet med 54 § UpphL från 2007 kunde dock en anbudsgivare som har försummat sin skyldighet att betala skatter eller socialskyddsavgifter, gjort sig skyldig till en allvarlig förseelse i sin yrkesverksamhet eller har dömts för en lagstridig handling uteslutas ur anbudsproceduren. Dessa grunder kunde enligt RP 50/2006 till exempel hänföra sig till brott mot bestämmelser om arbetar- eller miljöskydd.³⁹¹⁾

386) RP 50/2006, ss. 97–98.

387) Se *ibid.*

388) Se *ibid.* Eskola & Ruohoniemi 2011, s. 295, befarar dock att upphandlande enheter som har knappa resurser till sitt förfogande inte bryr sig om att i anbudsfrågan ange alla aktuella myndigheter.

389) RP 50/2006, s. 98.

390) Se ovan.

391) Se RP 50/2006, s. 198.

I Arbets- och näringsministeriets betänkande av år 2015 till reform av upphandlingslagen ville man i enlighet med direktivet 2014/24/EU göra det enklare för de upphandlande enheterna att befrämja miljöskydd och hållbar utveckling. Samtidigt skall de upphandlande enheterna kunna få bästa möjliga förhållande mellan pris och kvalitet i sina upphandlingar. Målsättningen är att effektivisera miljöskyddet via offentlig upphandling genom att redogöra för de upphandlande enheternas möjligheter och de ramar lagen ställer på ett mer omfattande, klarare och noggrannare sätt än vad som tidigare gjorts. I betänkandet föreslås också förbättringar och klargöranden av bestämmelserna gällande beaktandet av sociala hänsyn. Till exempel ska man vid jämförelsen av anbud och i de särskilda kontraktsvillkoren kunna ta sociala hänsyn i större utsträckning än tidigare. I de bestämmelser som föreslogs skulle man också betona mer alla användares behov vid definitionen av föremålet för upphandlingen. I betänkandet betonas även kvalitativa aspekter i samband med sociala hänsyn. De föreslagna bestämmelserna skulle göra det möjligt att ta i beaktande kvalitativa aspekter i olika skeden av upphandlingsförfarandet, såsom vid definitionen av föremålet för upphandlingen och vid kraven och urvalet gällande anbudsgivare.³⁹²⁾

Enligt den nya bestämmelsen i 2 § 2 mom. UpphL ska de upphandlande enheterna sträva efter att ordna sin upphandling så att den kan genomföras på ett så ekonomiskt, kvalitativt och systematiskt sätt som möjligt genom att utnyttja befintliga konkurrensförhållanden samt genom att beakta miljöaspekter och sociala aspekter. Med miljöaspekter och sociala aspekter avser man då särskilt förpliktelseerna enligt artikel 18.2 i direktivet, enligt vilken medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att leverantörerna vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i EU-rätten, i nationell rätt eller i de internationella bestämmelser som anges i bilaga X till direktivet.³⁹³⁾ I det föreslagna momentet rekommenderas det att

392) Se Arbets- och näringsministeriet 2015 *Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö*.

393) Se RP 108/2016, ss. 71–72.

de upphandlande enheterna fäster vikt vid de sätt på vilka miljöaspekter och sociala aspekter kan beaktas i samband med upphandlingsförfarandet. I lagen ställs det dock inga krav på att dessa aspekter ska beaktas, vilket innebär att saken i princip hör till de upphandlande enheternas prövningsrätt.³⁹⁴⁾

En väl genomförd upphandling som inkluderar kvalitetsutvärdering och som ställer relevanta funktionskrav som driver mot uppsatta mål kan dock ge de upphandlande myndigheterna och enheterna såväl rätt leverantör som rätt pris. Användningen av kvalitetsaspekter och relevanta funktionskrav kan också innebära samhällsekonomisk nytta genom att man får en kvalitativ leverantör som förmår utvecklas under avtalstiden.

71 § UpphL har sin grund i artikel 42 i upphandlingsdirektivet. Vid definitionen av föremålet för upphandlingen ska det vara möjligt att hänvisa till den specifika processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla de aktuella byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna eller till en specifik process som avser någon annan fas i deras livscykel, även när dessa faktorer inte fysiskt utgör en del av byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna. Det förutsätts då att de är kopplade till föremålet för upphandlingen och står i rätt proportion till kontraktets värde och målsättningar.

Enligt momentet ska också behoven hos användare med funktionsnedsättning beaktas i större utsträckning än tidigare. Tillgängligheten ska alltid beaktas och formgivningen ska utföras med beaktande av samtliga användares behov, utom i vederbörligen motiverade fall. Avsikten med förslaget är att sociala aspekter ska beaktas i större utsträckning än tidigare. Kraven kan gälla t.ex. rörelse- och funktionshindrade personers tillträde till byggnader eller användaregenskaperna hos tekniska anordningar.³⁹⁵⁾

394) Se RP 108/2016, s. 73.

395) Se RP 108/2016, ss. 172–173.

Sociala aspekter och även miljöaspekter föreslås också kunna beaktas på andra sätt i beskrivningen av föremålet för upphandlingen. Till exempel i samband med livsmedelsupphandlingar ska man kunna ställa krav på att det kött som upphandlas ska komma från gårdar där djuren behandlas korrekt och med iakttagande av djurskyddslagstiftningen. I samband med textilupphandlingar ska det vara möjligt att ställa krav på bl.a. produkternas hållbarhet. Ju längre en produkt kan användas, desto mindre blir nämligen miljöbelastningen. Vidare ska man i samband med upphandling av städprodukter kunna kräva att produkterna inte innehåller ämnen som kan orsaka cancer eller skador på arvsmassan eller reproduktionsförmågan, s.k. CRM-ämnen.³⁹⁶⁾

Miljöutskottet framhåller i sitt utlåtande 20/2016 om RP 108/2016 att också den miljöbelastning som byggnadsmaterial förorsakar kan beaktas som ett krav eller ett jämförelsekriterium vid val av byggnadsmaterial för nybyggen eller renoveringsobjekt. Men rådgivning behövs gällande t.ex. hur den upphandlande myndigheten eller enheten i praktiken kan främja användningen av förnyelsebara byggnadsmaterial eller elektricitet som producerats med förnyelsebara energikällor. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan själv bestämma vilka faktorer som orsakar mest kostnader under upphandlingens livscykel samt vilka faktorer som ska beaktas då en jämförelse av livscykelkostnaderna görs. Miljöutskottet betonar även att jämförelsen av livscykelkostnaderna kan befrämja uppställda energi- och klimatmålsättningar samtidigt som det kan förbättra kostnadseffektiviteten och konkurrenskraften.³⁹⁷⁾ Men det förutsätter att kännedomen om regelverket ökar och metoder för jämförelsen utvecklas samt även att kommunikationen fungerar mellan de upphandlande myndigheterna/enheterna och leverantörerna av varor och tjänster.

396) Se RP 108/2016, s. 173. Nämnas kan här att den svenska Upphandlingsmyndigheten tagit fram ett nytt tillämpningsstöd för hållbarhetskriterier som ska ge vägledning åt interna beställare och upphandlare i arbetet med hållbarhetskriterier vid upphandling av livsmedel och måltidstjänster, se Upphandling24, 9.11.2016.

397) Se Miljöutskottet 20/2016.

I 72 § UpphL stadgas om de märken som kan användas vid beskrivningen av föremålet för upphandlingen, d.v.s. märken som gäller miljöegenskaper, sociala egenskaper eller andra egenskaper. Lagrummet motsvarar i stort 45 § i lagen från 2007 och baserar sig på artikel 43 i direktiv 2014/24/EU. Den nya bestämmelsen sägs emellertid i ännu större utsträckning möjliggöra hänvisningar till miljömärken och märken som baserar sig på sociala egenskaper eller andra egenskaper. Därtill ska det vara möjligt att direkt ställa krav på ett visst märke, istället för på dess grunder. Syftet sägs dock inte vara att styra de upphandlande enheterna att kräva ett särskilt märke. De upphandlande enheterna ska således inte vara tvungna att hänvisa till ett särskilt märke, utan de kan ännu på andra sätt hänvisa till de egenskaper som föremålet för upphandlingen ska ha.³⁹⁸⁾

I en jämförande studie från år 2010 mellan sex EU-länder Sverige, Finland, Danmark, Frankrike, Tyskland och Spanien låg Sverige på sista plats i beaktandet av sociala hänsyn i upphandlingar, vilket har väckt en viss förvåning.³⁹⁹⁾ I studien konstateras bland annat att Finland, Danmark, Tyskland och Frankrike i betydligt högre grad använt sig av möjligheten att integrera sociala och etiska krav vid offentliga upphandlingar. I Sverige hade man till exempel inte utnyttjat möjligheten i artikel 19 i EU-direktivet 2004/18 för medlemsstaterna att reservera kontrakt för skyddade verkstäder eller andra program för skyddad anställning. Förutsättningen för detta är att därom regleras i den nationella lagstiftningen. Flera andra medlemsländer utnyttjade denna möjlighet. I artikel 20 i direktivet om offentlig upphandling, 2014/24/EU, poängteras också att medlemsstaterna får reservera deltagandet i upphandlingsförfaranden för skyddade verkstäder och ekonomiska aktörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av funktionshindrade och missgynnade arbetstagare eller föreskriva att kontrakt ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, förutsatt att över 30 procent av arbetstagarna i sådana verkstäder, eller av de ekonomiska aktörerna eller programmen är funktionshindrade eller

398) Se RP 108/2016, ss. 175–176.

399) Sieps 2010:03. Emellertid enligt Swedwatch rapport *Agents for Change* 2016, ss. 15–17 hör Sverige till föregångarna vad gäller sociala hållbarhetskriterier, men de offentliga myndigheterna har ändå bara lyckats tillämpa sociala kriterier på en bråkdel av upphandlingarna.

missgynnade arbetstagare. Enligt 18 §, 1 punkten lag (2016:1145) om offentlig upphandling (Sverige) stadgas att “en upphandlande myndighet får för en upphandling reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden”.⁴⁰⁰⁾

Malmö stad i Sverige kan dock sägas vara en föregångare vad gäller främjandet av sociala hänsyn i offentliga upphandlingar. Malmö stad har sedan år 2007 beaktat sociala hänsyn i sina offentliga upphandlingar. I staden har målsättningar gällande hållbar utveckling inkluderats i strategin för hela staden och flera beslut har gjorts om socialt hållbar offentlig upphandling. Därtill beaktas de socialt hållbara upphandlingarna i upphandlingsenhetens budget.⁴⁰¹⁾

De socialt hållbara upphandlingarna som staden gör baserar sig på en riskanalys gällande olika produktgrupper. Till den högsta riskgruppen hör produkter inom elektronik, möbler och kontorsmaterial. Innan en upphandlingsprocess inleds utreder man möjligheterna till samarbete med kommuner som gör motsvarande upphandlingar. De sociala kriterierna i upphandlingarna baserar sig å sin tur på instruktioner om socialt ansvar som staden gjort. Instruktionerna har sin grund i en modell som SEMC (Swedish Environmental Management Council), en expertenhet för offentliga upphandlingar, skapat.⁴⁰²⁾

Alla leverantörer som hör till riskgrupper ska svara på en självvärderingsförfrågan som baserar sig på Malmö stads upphandlingspolicy social hållbarhet. Från staden gör man också kontrollbesök vid produktionsanläggningar i s.k. riskländer. Samtliga leverantörer

400) Se art. 20 direktiv 2014/24/EU och 18 § sv. prop. 2015/16:195.

401) Se The Landmark Project 2012. Swedwatch kommer också fram sin rapport *Agents for Change* 2016 att en effektiv implementering av sociala kriterier måste föregås av en produktspecifik riskanalys. Det krävs även kompetent upphandlingspersonal som har tillräcklig kunskap om risker i leverantörskedjorna.

402) Se The Landmark Project 2012. Se även Arbets- och näringsministeriet 2017, s. 15.

som hör till riskgrupper granskas åtminstone 1 gång under avtalsperioden. De leverantörer som gett otillfredsställande svar i förfrågan granskas mera noggrant. Ifall det förekommer brister i en avtalsparts verksamhet, ombeds denne ändra sin verksamhet så att den motsvarar Malmö stads instruktioner. Man bryter nödvändigtvis inte avtalet på grund av eventuella brister utan samarbetar för att utveckla ifrågavarande avtalsparts verksamhet.⁴⁰³⁾

I Finland har organisationen Finnwatch gjort en undersökning gällande användning av sociala kriterier i offentliga upphandlingar i finländska kommuner mellan 1.6.2012 – 31.5.2013. Undersökningen gäller upphandlingar från så kallade riskländer, d.v.s. från länder där risken för kränkningar av mänskliga rättigheter är hög, på grund av bl.a. hög korruption eller fattigdom. Risker det kan vara fråga om är till exempel tvångsarbete, användning av barnarbetskraft, diskriminering, försummelse av arbetsskyddet eller dåliga villkor i arbetsförhållandena. De 76 upphandlingar som granskades av Finnwatch gällde produkter såsom livsmedel, gatustenar, textilier samt elektronik, vilka alla utgör produkter vars produktion är förknippad med problem i riskländer. Upphandlarna som granskades var förutom kommuner också samkommuner, sjukvårdsdistrikt och därtill hörande affärsverk. Av de 76 anbudsförfrågningar som undersöktes var det endast i 4 st som man hade ställt sociala kriterier för produkterna från riskländer samt inkluderat ändamålsenliga krav gällande metoder för certifiering. I 7 stycken anbudsförfrågningar efterfrågades även Rättvis handel-produkter, förutom de övriga produkterna och i 16 stycken anbudsförfrågningar beaktades miljömässiga hänsyn på något sätt. I den största delen av anbudsförfrågningarna, 55 stycken eller 72 procent, var priset det enda urvalskriteriet.⁴⁰⁴⁾

403) Se *ibid.*

404) Finnwatch 2013, ss. 14–15. En annan undersökning som organisationen Finnwatch gjorde år 2017 gällde inköp av naturstenar från s.k. riskländer som Kina och Indien, där brott mot bl.a. mänskliga rättigheter och arbetsskydd är vanligt förekommande. Här konstaterades att de företag som importerar natursten från underleverantörer i Kina och Indien i alltför låg grad utnyttjar existerande certifierings- eller auditieringssystem gällande hållbarhetskriterier för att övervaka att sociala hänsyn beaktas i produktionen av natursten, se Finnwatch 2017.

På basis av undersökningen som Finnwatch gjorde kan man dra slutsatsen att de upphandlingar som granskades i de finländska kommunerna inte var socialt ansvarsfulla. Endast ett fåtal upphandlande enheter ställde sociala kriterier i de offentliga upphandlingarna, medan man nog enligt beskrivningarna i upphandlingshandlingarna strävar till miljövänlighet. Beaktandet av sociala hänsyn sker inte alls ännu i samma grad.

Orsakerna till detta kan vara många, men den mest centrala orsaken anses vara brist på information och kunskap om saken. Det krävs framförallt utbildning och rådgivning för de upphandlande enheterna i hur man ska göra socialt ansvarsfulla upphandlingar. Det krävs även politisk styrning och mer resurser för att förverkliga sociala hänsyn i upphandlingarna. Därtill kan de kommunala upphandlande enheterna öka samarbetet med andra som gör motsvarande upphandlingar samt även ta i bruk de verktyg som redan existerar för att underlätta socialt hållbara upphandlingar, till exempel CSR-kompassen som Arbets- och näringsministeriet framställt.⁴⁰⁵⁾

405) Se Finnwatch 2013, ss. 15, 23. Exempelvis Helsingfors stad har emellertid sedan år 2015 en guide gällande förverkligandet av hållbara upphandlingar. År 2015 innehöll hälften av stadens upphandlingar hållbarhetskriterier. I stadens miljöpolitik och strategiprogram ställs långtgående målsättningar gällande befrämjande av ekologisk och social hållbarhet och Helsingfors stads upphandlingscentral verkar aktivt inom internationella nätverk för att främja hållbara upphandlingar, såsom Procura+-nätverket och Global Lead Cities Network, se Helsingin kaupunki 2016.

4. OLIKA SÄTT ATT TA MILJÖMÄSSIGA HÄNSYN

4.1. Tekniska specifikationer av kontraktsföremålet

4.1.1. Om tekniska specifikationer

I ett upphandlingsdokument kan krav ställas på olika sätt

- 1) *Kvalificeringskrav*: utgör obligatoriska krav på leverantören och ställs på leverantörens tekniska och yrkesmässiga förmåga och kapacitet.
- 2) *Tekniska specifikationer*: utgör obligatoriska krav på varan eller tjänsten. De tekniska specifikationerna beskriver föremålet för upphandlingen och kan utformas som hänvisningar till standarder eller som funktions- och prestandakrav.
- 3) *Tilldelnings - eller utvärderingskriterier*: ifrågavarande kriterier används för att fastställa vilket anbud som ska få kontraktet då man använder det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som grund för tilldelning av kontraktet.
- 4) *Tillkommande kriterier*: dessa kriterier utgör ytterligare kriterier som utnyttjas vid val mellan två eller flera leverantörer.
- 5) *Särskilda kontraktsvillkor*: de särskilda kontraktsvillkoren ställs på leverantören eller på varan eller tjänsten och utgör villkor som ska uppfyllas under själva utförandet av kontraktet.⁴⁰⁶⁾

Här redogörs närmare för vilka olika sätt det enligt upphandlingslagstiftningen finns att ta miljömässiga hänsyn. En upphandlande myndighet eller enhet kan ta miljömässiga hänsyn vid valet av själva kontraktsföremålet och i synnerhet vid de tekniska specifikationerna av det, vid urvalet av anbudsgivare, vid tilldelningen av kontraktet och vid utförandet av kontraktet.

De tekniska specifikationerna bör omfatta alla de krav som de upphandlande myndigheterna eller enheterna ställer för att se till att varan eller tjänsten uppfyller det ändamål som

406) Se mer Upphandlingsmyndigheten 2017.

avses. I de tekniska specifikationerna bör ingå objektiva och mätbara uppgifter om föremålet för kontraktet och de krav som ställs bör sålunda ha en direkt koppling till föremålet.

I jämförelse med tilldelningskriterierna är de tekniska specifikationerna absoluta, d.v.s. att anbud antingen uppfyller kraven eller så inte. Tilldelningskriterierna är relativa på så sätt att det görs en jämförelse med hur väl anbuden uppfyller kriterierna. För de tekniska specifikationernas del behöver ingen jämförelse göras av hur väl anbud uppfyller kraven. Den upphandlande myndigheten eller enheten måste formulera de tekniska specifikationerna och tilldelningskriterierna tydligt så att det är klart i beskrivningen vilka de tekniska specifikationerna är som samtliga anbud bör uppfylla och vilka tilldelningskriterierna är genom vilka en jämförelse görs mellan anbuden.⁴⁰⁷⁾

De tekniska specifikationerna får normalt inte hänvisa till ett visst varumärke eller ursprung. Om den upphandlande myndigheten inte förmår precisera föremålet för upphandlingen tillräckligt noga, kan dock en sådan hänvisning utnyttjas, under förutsättning att man tillägger formuleringen ”eller likvärdig”.⁴⁰⁸⁾

Ifall det inte förekommer europeiska eller nationella standarder som gäller den ifrågavarande varans eller tjänstens miljöprestanda, så kan de upphandlande myndigheterna och enheterna själva ange vad för slags miljöprestanda som förutsätts i ifrågavarande upphandling. De upphandlande myndigheterna och enheterna kan ställa högre krav på miljöskydd på särskilda punkter, men detta får inte medföra en begränsning av tillgången till kontraktet eller en diskriminering av eventuella anbudsgivare.⁴⁰⁹⁾ Kraven som ställs bör ha en naturlig koppling till eller ett naturligt samband med föremålet för upphandlingen. Av EU-domstolens dom i mål C-513/99, *Concordia Bus* framgår att en myndighet som

407) Se även sv. prop. 2015/16:195, s. 71.

408) Se också Sundstrand 2012b, ss. 234–235 och sv. Lagrådet 2016, ss. 125–126.

409) KOM (2001) 274, ss. 10–13.

beslutat att kontraktet ska tilldelas anbudsgivaren med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan beakta miljökriterier under förutsättning att dessa kriterier har ett samband med kontraktets föremål, inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling och är förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten, i synnerhet icke-diskrimineringsprincipen.⁴¹⁰⁾ Krav på prestanda betyder att kraven bör påverka egenskaperna i det som upphandlas. Samband med föremålet för upphandlingen kan till exempel innebära att en produkt eller vara inte får innehålla eller utsöndra ämnen som är skadliga för miljön eller för den allmänna hälsan.⁴¹¹⁾

I enlighet med vissa villkor kan den upphandlande myndigheten hänvisa till en miljömärkning i förfrågningsunderlaget, förutsatt att man försäkras om att miljömärkets kriterier inte står i strid med rådande upphandlingsregler. Miljömärken, eller de specifikationer som är uppsatta för att erhålla märket, utgör tekniska specifikationer i det avseendet som upphandlingslagstiftningen uttrycker, och kan användas för att definiera de funktions- eller prestandakrav den upphandlande myndigheten vill ställa. Framförallt följande krav bör i enlighet 72 § Upphl vara uppfyllda för att miljömärkning ska kunna få utnyttjas. Nämnas bör att en förutsättning för kravet på ett särskilt märke är att samtliga av följande villkor är uppfyllda:

- 1) märkeskraven gäller endast kriterier som är kopplade till föremålet för upphandlingen och som är lämpliga för att ange egenskaperna hos de byggtreprenader, varor eller tjänster,
- 2) märkeskraven grundar sig på objektivt kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier,
- 3) märkena har antagits i ett öppet förfarande i vilket myndigheter, konsumenter, parter på arbetsmarknaden, tillverkare, representanter för handeln samt icke-statliga organisationer samt andra berörda intressentgrupper kan delta,
- 4) märkena är tillgängliga för samtliga berörda parter,

410) Se C-513/99, *Concordia Bus Finland*. Se även Kalima et al. 2007, ss. 215–216 och Ojanen 2003, s. 696.

411) Konkurrensverket 2011, ss. 22–23.

5) märkeskraven utarbetas av en tredje part över vilken den ekonomiska aktör som ansöker om märket inte kan ha ett avgörande inflytande.⁴¹²⁾

Bestämmelsen i 72 § UpphL baserar sig på artikel 43 i direktiv 2014/24/EU och motsvarar i stort även 45 § i lagen från 2007. Enligt lagregeln är det emellertid möjligt att i allt större utsträckning göra hänvisningar till miljömärken samt även till märken som baserar sig på sociala eller andra egenskaper. Därtill ska det vara möjligt att hänvisa direkt till ett visst märke utan att behöva hänvisa till grunderna för det.⁴¹³⁾ En potentiell risk med att specifika märken krävs i upphandlingar är att små- och medelstora företag missgynnas i konkurrensen. Därtill kan det vara en utmaning för upphandlande myndigheter och enheter att bedöma vad som kan utgöra likvärdiga märken.

Avsikten med stadgandet är emellertid bl.a. att underlätta utnyttjandet av miljömärken, men bestämmelserna kan till viss del även förhindra ett direkt krav på en miljömärkt vara eller tjänst. Enligt bestämmelserna ska märkeskraven gälla endast kriterier som är kopplade till föremålet för upphandlingen. Ofta kräver emellertid miljömärkning att det görs kvalitetsgranskningsåtgärder eller att grundrättigheter i arbetslivet efterföljs, vilket inte är direkt kopplat till föremålet för upphandlingen. Den som kräver ett visst märke ska emellertid godkänna alla de märken med vilka man kan garantera att motsvarande krav uppfylls. Olika märkens miljökrav motsvarar dock inte helt varandra, till exempel så kan fokus ligga på olika miljöproblem. Viktigt vore här att kunna säkerställa att en viss typ av miljömärken alla uppfyller de ställda kraven. För det tredje så ska en anbudsgivare som inte haft möjlighet att skaffa ett miljömärke inom utsatt tid, kunna utnyttja andra sakenliga bevismedel. Här kunde en nödvändig förhandsuppgift för anbudsgivarna vara att man i den ifrågasvarande upphandlande enhetens upphandlingsstrategi eller i de allmänna avtalsvillkoren konstaterar att man gynnar miljömärkta varor och tjänster.⁴¹⁴⁾

412) Se 72 § RP 108/2016. Se även 45 § UpphL och artikel 43, direktiv 2014/24/EU. Se också fi. RP 50/2006 och Kalima et al. 2007, ss. 215–218 samt Sundstrand 2013d, ss. 100–103.

413) Se RP 108/2016, ss. 175–176.

414) Se även Nissinen 2016, s. 2 och Siikavirta 2015, ss. 78–80 samt rättsfallen MD 412/12 och 49/13.

4.1.2. Specifikationerna bör vara lämpliga för det som upphandlas

Att specifikationerna bör vara lämpliga för det som ska upphandlas betyder att den upphandlande myndigheten ska granska innebörden i själva miljömärkningen. I vissa fall kan miljömärkningen innehålla kriterier som i den ifrågavarande upphandlingen inte är i enlighet med upphandlingslagstiftningen eller inte har något samband med föremålet för upphandlingen. Till exempel kan kriterier som handlar om ett företags allmänna policy inte användas och vissa system för märkning kan också anses som diskriminerande, emedan miljömärken anges för produkter och tjänster.

Det är till fördel om den upphandlande myndigheten kontrollerar hur många leverantörer som uppfyller miljömärkningsspecifikationerna på marknaden, eftersom det kan ge uppgifter om hur konkurrensen kommer att se ut vid själva upphandlingen, samt även utreder hur kraven ska kontrolleras, eftersom det står i strid med upphandlingsreglerna att inte garantera att de krav som ställs går att uppfölja.

4.1.3. Specifikationerna bör basera sig på objektivt kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier

Till miljömärkningens grundregler hör att de ska basera sig på objektivt kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier. Den upphandlande myndigheten har ett större ansvar för att kraven uppfylls, ifall miljöegenskaperna anges med andra miljömärkningar än EU:s miljömärkning. Miljömärkningen kan även följa den internationella standarden ISO 14024, vilket går att undersöka och till vars grundprinciper hör att märkningen bör ha en vetenskaplig grund.

Begreppen vetenskapliga rön och vetenskapligt belagt är inte definierade i upphandlingsdirektiven, men till exempel i förordningen om EU:s miljömärkning anges det uttryckligen att kriterierna ska fastställas på grundval av vetenskapliga belägg.⁴¹⁵⁾ En tolkning av vetenskapliga rön och vetenskapligt belagt är att forskningsresultaten blivit publicerade i en vetenskaplig tidskrift eller motsvarande, att andra forskare haft tillfälle att granska och diskutera slutsatserna och att flera forskare oberoende av varandra bekräftat forskningsresultaten.⁴¹⁶⁾

Påpekas ska att reglerna om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder i direktiven framförallt syftar till att krav på dylika standarder i offentliga upphandlingar inte ska kunna påverka leverantörerna på ett sätt som står i strid med principen om icke-diskriminering. För att undvika en sådan påverkan har lagstiftaren i EU riktat in sig på två olika sidor av upphandlingen. För det första, vilka standarder en upphandlande enhet ska hänvisa till och för det andra, under vilka förutsättningar en leverantör kan utnyttja andra alternativ än de standarder som myndigheten har hänvisat till för att visa att leverantörens åtgärder överensstämmer med de som följer av standarden i fråga.⁴¹⁷⁾

I artikel 62, punkt 1 och artikel 62, punkt 2 direktiv 2014/24/EU ges regler om vilka standarder en upphandlande myndighet ska hänvisa till. I artikel 62, punkt 1, regleras också kvalitetssäkringsstandarder. Bestämmelserna har sin motsvarighet i 2004 års direktiv, men i direktivet nämns också tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning. Vad gäller de förutsättningar under vilka en leverantör kan utnyttja andra alternativ än de standarder som myndigheten hänvisat till, regleras också i artikel 62, punkt 1 och artikel 62, punkt 2 i direktiv 2014/24/EU.

415) Förordning 66/2010 artikel 6 punkt 3.

416) Konkurrensverket 2011, s. 22.

417) Se också sv. prop. 2015/16:195, del 2, ss. 64–65.

I skäl 88 i nämnda direktiv sägs att miljöledningssystem kan visa att leverantören har teknisk kapacitet att fullgöra kontraktet oberoende av om systemet är registrerat i överensstämmelse med unionsinstrument som förordning, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1221/2009, eller inte. Detta gäller också intyg för EU-miljömärket som omfattar miljöledningskriterier. När en leverantör inte har tillgång till registrerade system för miljöledning eller inte har möjlighet att få det inom aktuella tidsfrister, ska det vara möjligt för denne att lämna en beskrivning av de åtgärder för miljöledning som har genomförts. Förutsättningen för detta är då att leverantören kan visa att de åtgärder som vidtas kan garantera samma miljöskydd som krävs enligt miljöledningen.

Enligt nämnda artikel 62, punkt 1 och 62, punkt 2 i direktivet 2014/24/EU ska utrymmet också vara begränsat för leverantören att åberopa andra kvalitetssäkringssystem eller standarder än de som den upphandlande myndigheten har krävt.⁴¹⁸⁾ I enlighet med 90 § UpphL stadgas med utgångspunkt i artikel 62 i direktivet. I huvudsak motsvarar innehållet 59 § 2 och 3 mom. i lagen från 2007.

Lagregeln i 90 § 3 mom. UpphL är ny. Enligt den nya bestämmelsen stadgas om situationer där en anbudssökande eller anbudsgivare av orsaker som inte kan tillskrivas anbudssökanden eller anbudsgivaren själv inte har möjlighet att över huvud taget eller inom tidsfristerna för utfärdande få sådana intyg som krävs. I sådana fall skulle den upphandlande enheten också godta andra bevis på miljöledningsåtgärder eller kvalitetssäkringsåtgärder, förutsatt att anbudssökanden eller anbudsgivaren visar att de miljöledningsåtgärder eller kvalitetssäkringsåtgärder som bevisas på ett annat sätt motsvarar det som krävs enligt standarden i miljöledningssystemet eller den tillämpliga kvalitetssäkringsstandard.⁴¹⁹⁾

418) Se även sv. prop. 2015/16:195, del 2, ss. 65–66.

419) Se RP 108/2016, ss. 204–205. Se även Ekonomiutskottets betänkande TaVM 31/2016, s. 17 där man föreslår att den sista satsen i 90 § 1 mom. “den upphandlande enheten ska även godta likvärdiga intyg från organ i andra medlemsstater i Europeiska unionen samt anbudssökandenas och anbudsgivarnas intyg över likvärdiga miljöledningsåtgärder” tas bort eftersom den står i strid med 90 § 3 mom och inte heller grundar sig på EU-direktivet.

4.1.4. Specifikationerna bör vara fritt tillgängliga

Fri tillgänglighet till specifikationerna kan till exempel betyda att det går att avgiftsfritt få tillgång till dem via en webbsida. I det fall man vill utnyttja miljömärkningen för sina varor eller tjänster bör i regel en licensavgift erläggas. Men alla som vill och har möjlighet att miljömärka sina produkter oberoende av nationalitet ska kunna göra det och miljömärket ska vara tillgängligt för alla berörda parter. Det är å andra sidan inte tillåtet att ställa krav på ett visst miljömärke, utan endast att de varor eller tjänster som upphandlas i vissa avseenden bör uppfylla samma krav som ställs för att få miljömärket. Uttalar man sig att man följer en viss standard, till exempel ISO 14024, bör man också göra det.⁴²⁰⁾ Bland annat miljömärken som Nordisk Miljömärkning (Svanen), Krav och Bra Miljöval följer standarden.

4.1.5. Andra lämpliga bevis som kan godkännas

Också andra bevis som betraktas som lämpliga och relevanta kan godtas i upphandlingen. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan inte förkasta ett anbud ifall anbudsgivaren på ett lämpligt och relevant sätt kan visa att den uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna. Ett bevis på att kraven är uppfyllda kan vara miljömärkningen. Ett annat sätt att garantera att kraven är uppfyllda är att be om dokumentation från tillverkaren eller om en provrapport från ett erkänt organ, såsom ett provnings- och kalibreringslaboratorium eller ett organ för inspektion och certifiering.

420) Standarden ISO 14024 är inte en certifieringsbar standard utan endast en vägledande sådan, vilket innebär att den inte är skapad för att certifiera miljö- eller hållbarhetsmärkningsorganisationer. Det förekommer således ingen oberoende kompetent organisation som granskar och godkänner att miljö- eller hållbarhetsmärkningsorganisationerna ifråga uppfyller villkoren för standarden. Men en miljö- eller hållbarhetsmärkningsorganisation kan be GENICES (Global Ecolabelling Networks Internationally Coordinated Ecolabelling System) göra en *peer-review* huruvida miljö- eller hållbarhetsmärket ifråga uppfyller standarden. Ifall det uppfyller standarden kommer det med på GENICES´ lista över betrodda miljö-/hållbarhetsmärken, se www.globalecolabelling.net/members_associates/map/index. Se även Meddelande från Kommissionen – EU:s riktlinjer när det gäller frivilliga certifieringssystem, 2010/C 341/04.

I enlighet med principen om ömsesidigt erkännande bör en upphandlande myndighet och enhet godkänna ett intyg från ett organ som är erkänt i ett annat EU-medlemsland. Den upphandlande enheten kan dock begära att intygen eller bevisen ska styrkas av en oberoende part. Varor eller tjänster som är försedda med ett miljömärke antas också motsvara de specifikationer som gäller, med andra ord de uppställda kraven, men också andra lämpliga bevis bör godtas. Den upphandlande myndigheten eller enheten har bevisbörda för huruvida likvärdighet förekommer eller inte. Jämför EU-domstolens dom i mål C-120/78 *Rewe-Zentral*, där EU-domstolen även konstaterade att “i avsaknad av gemensamma regler måste hinder för handeln inom gemenskapen, som uppstår på grund av skillnader mellan medlemsstaternas lagstiftningar om saluföringen av en produkt, godtas i den mån dessa bestämmelser kan anses vara nödvändiga för att tillgodose tvingande hänsyn, i synnerhet i fråga om effektiv skattekontroll, skydd för folkhälsan, god handels sed och konsumentskydd”.⁴²¹⁾

Av målet C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna* framgår att själva miljömärket kan bara användas som ett bevis på att de tekniska specifikationerna som fastställts i ett förfrågningsunderlag är uppfyllda.

4.2. Krav gällande produktionsmetoden och tillverkningsprocessen

Enligt upphandlingslagstiftningen från 2007 är det möjligt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att ställa krav på vilka ursprungsmaterial som ska användas, ifall detta bidrar till varans eller tjänstens egenskaper på ett sådant sätt att det ändamål som den upphandlande myndigheten eller enheten avsett också uppfylls. Kraven bör vara förenliga med gemenskapslagstiftningen och i synnerhet bör de vara icke-diskriminerande,

421) Jämför mål C-120/78 *Rewe-Zentral*, var EU-domstolen även konstaterade att “i avsaknad av gemensamma regler måste hinder för handeln inom gemenskapen, som uppstår på grund av skillnader mellan medlemsstaternas lagstiftningar om saluföringen av en produkt, godtas i den mån dessa bestämmelser kan anses vara nödvändiga för att tillgodose tvingande hänsyn, i synnerhet i fråga om effektiv skattekontroll, skydd för folkhälsan, god handels sed och konsumentskydd”. Se även MD 412/12 och 49/13.

till exempel kan krav ställas på användning av returglas eller annat återanvänt material.⁴²²⁾

I direktivet för offentlig upphandling 2014/24/EU föreskrivs i motiveringarna att de upphandlande myndigheterna kan hänvisa till alla faktorer som är direkt förknippade med produktionsprocessen i de tekniska specifikationerna och i tilldelningskriterierna så länge dessa avser aspekter hos produktionsprocessen som är nära knutna till den specifika produktionen av varan eller tillhandahållandet av tjänsten. Detta utesluter då krav som inte är relaterade till produktionsprocessen för de produkter eller tjänster som ingår i upphandlingen, till exempel allmänna krav på att entreprenören ska ta miljömässiga hänsyn i hela sin verksamhet.⁴²³⁾

De upphandlande myndigheterna och enheterna kan även förutsätta att en särskild tillverkningsprocess ska användas, om detta inte innebär att marknaden reserveras för endast vissa företag. Kraven som ställs bör bidra till produktens karaktär och även göra det lättare att specificera kraven på synliga eller osynliga prestanda för produkten. Till exempel ekologiskt odlade livsmedel utgör exempel på produkter som särskiljer sig tack vare att en miljövänlig tillverkningsprocess har utnyttjats. Men sådana krav, som gäller produktionen, till exempel på vilket sätt företaget sköts, faller inte inom området för tekniska specifikationer och är därmed inte tillåtna.⁴²⁴⁾

Ifall de upphandlande myndigheterna och enheterna ställer högre krav på miljöskydd än vad som krävs enligt standarder eller lagstiftning, är det möjligt för dem att ange tekniska specifikationer för miljöprestanda i överensstämmelse med krav för miljömärkning. De kan även ange att det av produkter som har viss miljömärkning krävs att de är förenliga

422) Direktiv 2014/24/EU, art. 18.

423) KOM (2011) 896, s. 10.

424) KOM (2001) 274, s. 11.

med den tekniska beskrivningen i kontraktshandlingarna. De upphandlande myndigheterna och enheterna bör godta också andra typer av bevis än intyg på miljömärkning, såsom till exempel testrapporter.⁴²⁵⁾

I enlighet med direktivet i offentlig upphandling 2014/24/EU ska de upphandlande myndigheterna kunna kräva att varor eller tjänster ska ha märken som certifierar deras miljömässiga eller sociala egenskaper, under förutsättning att myndigheterna också godkänner andra märken. Till exempel ska detta vara tillämpligt på europeiska, nationella och multinationella miljömärken.⁴²⁶⁾ Det ska även vara viktigt att de ifrågakarande kraven utformas och antas på basis av objektiva och kontrollerbara kriterier och genom förfaranden som samtliga parter involverade, såsom statliga organ, konsumenter, producenter, distributörer och miljöorganisationer kan ta del i samt att miljömärket är tillgängligt för alla parter.

Enligt de gällande reglerna kan den upphandlande myndigheten relativt fritt formulera sina behov och krav på föremålet för upphandlingen. Men det är inte möjligt att ställa krav som medför att den fria rörligheten av varor och tjänster förhindras, ifall dessa lagligen får säljas eller tillverkas i ett av medlemsländerna. I enlighet med huvudregeln gäller till exempel att om kött producerats lagligen i ett av medlemsländerna, är det inte tillåtet att stoppa det för import till ett annat medlemsland fastän det importerande landet skulle ha strängare regler för köttproduktion. Ifall en upphandlande myndighet vid en upphandling av livsmedel vill ställa krav på hur djuren behandlats bör sådana djurskyddskriterier utgå från upphandlingsreglerna och EU:s gemensamma normer. I det fall kraven gynnar nationella producenter föreligger det risk för att diskriminering uppstår.⁴²⁷⁾

425) KOM (2001) 274, s. 13.

426) Art. 43 direktiv 2014/24/EU.

427) Konkurrensverket 2011, ss. 21–22.

I enlighet med principen om likabehandling är både öppen diskriminering grundad på nationalitet och dold diskriminering där man med andra särskiljande kriterier uppnår liknande resultat eller där anbudsgivarna försätts i en ojämlig ställning. Exempel på dold diskriminering är ifall ett krav är utformat på så sätt att det är lättare att uppfylla för nationella företag än för företag etablerade i andra länder. En del krav kan dock anses berättigade trots att de endast kan uppfyllas av lokala leverantörer, till exempel varm färdiglagad mat till ett serviceboende. Sådana krav såsom krav på korta transportavstånd vid varuleveranser eller krav på att varorna ska vara närodlat eller lokalproducerade är i princip inte tillåtna eftersom de ses som diskriminerande och således stridande mot icke-diskrimineringsprincipen. Den upphandlande myndigheten kan nog ingå avtal med lokala producenter och leverantörer av varor och tjänster, under förutsättning att dessa visar sig ha det bästa anbudet vid utvärderingen av anbudet.

Miljökrav gällande transporter vid upphandling av varor som exempelvis gäller köp av varor där transporten är en del av köpet, såsom vid fritt levererade transporter eller s.k. inbäddade transporter, kan i en del fall inte anses ha tillräcklig koppling till föremålet för upphandlingen.⁴²⁸⁾ Vid s.k. inbäddade transporter görs till en början en bedömning om transporten är en del av kontraktet, därefter huruvida transporten sker i enlighet med den upphandlande myndighetens eller enhetens plan med t.ex. återkommande leveranser. Ifall transporter utförs enligt detta ska det gå att ställa miljökrav också på den transportdel som ingår i kontraktet.

Enligt 71 § UpphL gällande beskrivningen av föremålet för upphandlingen ska definitionerna av föremålet för upphandlingen också gälla produktionsmetoden, ifall det krav som gäller produktionsmetoden har ett direkt samband med kvaliteten på den vara, tjänst eller byggtreprenad som utgör föremål för upphandlingen. Sålunda ska den upphandlande enheten kunna ställa krav på till exempel miljövänlig produktionsmetod, ekologisk odling

428) Se Miljöstyrningsrådet 2004, ss. 142–143. Se även Hansson 2011 som skrivit om upphandling inom offentliga transportsektorn.

eller användning av förnyelsebara energikällor då kravet anknyter till föremålet för upphandlingen.⁴²⁹⁾

Jord- och skogsbruksutskottet lyfter även fram i sitt utlåtande JsUU 18/2016 vp till RP 108/2016 att kvalitetskriterierna gällande föremålet för upphandlingen också ska gälla produktionsmetoderna, det vill säga att man ska kunna förutsätta t.ex miljövänliga produktionsmetoder, metoder som tar i beaktande djurens välfärd, ekologiskt odlade produkter, elektricitet som producerats med förnyelsebara energikällor samt även att arbetstagarnas rättigheter tas i beaktande. Eftersom kraven gällande kvalitetskriterierna inte specificeras närmare i propositionen, anser jord- och skogsbruksutskottet att det vore viktigt att det i samband med att den nya upphandlingslagen träder i kraft produceras informationsmaterial som stöder de upphandlande myndigheterna och enheterna att ställa nämnda kvalitetskriterier.⁴³⁰⁾

I ett svenskt rättsfall vid kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091–11, underkändes krav vid upphandling av livsmedel. Kammarrätten konstaterade att det var ostridigt att det är möjligt att ställa strängare djurskyddskrav än de som förekommer i EU:s regelverk, men intygen, garantierna, stickproven och inspektionerna måste då möjliggöra en effektiv uppföljning och kontroll av de uppställda kraven, vilket inte var fallet här. Kraven ansågs då strida mot likabehandlingsprincipen.⁴³¹⁾

I ett annat svenskt rättsfall vid kammarrätten i Göteborg förekom krav på tid för transport till slakt vilket var strängare än gällande EU-förordning. Kammarrätten ansåg att kraven

429) Se RP 108/2016, s. 175.

430) Se Jord- och skogsbruksutskottet 2016, *JsUU 18/2016vp - RP 108/2016vp*, ss. 2–4.

431) Se Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11.

utgjorde otillåtna importrestriktioner. Enligt Kammarrätten hade ifrågavarande kommuner inte kunnat tillräckligt påvisa att kraven som begränsade konkurrensen var berättigade utgående från djurskyddssynpunkt.⁴³²⁾

Då djurskyddslagstiftningen i EU inte är helt harmoniserad har medlemsländerna möjlighet att tillämpa nationella regler. I dessa fall gäller principen om ömsesidigt erkännande. Ifall ett land vill förhindra import av ett livsmedel, bör ett särskilt skyddsintresse föreligga i enlighet med artikel 36 FEUF. Medlemsländerna ska ha möjlighet att skydda sig mot framförallt djursjukdomar, men också mot växtskadegörare, dåliga livsmedel och undermåliga produktionsmetoder, men det är inte tillåtet att ha protektionistiska syften. I EU-domstolens rättspraxis har man tolkat undantagsreglerna till artikel 36 restriktivt: det måste vara fråga om en unik situation i medlemslandet i fråga, situationen ska vara oförutsedd och den ska vara baserad på fakta samt den ska innebära förändrade förutsättningar för att undantagsreglerna gällande skyddet av människors och djurs hälsa ska komma i fråga. Exempelvis är det inte tillräckligt med en misstro mot kontrollfunktionerna i ett annat medlemsland.⁴³³⁾

I enlighet med Rosén-Andersson et al. råder också idag en allmän uppfattning om att man i offentliga upphandlingar bör beakta miljöhänsyn och motverka negativa miljöpåverkningar och verka för bland annat gott djurskydd. Upphandlande myndigheter ger också uttryck för denna uppfattning i sina upphandlingar.⁴³⁴⁾ Det är också möjligt att ställa strängare djurskyddskrav än de minimikrav som följer av EU:s minimikrav, men kraven ska kunna kontrolleras effektivt för att vara förenliga med upphandlingslagstiftningen och EU-rätten och de ska vara anknutna till kontraktsföremålet för upphandlingen.⁴³⁵⁾

432) Se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2921-2922-10. Se även Rosén-Andersson et al 2015, s. 368.

433) Sv. finansutskottets betänkande 2010/11: FiU29. Se även mål C-120/78 *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*.

434) Se Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 103–105.

435) Se rättsfall Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11 och Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11. Se även Arbets- och näringsministeriet 2017, ss. 27-28.

Krav på att livsmedel ska vara producerade uttryckligen i enlighet med den nationella djurskyddslagstiftningen strider emellertid mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Därtill strider det mot principen om ömsesidigt erkännande och det hör inte till enskilda upphandlande myndigheters befogenheter att avgöra huruvida det föreligger ett särskilt skyddsintresse eller ej. I sig är det inte förbjudet att ställa djurskyddshänsyn vid offentlig upphandling, men den upphandlande myndigheten och enheten bör kunna garantera att alla leverantörer behandlas lika, att alla har lika förutsättningar att lämna anbud, att kraven som ställs är förutsebara och att den upphandlande myndigheten och enheten också har en verklig möjlighet att de ställda kraven uppfylls. Därtill bör kraven på djurskyddshänsyn vara proportionella i förhållande till det syfte som ska uppnås (proportionalitetsprincipen) och inte begränsa konkurrensen mer än vad som är nödvändigt (konkurrensprincipen). Överlag råder det emellertid olika uppfattningar om hur långtgående krav en upphandlande myndighet och enhet kan ställa. EU-domstolen eller HFD borde i rättspraxis ge sitt klarläggande om saken.⁴³⁶⁾ Man avväger medel mot mål, exempelvis ska djurskyddshänsyn tas, men avvägningen kan inte göras så, att exempelvis återkommande överträdelser i eller missförhållanden vid exempelvis slakterier förorsakar olägenheter för djur.⁴³⁷⁾

4.3. Urval av anbudsgivare

I urvalsskedet ska den upphandlande myndigheten och enheten hitta de anbudsgivare som man anser att kan fullgöra kontraktet på bästa möjliga sätt. De krav som den upphandlande myndigheten och enheten ställer bör sålunda ha direkt koppling till föremålet eller fullgörandet av kontraktet.

436) Se även Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 368–369.

437) Se Wahlberg 2011, s. 385.

I upphandlingsdirektivet 2014/24/EU använder man begreppet urvalskriterier för de krav som ställs på leverantörernas lämplighet för att dessa ska kvalificera sig för deltagande i upphandlingsförfarandet. I skäl 39 till direktiv 2004/18/EG betonar man vikten av att kontrollen av leverantörernas lämplighet sker med öppna villkor. I enlighet med skälet bör sålunda anges vilka icke-diskriminerande kriterier den upphandlande myndigheten får använda. I syfte att åstadkomma öppenhet poängteras, att den upphandlande myndigheten åläggs att, redan vid inbjudan att lämna anbud, ange vilka urvalskriterier den kommer att tillämpa samt vilka särskilda krav på kapacitet den kommer att kräva av leverantörerna för att de ska kunna delta i upphandlingsförfarandet.

Enligt artikel 58 i direktivet 2014/24/EU kan den upphandlande myndigheten och enheten fastställa villkor för deltagande gällande:

- a) behörighet att utöva verksamheten i fråga,
- b) ekonomisk och finansiell ställning och
- c) teknisk och yrkesmässig kunskap

När det gäller behörighet att utöva verksamheten ska den upphandlande myndigheten och enheten kunna kräva att anbudsgivarna bör vara anslutna till de yrkes- eller branschregister som förekommer i det medlemsland där de är verksamma. Ifall det i medlemslandet krävs ett specifikt tillstånd för verksamheten eller ett medlemskap i en viss organisation, kan den upphandlande myndigheten och enheten ställa krav på att anbudsgivarna bevisar att de har ett dylikt tillstånd eller innehar ett sådant medlemskap. Av EU-domstolens dom i mål C-76/81 *Transporoute* framgår att en upphandlande myndighet inte kan avkräva anbudsgivare från andra medlemsstater andra bevis för att de uppfyller kriterierna avseende yrkeskvalifikationer än dem som är föreskrivna i rådets direktiv 71/305/EEG artikel 23–26. Det kan till exempel ske genom ett etableringstillstånd.⁴³⁸⁾

438) Se C-76/81 *Transporoute* och C-103/88 *Fratelli Costanzo*. Se även Kamila 2001, ss. 201–202.

Vidrörande den ekonomiska och finansiella ställningen ska den upphandlande myndigheten och enheten kunna kräva att anbudsgivarna innehar tillräcklig ekonomisk och finansiell kapacitet, såsom att de har en specifik minsta årsomsättning och en minsta omsättning inom det område som kontraktet gäller samt en ansvarsförsäkring för själva verksamheten. Av EU-domstolens dom i målet C-218/11 *Hochtief Ungern* framgår att en upphandlande myndighet kan välja vilka referenser som anbudsgivaren ska komma in med i syfte att styrka sin ekonomiska och finansiella ställning. Denna frihet är emellertid begränsad då miniminivån för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt bör ha ett samband med kontraktsföremålet och vara proportionellt i förhållande till det.⁴³⁹⁾

Vad ankommer den tekniska kunskapen och yrkeskunskapen ska den upphandlande myndigheten och enheten kunna kräva att anbudsgivarna har de personalresurser, de tekniska resurser och den erfarenhet som behövs för att kunna utföra ifrågasvarande kontraktet i enlighet med en lämplig kvalitetsstandard. Ifall den upphandlande myndigheten och enheten till exempel kan fastställa att en anbudsgivare har motstridiga intressen som kan ha negativ inverkan på utförandet av kontraktet, kan man sluta sig till att anbudsgivaren inte kommer att kunna utföra kontraktet enligt kvalitetsstandarden. Erfarenhet av liknande arbeten har i EU-domstolens praxis bedömts utgöra en typ av teknisk kapacitet, t.ex. EU-domstolens dom i mål C-31/87 *Beentjes*. Viktigt är att den upphandlande myndigheten beaktar bl.a. proportionalitetsprincipen när den ställer krav på bevisning. Det är inte alltid i enlighet med proportionalitetsprincipen att ställa krav på bevis på liknande arbeten. Den upphandlande myndigheten bör göra en bedömning i varje enskild upphandling av den särskilda kompetens som krävs för utförande av kontraktet och de krav som måste ställas för att man ska kunna ingå avtal med en leverantör.⁴⁴⁰⁾

439) Se C-218/11 *Hochtief Ungern*. Se också Määttä & Voutilainen 2017, s. 237.

440) Artikel 58 KOM (2011) 896 och mål C-31/87 *Beentjes*.

Gällande krav som avser ekonomisk och finansiell ställning, liksom teknisk och yrkesmässig kapacitet, finns det anledning att nämna betydelsen av bestämmelserna om bevismedel i artikel 60. Även om den reglerar vilken utredning som kan krävas till stöd för att urvalskriterierna i artikel 58 är uppfyllda får den betydelse för vilka krav som faktiskt ställs. En upphandlande myndighet är således förhindrad att kräva att leverantörer ska lämna in annan utredning än den som särskilt räknas upp i artiklarna 60 och 62 i direktivet. Detta kommer troligtvis att begränsa myndighetens möjligheter när den bestämmer vilka kvalificeringskrav som ska tillämpas i en upphandling. Ifall direktivets bestämmelser om bevismedel inte tillåter att för det uppställda kravet relevant utredning begärs in, kan kravet rimligen inte ställas upp.⁴⁴¹⁾

I enlighet med artikel 61, punkt 2 gäller att om den upphandlande myndigheten och enheten kräver att anbudsgivarna ska visa upp intyg som är utfärdat av något oberoende organ och som utgör bevis på att anbudsgivarna iakttar särskilda miljöledningssystem eller miljöstandarder, ska den hänvisa till unionens miljölednings- och miljörevisionsordning (EMAS) eller till andra miljöledningssystem som är erkända enligt unionens lagstiftning och som baserar sig på europeiska eller internationella standarder från ackrediterade organ. Även andra bevis på likvärdiga miljöledningsåtgärder ska kunna godtas, ifall anbudsgivarna inte haft möjlighet att få intyg utfärdade eller inte erhållit sådana inom gällande tidsfrister.⁴⁴²⁾

Enligt betänkandet till reform av den finska upphandlingslagen föreslogs att de upphandlande myndigheterna endast ska kunna ställa krav på leverantören om behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. Bestämmelser ska sedan införas med närmare beskrivning av vilken typ av

441) Sv. Lagrådsremiss 2015, ss. 280–281 samt sv. prop. 14. kap. sv. prop. 2015/15:195.

442) Se artikel 61 KOM (2011) 896. Se även t.ex. Miljöstyrningsrådet 2004, ss. 120–127 om miljöledningssystem.

krav den upphandlande myndigheten kan ställa i fråga om de tre kategorierna.⁴⁴³⁾ I enlighet med 83 § UpphL ska den upphandlande enheten kunna ställa lämplighetskrav gällande registrering av anbudssökande eller anbudsgivare, deras ekonomiska och finansiella ställning samt deras tekniska och yrkesmässiga kvalifikationer. Syftet är att genom att använda krav som hänför sig till anbudssökandes och anbudsgivares egenskaper kunna främja beaktandet av kvalitetshänsyn i upphandlingarna. Kraven bör sammanhålla med anbudssökandes och anbudsgivares möjligheter att fullgöra upphandlingen och får inte stå i strid med en jämlik och icke-diskriminerande behandling av anbudssökande eller anbudsgivare. Den upphandlande enheten ska även kunna kräva bl.a. yrkesmässiga kvalifikationer som överstiger de lagstadgade kvalifikationerna.⁴⁴⁴⁾

I enlighet med reglerna i de gällande upphandlingsdirektiven kan man särskilja tre kategorier gällande urvalet av anbudsgivare

För det första nämns de grunder på vilka ett företag kan uteslutas från deltagande i en upphandling. Om en upphandlande myndighet får kännedom om en lagakraftvunnen dom som har meddelats på en eller flera av följande tvingande grunder ska den utesluta denna anbudssökande eller anbudsgivare från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt:

(a) Deltagande i en kriminell organisation enligt definitionen i artikel 2.1 i rådets rambeslut 2008/841/RIF.⁴⁴⁵⁾ Deltagande i en kriminell organisation är kriminaliserat i den finska strafflagen 17 kap. 1 a §. Sverige har däremot inte infört någon bestämmelse som kriminaliserar deltagande i en kriminell organisation; istället anses en rad olika bestämmelser i brottsbalken sammantagna uppfylla kravet, såsom straffansvar för medverkan, försök, förberedelse, stämpling samt underlåtelse att avslöja brott.

(b) Bestickning enligt definitionen i artikel 3 i konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens

443) Se Arbets- och näringsministeriet 2015, ss. 211–212.

444) Se RP 108/2016, ss. 196–197.

445) EUT L 300, 11.11.2008, s. 42.

medlemsstater är delaktiga i, respektive artikel 2 i rådets rambeslut 2003/568/RIF, samt korruption enligt definition i nationell lagstiftning i den upphandlande myndighetens eller den ekonomiska aktörens land.⁴⁴⁶⁾ Enligt den finska lagen avses här givande av muta eller grovt givande av muta, SL 16 kap 13 och 14 § samt bestickning i näringsverksamhet SL 30 kap 7 §.⁴⁴⁷⁾

(c) Bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen.⁴⁴⁸⁾ I den finska lagen är det fråga om skattebedrägeri, bidragsbedrägeri, grovt bidragsbedrägeri eller missbruk av bidrag enligt SL 29 kap.

(d) Terroristbrott eller brott som har anknytning till terroristverksamhet enligt definitionen i artiklarna 1 och 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF4, eller anstiftan, medhjälp eller försök att begå ett brott i enlighet med artikel 4 i det rambeslutet.⁴⁴⁹⁾ Terroristbrott regleras i finska SL (39/1889) 34a kap.

(e) Penningtvätt enligt definitionen i artikel 1 i rådets direktiv 91/308/EEG.⁴⁵⁰⁾ Enligt den finska lagen är det fråga om penningtvätt eller grov penningtvätt i SL 32 kap 6 och 7 §.

För det andra kan den upphandlande myndigheten och enheten ta miljömässiga hänsyn vad gäller anbudsgivarnas tekniska kapacitet att fullgöra kontraktet. I upphandlingsdirektiven finns en diger förteckning på de bevis på teknisk kapacitet som kan krävas in. Följande kan gälla miljöaspekter:

- Uppgifter om vilka verktyg, maskiner eller teknisk utrustning som anbudsgivaren förfogar över för att fullgöra kontraktet. Den upphandlande myndigheten får begära bevisning i form av uppgifter om den tekniska utrustningen. Det kan vara motiverat att begära uppgifter med tanke på den miljöpåverkan eller de eventuella risker för miljön som upphandlingskontraktet kan ge upphov till. Leverantören förutsätts ha erforderlig kompetens att klara av de miljömässiga riskerna.

- Beskrivning av anbudsgivarens tekniska resurser, åtgärder för att garantera kvalitet och forsknings- och utvecklingsresurser. Fråga är om den kapacitet som kan garanteras.

446) EUT L 192, 31.7.2003, s. 54

447) Se också Sundstrand 2014–2015, ss. 109–110.

448) EGT C 195, 25.6.1997, s. 1.

449) Europeiska rådets rambeslut 2002/475/RIF4, artiklar 1, 3 och 4.

450) Artikel 55 KOM (2011) 896.

- Uppgifter om vilka tekniker eller tekniska organ som kan anlitas för fullgörandet av kontraktet, fastän de inte direkt tillhör företaget, i synnerhet sådana som gäller kvalitetssäkring. Man skall kunna hänvisa till certifierade kvalitetssäkringssystem.

Den upphandlande myndigheten och enheten kan också kräva bevis på särskild erfarenhet av anbudsgivarna ifall kontraktet förutsätter särskilt kunnande inom miljöområdet och för att fastställa att anbudsgivarna har den tekniska kapaciteten och kunnandet som behövs.⁴⁵¹⁾

I direktivet för offentlig upphandling 2014/24/EU anses dock att det inte är lämpligt att fastställa allmänna och obligatoriska krav gällande miljörelaterad, social eller innovativ upphandling eftersom det förekommer stora skillnader mellan olika sektorer och olika marknader och det redan finns obligatoriska lagstadgade krav inom vissa sektorer, såsom till exempel inom vägtransportsektorn och gällande kontorsutrustning.⁴⁵²⁾ Man anser det mer ändamålsenligt att låta den sektorspecifika lagstiftningen fastställa de obligatoriska kraven inom respektive område ehuru man då bättre kan ta i beaktande de målsättningar och villkor som gäller inom området.⁴⁵³⁾

För det tredje kan delar av ett företags eller organisations miljöprogram och miljöledningssystem också anses som referenser som kan krävas för att fastställa den tekniska kapaciteten hos en anbudsgivare. Programmet eller systemet bör i så fall kunna påverka varornas eller tjänsternas kvalitet eller anbudsgivarens kapacitet att fullgöra ett kontrakt med miljökrav. Innehållet i miljöprogrammen och miljöledningssystemen varierar mellan företag och organisationer. De upphandlande myndigheterna och enheterna bör också godkänna andra sätt än registrering i EMAS.⁴⁵⁴⁾

451) KOM (2001) 274, s. 16.

452) Art. 62, direktiv 2014/24/EU.

453) Se *ibid.*

454) Se KOM (2001) 274, s. 17.

Enligt art. 62 i direktivet 2014/24/EU skall de upphandlande myndigheterna och enheterna också uttryckligen kunna kräva att åtgärder eller system för miljöledning tillämpas vid fullgörandet av ett offentligt kontrakt.⁴⁵⁵⁾

Den upphandlande myndigheten och enheten kan också vid vissa typer av upphandlingar begära att anbudsgivarna anger de miljöskyddsåtgärder som de kommer att tilldela ifall av att de utför kontraktet, framförallt handlar det om att anbudsgivarna ska redogöra för sina rutiner gällande miljöledning. Upphandlingsområdet är byggtreprenader eller tjänster och uppgifterna skall behövas med hänsyn till det som kontraktet avser, det vill säga att utförandet av kontraktet kan medföra miljöpåverkan eller stor risk för sådan.⁴⁵⁶⁾ Vid upphandlingen av tjänster ska den upphandlande myndigheten och enheten bedöma på vilket sätt miljön påverkas av utförandet av tjänsterna. Krav på att redovisa rutiner för miljöledning kan te sig oproportionerliga eller rentav irrelevanta ifall det inte förekommer någon direkt miljöpåverkan vid utförandet av tjänsterna. Överlag gäller att de EU-rättsliga principerna om i synnerhet proportionalitet, likabehandling och icke-diskriminering ska bilda utgångspunkten till upphandlande myndigheter och enheter gällande de miljökrav som man kan ställa vid varje enskild upphandling och vilka uppgifter man kan kräva in.⁴⁵⁷⁾

4.4. Kontraktstilldelning

Det är möjligt för den upphandlande myndigheten och enheten att använda miljöfaktorer för att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ifall faktorerna innebär en ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten och enheten som kan hänföras till den vara eller tjänst som är föremål för upphandlingen. Exempel på hur man

455) Art. 62, direktiv 2014/24/EU.

456) Se Konkurrensverket 2011, s. 27 och KOM (2011) 896, s. 23.

457) Se även Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 517–518.

kan ta miljömässiga hänsyn vid prövning av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga är att beakta de kostnader som uppstår under en produkts livscykel och som sedan kommer att bäras av den upphandlande myndigheten och enheten.⁴⁵⁸⁾

I enlighet med upphandlingsdirektivet betonas explicit att kontraktstilldelningen ska ske på basis av objektiva kriterier som garanterar att de grundläggande principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling kommer att iakttas. Kriterierna bör å sin sida säkerställa att de inkomna anbuden bedöms i reell konkurrens med varandra.⁴⁵⁹⁾

Enligt artikel 67 i direktivet ska det ur den upphandlande myndighetens och enhetens mest fördelaktiga anbud fastställas i enlighet med de olika kriterier som är kopplade till föremålet för upphandlingen. Förutom pris eller kostnader kan även andra kriterier som har koppling till föremålet för upphandlingen tas i beaktande, såsom:

- a) kvalitet, till vilken kan höra tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, tillgänglighet, formgivning för olika användningsområden, miljöegenskaper samt innovativ karaktär,
- b) gällande tjänstekontrakt och kontrakt som gäller projektering av anläggningar kan även organisation av eller kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som ska verkställa kontraktet tas i beaktande. Här gäller då också att det krävs samtycke av den upphandlande myndigheten eller enheten ifall personalen ersätts under kontraktstiden eftersom kontroll att den ersättande personalen har likvärdig kompetens och är organiserad på likvärdigt sätt,
- c) eftermarknadsstöd, service, leveransdag och leveranstid,
- d) den specifika produktionsprocessen för varan eller tjänsten.⁴⁶⁰⁾

Frågan huruvida varje enskilt tilldelningskriterium bör medföra en ekonomisk fördel direkt för den upphandlande myndigheten eller enheten eller om varje enskilt tilldelningskriterium bör vara mätbart i ekonomiska termer, men utan att i sig behöva medföra en

458) KOM (2001) 274, s. 19.

459) Artikel 67 direktiv 2014/24/EU.

460) Se *ibid.*

ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten eller enheten, ställdes i EU-domstolens dom i mål C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab mot Helsingfors stad och HST-Busstrafik*. Målet gällde upphandling av busstransporttjänster och där en ekonomiskt oberoende enhet deltar i anbudsförfarandet, och uttryckligen beaktande av miljöskyddskriterier för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt domslutet är det möjligt för den upphandlande enheten att beakta miljöskriterier såsom bussarnas kväveoxidutsläpp och bullernivå under förutsättning att dessa kriterier:

- 1) har ett samband med föremålet för kontraktet,
- 2) inte ger den upphandlande enheten en obegränsad valfrihet,
- 3) uttryckligen anges i kontraktshandlingarna, eller i meddelandet om upphandling,
- 4) är förenlig med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten, i synnerhet icke-diskrimineringsprincipen.

Likabehandlingsprincipen utgör heller inte något hinder mot att beakta sådana kriterier, trots att det var fråga om den upphandlande enhetens (Helsingfors stad) eget trafikföretag som tillhörde det fåtal företag som kunde tillhandahålla fordon som uppfyllde de krav som ställdes upp.⁴⁶¹⁾ Kriterierna ska emellertid vara utformade så att föremålet för upphandlingen framgår tydligt, oberoende av om de ställs som obligatoriska kriterier eller som utvärderingskriterier. Det bör således förekomma ett direkt samband mellan varje kriterium eller krav och det som är föremål för upphandlingen. Det är inte möjligt att ställa kriterier eller krav som gäller till exempel tillverkningsmetoden eller det transportsätt som utnyttjas för leverans av råvaror för tillverkningen.⁴⁶²⁾

461) Se mål C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab mot Helsingfors stad och HST-Busstrafik*. EU-domstolen hänvisade till 6 art. Amsterdamfördraget med påtalan om att samtliga tilldelningskriterier som den upphandlande myndigheten tillämpar inte behöver vara av ekonomisk art och att det är tillåtet att använda miljöskyddskriterier vid utvärdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Se även Herler 2008, s. 118. Enligt Herler kan man påvisa ett rättsligt tryck mot en ökad integrering av miljöaspekter även till att beaktas inom de allmänna läroren för andra rättsområden.

462) Se även Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 344–345.

Inom sådana områden som inte omfattas av den harmoniserande lagstiftningen i EU kan de upphandlande myndigheterna ställa krav som uppfyller det s.k. *inremarknadstestet*. Testet ifråga har utvecklats i EU-domstolens praxis och i enlighet med avgörandet i målet C-234/03 *Contse* även ansetts omfatta krav och kriterier i offentlig upphandling.⁴⁶³⁾ Avsikten med testet är att sätta stopp för sådana åtgärder inom icke-harmoniserade områden som otillbörligt hindrar den fria rörligheten för varor och tjänster. Åtgärderna är emellertid tillåtna ifall de klarar testet, d.v.s. att de är motiverade av ett tvingande hänsyn till allmänintresset, är icke-diskriminerande och proportionerliga till det mål som eftersträvas. I enlighet med Hettne så behöver man inte utesluta användningen av tilldelningskriterier som går utöver harmoniserande standarder, förutsatt att också de företag som uppfyller harmoniserande krav kan delta och lämna anbud.⁴⁶⁴⁾ Hettne anser därtill att alla tilldelningskriterier som inte omfattas av harmoniserande regler bör klara inremarknadstestet, dessutom bör de fyra kriterierna i enlighet med avgörandet i målet C-513/99 *Concordia Bus* tillämpas.⁴⁶⁵⁾ Enligt SOU 2013:12 saknas det emellertid explicit stöd i EU-domstolens avgöranden för att inremarknadstestet bör tillämpas på de tilldelningskriterier som definierar köpet. Emellertid får kriterierna tillämpas enligt inremarknadstestet såvida åtgärden i fråga motiveras av allmänintresset och därtill är icke-diskriminerande och proportionerlig i förhållande till det eftersträvade målet.

I artikel 67 i direktivet för offentlig upphandling 2014/24/EU betonas att då de upphandlande myndigheterna och enheterna väljer att tilldela kontraktet till det ekonomiskt sett mest fördelaktiga anbudet, ska de även fastställa de tilldelningskriterier som bör tillämpas vid bedömningen av anbuderna för att kunna avgöra vilket anbud som erbjuder det bästa förhållandet mellan faktorerna pris och kvalitet. I direktivet artikel 67 betonas ytterligare att fastställandet av kriterierna för tilldelningen av upphandlingskontraktet beror följaktligen på föremålet för upphandlingen då kriterierna ska göra det möjligt att utvärdera

463) Se mål C-234/03, *Contse*. Se också SOU 2013:12, ss. 389–390.

464) Se Hettne 2013.

465) Se *ibid.*

varje anbuds prestanda i relation till just föremålet för upphandlingen i enlighet med de tekniska specifikationerna. Därtill ska följaktligen relationen mellan pris och kvalitet utvärderas för varje anbuds del.

Av EU-domstolens praxis framgår att det inte krävs att ett tilldelningskriterium avser en varas egenskaper som sådana, dvs. ett element som faktiskt utgör en del av varan.⁴⁶⁸⁾ EU-domstolen har följaktligen fastslagit att det i princip inte finns några hinder mot att använda ett kriterium som innebär att en vara ska komma från rättvis handel eller ett kriterium som består i att levererad el ska produceras från förnybara energikällor. I detta avseende verkar direktivens bestämmelser om kopplingen mellan tilldelningskriterierna och kontraktsföremålet inte innebära någon genomgripande förändring av rättsläget. I den svenska lagrådsremissen till nytt regelverk om offentlig upphandling anses det att den närmare innebörden av bestämmelserna kommer att få prövas i rättstillämpningen och ytterst avgöras av EU-domstolen.⁴⁶⁹⁾

Redan enligt 2004 års upphandlingsdirektiv är det möjligt att tilldela kontrakt på grundval av en utvärdering av livscykelkostnader. I artikel 68 direktiv 2004/18/EG och artikel 83 direktiv 2004/17/EG förekommer särskilda bestämmelser om livscykelkostnader. Möjligheterna att ta hänsyn till livscykelkostnader behandlas också i skälen 95 och 96 direktiv 2004/18/EG och skälen 100 och 101 direktiv 2004/18/EG. Artiklarna innehåller bl.a. bestämmelser om vilka kostnader som är att anse som livscykelkostnader och om vilka krav som ska ställas på de metoder som används för att beräkna livscykelkostnader.

Den upphandlande enheten kan också använda livscykelkostnader som kriterium för vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Livscykelkostnader är då sådana kostnader som kan tillskrivas externa miljöeffekter och som den upphandlande enheten eller

468) Se rättsfall C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna*. Se även Määttä & Voutilainen 2017, ss. 119–120.

469) Sv. Lagrådsremiss 2015, s. 727.

andra användare av föremålet för upphandlingen betalar, till exempel kostnader för förvärv, användningskostnader, underhållskostnader samt återvinnings- eller avfallskostnader. Till livscykelkostnader räknas också kostnader som tillhör föremålet för upphandlingen under dess livscykel, ifall penningvärdet på dem kan fastställas och kontrolleras. Förutsättningen för att sådana kostnader ska kunna beaktas är att den metod som utnyttjas vid bedömningen grundas på objektivt verifierbara och icke-diskriminerande kriterier, inte på ett otillbörligt sätt gynnar eller diskriminerar vissa leverantörer, är tillgänglig för och kan användas av alla berörda parter och att de uppgifter som behövs för beräkningen av kostnaderna ska kunna tillhandahållas med rimliga ansträngningar av normalt omdömesgilla leverantörer.

Som exempel vad gäller livscykelkostnaderna för byggnader är det mest väsentliga att byggnaderna byggs och renoveras på ett sätt som förebygger att det uppstår fukt- och inomhusluftproblem. Viktigt är att upphandlingarna till denna del sköts på ett sakkunnigt sätt. Ofta är sakkännedomen hos de upphandlande myndigheterna och enheterna bristfällig, vilket leder till att man inte kan bedöma kvalitetskriterierna tillräckligt väl och därmed inte heller vågar göra upphandlingsbeslut utgående från dem. Detta kan sedan bl.a. leda till användning av bristfälliga resurser för planering av nybyggen och renoveringsobjekt. Det handlar även om att de upphandlande myndigheterna och enheterna till en högre grad måste våga utvärdera kvalitet och inte endast utnyttja standard ska-krav. Om man vill att upphandlingarna ska orsaka mindre miljöpåverkan, såsom giftfrihet, minskad energiförbrukning eller minskade koldioxidutsläpp, bör man inleda med att se över produkter som drar mest energi. Ifall man ersätter dylika produkter med sådana som har mycket lägre energiförbrukning så når man snabbast mätbara resultat, d.v.s. att köpa in produkter med lägst livscykelkostnad, LCC⁴⁷⁰⁾. Det vore här viktigt att utveckla de upphandlande myndigheternas och enheternas sakkännedom, såväl som metoderna för att bedöma kvalitativa kriterier.

470) LCC (life cost calculation) är alla kostnader som är förknippade med ett kontrakt föremål under dess livscykel. Livscykelkostnader kan även komma att införas på bl.a. upphandling av livsmedel och inkludera sociala och hälsomässiga aspekter med maten.

Ifall kostnaderna bedöms ur ett livscykelkostnadsperspektiv, ska det i upphandlingsdokumenten anges vilka uppgifter som anbudsgivarna och -sökandena ska lämna för kostnadsberäkningarna och vilken metod som kommer att användas. Metoden som används bör ha gjorts obligatorisk annanstans i lag eller genom rättsakt av EU.⁴⁷¹⁾

Enligt lag om offentlig upphandling (1397/2016) stadgas i 95 § om livscykelkostnader. Enligt 95 § *kan* livscykelkostnaderna beaktas vid anbudsjämförelse. Upphandlingslagen ska dock inte innehålla några bestämmelser om *skyldighet* att beakta kostnaderna, utan *kan* användas. Skyldigheter att beakta livscykelkostnaderna har dock kunnat anges någon annanstans i lagstiftningen.⁴⁷²⁾

4.5. Utförande av kontraktet

De upphandlande myndigheterna och enheterna kan även fastställa klausuler i kontraktet som anknyter till på vilket sätt kontrakt bör fullgöras. Klausulerna får då inte vara för täckta tekniska specifikationer, urvalskriterier eller tilldelningskriterier. De bör enbart gälla själva utförandet av kontraktet.⁴⁷³⁾ Såsom exempel på sådana klausuler, som har bäring på prestandan eller utförandet av kontraktet och som uppfyller allmänna miljömål som är tillräckligt specifika samt är förenliga med de gemenskapsrättsliga principerna och reglerna i direktiven, nämns:

- Leverans/förpackning av varor i stora partier istället för styckvis
- Leverantörernas återvinning eller återanvändning av förpackningsmaterial och de använda produkterna

471) Se Arbets- och näringsministeriet 2015, ss. 224–225. I artikel 68.3 direktiv 2004/18/EG och artikel 83.3 direktiv 2004/17/EG framgår att *när* en gemensam metod för beräkning av livscykelkostnader har gjorts obligatorisk genom unionsrätten, ska den metoden tillämpas för bedömning av livscykelkostnader.

472) Se RP 108/2016, ss. 210–211. Se även Määttä & Voutilainen 2017, ss. 133–134.

473) Svedberg anser här att det s.k. inremarknadstestet inte ska tillämpas på sådana villkor som anger hur kontraktet ska utföras, d.v.s. på de särskilda kontraktsvillkoren. Dessa villkor behöver inte vara uppfyllda vid tidpunkten för anbudsgivningen utan först i samband med kontraktets utförande, se Svedberg 2016, s. 74.

- Leverans av varor i behållare som kan återanvändas
- Leverantörernas insamling, återtagande, återvinning eller återanvändning av avfall som uppstår under eller efter användningen av en produkt
- Transport eller leverans av kemikalier i koncentrerad form och utspädning på den plats där de ska användas

I direktivet om offentlig upphandling 2014/24/EU föreskrivs i artikel 70 gällande villkor för fullgörande av kontraktet uttryckligen att de särskilda kraven på hur kontraktet ska fullgöras i synnerhet skulle få omfatta ekonomiska, innovationsrelaterade, sociala och miljörelaterade samt sysselsättningsrelaterade hänsyn.⁴⁷⁴⁾

I direktivet betonas ytterligare att villkoren för fullgörande av kontraktet inte får vara direkt eller indirekt diskriminerande, de bör ha en direkt anknytning till föremålet för kontraktet och de bör explicit anges i meddelandet om upphandling, i förhandsmeddelandet som används för att infordra anbud eller i själva upphandlingshandlingarna. Såsom exempel nämns att villkoren kan syfta till att främja miljön eller djurskydd eller också sociala syften, såsom bekämpning av arbetslöshet eller främjande av svårt sysselsatta personers, till exempel handikappades, möjligheter att komma in på arbetsmarknaden. EU-domstolens dom i mål C-31/87 *Beentjes* gällde användningen av särskilda villkor. Enligt domen är ett villkor som gäller anställning av långtidsarbetslösa förenligt med EU-rätten, om villkoret inte direkt eller indirekt diskriminerar anbudsgivare från andra medlemsstater.⁴⁷⁵⁾

Enligt ingressen till skäl 98 i upphandlingsdirektivet 2014/24/EU kan villkoren syfta på t.ex. genomförande av åtgärder för att främja jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män, ett ökat deltagande av kvinnor på arbetsmarknaden och en balans mellan arbete och privatliv, sociala hänsyn, miljöskydd samt anställning av missgynnade personer. De

474) Artikel 70 direktiv 2014/24/EU.

475) Se *ibid.* Se beaktandesatsen 33 i direktiv 2004/18/EEG. Se även SOU 2015:78, s. 79. Den tidigare upphandlingslagstiftningen medgav också att särskilda villkor tillämpas, vilket innebär att bestämmelsen ifråga fastställer de möjligheter att använda särskilda villkor som redan finns. Se EU-domstolens dom i mål C-31/87 *Beentjes* (EU:C:1988:184).

särskilda villkoren kan därmed gälla bl.a. anställning av personer med funktionsnedsättning, arbetslösa, invandrare eller unga personer för fullgörandet av den aktuella upphandlingen eller erbjudande av en plats för inläring i arbetet för en studerande för en bestämd tid. Ett särskilt villkor för upphandlingskontraktet kan även utgöra ett krav på att de varor som levereras produceras enligt de principer för rättvis handel som kontraktets föremål är förenat med, såsom att kravet på betalning av ett minimipris och ett högre pris till tillverkarna uppfylls.⁴⁷⁶⁾

Upphandlande myndigheter har också genom att använda sig av särskilda kontraktsvillkor ett stort utrymme att pröva hur långt man kan gå inom ramen för olika rättsnormer och s.k. *soft law*.⁴⁷⁷⁾ Detta eftersom den upphandlande myndigheten ifall sådana villkor uppställs i upphandlingsannonserna, också kan ställa som krav att anbudsgivarna bekräftar att de accepterar villkoren. Genom att använda sig av särskilda kontraktsvillkor minimeras också risken för att den upphandlande myndighetens krav kommer att bedömas stå i strid med icke-diskrimineringsprincipen. Särskilda kontraktsvillkor anses inte begränsa kretsen av vilka företag som får tillträde till upphandlingsförfarandet.⁴⁷⁸⁾

Undersökningar har också visat att för implementeringen av miljömässiga hänsyn är det ytterst viktigt att engagera de kontraktutförande parterna i processen.⁴⁷⁹⁾ Genom att inkludera dessa parter kan miljömässiga och sociala hänsyn komma att utgöra ett nyckelelement i det kontraktuella ramverket. Själva upphandlingsprocessen kräver rätt mycket

476) Se RP 108/2016, ss. 213–214.

477) *Soft law* är inte bindande i strikt juridisk mening. I *soft law* ingår styrdokument. Styrdokument används som en sammanfattande beteckning för officiella dokument som antagits av ett organ som givits legal behörighet att besluta om och utfärda olika typer av styrande dokument. Med styrande avses här att de kan utöva styrning på rättens innehåll, d.v.s. även om de inte är rättsligt bindande. Till icke bindande normgivning hör t.ex. EU-kommissionens tolkningsmeddelanden, riktlinjer, vägledning m.m.

478) Se bl.a. SOU 2013:12, s. 13.

479) T.ex. Meehan & Bryde 2011, ss. 94–106 och Uttam 2014 samt Lam et al. 2010, ss. 654–661.

flexibilitet och dialog mellan den upphandlande myndigheten och enheten och de anbudsgivande parterna. Det finns därmed ett behov att redan i ett tidigt skede av processen inkludera parterna i de strategiska planeringsskedena.

I betänkandet till reform av upphandlingslagen föreslås att den upphandlande enheten ska kunna fastställa sådana jämförelsegrunder som gäller kvalitativa, samhällliga eller sociala aspekter, miljöaspekter eller innovativa egenskaper.⁴⁸⁰⁾ Kriterier som gäller kvalitet skulle då vara till exempel tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, tillgänglighet, utformning med tanke på samtliga användares behov, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, underhåll samt leveransvillkor. Även kvalifikationer, såsom språkkunskaper, och erfarenheter hos samt organisationen av den personal som utses att verkställa upphandlingskontraktet, ska kunna beaktas ifall kvaliteten på personalen på ett betydande sätt kan påverka utförandet av kontraktet. Jämförelsegrunderna bör vara kopplade till föremålet för upphandlingen, de ska inte kunna ge den upphandlande enheten obegränsad valfrihet och de ska vara icke-diskriminerande samt säkerställa möjligheten till verklig konkurrens. Jämförelsegrunderna bör vara fastställda så att anbudsgivarna ska kunna verifiera de uppgifter som baserar sig på jämförelsegrunderna för en jämförelse av anbud.

I 93 § 2 mom. UpphL stadgas att om den upphandlande enheten har beslutat använda det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet som kriterium för vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, kan den sedan fastställa sådana jämförelsegrunder för förhållandet mellan pris och kvalitet som gäller kvalitativa, samhällliga eller sociala aspekter, miljöaspekter eller innovativa egenskaper. Till skillnad från upphandlingslagen från 2007 kommer jämförelsegrunderna i fortsättningen att hänföra sig till bedömning av förhållandet mellan pris och kvalitet. I momentet ingår också en förteckning med exempel på kvalitetskriterier som upphandlande enheter kan använda. De kan då vara tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, tillgänglighet, utformning med tanke på samtliga

480) Se Arbets- och näringsministeriet 2015.

användares behov, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, underhåll samt leveransvillkor såsom leveransdag, leveranstid eller tid för fullgörandet.⁴⁸¹⁾

4.6. Upphandling som inte omfattas av reglerna i upphandlingsdirektiven

Medlemsstaterna kan reglera upphandlingen genom sin nationella lagstiftning inom de gränser som EU-fördragen och EU-lagstiftningen ställer. Medlemsstaterna kan ställa krav och villkor gällande miljömässiga hänsyn som går utöver vad som är möjligt enligt upphandlingsdirektiven, förutsatt att dessa krav är förenliga med EU-lagstiftningen och de gemenskapsrättsliga principerna, i synnerhet de principer som gäller friheten att tillhandahålla tjänster, icke-diskriminering, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Frågan huruvida reglerna i fördragen eller principerna enligt gemenskapslagstiftningen iakttagits, bör bedömas från fall till fall.⁴⁸²⁾

I upphandlingsdirektivet 2014/24/EU sägs också att subsidiaritetsprincipen ska gälla utom där reglerna i direktivet om offentlig upphandling avser ett område där EU har ensam behörighet. Detta är även förenligt med proportionalitetsprincipen då det inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen att garantera att den inre marknaden fungerar väl genom samordnade upphandlingsförfaranden inom EU.⁴⁸³⁾

Det betonas också att det inte är motiverat att fastställa allmänna och obligatoriska krav för den miljörelaterade, sociala och innovativa upphandlingen, då det för det första redan förekommer obligatoriska krav inom vissa sektorer och för det andra så är skillnaderna

481) Se RP 108/2016, ss. 207–208.

482) Se KOM (2001) 274, s. 23.

483) Direktiv 2014/24/EU, beaktandesats 7.

mellan olika sektorer och marknader så stora att det inte anses ändamålsenligt.⁴⁸⁴⁾ Därtill utvecklas även gemensamma metoder för beräkning av livscykelkostnader.⁴⁸⁵⁾

Frågan har också uppkommit i detta samband huruvida det överhuvudtaget är lämpligt att utnyttja offentlig upphandling som medel för att uppnå sådant som snarare är samhällspolitiska mål, såsom sociala och miljöhänsyn. Man kan argumentera för att sådana frågor inte kommer till sin fulla rätt i upphandlingsreglerna och att de samtidigt försvårar regelverket men att det emellertid är viktiga samhällskritiska frågor som borde få ett större utrymme genom reglering i särskild ordning i nationell lagstiftning.⁴⁸⁶⁾ Upphandling anses emellertid också vara ett styrmedel som relativt snabbt kan åtgärda problem och åstadkomma förändring i jämförelse med generella styrmedel som tar längre tid att införa.⁴⁸⁷⁾ För att den miljörelaterade upphandlingen ska ha verkan som ett miljöpolitiskt styrmedel bör den dock även faktiskt styra. Den bör med andra ord få företag och konsumenter att ändra till ett förfarande som belastar miljön i mindre skala. De miljökrav som ställs bör därmed vara strängare än den lagstiftning och den miljöpolitik som reglerar produktionen och konsumtionen av de varor och tjänster som upphandlingen gäller. Ifall man tyr sig till styrmedel som inte har den effekt som avses, kan det ju av flera skäl utgöra ett problem, till exempel kan det förekomma andra styrmedel som har liknade eller bättre effekt på miljön till en lägre kostnad.⁴⁸⁸⁾ Men att ställa långtgående krav på leverantörer

484) Direktiv 2014/24/EU, beaktandesats 37. Miljöutskottet i Finland framhåller emellertid i sitt utlåtande 20/2016 om RP 108/2016 att man borde överväga möjligheten att göra stadgandena gällande beaktandet av miljöhänsyn förpliktande i sådana upphandlingar där bedömningen av miljökonsekvenser är av relevans. Ekonomiutskottet anser emellertid i sitt betänkande TaVM 31/2016 att det inte är motiverat att göra beaktandet av miljöhänsyn förpliktande enligt miljöutskottets utlåtande. Ekonomiutskottet betonar att upphandlingslagstiftningen är en förfarandelagstiftning som inte ska definiera upphandlingens innehåll utan förfarandets icke-diskriminering och öppenhet.

485) I Sverige har Upphandlingsmyndigheten utvecklat en generell kalkyl för livscykelkostnader, LCC. Kalkylen ska göra det enklare att beräkna den totala kostnaden för varor under hela den förväntade livslängden, se Upphandling 24, 31.5.2016.

486) Se även Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 611–612.

487) Se t.ex. SOU 2013:12, s. 407.

488) Se t.ex. Marron 2003, s. 1997, Lundberg och Marklund 2013, Lundberg och Marklund 2015.

kan också utgöra ett problem eftersom ju strängare kraven är desto färre blir sannolikt antalet anbudsgivare och graden av konkurrens sjunker.⁴⁸⁹⁾

4.7. Målsättningar och utveckling av systemet med miljömärke

EU har antagit en s.k. grönbok om en integrerad produktpolicy (IPP) med innebörden att målsättningar att minska olika produkters miljöpåverkan integreras till andra produktpolicy.⁴⁹⁰⁾ Den integrerade produktpolicyen är baserad på en livscykelanalys (LCA) som tar i beaktande de olika stegen i en produkts liv, såsom produktion, användning och avyttrande. I enlighet med denna är det bäst att man påverkar produktens livscykel så tidigt som möjligt, helst således redan vid planeringen och designen av produkten.⁴⁹¹⁾

Att informera konsumenterna om produkters miljöpåverkan hör också till EU:s strategi. Den välinformerade konsumenten antas sedan bidra till minskningen av energianvändningen och avfallsanhopningen.⁴⁹²⁾

Enligt Grönboken utgör den offentliga upphandlingen ett viktigt instrument för att påverka målsättningarna inom miljöskyddet eftersom omfattningen på den offentliga upphandlingen är så stor. Men i enlighet med Grönboken krävs det också att lagstiftningen och förvaltningen utvecklas och att informationsspridning sker. Sedan Grönboken gavs

489) Lundberg och Marklund 2015, ss. 17–18.

490) KOM (2001) 68.

491) Palmujoki, Parikka-Ahola & Ekroos 2010, ss. 259–260, som granskar miljökriterier i finländska och svenska upphandlingsavtal och anbudsförfrågningar. Det framkommer bland annat att de flesta av avtalen innehåller hänvisningar till den upphandlande enhetens miljöprogram.

492) Bl.a. upphandlingsmyndigheten i Sverige har gjort en inköpanalys gällande omfattningen av offentliga inköp per inköpsområde och vilken klimatpåverkan respektive område har. Analysen omfattade 276 kommuner, 21 landsting och 202 statliga myndigheter. Den utgiftsmässigt största kategorin var Mark och byggnad, som omfattar bygg- och anläggningsentreprenader, gatu- och fastighetsskötsel och mark, den stod för 162 miljarder kronor år 2014. Störst klimatpåverkan per kostnad krona hade emellertid kategorin trycksatta gaser och industrigaser, som stod för nästan 12 procent av klimatpåverkan men bara 0,06 procent av inköpsvärdet. Dessa gaser är mycket energikrävande att ta fram och trycksätta eller kyla. Gaserna i fråga används bl.a. inom sjukvården, i form av ädelgaser för kylning av medicinteknisk utrustning, gaser till patienter men också som svetsgaser, gaser på tub till förbränning och till övriga produktionsprocesser, se Upphandlingsmyndigheten 2017a.

ut har man bl.a. i rättsfallet C-513-/99 *Concordia Bus* och i direktivet om offentlig upphandling gett möjlighet åt miljömässiga hänsyn i offentliga upphandlingar. EU-kommissionen har även gett ut två handböcker om miljövänlig offentlig upphandling (GPP) där konkreta råd ges hur policyn ska tillämpas.⁴⁹³⁾ Strategin Europa 2020 för smart och hållbar tillväxt KOM (2010) 2020 baserar sig också på tre sammankopplade prioriteringar som är tänkta att ömsesidigt förstärka varandra: utvecklandet av en ekonomi som är baserad på kunskap och innovation, främjandet av en koldioxidsnål, resurseffektiv och konkurrenskraftig ekonomi samt stimulerandet av en ekonomi med hög sysselsättning och med social och territoriell sammanhållning.⁴⁹⁴⁾ I EU-kommissionens meddelande från den 13.4.2011 *Inremarknadsakten - tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för inre marknaden* är också en av målsättningarna att ge upphandlare bättre möjligheter att använda offentlig upphandling till stöd för att uppnå gemensamma samhälleliga målsättningar, såsom skyddet av miljön, kampen mot klimatförändringar, främjande av innovation, sysselsättning och social integration samt säkerställandet av bästa tänkbara villkor för tillhandahållandet av sociala tjänster av hög kvalitet.⁴⁹⁵⁾

Förslaget till upphandlingsdirektiv KOM (2011) 896 bygger också på principen om en hållbar tillväxt. En av direktivets huvudmålsättningar är att möjliggöra för de upphandlande myndigheterna och enheterna att kunna använda sin köpkraft till att upphandla varor och tjänster som främjar innovation, respekt för miljön och kampen mot miljöförändringar, sysselsättningen, folkhälsan och de sociala villkoren.⁴⁹⁶⁾

EU har egentligen haft miljöhandlingsprogram sedan 1970-talet. Dessa program är policydokument som ritar ut framtida perspektiv och lagstiftning inom miljöpolitiken.⁴⁹⁷⁾ För

493) KOM (2010) 2020 och KOM (2011) 0206.

494) KOM (2010) 2020.

495) Se KOM (2011) 0206.

496) KOM (2011) 896, s. 10.

497) Se <http://www.ieep.eu/work-areas/governance/environmental-action-programmes>.

tillfället är det 6. programmet på gång och det inleddes år 2002. I programmet är IPP och LCA viktiga komponenter för att förbättra miljöskyddet och den hållbara produktionen. En annan viktig komponent i programmet är att involvera företag och konsumenter i strävan att uppnå ifrågasvarande målsättningar. Incentiv och information används också för att påverka produktionen och konsumtionen, till exempel kan de miljömärken som införts inom EU ses som ett led i denna strävan.⁴⁹⁸⁾ I enlighet med artikel 3 punkt 6 i miljöhandlingsprogrammet ska EU:s miljövänliga upphandlingspolicy tillåta integration av miljövänligt livscykel tänkande i upphandlingar, med början ända från planerings- och produktionsfasen, men också med beaktande av EU:s konkurrenslagstiftning och den inre marknaden, något som inte varit helt okontroversiellt eller utan föremål för diskussion.

Inom EU har dock arbetet med att utveckla IPP- och LCA-strategierna fortsatt. I policydokumentet från år 2003 var det centrala att försäkra att möjligheterna till miljövänlig upphandling utnyttjas inom unionen.⁴⁹⁹⁾ I dokumentet drogs även upp vissa konkreta riktlinjer som EU-kommissionen förverkligat sedan dess samt ställdes yrkanden på att användningen av miljömärken inom unionen skulle expandera. Det förutsattes även att den integrerade produktpolicy (IPP) skulle tas till övervägande också inom övriga områden än inom miljöskyddet.⁵⁰⁰⁾ Detta är även förenligt med artikel 11 i FEUF. Miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling.

Utvecklingen av systemet med miljömärken har varit målorienterad och en koppling till den offentliga upphandlingen har förekommit ända från början. Utvecklingen kan också ses som en följd av integrationsprincipen i artikel 11 i FEUF. Enligt Krämer drivs dock inte miljömålsättningarna tillräckligt effektivt fram. Snarare är det konsumenternas hälsa

498) Se The 6th community environment action programme, Decision No 1600/2002/EC. Undersökningar har också visat att miljömärken verkligen påverkar konsumenternas beteenden, se t.ex. Thögersen 2002, ss. 83–104.

499) COM (2003) 302 final.

500) Se COM (2003) 302 final.

och säkerhet som är det primära.⁵⁰¹⁾ En orsak till detta kan vara att policyn internaliserar externa kostnader.⁵⁰²⁾ Det incentiv- och informationsbaserade tillvägagångssättet motverkas genom det faktum att de miljövänliga produkterna är dyrare för slutanvändarna, må det då vara fråga om en privat eller offentlig aktör. De ekonomiska kriterierna har sålunda ändå gått före de ekologiska.

Såsom framgått ovan så slog EU-domstolen fast i målet C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna* att det är tillåtet att utnyttja detaljerade specifikationer gällande ett miljömärke, men det är inte tillåtet att kräva ett visst miljömärke i sig.⁵⁰³⁾ Enligt art. 43 direktivet 2014/24/EU får de upphandlande myndigheterna kräva att varor och tjänster bör ha särskilda märken som certifierar deras miljömässiga, sociala eller andra egenskaper under förutsättning att myndigheterna även godkänner motsvarande märken. Till exempel kan detta tillämpas på nationella, europeiska och multinationella miljömärken eller också på märken som säkerställer att barnarbete inte används för tillverkningen av produkten. Certifieringssystemen som kommer i fråga bör gälla egenskaper som är anknutna till föremålet för upphandlingen och basera sig på vetenskapliga fakta, vara fastställda genom ett öppet och transparent förfarande samt vara tillgängliga för alla parter.⁵⁰⁴⁾ I art. 2 i direktivet definieras begreppet märke som alla dokument, certifikat eller intyg som bekräftar att varor, tjänster, byggtreprenader, processer eller berörda förfaranden uppfyller vissa krav.⁵⁰⁵⁾

501) Krämer 2007, s. 225.

502) Jans & Vedder 2008, ss. 183–246.

503) Se mål C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna*. Se även Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 352–354 och Pekkala & Pohjonen 2015, s. 365.

504) Se *ibid.*

505) I Sverige ifrågasatte Lagrådet begreppet märke såsom det används i direktivet 2014/24/EU och föreslog begreppet märkning istället. Man framförde bl.a. att begreppet märke lätt kan förväxlas med varumärke och det måste göras klart hur bestämmelserna om märke förhåller sig till principerna för offentlig upphandling. Enligt den svenska regeringen får märken eller märkning betraktas vara ett särskilt system för att påvisa att de tekniska specifikationerna är uppfyllda, se sv.prop. 2015/16:195, ss. 592–593.

Enligt 72 § UpphL får den upphandlande enheten kräva ett särskilt märke som bevis på att föremålet för upphandlingen motsvarar de miljömässiga eller sociala krav som ställs. Det förutsätts att samtliga av följande villkor bör vara uppfyllda för kravet på ett särskilt märke. Stadgandet motsvarar i hög grad den i lagstiftningen från 2007, men gör det möjligt att på ett mer omfattande sätt hänvisa till miljömärken och märken som baserar sig på sociala egenskaper. Därtill är det möjligt att direkt hänvisa till ett märke, istället för att hänvisa till dess grunder. Målsättningen med denna förändring är uttryckligen att betona beaktandet av miljömässiga och sociala hänsyn, att förenkla förfarandet och att lätta på de upphandlande enheternas administrativa börda.⁵⁰⁶⁾

En ökad användning av märken kan bland annat leda till att upphandlande myndigheter och enheter behöver använda mindre tid på uppföljning av de ställda kraven och även underlätta själva kravställandet. För de upphandlande myndigheterna och enheterna kan det emellertid bli en utmaning att bedöma vad som utgör likvärdiga märken. Ifall specifika märken krävs i upphandlingar, kan det också finnas en risk att små- och medelstora företag missgynnas i konkurrensen.⁵⁰⁷⁾ Man kan också fråga om det är en utlokalisering av offentlig uppgift, ifall privata aktörer ställer upp kriterierna för märken och utfärdar dem varefter de upphandlande myndigheterna sedan tillämpar och leverantörerna tvingas efterleva.

506) Se även kapitel 4.1.1. Se Arbets- och näringsministeriet 2015, s. 341 och RP 108/2016 § 72. Se även Jord- och skogsbruksutskottet 2016 *JsUU 18/2016 vp - RP 108/2016vp*, 3–4, som anser i sitt utlåtande till RP 108/2016 att möjligheten att hänvisa till standarder och märken kunde vara ett ypperligt tillfälle att skapa ett nationellt kvalitetssystem för finländsk svinköttsproduktion som skulle omfatta hela produktionskedjan och som en utomstående tredje part skulle godkänna. Ett kvalitetskriterium skulle då vara att köttet skulle gå att spåra till den specifika gård var djuren vuxit upp.

507) Se Upphandling24 13.9.2016 “Upphandlingsmyndigheten arbetar med miljötolkningen”.

4.8. Miljömässiga hänsyn eller inte?

Det har också ifrågasatts huruvida miljövänlig eller hållbar offentlig upphandling ska användas som ett medel i miljöpolitiken överhuvudtaget.⁵⁰⁸⁾ Endel har också hävdad att policyn som främjar miljövänliga produkter och tjänster fokuserar på att minska icke-hållbarhet istället för att fokusera på orsakerna. Många policyn är även svaga vad gäller kopplingen mellan konsumtion och hållbarhet.⁵⁰⁹⁾ Implementeringen av sådana policyn kan ofta också basera sig på en snäv tolkning av vad som utgör hållbarhet. Genom att kombinera miljöproblem och sociala och ekonomiska problem och koppla ihop dem med tekniska lösningar, ges sedan förslag på hur teknologin kan lösa dessa problem.⁵¹⁰⁾

Godkännandet av EU-direktivet 2004/18/EG, som kodifierar i lagstiftningen rättsfallen C-513/99 *Concordia Bus* och C-448/01 *Wienstrom* utgjorde dock ett betydande steg för integreringen av miljöskydd i upphandlingspolitiken. En undersökning som gjordes år 2009 om upphandlingsavtal som ingåtts i sju medlemsländer visade att 45 procent av avtalen innehöll någon form av överväganden gällande miljöskydd.⁵¹¹⁾ År 2008 föreslog också EU-kommissionen att år 2010 skulle 50 procent av alla upphandlingar vara hållbara eller miljövänliga.⁵¹²⁾ Artikel 11 i FEUF om den s.k. integrationsprincipen kan förstås på så sätt att principen ska få praktiska konsekvenser och att den kan påverka utgången av rättsfall eller administrativa beslut. EU-domstolen har tillämpat den och i sekundär EU-lagstiftning förekommer stadganden om hur lagstiftningen rättar sig efter principen.⁵¹³⁾

508) T.ex. Lundberg & Marklund 2011, ss. 64–73.

509) Bl.a. Serman 2012, ss. 21–58 och Ehrenfeld & Hoffman 2013 samt Lorek & Fuchs 2013, ss. 64–73.

510) T.ex. Wesselink, Buchanan, Georgiadou & Turnhout 2013, ss. 1–9. Se även Strömbäck 2015 som anser att möjligheterna för miljövänlig offentlig upphandling att fungera som ett effektivt och objektiva miljöpolitiskt instrument är begränsade.

511) Se PriceWaterhouseCoopers 2009.

512) COM (2008) 400, s. 8.

513) T.ex. recital 5 i direktiv 2004/18/EG hur upphandlingsdirektivet antas bidra till integrering av miljöskydd i upphandlingar.

Den mest adekvata tolkningen av principen är en s.k. stark tolkning, det vill säga att sekundära policyn bör föredra de mest miljövänliga alternativen ifall de inte strider mot de primära målsättningarna, och ifall skyddet av miljön strider mot dessa ska det alternativ väljas som är minst skadligt för miljön. I vissa situationer kan tillämpningen av integrationsprincipen leda till att de primära målsättningarna överges ifall de inte kan förenas med miljöskydds målsättningarna. Målsättningarna gällande miljöskydd ska också övervägas inom andra områden, men att gynna dessa målsättningar hör inte till de primära målsättningarna inom dessa områden. EU har således vidtagit tydliga åtgärder för att integrera miljöskyddspolitik i upphandlingslagstiftningen, men ännu kan ytterligare åtgärder vidtas.

Eftersom offentlig upphandling nu används för att främja en hållbar utveckling, är det av yttersta vikt hur metoderna för kontraktstilldelningen är utformade. I situationer där övriga faktorer är lika för erhållna anbud rekommenderas att anbuden poängsätts utgående från pris i kombination med miljökrav då det råder ingen eller liten osäkerhet gällande kostnaderna för anpassningen till miljökraven, eller när det är viktigt att uppnå en minimnivå av miljö kvalitet. Utnyttjandet av kvalitet som det primära kriteriet rekommenderas i situationer då det råder en rätt stor osäkerhet om kostnaderna för anpassningen till miljökraven, och därmed från ett välfärds- och hållbarhetsperspektiv alltför höga kostnader kopplade till miljö kvalitet.⁵¹⁴⁾

Vid tilldelning av kontrakt på basis av en kombination av pris och miljö kvalitet och för att undvika komplexitet och icke-transparens lönar det sig att använda *kvalitet i förhållande till pris* poängsättning istället för *pris i förhållande till kvalitet*, det vill säga i enlighet med poängsättningen *kvalitet i förhållande till pris* så borde föremålet för upphandlingen och dess miljö påverkan värderas i monetära termer. Vidare borde den metod för

514) Lundberg & Marklund 2011, ss. 64–73.

poängsättning som valts också inkludera rabatter eller tilläggsavgifter till exempel i sådana situationer då anbudsgivaren erbjuder en miljö kvalitet som överskrider minimikraven eller då anbudsgivaren erbjuder en miljö kvalitet som underskrider en maxnivå.⁵¹⁵⁾

I enlighet med upphandlingsdirektivet 2014/24/EU ska upphandlande myndigheter när de väljer att tilldela kontraktet till det ekonomiskt sett mest fördelaktiga anbudet fastställa de tilldelningskriterier som ska tillämpas vid utvärderingen av anbuderna för att avgöra vilket som representerar det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris. Fastställandet av dessa kriterier beror på föremålet för upphandlingen, eftersom kriterierna bör göra det möjligt att utvärdera varje anbuds prestanda i förhållande till föremålet för upphandlingen, enligt definitionen i de tekniska specifikationerna, samt att utvärdera förhållandet mellan kvalitet och pris för varje anbud. Det är här viktigt att säkerställa verklig konkurrens och tilldelningskriterierna måste därför omfatta krav på att de upplysningar som lämnas av anbudsgivarna kan kontrolleras på lämpligt sätt.

Därtill gäller att det inte lönar sig att väga faktorerna pris och kvalitet eftersom det endast ökar komplexiteten. Också användningen av så kallade endogena referenspriser borde undvikas eftersom sådana modeller i större eller mindre omfattning innebär högre risk för dåliga resultat vad gäller miljöpåverkan. Då en poängsättning som innebär en utvärdering av ett anbud i förhållande till ett annat eller en kombination av andra anbud oftast är icke-transparent, kan den optimala kombinationen av pris och miljö kvalitet inte uppnås.

Kontraktstilldelningen bör ske på grundval av objektiva kriterier som säkerställer att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas. Dessa kriterier bör garantera att anbud bedöms i verklig konkurrens med varandra även om upphandlande myndigheter kräver hög kvalitet som är optimalt lämpade för deras behov, till exempel

515) Se *ibid.*

om de valda tilldelningskriterierna omfattar faktorer som är kopplade till produktionsprocessen. Följaktligen bör upphandlande myndigheter få lov att som tilldelningskriterium välja antingen ”det ekonomiskt sett mest fördelaktiga anbudet” eller ”den lägsta kostnaden”, varvid de i det sistnämnda fallet har frihet att bestämma lämpliga kvalitetsnormer genom att använda tekniska specifikationer eller villkor för fullgörande av kontraktet.⁵¹⁶⁾

Från miljöskyddsperspektiv är det oroväckande att dåligt utformade poängsättningsmetoder i allmänhet används. Till exempel i Sverige gäller det för ungefär 1/3 av alla upphandlingar. Dåliga metoder för poängsättning av anbud kan nämligen underminera de ambitioner inom miljöskydd som de upphandlande myndigheterna ställer.⁵¹⁷⁾

I 93 § UpphL stadgas om valet av det mest fördelaktiga anbudet, istället för 62 § i UpphL från 2007 där det stadgas om valet av anbud. I enlighet med bestämmelsen är grunden för valet av anbud alltid det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket också innebär det pris- och kvalitetsmässigt sett bästa. Den upphandlande enheten borde alltid välja det anbud som är prismässigt sett billigast, förmånligast till sina kostnader eller pris-kvalitetsmässigt sett bäst. Det är upp till den upphandlande enheten att välja mellan dessa alternativ. Den upphandlande enheten kan använda jämförelsegrunder angående förhållandet mellan pris och kvalitet som gäller kvalitativa, samhällliga, sociala, miljömässiga eller innovativa aspekter.⁵¹⁸⁾

I 93 § 1 mom. UpphL stadgas om ett nationellt tillägg som inte grundar sig direkt på upphandlingsdirektivet utan på dess syfte att betona kvalitetsrelaterade aspekter vid upphandling. Där föreskrivs att om den upphandlande enheten vid annan upphandling än

516) KOM (2011) 896, s. 23.

517) Lundberg & Marklund 2011, ss. 64–73. Till exempel är användbara analysramar och utvärderingsmodeller för förväntade miljöeffekter livscykelkostnadsberäkning (LCC), livscykelanalys (LCA) och modeller med flera kriterier där ekonomiska, tekniska och miljörelaterade bedömningar kombineras. Gällande förekomsten av miljökrav i offentliga upphandlingar i Sverige så kan konstateras att enligt det svenska Naturvårdsverkets redovisning över 2016 års miljöledning i statliga svenska myndigheter ställdes miljökrav i 76 procent av myndigheternas upphandlingar jämfört med i 60 procent år 2015, se Naturvårdsverket 2017.

518) Se Arbets- och näringsministeriet 2015.

varuupphandling använder endast det lägsta priset som kriterium för vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt, ska den ange skälen till detta i upphandlingsdokumenten, i upphandlingsbeslutet eller i den särskilda rapporten om upphandlingsförfarande. Syftet med denna motiveringsskyldighet är att göra de upphandlande enheterna uppmärksamma på i synnerhet kvalitetsrelaterade aspekter i upphandlingarna. Särskilt när det gäller upphandling av social- och hälsovårdstjänster och livsmedel så ska de upphandlande enheterna uppmuntras att utnyttja kvalitetsaspekter som kriterier för bedömning av anbudet.⁵¹⁹⁾

I 93 § 2 mom. UpphL stadgas i enlighet med betänkandet och propositionen att om den upphandlande enheten har beslutat använda det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet som kriterium för vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, kan den fastställa sådana jämförelsegrunder för förhållandet mellan pris och kvalitet som gäller kvalitativa, samhällseliga eller sociala aspekter, miljöaspekter eller innovativa egenskaper. Jämförelsegrunderna ska i hänföra sig till bedömningen av förhållandet mellan pris och kvalitet, till skillnad från den tidigare upphandlingslagen från år 2007. I 2. momentet ingår en förteckning med exempel på kvalitetskriterier som de upphandlande enheterna kan utnyttja sig av, såsom tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, tillgänglighet, utformning med tanke på samtliga användares behov, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, underhåll samt leveransvillkor som leveransdag, leveranstid eller tid för fullgörandet.⁵²⁰⁾

Lundberg & Marklund anser å sin sida i sin analys av offentlig upphandling som miljöpolitiskt styrmedel att EU-direktiven och rättsprinciperna som styr den offentliga upphandlingen kan utgöra ett hinder för att en miljöanpassad upphandling ska fungera som ett mål- och kostnadseffektivt styrmedel.⁵²¹⁾ Rättsprinciperna har i första hand som syfte

519) Se RP 108/2016, ss. 207–208. Om upphandling av social- och hälsovårdstjänster stadgas i ett eget kapitel, kapitel 12, i upphandlingslagen.

520) Se RP 108/2016, ss. 207–208.

521) Se Lundberg & Marklund 2015, ss. 17–18.

att säkerställa en fungerande konkurrens, främst genom icke-diskrimineringsprincipen och likabehandlingsprincipen. Det går inte att ställa olika kvantitativa och administrativa krav på olika leverantörer i en och samma upphandling. En följd av detta kan vara att en minskad belastning på miljön inte uppnås till en kostnad som för samhällets del är lägst möjlig. Dessutom bör de krav och kriterier som ställs stå i proportion till det som upphandlas i enlighet med proportionalitetsprincipen. Miljökrav som är långtgående kan därför anses som icke-lovliga.

5. OLIKA SÄTT ATT TA SOCIALA HÄNSYN

5.1. Allmänt

Här redogörs närmare för vilka olika sätt det enligt upphandlingslagstiftningen finns att ta sociala hänsyn. En upphandlande myndighet kan ta sociala hänsyn vid fastställande av kontraktsföremålet, genom att använda sig av särskilda kontraktsvillkor eller en form av en teknisk specifikation, ett tilldelningskriterium eller för kvalificering av leverantörer samt vid tilldelning av kontraktet.⁵²²⁾

Till en början måste i alla fall upphandlingen inledas med en analys av huruvida sociala hänsyn kan vara relevanta i upphandlingen. Därtill bör det finnas en klar policy för hur arbetet ska framskrida.

Det finns också en rad så kallade sociala märkningar, såsom Rättvisemärkt, FairTrade, Rainforest Alliance osv., som innehåller olika specifikationer för hur företag hanterar socialt ansvarstagande i sin verksamhet. I princip kan inte kriterier för sociala märkningar ses som tekniska specifikationer i det syfte som avses i upphandlingsreglerna eller i samma bemärkelse som specifikationer för miljömärken, eftersom sociala faktorer gäller i första hand arbetsförhållanden hos anbudsgivarna och därmed är av organisatorisk art. Dessa tillhör därför kvalificeringsfasen i en upphandling eller så utgör de kontraktsvillkor.⁵²³⁾

522) I SOU 2016:15, s. 175 görs en skillnad mellan s.k. aktiva och passiva kriterier. Med aktiva kriterier menas då konkreta förpliktelser som bör göras under själva kontraktstiden medan passiva kriterier inte medför nya förpliktelser utan enbart en förbindelse att respektera olika skyldigheter. Ett aktivt kontraktsvillkor medför då att anbudsgivaren bör vidta åtgärder under själva avtalsperioden, till exempel att sysselsätta en långtidsarbetslös person, medan ett passivt kontraktsvillkor kan innebära att leverantören i fråga ska säkerställa att de anställda är medvetna om sina arbetsvillkor och sina arbetsrättsliga rättigheter. Villkor som innebär att aktiva åtgärder ska vidtas anses vara mest resultateffektiva.

523) Konkurrensverket 2011, s. 36.

Införandet av så kallade rättvis handel-produkter i den offentliga upphandlingen har dock varit förenat med viss rättslig oklarhet, eftersom produkterna har kommit till utanför någon övergripande politik eller juridiska riktlinjer.⁵²⁴⁾ Utvidgningen av marknaden för rättvisa produkter inom den offentliga upphandlingen, som inleddes i början av 2000-talet, är också förenad med ett visst mått av försiktighet i tider av allmän åtstramning av de offentliga medlen.

Då den miljövänliga upphandlingen i ett flertal länder också utvidgats emot en socialt hållbar upphandling, krävs också ett paradigmskifte gällande det sätt på vilket denna utvidgning sker.⁵²⁵⁾ Man bör gå från allmänt använda kriterier till att inkludera sociala och socioekonomiska frågor i upphandlingsbesluten. Till exempel sysselsättningsförhållandena för de som tillverkar en produkt inverkar nödvändigtvis inte på de fysiska kännetecknen eller funktionen men är ändå viktiga ur ett hållbarhetsperspektiv. Ifall hållbarhetskriterier inkluderas som tekniska specifikationer bör också anbudsgivaren uppvisa innan kontraktet tilldelas att man har kapacitet att erbjuda varor eller tjänster i enlighet med kriterierna. Å andra sidan är specifika villkor som kan ingå i kontraktet för att specificera hur kontraktet ska utföras inte den mest pålitliga mekanismen för att säkerställa att villkoren faktiskt också följs. Man kan ifrågasätta huruvida miljömässiga eller sociala hänsyn som anknyter till leveranskedjan för den upphandlade varan eller tjänsten kan kopplas till utförandet av kontraktet mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och den som levererar varan eller tjänsten.⁵²⁶⁾ Det behövs därför klarhet i sådana procedurmässiga frågor för en bättre implementering av den socialt hållbara upphandlingen.

Ett problem med krav på sociala hänsyn i offentlig upphandling är dock att det kan förefalla oklart vilka krav som de upphandlande myndigheterna och enheterna kan ställa på

524) Fisher & Corbalan 2013, ss. 11–27.

525) T.ex. Kunzlik 2009, ss. 369–407.

526) Bl.a. ClientEarth 2011.

företag och under vilka förutsättningar kraven kan ställas. Orsaken är att de sociala hänsyn som kan ställas inte direkt konkretiseras i lagstiftningen, utan istället förekommer s.k. målsättningsparagrafer om sociala hänsyn i lagen. Detta kan leda till en viss rättslig osäkerhet, och det finns inga garantier för att de upphandlande myndigheternas och enheternas krav på sociala hänsyn är förenliga med lagstiftningen eller med övriga enheters krav. Lagstiftningstekniken med målsättningsbestämmelser kan även ses enbart som ett uttryck för en politisk vilja som inte ger de upphandlande myndigheterna och enheterna någon praktisk vägledning. Å andra sidan kan det te sig onödigt att i lag explicit konkretisera vilka villkor man kan ta hänsyn till vid offentliga upphandlingar. De sociala hänsynen bör i första hand anpassas efter värdet på och föremålet för kontraktet. Sociala hänsyn lämpar sig dåligt för en anbudsutvärdering då de inte borde vara föremål för en relativ jämförelse mellan olika anbud utan istället utformas som obligatoriska krav som måste uppfyllas. Enligt EU-kommissionens definition avses med socialt ansvarsfull upphandling upphandlingsåtgärder som tar hänsyn till en eller flera av följande sociala aspekter: sysselsättningsmöjligheter, anständigt arbete, överensstämmelse med sociala rättigheter och arbetstagares rättigheter, social integration (inbegripet personer med funktionsnedsättning), lika möjligheter, utformning som ger tillgänglighet åt alla, beaktande av hållbarhetskriterier, frågor om etisk handel och ett bredare frivilligt iakttagande av företagens sociala ansvar (CSR), samtidigt som principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och upphandlingsdirektiven efterlevs.⁵²⁷⁾

Ett annat problem med att ställa sociala hänsyn är att det kan uppstå en alltför stor förlitan på att alla problem i samhället kunde lösas genom att ställa olika typer av sociala krav i den offentliga upphandlingen. Krav på sociala hänsyn kan också vara kostbara och det kan uppstå en situation där företag kompenserar detta genom att höja sina priser i anbudet.⁵²⁸⁾

527) Se Europeiska kommissionens handledning till socialt hållbar offentlig upphandling: Socialt ansvarsfull upphandling: En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling 2010 och även Falk 2014, s. 394.

528) Se Sundstrand 2015b, s. 263.

Lagändringarna i och med implementeringen av direktiv 2014/24/EU i den nationella lagstiftningen innebär flera nya bestämmelser och möjligheter att beakta sociala hänsyn. Bestämmelserna om sociala hänsyn ska emellertid inte vara förpliktande utan endast möjliggörande, vilket gör det svårare att bedöma vilka följderna av lagändringarna blir.⁵²⁹⁾

5.2. Beskrivning av föremålet för upphandlingen

För det första kan den upphandlande myndigheten och enheten ta sociala hänsyn när beskrivningen av själva föremålet för upphandlingen ska ske. I detta skede har den upphandlande myndigheten och enheten betydande möjligheter att ta sociala hänsyn, eftersom den då kan välja en vara eller en tjänst som bäst motsvarar dess sociala målsättningar. Ifall det förekommer olika alternativa lösningar som uppfyller den upphandlande enhetens behov, så kan den utforma kontraktsföremålet så att det bäst främjar de sociala målsättningarna, eller också begära in alternativa anbud, förutsatt att gemenskapsrättens grundläggande regler och principer följs.

I enlighet med 71 § UpphL ska det vid definitionen av egenskaperna för föremålet för upphandlingen också vara möjligt att hänvisa till den specifika processen eller metoden för att tillhandahålla de aktuella byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna eller till en specifik process som avser någon annan fas i deras livscykel, också då faktorer i fråga inte fysiskt är en del av byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna. Förutsättningen är

529) Se RP 108/2016, s. 56. Finlands Kommunförbund framhåller också i sitt utlåtande till RP 108/2016 att de upphandlande enheterna borde ha prövningsrätt gällande beaktandet av miljö- och sociala hänsyn i upphandlingarna. En sådan prövningsrätt använder kommunerna även vid t.ex. uppgörandet av kommunstrategier. Vad olika kommuner betonar kan även variera stort, se Kuntaliitto 2016. JHL - Förbundet för den offentliga sektorn och välfärdsområdena framhåller däremot i sitt utlåtande till RP 108/2016 att den föreslagna stadgan om beaktandet av sociala hänsyn borde vara förpliktande och om sociala hänsyn inte beaktas skulle det sålunda leda till att anbudet förkastas eller att upphandlingsavtalet bryts, se JHL 2016. MTK - Centralförbundet för lant- och skogsbruksproducenter, lyfter å sin sida i sitt utlåtande till RP 108/2016 fram kommunstrategins betydelse och att kommunernas beslutfattare också i den kan betona betydelsen av kvalitetskriterier i t.ex. livsmedelsupphandlingar. Detta är sedan bindande för kommunernas tjänstemän.

att de är kopplade till föremålet för upphandlingen och står i rätt proportion till kontraktets värde och målsättningar.⁵³⁰⁾

I själva förfrågningsunderlaget bör det sedan definieras vilka krav som ställs på leverantören. Förfrågningsunderlaget kan inte ändras i efterhand så det gäller för den upphandlande myndigheten och enheten att noggrant gå igenom kraven på förhand.⁵³¹⁾

I RP 108/2016 tas också upp språkliga hänsyn, som kan anses ha anknytning till sociala hänsyn. När det är fråga om att offentliga förvaltningsuppgifter anförtros andra än myndigheter, såsom privata aktörer, måste man naturligtvis även försäkra sig om att nivån på tjänsterna motsvarar de krav som 25 § språklagen (423/2003) ställer.⁵³²⁾ I 10 § språklagen regleras individens språkliga rättigheter och i 23 § myndigheternas skyldighet att ge tjänning på nationalspråken finska och svenska samt självant tillgodose de språkliga rättigheterna. Även samiska bör enligt 18 § samisk språklag (1086/2003) följas. Då en tvåspråkig myndighet ska konkurransutsätta sina tjänster bör den enligt 25 § försäkra sig om att de tjänster som köps av privata aktörer kan tillhandahållas på både finska och svenska hos staten och i tvåspråkiga kommuner och samkommuner. Redan i planeringskedet av konkurransutställningen ska de språkliga rättigheterna tas hänsyn till. Upphandlingen görs så, att tjänsten är tvåspråkig eller så, att båda språken behandlas separat.⁵³³⁾

530) Se RP 108/2016, s. 172.

531) Se även fi. Marknadsdomstolen 276:15, där det var fråga om fel vid definition av kontraktsföremålet.

532) Se RP 108/2016, s. 73. Se även Määttä & Voutilainen 2017, ss. 130–132.

533) Se även Ekonomiutskottets betänkande TaVM 31/2016 - HE 108/2016 vp, där man gällande den föreslagna 60 § och det språk upphandlingsannonsen ska avfattas på hänvisar till 22 § och 35 § språklagen men anser att man från det föreslagna stadgandet ska ta bort att upphandlingsannonsen ska publiceras på finska eller svenska så att anbudsgivare från övriga EU-länder ska ha jämlika möjligheter att delta och så att målsättningarna med en gemensam marknad för upphandlingar inom EU främjas.

5.3. Särskilda kontraktsvillkor

Reglerna om särskilda kontraktsvillkor har sin grund i upphandlingsdirektiven.⁵³⁴⁾ Den upphandlande myndigheten eller enheten kan ta sociala hänsyn genom att utnyttja sådana villkor, under den förutsättningen att ifrågakvarande villkor varken strider mot EU-rätten eller direkt eller indirekt diskriminerar anbudsgivare från andra medlemsstater. Därtill ska villkoren ha koppling till den sociala målsättningen hos den upphandlande myndigheten eller enheten.⁵³⁵⁾

I enlighet med lagen från 2007 är det inte nödvändigt att de särskilda kontraktsvillkoren som kan komma i fråga är uppfyllda redan vid tidpunkten för själva anbudsgivningen, utan leverantören ska förbinda sig att fullgöra dem under kontraktstidens gång. De särskilda kontraktsvillkoren begränsas till köp av tjänster eller byggtreprenader, då de gäller utförandet av själva uppdraget. Vad gäller upphandlingen av varor, så har det varit mer begränsat att ta sociala hänsyn i de särskilda kontraktsvillkoren. Möjligheten har dock funnits att den upphandlande enheten eller myndigheten utnyttjat särskilda kontraktsvillkor vid upphandlingen av varor då varan inte ännu tillverkats, då den tillverkas på uppdrag av eller på beställning av den upphandlande enheten eller myndigheten. Därtill har det även varit möjligt för den upphandlande enheten eller myndigheten att ställa krav på arbetsmiljön hos den leverantör som utför arbetet inom ramarna för upphandlingskontraktet.⁵³⁶⁾

I 98 § UpphL stadgas om särskilda villkor för upphandlingskontrakt. Det 1 momentet i stadgandet baserar sig på artikel 70 i direktiv 2014/24/EU och motsvarar till sin lydelse i stort 49 § i lagen från 2007. I enlighet med stadgandet får en upphandlande myndighet ställa särskilda krav på hur kontraktet ska fullgöras, under förutsättning att de är kopplade

534) Beaktandesats 33 och artikel 26 i direktiv 2004/18/EG respektive beaktandesats 44 och artikel 38 i direktiv 2004/17.

535) T.ex. Pekkala & Pohjonen 2015 ss. 466–467 och 2012, s. 343.

536) Se t.ex. sv. proposition 2006/07:128, s. 201 och fi RP 50/2006, ss. 97–98.

till kontraktsföremålet. Kraven får omfatta ekonomiska, innovationsrelaterade, miljörelaterade, sociala eller sysselsättningsrelaterade hänsyn. Villkoren kan till exempel syfta till genomförande av åtgärder för att främja jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män, ett ökat deltagande av kvinnor på arbetsmarknaden och en balans mellan arbete och privatliv, miljöskydd samt anställning av missgynnade personer. Sålunda kan de särskilda villkoren gälla bl.a. anställning av personer med funktionsnedsättning, arbetslösa, invandrare eller unga personer för fullgörandet av den aktuella upphandlingen eller erbjudande av en plats för inläring i arbetet för en studerande för en bestämd tid.

Till exempel Esbo stad har i sina upphandlingar ställt sociala villkor i de särskilda kontraktsvillkoren. I enlighet med ett strategiskt beslut från Esbo stadsstyrelse år 2010 ska de upphandlande myndigheterna främja sysselsättningen för svårt sysselsatta personer och öka antalet platser för lärande i yrkesinriktade studier. Bland annat i projektet "Jobb i sikte" mellan åren 2012 och 2015 ställdes sysselsättningskrav i upphandlingar över 200 000 euro. Här höll den upphandlande myndigheten dialog med potentiella leverantörer förrän en upphandling inleddes i syftet att få veta vilka behov av arbetskraft som förekom och vilken form av sysselsättning man kunde erbjuda för att kunna avgöra huruvida sysselsättningskrav kunde ställas. Krav på sysselsättning ställdes i de särskilda kontraktsvillkoren i upphandlingskontraktet ifall den upphandlande myndigheten beslöt att dylika krav skulle ställas. I sådana fall förpliktade sig leverantören i fråga att under själva kontraktstiden antingen sysselsätta ett antal arbetslösa eller erbjuda arbetspraktik. Exempelvis användes sysselsättningskriterier vid upphandling av fem daghem, där kontrakten var antingen på fem eller sju år. I kontraktet som löpte på fem år förband sig den aktuella leverantören att erbjuda en läroavtalsplats och i kontraktet som löpte på sju år två läroavtalsplatser. Som ett resultat av upphandlingen erbjöds nio personer sysselsättning med läroavtal. Till projektet "Jobb i sikte" hörde även att man från kommunens håll tog kontakt med den leverantör som vunnit kontraktet och erbjöd konkret hjälp för att säkerställa

att sysselsättning enligt kontraktet förverkligades. Ifall problem uppstod under själva utförandet av kontraktet, erbjöds leverantören också hjälp.⁵³⁷⁾

Också t.ex. ett krav på att de varor som levereras produceras enligt de principer för rättvis handel som kontraktsföremålet är förenat med, såsom att kravet på betalning av ett minimipris och ett högre pris till tillverkarna uppfylls, kan utgöra ett särskilt villkor för upphandlingskontraktet.⁵³⁸⁾

Även enligt upphandlingslagen från 2007 har det, såsom framkommit, varit möjligt att tillämpa särskilda villkor i upphandlingskontrakt. Detta betyder att det nya stadgandet endast befäster de möjligheter att använda särskilda villkor som redan förekommer.⁵³⁹⁾

Redan i målet C-31/87 *Beentjes* ansåg EU-domstolen att användning av ett villkor som gäller anställning av långtidsarbetslösa är förenligt med EU-rätten, om villkoret inte direkt eller indirekt diskriminerar anbudsgivare från andra medlemsstater.⁵⁴⁰⁾ Att ställa krav på en organisation, struktur eller policy hos en leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat alternativt i ett tredje land kan utgöra en diskriminerande åtgärd och vara ett oerättigt handelshinder.⁵⁴¹⁾ Sådana krav kan även göra det svårare för leverantörer som har flera underleverantörer att lägga anbud. Därtill kan det också försämra möjligheterna för mindre företag att verka som underleverantörer till större företag.⁵⁴²⁾ Det hör till den upphandlande myndighetens eller enhetens ansvar att garantera att det också är möjligt att följa upp de särskilda kontraktsvillkoren.

537) Se Esbo 2014 och Arbets- och näringsministeriet 2017, s. 11 samt exempel från SOU 2016:15, ss. 175–176.

538) Se RP 108/2016, ss. 213–214.

539) Se RP 108/2016, s. 214.

540) Se C-31/87 *Beentjes*.

541) Se tolkningsmeddelande KOM(2001) 566.

542) Se Europeiska kommissionen. 2010 *Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, SEK (2010) 1258, s. 13.

De villkor som ställs i kontraktet kan å ena sidan bara ha som funktion att de försäkras att anbudsgivaren verkar i enlighet med lag, till exempel att anbudsgivaren följer hälso- och säkerhetsföreskrifter när själva arbetet utförs. Men å andra sidan kan man också försöka uppnå målsättningar som går utöver vad lagen föreskriver, såsom sysselsättning av handikappade personer utöver de minimikrav som lagen föreskriver.

Den upphandlande myndigheten eller enheten har sålunda i enlighet med EU-rätten flera möjligheter att ställa kontraktsvillkor där sociala hänsyn beaktas. Till exempel kan den upphandlande myndigheten eller enheten ställa utförarvillkor av uppdragstagaren såsom krav att man i samband med kontraktets utförande anställer arbetslösa, i synnerhet långtidsarbetslösa; krav på att man vidtar åtgärder för att främja jämställdhet mellan könen eller mångfald gällande ras och etniskt ursprung eller krav på att uppdragstagaren för utförandet anställer ett större antal personer med funktionshinder än vad som krävs enligt nationell lagstiftning.⁵⁴³⁾ Vid tjänstekontrakt kan det handla om att uppdragstagaren ska införa en policy för att främja mångfald gällande ras och etniskt ursprung, att man ska följa ILO:s grundläggande konventioner eller att man ska anställa ett större antal personer med funktionshinder än vad den nationella lagstiftningen kräver.

I enlighet med upphandlingslagen har det också varit möjligt att kräva att skyldigheter enligt Internationella arbetsorganisationens (ILO) konventioner fullgörs. Artikel 18, punkt 2 i direktiv 2014/24/EU gäller beaktande av internationella avtal inom miljö-, arbets- och socialsektorn. I direktivet preciseras den krets av internationella konventioner som krav relaterade till efterlevnaden av ILO:s konventioner kan gälla. I enlighet med skäl 37 i ingressen till direktivet bör de skyldigheter som följer av internationella avtal som har ratificerats av alla medlemsstater tillämpas under fullgörandet av kontraktet. Det

543) Se bl.a. direktiv 2014/24/EU, beaktandesats 98. Till exempel Bodens kommun i Sverige ställde vid upphandlingen av skoltransporter jämställdhetskrav genom att prioritera anbudsgivare med minst en kvinnlig chaufför per område. Ingen av anbudsgivarna lyckades emellertid uppfylla jämställdhetskraven, se Upphandling24, 27.5.2016.

utgör inte något hinder för att sådana arbets- eller anställningsvillkor tillämpas som är förmånligare för arbetstagaren.⁵⁴⁴⁾

Ett typiskt exempel på ett kontraktsvillkor som inte är tillåtet är att den upphandlande myndigheten eller enheten skulle ge extra poäng åt anbudsgivaren ifall anbudet ger skattepengar till orten och sysselsätter lokalbefolkningen. Man får inte heller ge tilläggsspoäng för att anbudsgivaren skulle utnyttja lokala tjänster eller lokalt material.⁵⁴⁵⁾

Beträffande leveranskontrakt kan det te sig svårare att ställa särskilda kontraktsvillkor gällande det sätt på vilket kontraktet utförs, eftersom klausuler som skulle innebära krav på förändring av organisationen, strukturen eller policyn inom ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat kunde utgöra diskriminering eller medföra ett oberättigat handelshinder, vilket inte är tillåtet enligt EU-rätten. Av EU-domstolens dom i mål C-549/13 *Bundesdruckerei* framkom att artikel 56 FEUF hindrar en sådan lagstiftning i enlighet med vilken en anbudsgivare som avser att tillhandahålla tjänsterna genom att uteslutande använda tjänster av en underleverantör etablerad i en annan medlemsstat är skyldig att till arbetstagare som är anställda av underleverantören betala en minimilön som fastställs i lagstiftningen i den upphandlande enhetens etableringsstat.⁵⁴⁶⁾ I de särskilda villkoren är det dock möjligt att förutsätta att leverantören och underleverantörerna i sina anställningsförhållanden iakttar det allmänt bindande kollektivavtal som tillämpas på den plats där byggentreprenaden utförs eller tjänsterna tillhandahålls eller varorna produceras samt de villkor som enligt lagstiftningen eller det allmänt bindande kollektivavtalet gäller för minimilön.

544) Se direktiv 2014/24/EU, art. 18, punkt 2 och skäl 37 samt RP 108/2016, s. 2014.

545) T.ex. rättsfall sv. Kammarrätten i Jönköping 2013–1247 och Pekkala & Pohjonen 2012, s. 344.

546) Se RP 108/2016, s. 214. Se även KOM/2001/0566, s. 7 och C-549/13 *Bundesdruckerei*.

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan också ställa krav på arbetsmiljön i form av särskilda kontraktsvillkor när en leverantör utför arbete inom ramen för ett upphandlingskontrakt. Den upphandlande myndigheten och enheten är dock begränsad till att utnyttja sådana villkor vid köp av tjänster eller vid byggentreprenader, eftersom dessa gäller uppdragets utförande eller vid sådana upphandlingar av varor där varorna inte ännu tillverkats utan tillverkas på uppdrag eller efter beställning av den upphandlande myndigheten eller enheten. Själva begreppet arbetsmiljö inbegriper bland annat fysisk arbetsmiljö, såsom riskfyllda arbeten eller obekväma arbetsställningar, men också hälsorisker utgör arbetsmiljöfaktorer.

Då den upphandlande myndigheten och enheten formulerar leverantörens åtaganden gällande arbetsmiljö som särskilda kontraktsvillkor bör leverantören uppfylla villkoren när kontraktarbetet inleds eller vid en annan bestämd tidpunkt. Den upphandlande myndigheten och enheten bör följa upp att leverantören faktiskt uppfyller villkoren samt ange lämpliga avtalsrättsliga sanktioner i det fall att brister upptäcks.

Ifall det förekommer onormalt låga priser, bör den upphandlande myndigheten och enheten vara medveten om att låga priser inom vissa branscher kan betyda försämrade möjligheter för leverantörerna att upprätthålla en arbetsmiljö av god kvalitet. Den upphandlande myndigheten och enheten ska dock kräva en förklaring till ett onormalt lågt anbud innan man kan förkasta anbudet. Den förklaring som leverantören ger bör då kunna hänföras till arbetsmiljön och de arbetsförhållanden som gäller på den plats där kontraktet ska utföras. Den upphandlande myndigheten och enheten bör verifiera innehållet i anbudet och kan, men behöver inte, förkasta det om det är opålitligt. Man kan dock vara tvungen att förkasta ett dylikt anbud ifall de onormalt låga priserna beror på att anbudsgivaren inte följer lagar gällande anställning och arbetsskydd.⁵⁴⁷⁾

547) Se även Europeiska kommissionen 2010 *Socialt ansvarsfull upphandling – en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, SEK (2010) 1258, s. 41.

Bestämmelsen i 98 § UpphL möjliggör även en tillämpning av direktiv 96/71/EG om utstationerade arbetstagare på arbets- och anställningsvillkoren för utstationerade arbetstagare då upphandlingskontrakt konkurrensutsätts. Direktivet 96/71/EG har även tillämpats tidigare i samband med offentlig upphandling, bl.a. i enlighet med domen i målet C-346/06 *Rüffert* ska de sociala aspekter som gäller utstationerade arbetstagare och som tillämpas vid upphandling även vara förenliga med EU-rätten och särskilt med direktivet som gäller utstationerade arbetstagare.⁵⁴⁸⁾ Enligt direktiv 2014/24/EU, skäl 37 ska de relevanta åtgärderna tillämpas i överensstämmelse med de grundläggande principerna i EU-rätten, särskilt i syfte att säkerställa likabehandling och på ett sätt som inte direkt eller indirekt diskriminerar ekonomiska aktörer och arbetstagare från andra medlemsstater.⁵⁴⁹⁾

Bestämmelsen i 98 § 2. momentet UpphL baserar sig på ILO:s konvention nr 94. I enlighet med artikel 1 och 2 i konvention nr 94 ska centrala förvaltningsmyndigheter till upphandlingskontrakten foga en klausul enligt vilken leverantören ska följa åtminstone de minimivillkor för ett anställningsförhållande som ska tillämpas på den plats där arbetet utförs. Minimivillkoren bör även fogas till de upphandlingskontrakt som ingås med företag eller sammanslutningar som vunnit ett anbudsförfarande och som är etablerade i ett annat medlemsland. Då ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat sänder arbetstagare eller hyrd arbetskraft till Finland, tillämpas minimivillkoren på det arbete som utförs i Finland.⁵⁵⁰⁾

Såsom särskilda kontraktsvillkor kan också ställas antidiskrimineringsklausuler, som kan utformas på så sätt att leverantören förbinder sig att följa gällande antidiskrimineringslagstiftning. Till antidiskrimineringsklausulerna kan även inkluderas en hävningsklausul, enligt vilken det är möjligt att häva kontraktet ifall leverantören inte håller vad denne förbundit sig till, vilket dock även kan förutsättas även utan kontraktsvillkor. Givetvis

548) Se mål C-346/06, *Rüffert*.

549) Se direktiv 2014/24/EU, skäl 37.

550) Se mer RP 108/2016, ss. 214–215. Se även SOU 2016: 15 om svenska förhållanden.

kan det också ges utrymme åt leverantören att omedelbart och konkret vidta åtgärder för att rätta till missförhållandena, innan en hävning av kontraktet blir aktuell.

Som exempel på särskilda kontraktsvillkor kan nämnas att det i Sverige mellan Stockholms stad och ett antal fackförbund sedan år 2004 förekommit en upphandlingsmodell benämnd Vita jobb, med syftet att skapa en modell där man utifrån gällande upphandlingslagstiftning försökt förhindra social dumpning och svart arbete på den svenska arbetsmarknaden. De entreprenörer som deltar i en så kallad vita jobb-upphandling, från huvudentreprenören till underleverantörer, är enligt upphandlingsavtalet förpliktigade att tillförsäkra sina anställda minimivillkor enligt branschens kollektivavtal samt de mest väsentliga delarna av svensk arbetsmarknadslagstiftning. I enlighet med upphandlingsavtalet blir leverantören skyldig att utge motsvarande villkor som utstationerade arbetstagare tillförsäkras enligt 5 § och 5a § i svenska lagen om utstationering av arbetstagare (1999:678). Detta innebär bland annat att leverantören vid skadeståndsansvar eller vid hävning av upphandlingsavtalet ansvarar för att arbetstagare under den tid de utfört arbete för den upphandlande myndigheten erhåller både skäligen arbetsvillkor och grundläggande skydd i enlighet med svensk arbetsrättslagstiftning.⁵⁵¹⁾

I upphandlingsmodellens sociala villkor förekommer även en skyldighet till uppföljning och kontroll att avtalet också följs, vilket dock i sig kräver sakkunskap. Möjligt är att göra såsom i Malmö kommun där man genom en överenskommelse har fackliga organisationer att som konsulter medverka vid arbetsplatsbesök och kontrollera att de ingångna avtalen efterföljs. Detta betyder dock att de fackliga organisationerna bör ha insyn och tillgång till relevanta handlingar, vilket kunde göras möjligt i enlighet med offentlighetsprincipen. Kontraktet bör då innehålla en klausul som hänvisar till den svenska offentlighets- och sekretesslagen.⁵⁵²⁾ Detta är i synnerhet viktigt om uppgiften som ska skötas av en leverantör är offentlig till sin karaktär.

551) Sv. Motion 2013/14: 239. Se även Sundstrand 2012a, ss. 473–475.

552) Nämnas ska att den svenska offentlighets- och sekretesslagen tillämpas även i detta fall.

I Malmö kommun handlar det om att man vid upphandling inom vissa entreprenader och tjänster ställer krav på anbudsgivare att de ska uppfylla vissa kontraktsvillkor som syftar till att motverka social dumpning genom till exempel låga löner, dåliga arbetsvillkor eller skadlig arbetsmiljö. Dessa särskilda kontraktsvillkor består sedan av två olika delar, för det första generella villkor som tillämpas inom samtliga aktuella tjänsteområden samt för det andra branschspecifika villkor som hänvisar till ett tillämpligt branschavtal.

Framförallt handlar upphandlingsmodellen Vita jobb om ett samarbete för en mer social och hållbar upphandling. För det första gäller det för de upphandlande myndigheterna att ställa krav i upphandlingsavtalet på kollektivavtalsenliga villkor som entreprenörerna kan beakta i enlighet med upphandlingsvillkoren. För det andra gäller det att kommunen i egenskap av upphandlande myndighet samverkar med de lokala fackliga organisationerna för att kontrollera att de sociala villkoren och upphandlingsavtalet också efterföljs av både huvud- och underentreprenörerna i upphandlingarna.⁵⁵³⁾

5.4. Tekniska specifikationer

Användning av tekniska specifikationer för beaktande av sociala hänsyn är också möjligt, enligt art. 42 direktiv 2014/24/EU. Det kan bland annat handla om att tillgodose tillgängligheten för personer med funktionsnedsättande besvär eller att till exempel av leverantörerna kräva speciell kompetens eller erfarenhet av socialt arbete för vissa typer av uppdrag. Den upphandlande myndigheten och enheten kan rätt fritt utforma det som är föremål för upphandlingen för att uppnå sina målsättningar vad gäller de sociala hänsynen. Förutsättningen är att den upphandlande myndigheten eller enheten inte förbiser de grundläggande principerna för upphandling, såsom t.ex. likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen, så att till exempel upphandlingen gäller enbart inhemska

553) Sv. Motion 2013/14: Fi239.

leverantörer, samt att upphandlingen i allt väsentligt överensstämmer med EU-domstolens rättspraxis om åtgärder med en verkan som motsvarar kvantitativa restriktioner.

De tekniska specifikationer som den upphandlande myndigheten enheten uppgör bör vara klara och noggrant specificerade. Tekniska specifikationerna måste anknyta till objektet för upphandlingen, varan eller tjänsten i sig. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan inte t.ex. göra upp sådana tekniska specifikationer, där kravet är att personal ska rekryteras endast från en viss grupp, såsom långtidsarbetslösa, ungdomar, handikappade etc. Regionkommittén i EU anser dock i ett yttrande från maj 2011 att kriteriet att de krav och önskemål som ställs på anbudsgivarna bör ha en koppling till föremålet för kontraktet, inte längre borde utgöra ett kriterium, ifall man vill främja målsättningarna om innovation, social delaktighet, hållbarhet och miljö inom upphandlingarna. Möjligheten att driva fram dessa målsättningar har begränsats av kriteriet angående koppling till kontraktsföremålet.⁵⁵⁴⁾

Den upphandlande myndigheten och enheten bör försäkra sig om att alla relevanta sociala hänsyn finns med bland de tekniska specifikationerna samt att de är öppna och icke-diskriminerande, till exempel så att alla användares behov beaktas, såsom de handikappades och rörelsebegränsades, samt att de förutsätts vissa ergonomiska egenskaper av varan för att trygga tillgängligheten. Kraven på tillgänglighet kan gälla både varor och tjänster. Krav på fysisk tillgänglighet är också relevant och viktigt när nytt byggs eller när nya lokaler hyrs.

Vid definition av objektet för upphandlingen kan den upphandlande myndigheten och enheten antingen hänvisa till standarder eller definiera prestandan och de funktionella

554) Yttrande från Regionkommittén 2011, 2011/C 192/02, EUT 1.7.2011, C 192/5-7. Se även Yttrande från Regionkommittén: ”*Paketet Sociala företag*”, 30 punkten, där man rekommenderar förslag till åtgärder genom vilka man i upphandlingslagstiftningen kan öka möjligheterna för mindre, mer flexibla och socialt ansvarstagande aktörer. Enligt Regionkommittén bör det vara möjligt att betona kriterier som rör kvaliteten och arbetsförhållandena när man ingår avtal om offentlig upphandling, i synnerhet inom social- och hälsovårdsbranschen, EUT nr 277, 13.9.2012: 173. Se också KOM (2011) 896, s. 24.

egenskaperna för den vara, tjänst eller entreprenad som ska upphandlas.⁵⁵⁵⁾ Ifall den upphandlande myndigheten och enheten vill uppmuntra till mera kreativa anbud och utvecklande av socialt ansvarstagande och innovativa lösningar, ska den vid definitionen av objektet för upphandlingen betona prestandan eller funktionaliteten som hör till själva förverkligandet.

Också vad varan är producerad av och på vilket sätt den är producerad påverkar märkbart dess sociala hänsyn. I enlighet med 71 § UpphL kan i de tekniska specifikationerna inte ingå hänvisning till specifikt produktions- eller framställningssätt eftersom detta kan utgöra diskriminering. Endast om det inte annars är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt är det möjligt att inkludera sådana krav. Till exempel vid upphandlingen av måltidstjänster till ett sjukhus kan den upphandlande myndigheten eller enheten förutsätta att måltiderna ska tillagas med sådana metoder så att alla patientgruppers medicinska krav gällande dieterna uppfylls.

Den upphandlande myndigheten och enheten kan upphandla varor eller tjänster, med vilka man befrämjar hållbar utveckling eller etisk/rättvis handel. I de tekniska specifikationerna kan man inkludera hänsyn till hållbar utveckling eller etisk/rättvis handel, men man kan inte kräva att varan eller tjänsten ska ha ett märke eller certifikat för etisk/rättvis handel, såsom EU-blomman, Svanen, Bra miljöval, Rättvis handel eller Fairtrade. Den upphandlande myndigheten och enheten bör noggrant granska grunderna för det ifrågasvarande märket eller certifikatet för etisk/rättvis handel, och enbart utnyttja de som anknyter till föremålet eller objektet för ifrågasvarande upphandling.⁵⁵⁶⁾ Märkeskraven bör då ha ett klart samband med föremålet för upphandlingen och antas på basis av objektiva och kontrollerbara kriterier samt genom ett förfarande där alla berörda parter har möjligheter att delta.⁵⁵⁷⁾

555) Se också fi. RP 108/2016 rd, s. 172.

556) Se bla. 72 § UpphL.

557) Artikel 41 KOM (2011) 896.

Europaparlamentet uppmanade även EU-kommissionen i en resolution av den 18 maj 2010 om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling (2009/2175(INI) att uppmantra myndigheter att använda kriterier för rättvis handel i sina offentliga upphandlingar, t.ex. genom att utarbeta konstruktiva riktlinjer för upphandling av rättvis handel.⁵⁵⁸⁾

Krav kan dock endast ställas på att en produkt ska uppfylla de kriterier som en viss rättvisemärkning förutsätter i den mån dessa krav är förenliga med reglerna i lagen om offentlig upphandling och de bakomliggande grundläggande EU-rättsliga principerna, i synnerhet principerna om likabehandling och proportionalitet.

Den svenska nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på begäran gett ett yttrande till en kommun angående rättvisemärkning. Saken gällde att en motion hade lämnats in till kommunfullmäktige, där det föreslogs att kommunen till att börja med skulle ställa krav på en viss rättvisemärkning vid upphandling av det kaffe och te som kommunen använde sig av. Genom motionen blev frågan aktuell huruvida det är förenligt med LOU att förkasta ett anbud från en leverantör endast av det skälet att denne inte erbjuder en produkt som har rättvisemärkningen i fråga.

Nämnden konstaterar i sitt yttrande att vid bedömningen av frågan om rättvisemärkning är det främst principerna om likabehandling och proportionalitet som är av intresse.⁵⁵⁹⁾ Likabehandlingsprincipen förutsätter att alla leverantörer ska behandlas lika. Direkt eller indirekt diskriminering av leverantörer är förbjuden. Detta illustreras av det svenska rättsfallet HFD 2015, ref 63, där vid en prövning mot de allmänna principerna för upphandling hade en förhandling under ett förhandlat förfarande kommit att genomföras på ett sätt

558) Europaparlamentets resolution av den 18 maj 2010 om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling (2009/2175(INI), EUT 31.5.20112, C 161 E/44-45.

559) Se NOU, dnr 2006/0162-29.

som direkt eller indirekt kunnat ge information om det konkurrerande anbudet. Förfarandet ansågs strida mot likabehandlingsprincipen.⁵⁶⁰⁾

Proportionalitetsprincipen å sin sida kräver att kvalifikationskraven och kraven i kravspecifikationen bör ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till den vara eller tjänst som upphandlas. Kraven som ställs bör vara både nödvändiga och lämpliga för att uppnå syftet med upphandlingen. Ifall det förekommer flera alternativ, bör man välja det som är minst belastande eller ingripande. Nämnden hänvisar också till EG-kommissionens tolkningsmeddelande, KOM (2001) 566, om sociala hänsyn vid offentlig upphandling, där det bland annat framgår att det är möjligt att ställa krav på tillverkningsprocessen av en produkt under förutsättning att detta bidrar till att beskriva produktens egenskaper i förhållande till konkurrerande produkter på ett sådant sätt att det ändamål som den upphandlande myndigheten eller enheten avsett uppfylls. Sådana krav som inte har någon anknytning till varan eller tjänsten i sig, såsom till exempel krav gällande det sätt på vilket ett företag sköts, utgör inte tekniska specifikationer i den mening som direktiven avser och kan därför inte ställas.⁵⁶¹⁾

NOU konstaterar vidare i sitt yttrande att krav som inte rör själva varan eller tjänsten inte utgör tekniska specifikationer i den mening som avses i upphandlingsdirektiven. Till exempel krav på hur leverantörsföretaget drivs utgör inte krav som rör själva varan eller tjänsten och kan således inte ställas. De uteslutningsgrunder med avseende på anbudsgivares personliga omständigheter som nämns i direktiven bör tolkas restriktivt och anbudsgivarnas lämplighet att delta i upphandlingen bör bedömas utifrån kriterier gällande anbudsgivarnas ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Därtill bör de upplysningar som krävs för att bestyrka anbudsgivarnas ekonomiska och finansiella ställning samt deras tekniska förmåga och kapacitet begränsas till sådana

560) Se sv. rättsfall HFD 2015, ref 63.

561) Se KOM/2001/0566, *Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling*, EUT nr 333, 28/11/2001, fotnot 25.

som anknyter till föremålet för upphandlingen. Det är också vanligt förekommande att upphandlande myndigheter och enheter ställer krav på anbudsgivarnas tidigare erfarenheter och som bevis på dessa begär referenser. Till exempel anges att en förteckning över de viktigaste leveranserna (tjänster eller arbeten) som utförts under de 3 senaste åren räknas som bevis på teknisk förmåga och kapacitet. Bevis för att leveransen har skett lämnas i form av intyg från referenskunderna eller i vissa fall genom att leveransen bekräftas av mottagaren.⁵⁶²⁾

Till företagets sociala förmåga kan endast hänsyn tas ifall det styrker företagets tekniska kapacitet att fullgöra kontraktet. Den anbudsgivare som gett det anbud med det lägsta priset eller det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska väljas. Sociala kriterier som möjliggör en bedömning av till exempel kvaliteten i en tjänst kan anses berättigade ifall de bidrar till valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.⁵⁶³⁾

NOU konkluderar sitt yttrande med att konstatera att en upphandlande myndighet endast i undantagsfall kan kräva att en vara är märkt på ett visst sätt och att ett märke endast kan utgöra ett bevis om att relevanta krav i upphandlingen är uppfyllda. Den upphandlande myndigheten kan inte förutsätta medlemskap i eller godkännande från en viss organisation eller visst angivet bolag. Krav kan enbart ställas på att en vara eller tjänst ska uppfylla de kriterier som en rättvisemärkning förutsätter och endast om dessa krav är förenliga med reglerna i LOU och de bakomliggande grundläggande EU-rättsliga principerna, särskilt då principerna om likabehandling och proportionalitet.⁵⁶⁴⁾

Kraven på sociala hänsyn bör anknyta till varornas egenskaper eller effektivitet, till exempel återvunnet material, eller till framställningsprocessen, t.ex. naturenligt odlad. Krav

562) Se även Rosén Andersson et al. 2015, ss. 514–515.

563) NOU, dnr 2006/0162-29.

564) NOU, dnr 2006/0162-29.

på arbetsförhållanden för de arbetstagare som deltar i framställningsprocessen för de varor som ska upphandlas, kan inte tas i beaktande i de tekniska specifikationerna enligt EU-domstolens dom i mål C-448/01 *Wienstrom*.⁵⁶⁵⁾

Svårigheter kan dock uppstå när det ska kontrolleras huruvida kraven på sociala hänsyn faktiskt också förverkligats i t.ex. framställningsprocessen. Den upphandlande myndigheten är ofta inte själv i stånd att till exempel tekniskt kontrollera att varan tillverkats på ett visst sätt eller under vissa former.⁵⁶⁶⁾

Om den upphandlande myndigheten eller enheten då t.ex. vill köpa kaffe eller frukt som ingår i etisk/rättvis handel, kan man bl.a. i upphandlingsavtalet inkludera förutsättningar på att leverantören står för samtliga kostnader som producenterna har för den hållbara produktionen, såsom till exempel ordentliga löner och arbetsförhållanden åt arbetstagarna, miljövänliga framställningssätt samt även de förbättringar som behövs för sådana kostnadsfaktorer. Vid livsmedelupphandlingar kan man också ställa krav på att det kött som upphandlas ska härstamma från gårdar där djuren behandlas korrekt med beaktande av djurskyddslagstiftningen.⁵⁶⁷⁾ Bland annat i Statsrådets principbeslut om kvalitets- och miljöfaktorer i upphandlingar av livsmedel 2016 förutsätts det att man i offentliga livsmedels- och matserviceupphandlingar strävar efter hög kvalitet och totalekonomisk hållbarhet. Detta kan man bland annat uppnå genom att i upphandlingar kräva användning av sådana livsmedel och sådan matservice som är producerad med ur miljösynpunkt goda odlings- och produktionsmetoder och på sätt som främjar djurens välmående och livsmedelssäkerhet. Specifika kriterier kan bland annat ställas gällande färskhet, homogenitet, spårbarhet, salt- och fetthalt, ekologiskhet samt bakteriehalt och säkerhet.

565) Se mer ovan.

566) T.ex. mål C-448/01, *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike*.

567) Se Statsrådets principbeslut om kvalitets- och miljöfaktorer i upphandlingar av livsmedel 2016.

Vid textilupphandlingar kan man ställa krav på bl.a. hållbarhet på produkterna. I samband med upphandling av städprodukter kan man också kräva att produkterna inte innehåller ämnen som är cancerframkallande eller förorsakar skador på arvmassan eller reproduktionsförmågan, s.k. CRM-ämnen.⁵⁶⁸⁾

När det sedan gäller upphandling av bygg- eller anläggningsarbeten ska den upphandlande myndigheten eller enheten också ställa krav på att bestämmelserna om hälsa och säkerhet på byggarbetsplatsen följs i enlighet med direktiv 92/57/EEG, vilket bland annat har konsekvenser för hur arbetet organiseras på byggarbetsplatsen. Till exempel kan bestämmelserna i direktivet realiseras genom tekniska krav i kravspecifikationen som bland annat kan gälla åtgärder för att förebygga olyckor i arbetet, såsom tillräcklig skyltning, riktig förvaring av farliga ämnen och klara instruktioner för hur maskiner på byggarbetsplatsen ska hanteras och köras. Vid förverkligandet av ett byggtreprenadsavtal kan den upphandlande myndigheten eller enheten också ställa krav på att långtidsarbetslösa eller personer i läroavtal anställs, förutsatt att man inte ställer krav på att dessa skulle komma från ett visst område, vara av en viss nationalitet eller medlemmar i ett visst fack. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan inte heller förutsätta att alla villkor ska vara uppfyllda innan kontraktstiden inleds, det är tillräckligt att anbudsgivaren förbinder sig att uppfylla villkoren när man inleder anskaffningen av tjänsten.⁵⁶⁹⁾

Därtill kan den upphandlande myndigheten eller enheten även ta hänsyn till så kallade alternativa anbud, d.v.s. välja det utförande som bäst motsvarar dess finansiella och sociala prioriteringar och som uppfyller de minimikrav som ställs i kravspecifikationen, bland annat kan det vara fråga om alternativa anbud som föreslår olika tekniska lösningar

568) Se RP 108/2016, ss. 172–174.

569) Bl.a. Pekkala & Pohjonen 2012, s. 345.

gällande de ergonomiska egenskaperna för en produkt eller om att se till att funktionshindrade personer kan ha tillgång till vissa tjänster eller viss utrustning, såsom datarelaterade eller elektroniska tjänster och verktyg.⁵⁷⁰⁾

I 71 § UpphL stadgas att när föremålet för upphandlingen ska användas av fysiska personer ska föremålet för upphandlingen fastställas med hänsyn till kriterier som gäller tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning eller formgivning med tanke på samtliga användares behov, utom i vederbörligen motiverade fall.⁵⁷¹⁾ Den bestämmelsen tar mer än tidigare i beaktande behoven hos personer med funktionsnedsättning. Målsättningen är, enligt motiveringarna till lagen, att ta sociala hänsyn mer i beaktande.⁵⁷²⁾ Kriterierna kan till exempel gälla tillgänglighet till byggnader för personer med rörlighetsnedsättning eller användaregenskaperna för tekniska apparater. När kriterierna uppgörs bör man även ta i beaktande skyldigheter i övrig lagstiftning, såsom i lagen om likabehandling. Motiverade fall då man inte skulle behöva ta i beaktande behoven hos personer med funktionsnedsättning kunde till exempel vara situationer där den upphandlande myndigheten eller enheten har klargjort att sådana användare inte förekommer eller att fråga är om en produkt, som inte har sådana egenskaper. Den upphandlande myndigheten och enheten bör således från fall till fall utreda hurdana behov de användare har, för vilkas användning föremålet för upphandlingen är avsedd. Den upphandlande myndigheten och enheten har prövningsrätt gällande vad man besluter sig för att upphandla.⁵⁷³⁾

570) Se KOM/2001/0566, s. 5.

571) Se även Arbets- och näringsministeriet 2015, ss. 121–122.

572) Se RP 108/2016, ss. 172–175.

573) I nationell rättspraxis är det brukligt att anse det möjligt att ingripa i den upphandlande myndighetens prövningsrätt endast då enheten gjort sig skyldig till diskriminering av urvalskriterier eller jämförelsegrunder, såsom till exempel kvalitet, pris eller leveranstid i fråga om vara eller tjänst, se även RP 50/2006, s. 109.

Handikapporganisationer i Finland kritiserade emellertid förslaget till ny upphandlingslag och ville att handikappades tjänster skulle falla utanför lagens tillämpningsområde.⁵⁷⁴⁾ Enligt handikapporganisationerna vore det bästa sättet att ordna handikappades boende- och vårdtjänster att ta i bruk en s.k. personlig budgetering, som används i flera andra europeiska länder och enligt vilken det beviljas en summa pengar som den handikappade och anhöriga kan köpa tjänster från det ställe man önskar så länge de ställda kriterierna uppfylls. I dagens läge när kommunerna konkurrensutsätter handikappades boendetjänster kan det innebära att de handikappade tvingas flytta med 2–5 års mellanrum till nya ställen med ny personal. De handikappade har inte möjlighet att säga sin åsikt om var, hur och med vem de vill bo, fastän så borde vara fallet enligt artikel 19a i FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, i enlighet med vilken personer med funktionsnedsättning ska ha möjlighet att välja sin boställningsort och var och med vem de vill leva på lika villkor som andra och ska inte vara tvungna att bo i särskilda boendeformer.⁵⁷⁵⁾ Finland har ratificerat konventionen i juni 2016 och EU i december 2010.⁵⁷⁶⁾ I förslaget till ny upphandlingslag RP 108/2016 föreslogs gälla att upphandlingslagen inte ska förplikta kommunerna att regelbundet på nytt konkurrensutsätta vårdenheter för personer med funktionsnedsättning, utan kontrakten ska ingås tillsvidare så att kontinuiteten kan garanteras.⁵⁷⁷⁾ Detta ställer heller inte hinder för att man beaktar funktionshindrade

574) Handikapporganisationerna framhåller bl.a. i sina utlåtanden att tjänster för handikappade i flera andra europeiska länder är utanför upphandlingslagens tillämpningsområde, se utlåtanden av De Utvecklingsstördas Stödförbund (Kehitysvammaisten Tukiliitto), Förbundet Utvecklingsstörning (Kehitysvammaliitto) och Invalidförbundet (Invalidiliitto) till RP 108/2016. I dessa länder är handikappades tjänster utanför upphandlingslagens tillämpningsområde därför att de förverkligas enligt andra avtal än upphandlingsavtal enligt upphandlingslagen. Tjänsterna i fråga är således inte utanför upphandlingslagens tillämpningsområde, utan de förverkligas inte bara som upphandlingar, se utlåtande av Arbets- och näringsministeriet (Työ- ja elinkeinoministeriö) till RP 108/2016.

575) Se artikel 19a FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

576) Den 11 maj 2016 deponerade Finland ratifikationsinstrumentet för konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning och dess fakultativa protokoll hos FN:s generalsekreterare. Konventionen och det fakultativa protokollet trädde i kraft i Finland den 10 juni 2016. EU ratificerade FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning 23 december 2010.

577) Se RP 108/2016, s. 56. Se även utlåtanden av av De Utvecklingsstördas Stödförbund (Kehitysvammaisten Tukiliitto), Förbundet Utvecklingsstörning (Kehitysvammaliitto) och Invalidförbundet (Invalidiliitto) till RP 108/2016 samt utlåtande av Pauli Rautiainen till GrUU gällande RP 108/2016. Se också Eko-

personers individuella specialbehov då man ska ordna t.ex. långvariga tjänster såsom boendetjänster. Snarare är det så att den nya lagen sporrar till att upphandla enligt andra kriterier än pris, vilket också borde höja kvaliteten på slutresultatet av upphandlingarna. Rautiainen framför emellertid i sitt utlåtande till GrUU RP 108/2016 kritik för att inte i tillräcklig grad tagit i beaktande upphandlingslagstiftningens påverkan på funktionshindrade personers rättigheter, till exempel att man inte beaktat upphandlingslagstiftningens koppling till GL 19 § och de där förekommande rättigheterna till social trygghet samt till GL 22 § och respekten för de grundläggande fri- och rättigheterna. Till GL 19 § knyter 19 artikel i FN:s konvention om funktionshindrades rättigheter an, det vill säga beaktandet av den funktionshindrades egen uppfattning om sitt hjälp- eller servicebehov och de sätt som servicen ordnas på, då det är fråga om sådana tjänster och stödåtgärder som påverkar förverkligandet av den funktionshindrade personens frihet, integritet och självbestämmanderätt. I samband med ratificeringen av konventionen, RP 284/2014, konstaterades även att stadgandet i fråga hör starkt samman med ordnandet av boendetjänster åt funktionshindrade. 19 artikel i FN:s konvention om funktionshindrades rättigheter knyter även an till GL 22 § om respekt för de grundläggande fri- och rättigheterna. Detta kan då ge stöd för nationella tillämpningar av upphandlingsdirektivet där sådana sociala tjänster som är centrala för förverkligandet av funktionshindrade personers frihet, integritet och självbestämmanderätt ordnas på andra sätt än genom upphandlingsförfaranden. Det är emellertid i sista hand fråga om ett politiskt övervägande huruvida man gör dessa tillämpningar.⁵⁷⁸⁾

5.5. Tilldelnings- eller utvärderingskriterier

I det tidigare direktivet 2004/18/EG reglerades vilka tilldelningskriterier som upphandlande myndigheter och enheter kan använda i artikel 67 och i artikel 82 i direktiv

nomiutskottets betänkande TaVM 31/2016, s. 17 där man föreslår att man i 108 § om beaktandet av tjänsteanvändarnas behov i upphandlingen ändrar skrivelsen "sträva efter att beakta" till "skall beakta". Ordalydelsen i lagen är "ska beakta".

578) Se Rautiainen 2016.

2004/17/EG. Tilldelningskriterierna behandlades även i skälen 89–94 i direktiv 2004/18/EG och 94–99 i direktiv 2004/17/EG. I artikel 67.1 i direktiv 2004/18/EG och artikel 82.1 i direktiv 2004/17/EG angavs att en tilldelning ska baseras på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I 67.2 första stycket direktiv 2004/18/EG och artikel 82.2 första stycket direktiv 2004/18/EG klargjordes att vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska avgöras ur den upphandlande myndighetens eller enhetens synvinkel på basis av priset eller kostnaden och får innefatta bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Därtill angavs att bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska bedömas utgående från kriterier såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter eller sociala aspekter, som är kopplade till föremålet för kontraktet.⁵⁷⁹⁾

Förutom att ange att tilldelningen skulle baseras på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet talar artiklarna om tre begrepp, priset, kostnaden och det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Av artikeltexten går det inte att entydigt utläsa hur dessa begrepp förhåller sig till varandra eller vilka de egentliga tilldelningskriterierna är. I skäl 90 första stycket i direktiv 2004/18/EG och skäl 95 första stycket i direktiv 2004/17/EG anfördes dock att det bör uttryckligen anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bör bedömas utifrån det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, som alltid bör inbegripa ett pris- eller kostnadselement. I samma skäl angavs vidare att det likaså bör klargöras att en sådan bedömning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet också kan göras på grundval av antingen enbart pris eller enbart kostnadseffektivitet. En tolkning av artiklarna utifrån skältexterna talar således för att det finns tre separata grunder för utvärdering. Denna tolkning har också stöd i artikel 67.2 tredje stycket i direktiv 2004/18/EG och artikel 82.2 tredje stycket i direktiv 2004/17/EG, där det angavs att medlemsstaterna får föreskriva att upphandlande myndigheter och enheter inte får använda enbart priset eller kostnaden som

579) Se även HFD 5.9.2016/3670 och Marknadsdomstolen 548-549/13, där fråga var om ställande av tilldelningskriterier och ändring av poängsättning i efterhand och sv. Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6215-11, där domstolen konstaterade att den upphandlande myndigheten har vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet frihet att välja vilka kriterier som ska värderas förutsatt att den upphandlande myndigheten inte får en obegränsad valfrihet och att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna iakttas.

det enda tilldelningskriteriet.⁵⁸⁰⁾ Vilken grund för utvärdering som bör användas i en upphandling kunde avgöras av de upphandlande myndigheterna och enheterna utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

I Sverige ansåg Lagrådet att det är oklart vad som egentligen avses med begreppet tilldelningskriterier och på vilket sätt begreppet i fråga relaterar till begrepp som grunder, livscykelkostnader eller kostnadseffektivitet. Därtill avsåg Lagrådet det inte heller vara klart hur begreppet tilldelningskriterier förhåller sig till specifikationer och tekniska krav. Eftersom begreppet är av så central betydelse i upphandlingslagstiftningen borde det enligt Lagrådet vara klart och tydligt definierat samt även avgränsat mot andra begrepp som är centrala i upphandlingen.⁵⁸¹⁾

I det tidigare direktivet 2004/18/EU användes å ena sidan det överordnade begreppet ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och å andra sidan de tre olika grunderna, pris, kostnad och bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, vilka omfattas av det överordnade begreppet. Utvärdering med pris som grund motsvarar begreppet *lägsta pris* i direktivet 2004/18/EU. Grunden kostnad ska enligt direktivet 2014/24/EU beräknas genom en analys av kostnadseffektiviteten, till exempel genom en analys av livscykelkostnader. Här kan då också inkluderas kostnader som hör ihop med anskaffningen av varan eller tjänsten men som inte ingår i det pris som leverantören uppgett. Gällande grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska den bedömas på basis av tilldelningskriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, d.v.s. kvalitets-, miljö- eller sociala aspekter. I enlighet med direktiv 2014/24/EU, skäl 92 bör emellertid tilldelning av kontrakt inte uteslutande basera sig på andra kriterier än kostnader, vilket betyder att kvalitetskriterierna ska följas av kostnadskriterier som gäller priset eller kostnadseffektiviteten. En utvärdering utgående från bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska alltså även omfatta en

580) Sv. Lagrådsremiss 2015, s. 723.

581) Se sv. prop. 2015/16:195, s. 70.

bedömning av priset eller kostnaden genom till exempel livscykelkostnader. Emedan priset utgör en del av det utvidgade kostnadsbegreppet innebär det att en utvärdering på basis av bästa förhållandet mellan pris och kvalitet också omfattar priset.⁵⁸²⁾

Frågan om tilldelnings- eller utvärderingskriterierna har rönt störst uppmärksamhet i debatten om möjligheten att beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling. Debatten har framförallt handlat om vad som kan tas i beaktande inom kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Längre gällde debatten hur domen i det s.k. *Beentjes*-målet, C-31/87, skulle tolkas. I fallet konstaterade dåvarande EG-domstolen att granskningen av anbudsgivarnas lämplighet och avgörandet av anbudstävlingen utgör två skilda åtgärder på vilka även ska tillämpas olika rättsregler. Det krav som den upphandlande enheten ställt gällande sociala hänsyn att sysselsätta långtidsarbetslösa, ansågs som en skild kategori vid sidan om de tekniska specifikationerna och utvärderingskriterierna, s.a.s. såsom särskilda villkor i avtalet som också bör vara icke-diskriminerande och meddelas i upphandlingsannonsen.⁵⁸³⁾ I ett senare fall, *Nord-Pas-de Calais*, C-225/98, godkände EU-domstolen förekomsten av ett tilldelningskriterium som anknöt till en lokal åtgärd att bekämpa arbetslösheten. Fallet gällde utförande av skolbyggnader i Frankrike och anställande av arbetskraft genom ett lokalt sysselsättningsprojekt. EU-domstolen ansåg att uppräknningen av tilldelningskriterier i artikel 30, direktiv 93/37 inte var fullständig, utan att även kriteriet sociala hänsyn kunde ingå förutsatt att EG-rättsliga krav på öppenhet och icke-diskriminering samt förfaranderegler tagits i beaktande. Principen om icke-diskriminering förutsätter bland annat att krav på sysselsättning som används som specialvillkor inte kan begränsas till nationella eller lokala arbetslösa. Och eftersom villkoren för genomförandet

582) Se även sv. prop. 2015/16:195, s. 71.

583) Se mål C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna*, 20.9.1988. Se Kalima 2001, s. 205, Pekkala et al. 2017, s. 53 och även Ukkola 2011, s. 328 och Sundstrand 2006a, ss. 76–79. Bl.a. Bruun anser att det i upphandlingsdirektivtexten finns ett visst utrymme för sociala hänsyn, se Bruun 2000, s. 448.

av upphandlingskontraktet kan ha betydelse för innehållet i anbuden och t.ex. anbudspri-
serna, bör de anges på förhand i upphandlingsannonsen eller i förfrågningsunderlaget, så
att anbudsgivarna kan beakta dem då anbuden utarbetas.⁵⁸⁴⁾

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan fatta ett upphandlingsbeslut utgående
från ett kriterium om bekämpande av arbetslöshet, ifall man har värderat ett eller flera
likvärdiga anbud. Men ett kriterium gällande bekämpande av arbetslöshet, som inte ank-
nyter till föremålet för upphandlingen, kan endast tas i beaktande som ett tillkommande
kriterium, så att man kan välja det bästa anbudet av likvärdiga anbud.⁵⁸⁵⁾

I det nya upphandlingsdirektivet 2014/24/EU nämns också i ingressen uttryckligen att
man för att bättre integrera sociala hänsyn i offentliga upphandlingar ska tillåta de upp-
handlande myndigheterna och enheterna att ta med sociala hänsyn i tilldelningskriterierna
för de ekonomiskt sett mest fördelaktiga anbuden och som då gäller arbetsvillkoren för
de personer som direkt deltar i själva produktionsprocessen eller också i tillhandahållan-
det av tjänsten. Egenskaperna som det är fråga om får då endast avse hälsoskydd för de
personer som medverkar i produktionsprocessen eller också främjandet av social integ-
ration för missgynnade personer eller medlemmar i så kallade sårbara grupper bland så-
dana personer som erhållit uppdraget att fullgöra kontraktet, såsom även tillgänglighet
för personer med olika funktionshinder. Tilldelningskriterierna bör i alla fall begränsas
till sådana egenskaper som har direkta konsekvenser för personalen i den arbetsmiljö som
den är verksam i. För tjänstekontrakt ska också gälla att det bör vara tillåtet för de upp-
handlande myndigheterna och enheterna att använda organisationens kvalifikationer och
den kontraktsutförande personalens erfarenheter som ett tilldelningskriterium, eftersom

584) Mål C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais (Kommissionen mot Frankrike)*. Se även RP 50/2006, ss. 96–97.

585) Bruun anser det svårt att finna ett direkt samband mellan föremålet för upphandlingen och ett tilldel-
nings- eller utvärderingskriterium gällande exempelvis sysselsättningsåtgärder, se Bruun 2000, s. 451. Se
även RP 50/2006, ss. 96–97. Ett tillkommande kriterium kan användas som ett villkor på det sociala om-
rådet om det överensstämmer med de gemenskapsrättsliga principerna och i de fall två eller flera likvärdiga
anbud förekommer i upphandlingen. Kriteriet måste anges i annonsen om upphandling.

det kan inverka på kvaliteten på fullgörandet av kontraktet och följaktligen också på det ekonomiska värdet på anbudet.⁵⁸⁶⁾

Vid upphandling av tjänster kan man till exempel konkret bedöma anbudsgivarens kapacitet att utföra tjänsterna mot bakgrund av deras yrkesmässiga färdigheter, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.⁵⁸⁷⁾ Ifall den upphandlande myndigheten eller enheten i kontraktet kräver särskild kompetens på det sociala området, kan man också använda krav på särskild erfarenhet vid bedömningen av anbudsgivarnas tekniska kapacitet och kunnande, såsom till exempel erfarenhet av att ordna utbildning för långtidsarbetslösa eller erfarenhet av att förestå ett daghem.

Den upphandlande myndigheten och enheten kan också ställa villkor som innebär att leverantören ska utföra kontraktet så att det främjar jämställdhet mellan könen eller mångfald gällande etniskt ursprung. Det kan dock te sig svårt för myndigheten att kontrollera att villkoren verkligen blir uppfyllda. Förutsättningarna för att ställa särskilda kontraktsvillkor måste dock vara uppfyllda. Nämnas kan att också i enlighet med artikel 12 i europeiska jämställdhetsdeklarationen, CEMR, ska den upphandlande myndigheten och enheten, förutsatt att enheten ifråga anslutit sig till deklarationen, också se till att den leverantör som vinner en upphandling har samma ansvar för att säkerställa och främja jämställdhet som den upphandlande myndigheten eller enheten själv skulle ha haft ifall man tillhandahållit tjänsten själv.⁵⁸⁸⁾

586) Direktiv 2014/24/EU.

587) Bl.a. art 32.1 i direktiv 92/50/EEG och mål C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna*, 20.9.1988, punkt 37.

588) Artikel 12 europeiska jämställdhetsdeklarationen, CEMR. Den europeiska deklarationen om jämställdhet mellan kvinnor och män på lokal och regional nivå är riktad till lokal- och regionalförvaltningarna i Europa. Dessa uppmanas underteckna deklarationen att offentligt ta ställning för jämställdhetsprincipen och inom sina områden fullgöra sina åtaganden enligt deklarationen. Varje myndighet som undertecknat deklarationen förbinder sig att främja dess implementering genom att upprätta en jämställdhetsplan. I planen redovisas prioriteringar och åtgärder samt de resurser myndigheten anvisar för ändamålet. Vidare förbinder sig varje myndighet som undertecknat deklarationen att samarbeta med alla institutioner och aktörer inom sitt område i syfte att uppnå verklig jämställdhet. Deklarationen har utarbetats inom ramen för ett projekt som genomfördes av de europeiska kommun- och regionförbundens samarbetsorganisation CEMR (Council of European Municipalities and Regions).

Det är även möjligt att använda tillgänglighetsfaktorer som tilldelningskriterier eller som särskilda kontraktsvillkor. Begreppet tillgänglighet beskriver hur egenskaperna hos en miljö, en vara eller en tjänst underlättar för personer med funktionsnedsättning att delta på lika villkor som alla andra. Ifall ett särskilt kontraktsvillkor ställs, kan det innebära att leverantören som tilldelas kontraktet bör kommunicera med beställaren om hur produkten eller tjänsten bäst kunde vidareutvecklas för att öka tillgängligheten. Den upphandlande myndigheten eller enheten måste naturligtvis å sin sida bedöma proportionaliteten i villkoret, till exempel om villkoret är lämpligt och effektivt för att uppnå sitt syfte.

Såsom även påpekas i den sv. propositionen 2015/16:195 gäller att i valet mellan att uppställa ett krav som tilldelningskriterium eller kontraktsvillkor ska en upphandlande myndighet eller enhet till exempel väga in att tilldelningskriterierna, i och med att de innebär att man jämför anbudena med varandra, inte utgör någon garanti att man får det man efterfrågar. Den anbudsgivare som vinner kan få höga poäng på andra områden som gör att denne får kontraktet. Kontraktsklausuler gäller däremot lika för alla anbudsgivare.⁵⁸⁹⁾

I upphandlingar som överstiger EU:s tröskelvärden bör den upphandlande myndigheten och enheten ge vikt åt de olika anbudens utvärderingskriterier. Till exempel gällande ett socialt kriterium såsom sysselsättning bör man ge vikt åt detta i anbudens utvärderingskriterier, eftersom det annars inte framkommer i jämförelsen av anbudena. Det är här också av betydelse att den vikt den upphandlande myndigheten och enheten ger det sociala kriteriet står i rätt proportion i förhållande till andra kriterier. Ifall man betonar det sociala kriteriet i alltför hög grad, uppkommer det en risk att man inte får något anbud överhuvudtaget eller att anbudena är för dyra i förhållande till de tillgängliga resurserna.⁵⁹⁰⁾

589) Se sv.prop. 2015/16:195, del 2, s. 87.

590) Se även Pekkala & Pohjonen 2015, s. 374.

I 93 § UpphL stadgas att det anbud ska väljas som för den upphandlande enheten har det lägsta priset, är kostnadsmässigt mest fördelaktigt eller har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Den upphandlande enheten kan fastställa sådana jämförelsegrunder mellan förhållandet pris och kvalitet som gäller kvalitativa, samhällseliga eller sociala, miljöaspekter eller innovativa egenskaper, förutsatt att de är kopplade till föremålet för upphandlingen. Därtill föreslås att om den upphandlande enheten, i andra än varuupphandlingar, använder endast det lägsta priset som kriterium för vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt så bör man ange skälen till detta i upphandlingsdokumenten, i upphandlingsbeslutet eller i rapporten om upphandlingsförfarandet.⁵⁹¹⁾

Denna motiveringsskyldighet är ett nationellt tillägg som inte grundar sig direkt på upphandlingsdirektivet utan på dess målsättningar att betona kvalitetssynpunkter i upphandlingarna. Avsikten med det föreslagna stadgandet är enligt motiveringarna att fästa den upphandlande enhetens uppmärksamhet vid särskilt de kvalitativa aspekterna. Ifall den upphandlande enheten använder endast det lägsta priset som kriterium för vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt i andra än varuupphandlingar, så bör det göras genomskinligt hur de kvalitativa aspekterna har tagits i beaktande i upphandlingen, till exempel då genom att beskriva hur man tagit i beaktande kvalitetsaspekter i lämplighetskriterierna gällande anbudsgivarna, i minimikraven för upphandlingen eller i de särskilda villkoren för upphandlingskontraktet. Det är upp till den upphandlande enheten hur man formulerar motiveringen i upphandlingsdokumentet.⁵⁹²⁾

De jämförelsegrunder som används ska enligt 93 § 5 mom. UpphL vara kopplade till föremålet för upphandlingen på det sätt som stadgas i 94 § UpphL, i enlighet med vilken jämförelsegrunder för förhållandet mellan pris och kvalitet är kopplade till föremålet för upphandlingen ifall de är kopplade till det kontrakt som gäller de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska tillhandahållas enligt kontraktet i alla avseenden och i alla faser

591) Arbets- och näringsministeriet 2015, ss. 220–223.

592) Se RP 108/2016, ss. 207–210 och *ibid*.

av deras livscykel. Jämförelsegrunderna får inte ge den upphandlande enheten obegränsad valfrihet och de bör vara icke-diskriminerande samt säkerställa möjligheterna till verklig konkurrens. Sålunda är det inte möjligt att ha jämförelsegrunder som gynnar särskilda anbudsgivare, som förutsätter förekomst av tidigare avtalsförhållande med den upphandlande enheten eller som är gynnande för en lokal leverantör. I princip kan man ställa höga krav, men de bör vara sakligt motiverade. EU-domstolens domar i målen C-31/87 *Beentjes*, C-324/93, *Evans Medical och Macfarlan Smith*, C-513/99 *Concordia Bus Finland* samt C-19/00 *SIAC Construction* är illustrerande exempel på gynnande av lokala leverantörer.⁵⁹³⁾ Kännedom om lokala förhållanden kan emellertid förutsättas, ifall föremålet för upphandlingen kräver det. Ett kriterium gällande lokalkännedom får dock inte ges sådan tyngd att det utgör ett hinder för nya företagare att ge anbud.⁵⁹⁴⁾

5.6. Kvalificering och uteslutning av leverantörer

Det bör finnas rätt starka skäl för att kunna diskvalificera anbudsgivare i offentlig upphandling. I enlighet med upphandlingslagstiftningen från 2007 har den upphandlande myndigheten och enheten till exempel kunnat be anbudsgivarna meddela att de tagit i beaktande rådande regler gällande anställningsskydd, arbetsvillkor och arbetsförhållanden när de gjort sitt anbud, d.v.s. även utan att man uttryckligen beaktar detta i anbudsförfrågan, villkoren etc.⁵⁹⁵⁾

Till exempel också reglerna om verksamhetsövergång kan tas med som ett villkor. Reglerna om verksamhetsövergång i arbetsavtalslagen (55/2001) är tvingande och har som syfte att trygga kontinuiteten i anställningsförhållandena då en viss verksamhet tas över av en annan arbetsgivare. Till exempel innebär reglerna att arbetstagaren ska erbjudas

593) Se RP 108/2016, s. 209–210 och även målen C-31/87, *Beentjes*, C-324/93, *Evans Medical och Macfarlan Smith*, C-513/99, *Concordia Bus Finland* samt C-19/00, *SIAC Construction*.

594) Se *ibid*.

595) Se § 50 UpphL och 1 kap. 17 § samt 6 kap. 9 § LOU och artikel 27 Direktiv 2004/18/ EG.

oförändrade arbetsvillkor under ett års tid. En överlåtelse av verksamheten får inte heller i sig utgöra en grund för en uppsägning. Den nya arbetsgivaren måste även tillämpa gällande kollektivavtal under ett års tid.

Den upphandlande myndigheten och enheten kan dock inte kräva av leverantörerna i samband med offentlig upphandling att de ska ha eller att de måste ingå kollektivavtal. Det skulle strida emot reglerna om offentlig upphandling, mot de grundläggande principerna och mot friheten att tillhandahålla tjänster,⁵⁹⁶⁾ men i enlighet med upphandlingslagstiftningen kan nog vissa villkor tillämpas i samband med offentlig upphandling.⁵⁹⁷⁾ Sådana utgörs till exempel av frågor om anställningsskydd och arbetsvillkor, som följer av rådande lagar, förordningar eller kollektivavtal, under förutsättning att dessa är förenliga med EU-lagstiftning och de grundläggande principerna.

I den svenska SOU 2014:51 konstaterade också att man i upphandlingsförfarandet kunde ställa sådana krav på arbetsförhållandena som ingår i kollektivavtalen, men att ställa krav på att leverantören skulle vara bunden av ett visst kollektivavtal strider mot EU-rätten.⁵⁹⁸⁾ I Sverige föreslogs det i SOU 2015:78 om Upphandling och villkor enligt kollektivavtal emellertid att det i samtliga tre svenska upphandlingslagar i bestämmelsen om de hänsyn en upphandlande myndighet bör beakta vid offentlig upphandling även införs att arbetsrättsliga hänsyn bör beaktas.⁵⁹⁹⁾ Enligt förslaget skulle en upphandlande myndighet få ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Den upphandlande myndigheten ska ställa dylika villkor då det är behövt med beaktande av den bransch som upphandlingen gäller och andra omständigheter som kan medföra risk för oskäligen

596) Bl.a. Tolkningsmeddelande KOM (2001) 566.

597) EU-direktiv 2004/18/EG, beaktandesats 34.

598) Se SOU 2014:51.

599) I den svenska regeringens lagrådsremiss om miljö-, sociala och arbetsrättsliga hänsyn är förslaget att den upphandlande myndigheten eller enheten ska kunna utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om man kan påvisa att tillämpliga miljö-, sociala eller arbetsrättsliga hänsyn inte beaktats, se Lagrådsremiss 2016, ss. 40–41.

arbetsvillkor. Då det är behövligt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras ska den upphandlande myndigheten ange lön, semester och arbetstid som sådana villkor, men villkoren kan också gälla annan ledighet än semester, försäkringar, tjänstepension eller andra villkor för arbetet. I enlighet med förslaget ska de särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt som ställs motsvara den lägsta nivå av förmåner som gäller enligt kollektivavtal. Ifrågavarande villkor ska ange de förmåner som arbetstagare minst ska tillförsäkras då arbete utförs i enlighet med kontraktet.⁶⁰⁰ I den svenska upphandlingslagen (2016:1145) stadgas det i 4. kap 3 § att en upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.⁶⁰¹ Därtill kan en upphandlande myndighet besluta att en leverantör inte ska kunna tilldelas ett kontrakt ifall anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter i enlighet med 16 kap. 9 §.⁶⁰²

Det svenska Lagrådet och även Upphandlingsmyndigheten efterfrågade dock förtydliganden vad som avses med *tillämpliga* arbetsrättsliga skyldigheter. I den svenska propositionen 2015/16:195 sägs att miljöskyldigheter, sociala skyldigheter och arbetsrättsliga skyldigheter är sådana som är tillämpliga på den ort där byggtreprenaden utförs eller tjänsterna tillhandahålls, och de kan följa av lagar eller kollektivavtal både på nationell nivå och på unionsnivå. För svensk del medför detta att lagar och kollektivavtal avgör vilka arbetsrättsliga skyldigheter som är tillämpliga. Det är då villkoren som kollektivavtalen ställer som den upphandlande myndigheten ska ha som villkor i upphandlingen och inte avtalen i sig själva.⁶⁰³

600) Se SOU 2015:78, ss. 108–131.

601) I den svenska propositionen ansågs att obligatoriet att ställa arbetsrättsliga villkor ska kombineras med en behövlighetsbedömning, d.v.s. det bör vara obligatoriskt att ställa vissa särskilda villkor för fullgörande av kontrakt ifall det anses som behövligt, se sv.prop. 2015/16:195, s. 93.

602) Se sv. prop. 2015/16:195, 4 . kap. 3 § och 16 kap. 9 §.

603) Se sv. Finansutskottets betänkande 2016/17:FiU7, ss. 46–48.

Såsom även påtalas i den svenska propositionen 2015/16:195 så är frågan om att ställa krav enligt kollektivavtal emellertid till vissa delar problematisk. Det är både arbetsrättsliga och upphandlingsrättsliga bestämmelser som reglerar området i fråga. I upphandlingslagstiftningen är de grundläggande principerna bl.a. principerna om likabehandling, öppenhet och förutsebarhet, medan anställningsvillkor framförallt regleras av parterna på arbetsmarknaden via kollektivavtal. Arbetsmarknadsparterna förfogar över sina avtal, vilket innebär att utgångspunkten är att avtalen inte är allmänt tillgängliga. Å andra sidan kan de kollektivavtal som gjorts allmänt tillgängliga utgöra goda underlag för ställandet av krav vid offentlig upphandling. Anställningsvillkor som bestämts i enlighet med den svenska arbetsmarknadsmodellen innebär redan i sig ett socialt skydd för arbetstagarna och konkurrens på samma villkor.⁶⁰⁴⁾ Att ta arbetsrättsliga hänsyn handlar emellertid inte endast om det sociala skyddet för arbetstagarna. Sådana leverantörer som sköter sig bör inte heller utsättas för risk för illojal konkurrens av leverantörer som vinner ekonomiska fördelar genom att konkurrera med dåliga anställningsvillkor. Arbetsrättsliga hänsyn främjar i det hänseendet en likabehandling av leverantörer och en sund konkurrens.⁶⁰⁵⁾

Den svenska riksdagen avslog emellertid i sitt beslut om nytt regelverk om upphandling H401/FiU7 den svenska regeringens förslag i prop. 2015/16:195 17. kapitlet 2 § och 3 § om särskilda arbetsrättsliga villkor, 4 § om arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt och 5 § om hur leverantören uppfyller de arbetsrättsliga villkoren.

Den svenska riksdagen avslog således de delar av propositionen som gällde att de upphandlande myndigheterna vid behov skulle kunna ställa krav på arbetstid, lön och semester för leverantörernas personal. I enlighet med den svenska regeringens förslag skulle dylika krav ställas i slutskedet av upphandlingen, men den svenska riksdagen ansåg att

604) Se sv. prop. 2015/16:195, del 2, ss. 90–91.

605) Se även sv. prop. 2015/16:195, del 2 s. 89. Se även The National Agency for Public Procurement 2017, ss. 86-91.

det skulle vara svårt att genomföra i praktiken samt att det kunde medföra oanade konsekvenser, till exempel kunde det bli svårare för små- och medelstora företag att delta i upphandlingar.⁶⁰⁶⁾

Det svenska finansutskottet ansåg i sitt betänkande, 2016/17:FiU7, att förslaget i fråga bland annat kunde innebära att:

- 1) företag som inte är kollektivanslutna kan bli missgynnade då de kan vara tvungna att erbjuda sina anställda bättre villkor än vad som följer av kollektivavtal då avtalen ger möjlighet att avtala bort vissa förmåner. Dylika krav, ansåg finansutskottet, kan slå hårt mot små- och medelstora företag som saknar kollektivavtal. En följd kan då vara att företag avstår från att delta i offentliga upphandlingar;
- 2) företag kan även bli missgynnade beroende på vilket kollektivavtal de tillämpar, ehuru det skulle räcka att tillämpa villkor som motsvarar ett alternativt centralt kollektivavtal istället för de avtal som den upphandlande myndigheten valt;
- 3) det kan uppstå en konflikt gällande tolkningsföreträdet av kollektivavtalen, då de upphandlande myndigheterna själva skulle tolka innehållet i avtalen och flera olika domstolar kan komma att tolka potentiella tvister. Då olika kollektivavtal ska jämföras kan även problem uppstå, eftersom alla kollektivavtal inte är offentliga.⁶⁰⁷⁾

Den svenska riksdagen avslög även förslaget om att ge upphandlande myndigheter rätt att ställa krav på att företagen skulle erbjuda sina anställda försäkringar och tjänstepension.⁶⁰⁸⁾ Den svenska regeringen hade också gjort den bedömningen att det i detta läge inte är lämpligt eller rättsligt möjligt att föreslå lagstiftning på upphandlingsområdet som generellt skulle kräva att tjänstepensioner och försäkringar ska ingå i de villkor som ska vara obligatoriska att ställa vid offentlig upphandling. Men man ville ha kvar möjligheten att ställa sådana villkor vid behov, om det är lämpligt och rättsligt möjligt. Den svenska riksdagen ansåg emellertid att det finns en risk att svenska företag missgynnas eftersom ifrågasvarande regler inte är lika omfattande i EU-rätten. Det svenska finansutskottet framförde i sitt betänkande, 2016/17:FiU7, även att många försäkringar enbart är tillgängliga

606) Se sv. riksdagens beslut H401/FiU7.

607) Se sv. Finansutskottets betänkande, 2016/17:FiU7, ss. 58–60.

608) Se *ibid.*

genom kollektivavtal, vilket kunde medföra att företag med goda arbetsvillkor som önskar delta i offentliga upphandlingar inte skulle kunna göra det utan att ansluta sig till kollektivavtal.⁶⁰⁹⁾

En ny svensk proposition om arbetsrättsliga villkor vid upphandling, RP 2016/17:163, lades emellertid fram 16 mars.2017. Där anges att villkor som gäller lön, semester och arbetstid ska ställas om det är nödvändigt och om de går att fastställa. De villkor som leverantören minst måste uppfylla ska anges enligt den lägsta nivå som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige. Villkoren får inte anges till en lägre nivå än vad lagen stipulerar. Förslagen trädde i kraft 1 juni 2017. I 4 kap. 3 § svenska LOU stadgas nu att en upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta. I den finska UpphL 2 § 2 mom. om lagens ändamål förekommer inte skyldigheten att beakta arbetsrättsliga hänsyn uttryckligen, utan enbart med beaktande av miljöaspekter och sociala aspekter. Förpliktelserna i fråga grundar sig på artikel 18.2 i direktivet 2014/24/EU. Enligt artikel 18.2 ska medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att leverantörerna vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i EU-rätten. Bestämmelserna i 2 § 2 mom. finska UpphL har emellertid karaktären av en rekommendation.⁶¹⁰⁾

I några rättsfall har också frågan om krav på kollektivavtal varit aktuell, till exempel enligt ett domslut i Kammarrätten i Stockholm missgynnades vissa leverantörer på grund av villkor som gällde bundenhet till kollektivavtal. Villkoret ansågs stå i strid med de

609) Se sv. Finansutskottets betänkande, 2016/17:FiU7, ss. 58–60. I ett debattinlägg till svenska riksdagens beslut om nytt regelverk för offentlig upphandling, anser Parul Sharma och Theo Jaekel verksamma vid advokatbyrå Vinge, att kraven på leverantörer att respektera ILO:s kärnkonventioner hamnat i skuggan av den polariserade debatten om krav på kollektivavtalsliknande villkor. Att det är möjligt för upphandlande myndigheter att ställa arbetsrättsliga krav i linje med ILO:s kärnkonventioner har redan tidigare klarlagt genom rättspraxis från EU-domstolen och nu direktivet 2014/24/EU. Utmaningen är snarare hur kraven ska ställas samt i vilken fas av upphandlingsprocessen, se Upphandling24, 2.12.2016.

610) Se RP 108/2016, ss. 71–72.

grundläggande principerna för offentlig upphandling.⁶¹¹⁾ I ett mål i länsrätten i Skåne fann domstolen likaledes att ett krav i förfrågningsunderlaget om att vårdgivare bör teckna kollektivavtal inte var förenligt med de grundläggande principerna inom offentlig upphandling.⁶¹²⁾ Också enligt länsrätten i Hallands län stred kommunfullmäktiges beslut om kollektivavtal som krav vid upphandling mot de grundläggande principerna inom offentlig upphandling.⁶¹³⁾ Också i ett finskt rättsfall från Marknadsdomstolen konstaterades att det strider mot proportionalitets- och icke-diskrimineringsprincipen att i upphandlingsförfarandet förutsätta att en anbudsgivare ska följa ett visst kollektivavtal eller tillhöra ett visst fackförbund.⁶¹⁴⁾

Ifall en leverantör skulle ha gjort sig skyldig till brott mot t.ex. yrkesetiken enligt en lagakraftvunnen dom eller i övrigt gjort allvarliga fel i yrkesutövningen, kan denne uteslutas från upphandlingskontrakt.⁶¹⁵⁾ Här gäller att frågan om vad som utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen alltid i första hand bör avgöras av nationell rätt, varvid det kan t.ex. gälla kollektivavtalsvillkor, arbetsmiljöbestämmelser osv. Även bristande efterlevnad av nationella bestämmelser för genomförande av EU:s direktiv om likabehandling av arbetstagare 2000/78/EG, som lett till beslut med likvärdig effekt som en lagakraftvunnen dom, kan ses som ett allvarligt fel i yrkesutövningen hos en leverantör.⁶¹⁶⁾ Sådana grunder till uteslutning ska alltid tolkas restriktivt. Dock gäller det att användningen av ifrågavarande bestämmelser om uteslutande inte är obligatorisk för den upphandlande myndigheten eller enheten.⁶¹⁷⁾

611) Se Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1713-1995. Kammarrätten i Stockholm ansåg att det stred mot den dåvarande affärsmässighetsprincipen i ÄLOU (1992:1528) ifall man krävde att en leverantör skulle vara bunden av ett kollektivavtal för att få delta i upphandlingen. Se även Rosén-Andersson et al 2015, s. 366.

612) Se Länsrätten i Skåne, mål nr 5538-09.

613) Se Länsrätten i Hallands län, mål nr 2434-05.

614) Se Marknadsdomstolen, MD:138/14.

615) Bl.a. artikel 45 Direktiv 2004/18/EG och Regeringsrätten, målnummer 567-10, 10.9.2010.

616) Även Sundstrand 2015, s. 110.

617) Se KOM/2001/0566, s. 6.

Å ena sidan innehåller direktiven en diger förteckning över situationer då den anbudssökandes eller anbudsgivares personliga omständigheter kan medföra att vederbörande utesluts från deltagande i upphandlingsförfarandet, men å andra sidan föreskriver direktiven att anbudssökandes eller anbudsgivarens respektive lämplighet att delta i en upphandling ska bedömas utgående från deras ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet.⁶¹⁸⁾ Hänsyn får alltså tas till anbudsgivarens så kallade sociala förmåga endast om den styrker vederbörandes tekniska kapacitet att fullgöra det aktuella kontraktet.

Sociala hänsyn som den upphandlande myndigheten eller enheten kan be anbudsgivarna eller leverantörerna att beakta är enligt art. 26 direktiv 2014/24/EU, t.ex.

- a) att anställa arbetslösa, särskilt långtidsarbetslösa eller att förverkliga utbildningsåtgärder för arbetslösa eller ungdomar som en del av den erbjudna prestationen,
- b) att en viss andel av den personal som förverkligar tjänsten eller levererar varan, är personer i sämre ställning, t.ex. arbetslösa, fysiskt eller psykiskt handikappade, offer för familjevåld, arbetslösa ensamförsörjare, invandrare etc,
- c) att anställa handikappade, som överstiger det antal som lagstiftningen i landet i fråga förutsätter,
- d) att förverkliga åtgärder, vilkas syfte är att främja jämställdheten mellan kvinnor och män eller etnisk mångfald,
- e) att vid entreprenadkontrakt försäkra sig om åtgärder där man undviker arbetsolyckor och förutsätta riktig förvaring av farliga produkter för att skydda arbetstagnas hälsa och säkerhet, samt
- f) att också underleverantörer tar sociala hänsyn, såsom t.ex. förbud mot användning av barnarbetskraft, hälso- och säkerhetskrav, skyldigheter gällande minimilön, och socialskydd och övriga normer gällande människovärdigt arbete.

Av Marknadsdomstolens dom MD:6/11 framgår att en anbudsgivare utesluts p.g.a. att han försummat skyldigheten att betala skatt och socialskyddsavgifter. Marknadsdomstolen betonar iakttagande av proportionalitetsprincipen och beaktande av brottets och försummelsens allvarlighet. Likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen förutsätter att grunderna för avstängning tillämpas jämlikt å avseende på kandidater och

618) Jämför art 15 i direktiv 93/36/EEG, art 18 i direktiv 93/37/EEG, art 23 i direktiv 92/50/EEG och art 31.1 i direktiv 93/38/EEG.

anbudsgivare. Av EU-domstolens dom i mål C-549/13 *Bundesdruckerei* framkom att EU-domstolen tagit ställning till frågan om det är möjligt att ställa krav på viss minimilön i situationer då tjänsterna som skall utföras enligt kontraktet, skall komma att utföras av ett utländskt företag i ett annat EU-land. Domstolen fastslog att det inte är proportionerligt att ålägga underleverantörer i andra medlemsländer att betala minimilön i det medlemsland som den upphandlande myndigheten tillhör. Principen är annan om t.ex. ett utländskt företag utför arbete för finska upphandlande myndigheter i Finland.⁶¹⁹⁾ Enligt Bruun kan dessa dock inte utgöra direkta kvalifikationskriterier, eftersom det knappast går att utesluta anbudsgivare enbart på grund av att de inte tagit tillräckligt med hänsyn till sådana krav, om inte förfarandena även visar sig vara allvarliga fel i yrkesutövningen.⁶²⁰⁾

Enligt upphandlingsdirektiven kan en anbudsgivare uteslutas om denne inte t.ex. fullgjort sina skyldigheter att erlägga socialförsäkringsavgifter enligt lagstiftningen i det land där denne är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten eller enheten finns.⁶²¹⁾ Det kan således finnas fall då en anbudsgivare utesluts från deltagande i offentlig upphandling på grund av att anbudsgivaren har brutit mot lagstiftning på det sociala området, under förutsättning att lagöverträdelsen enligt nationell rätt utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen eller ett brott mot yrkesetiken, till exempel kan det vara fråga om försummelse att följa bestämmelser om likabehandling, säkerhet eller hälsa eller särskilda bestämmelser som berör vissa samhällsgrupper. Till exempel kan en upphandlande myndighet eller enhet utesluta en nationell anbudsgivare som inte har en jämställdhetsplan, fastän skyldighet därtill föreligger enligt nationell lag, under förutsättning att det betraktas som ett allvarligt fel i medlemsstaten att inte ha uppgjort en dylik plan.

619) Se Marknadsdomstolen MD:6/11, Dnr: 171/09/JH, 4.1.2011 och mål C-549/13 *Bundesdruckerei*,

620) Se Bruun 2000, s. 447.

621) Bl.a. art 20 e i direktiv 93/36/EEG och art 24 i direktiv 93/37/EEG.

Dock finns det varken i gemenskapsrätten eller i traditionell rättspraxis någon klar definition på allvarligt fel i yrkesutövningen. Sålunda är det medlemsstaternas sak att definiera begreppet i sina nationella lagstiftningar och sedan avgöra ifall det är ett allvarligt fel i yrkesutövningen att försumma fullgörelsen av vissa skyldigheter på det sociala området.⁶²²⁾

Själva begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar bland annat olika typer av lag- och andra regelöverträdelser som inte är straffrättsligt sanktionerade, det vill säga att inte anses brottsliga och inte kan leda till att någon enskild person döms till fängelse eller böter. Det kan gälla till exempel överträdelser av miljölagstiftning eller konkurrensrättsliga förbud i 2 kapitlet finländska Konkurrenslagen (948/2011).

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan bedöma från fall till fall huruvida det är lämpligt att kräva att kollektivavtalsenliga anställningsvillkor bör gälla vid utförandet av ett kontrakt. Krav som gäller villkor i kollektivavtal är dock bäst lämpade som särskilda kontraktsvillkor och bör då också naturligtvis vara förenliga med bland annat de grundläggande EU-rättsliga principerna om proportionalitet och likabehandling.⁶²³⁾

Bestämmelsen i 80 § UpphL motsvarar i stort 53 § i lagen från 2007. Enligt 80 § kan en anbudsgivare eller -sökande uteslutas ur anbudsförfarandet om denne, en ledamot i dess förvaltnings-, styrelse- eller kontrollorgan eller en person som är behörig att företräda,

622) Se artikel 55 KOM (2011) 896.

623) Arrowsmith gör en indelning i 3 huvudgrupper för sådana kriterier som egentligen går utöver själva kontraktutförandet. För det första ställs det sådana kriterier som ställer krav på anbudsgivarnas verksamhet som en helhet, såsom till exempel uteslutande av företag som inte har explicita riktlinjer för jämlikhet bland personalen eller uteslutande av företag som idkar affärsverksamhet med icke-önskvärda länder. För det andra ställs kriterier som i och för sig inte strävar till att ändra anbudsgivarnas verksamhetsätt, men nog stöda åtaganden med särskilda kännetecken, såsom tilldelningspreferenser för små eller mikroföretag eller företag som ägs eller drivs av mindre bemedlade grupper eller handikappade. För det tredje ställs det så kallade kompensationskriterier, som förutsätter att anbudsgivarna ska erbjuda fördelar för det omkringvarande samhället, till exempel genom att ordna med faciliteter och dylikt, som inte nödvändigtvis hör ihop med själva kontraktet, se Arrowsmith 2010, ss. 149–186.

fatta beslut om, eller kontrollera anbudssökanden eller anbudssökanden genom en lagakraftvunnen dom som framgår av straffregistret dömts till fängelsestraff för brott såsom deltagande i en organiserad kriminell sammanslutnings verksamhet, givande eller grovt givande av muta, skattebedrägeri, penningtvätt, brott som begåtts i terroristiskt syfte, finansiering av terrorism, mänskohandel eller arbetarskyddsbrott.⁶²⁴⁾ Utöver detta skulle även gälla att en anbudsgivare eller anbudssökande kan uteslutas enligt de grunder som anges i EU:s lagstiftning, såsom deltagande i en kriminell organisation, korruption, bedrägeri, terroristbrott, penningtvätt eller barnarbete. Även ifall den anbudssökande eller anbudsgivaren åsidosatt sin skyldighet att betala skatter eller socialskyddsavgifter i Finland eller i etableringslandet kan en uteslutning bli aktuell. Men om det gått mer än 5 år sedan den lagakraftvunna domen meddelades får en uteslutning inte ske. Av fi. HFD:s dom i mål 9.6.2015/1611 framkom att en upphandlande enhet med stöd av 54 § 1 mom., 5 punkten, i UpphL kunde utesluta ändringssökanden ur anbudsförfarandet på den grunden att ändringssökanden hade obetalda skatter, även om ändringssökanden hade avtalat med skattemyndigheten om ett betalningsarrangemang för skatterna.⁶²⁵⁾

I 81 § UpphL (1397/2016) stadgas om av prövning beroende grunder för uteslutning. Enligt 5. punkten ska den upphandlande enheten kunna utesluta en sådan anbudssökande eller anbudsgivare som har försummat sina miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Därtill ska kravet vara att den upphandlande enheten bör styrka detta. Den föreslagna bestämmelsen baserar sig på artikel 57.4 i direktiv 2014/24/EU. Avsikten med bestämmelsen är att förhindra att anbudssökandens eller anbudsgivarens otillförlitlighet och agerande i strid med lagstiftningen medför risker för möjligheterna att fullfölja upphandlingskontraktet. De förseelser som den föreslagna 5 punkten avser kan utgöras av

624) I remissvaren till betänkandet reagerades särskilt på förslaget att inkludera arbetsbrott enligt 47. kap SL som obligatorisk grund för uteslutning i den nya upphandlingslagen. Löntagarorganisationerna understödde förslaget medan företrädare för näringslivet var av den åsikten att det kunde försvåra möjligheterna för leverantörerna att delta i anbudsförfaranden och förorsaka problem gällande diskriminering mellan å ena sidan finländska företag och sammanslutningar som omfattas av den finländska strafflagen och å andra sidan leverantörer som är etablerade i andra EU-medlemsländer. Se mer RP 108/2016, s. 67.

625) Se RP 108/2016, ss. 185–188 och Arbets- och näringsministeriet 2015, ss. 345–346. Se också rättsfall från fi. HFD 9.6.2015/1611. Se Määttä & Voutilainen 2017, ss. 101-102.

bl.a. brott mot jämställdhetslagstiftningen, miljöbrott i 48 kap. i strafflagen samt underlåtenhet att iaktta regler om tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, regler om arbetsförhållanden eller arbetarskydd eller arbets- eller tjänstekollektivavtal.⁶²⁶⁾

Likaledes som gällande de övriga uteslutningsgrunderna i 80 § och 81 § UpphL så kräver även de uteslutningsgrunder som förekommer i 5 punkten att det är fråga om en väsentlig och allvarlig förseelse. Bestämmelsen i 81 §, 5 punkten, UpphL kan komma att bli tillämplig på förseelser som visar att arbetsgivarföretaget uppenbart förhåller sig likgiltigt till entydiga och klara föreskrifter och förpliktelser i ett kollektivavtal. Domstolsprocesser om kollektivavtal är relativt vanliga, eftersom förpliktelser och föreskrifter som förekommer i kollektivavtal kan vara mångtydiga, vilket gör det att parterna måste föra avtalet till domstolen för tolkning.⁶²⁷⁾

Bestämmelserna i artikel 57.2 första stycket i direktivet 2014/24/EU stadgar att en leverantör ska uteslutas om förutsättningarna för uteslutning finns. I enlighet med andra stycket i samma artikel får en leverantör uteslutas om skäl för uteslutning finns. Det att en leverantör ska uteslutas i vissa situationer är också en viktig skillnad i förhållande till direktiv 2004/18/EG. Enligt det direktivet är nämligen uteslutningsgrunden i sin helhet *fakultativ*.⁶²⁸⁾ Den proportionalitetsbedömning som ska beaktas vid beslutsfattandet kan vara något olik beroende av om det är fråga om obligatoriska eller fakultativa uteslut-

626) Se RP 108/2016, ss. 189–195.

627) Se RP 108/2016, ss. 190–191.

628) Se även Ekonomiutskottets betänkande TaVM 31/2016, ss. 10–11. Den svenska regeringen anser att skillnaden i direktiven också bör återspeglas i de bestämmelser som genomför styckena se sv. Lagrådsremiss 2015, ss. 936–943. Det svenska Lagrådet 2016, ss. 170–171 anser att bestämmelsen i den svenska lagen, i fall av att den överhuvudtaget ska förekomma, ska vara att den upphandlande myndigheten får utesluta en leverantör när det under ett upphandlingsförfarande uppdagas att det finns grund för uteslutning. I den sv. prop. 13 kap. föreslås sedan i 1 § stadgas när en upphandlande myndighet *ska* utesluta en leverantör och i 3 § och 4 § stadgas när en upphandlande myndighet *får* utesluta en leverantör.

ningsgrunder. Handlingsutrymmet för den upphandlande myndigheten gällande de obligatoriska grunderna för uteslutning är mer begränsat än vad som gäller för de fakultativa grunderna.⁶²⁹⁾

Möjligheten att göra undantag med hänvisning till tvingande hänsyn till allmänintresset fastställdes av EU-domstolen i mål C-120/78 *Rewe-Zentral*, där man ansåg att restriktiva åtgärder som är nödvändiga för att tillgodose tvingande hänsyn till allmänintresset inte ska anses som förbjudna.⁶³⁰⁾ I enlighet med domslutet bör handelshinder inom unionen som uppstår p.g.a. skillnader mellan medlemsstaternas rättsordningar godkännas ifall reglerna är nödvändiga för att tillgodose tvingande hänsyn till allmänintresset, såsom effektiv skattekontroll, skydd för folkhälsan, god handelssed och konsumentskydd.⁶³¹⁾

Efter domen i mål C-120/78 *Rewe-Zentral* har begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset utvecklats i EU-domstolens praxis. Målet C-120/78 *Rewe-Zentral* gällde den fria rörligheten för varor, men domstolen ansåg att slutsatserna gäller också andra inskränkningar av de grundläggande friheterna.⁶³²⁾ Såsom tvingande hänsyn till allmänintresset kan följaktligen även t.ex. betraktas miljöhänsyn⁶³³⁾ och medicintekniska produkter till sjukhus.⁶³⁴⁾ Emellertid är det inte möjligt att göra undantag från EU-rätten enbart med hänvisning till ett tvingande hänsyn till allmänintresset. I rättsfallet C-55/94 *Gebhard* beskrev EU-domstolen kriterierna för berättigandet av icke-diskriminerande restriktioner

629) Se sv. Lagrådsremiss 2016, s. 12.

630) Se mål C-120/78 *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*.

631) I EU-direktivet 2006/123 (tjänstedirektivet) beskrivs tvingande hänsyn till allmänintresset enligt följande: "Hänsyn som domstolen i sin praxis bedömt som tvingande på" grund av allmänintresset, t.ex. följande: allmän ordning, allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa, bibehållen ekonomisk jämvikt i det sociala trygghetssystemet, konsumentskydd och skydd av såväl tjänstemottagare som arbetstagare, rättvisa handelstransaktioner, kamp mot bedrägerier, skydd av miljö och stadsmiljö, djurhälsa, immateriella rättigheter, bevarande av det nationella historiska och konstnärliga kulturarvet, socialpolitiska och kulturpolitiska mål".

632) Se t.ex. mål C-81/09 *Idryma Typou*.

633) Mål C- 302/86 *Kommissionen mot Danmark*. Se även Kaila 2016, s. 684.

634) Mål C-6/05 *Medipac-Kazantzidis*.

med hänvisning till ett tvingande allmänintresse, eller det så kallade *Gebhard-testet*.⁶³⁵⁾ Testet består av fyra förutsättningar för att nationella åtgärder, som kan utgöra hinder eller göra det mindre lockande att utöva de grundläggande gemenskapsrättsliga friheter som fördraget garanterar, ska betraktas som uppfyllda. De nationella åtgärderna ska följaktligen:

1. tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt,
2. motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset,
3. säkerställa att det mål som eftersträvas med dem också uppnås, och
4. inte gå utöver vad som anses nödvändigt för att uppnå det mål som eftersträvas.

I alla situationer där undantag görs bör de nationella åtgärderna som kan hindra eller göra det mindre lockande att utöva de grundläggande gemenskapsrättsliga friheterna uppfylla kraven på proportionalitet.⁶³⁶⁾ En inskränkning säkerställer endast förverkligandet av det eftersträvade målet ifall den på ett sammanhängande och systematiskt vis även tillgodoser behovet av att uppnå det. I fall av att det förekommer åtgärder som är mindre ingripande som kunde tillämpas för att uppnå samma mål, är inte inskränkningen förenlig med proportionalitetsprincipen.⁶³⁷⁾ Om det alltså förekommer ett uttryckligt undantag i EU-fördraget eller om inskränkningen har sin grund i tvingande hänsyn till allmänintresset är det möjligt för medlemsstaterna att inskränka i de grundläggande gemenskapsrättsliga friheterna, men då måste inskränkningen inte gå utöver vad som anses nödvändigt för att uppnå målet. Det är upp till de nationella myndigheterna att bevisa att en inskränkning i de grundläggande friheterna uppfyller villkoren.⁶³⁸⁾

EU-domstolen har även i målet C-323/03 *Kommissionen mot Spanien* slagit fast att de grundläggande principerna i fördraget kan inskränkas, men enbart genom sådana bestämmelser som motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset och under den förutsättningen att de gäller för alla fysiska eller juridiska personer som utöver verksamhet på

635) Mål C-55/94 *Gebhard*. Se även Raitio 2010, ss. 288–289.

636) Se t.ex. mål C-347/06 *AM Brescia* och C-243/01 *Gambelli m.fl.*

637) Se mål C-243/01 *Gambelli m.fl.* och även Sundstrand 2014b, ss. 151–153.

638) Se Sundstrand 2014b, ss. 151–153. Se även Rosén-Andersson et al. 2015, ss. 364–365.

medlemslandets område. En dylik nationell reglering ska också garantera att det mål som eftersträvas uppnås och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet i fråga.

5.7. Tilldelning av kontrakt

Såsom framkommit ovan så finns det i upphandlingsdirektiven två typer av kriterier för tilldelningen av kontrakt, för det första, det lägsta priset, och för det andra, det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.⁶³⁹⁾ I detta sammanhang är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som är av intresse. I direktiven anges en rad kriterier som de upphandlande myndigheterna eller enheterna kan använda när de ska avgöra vilket av anbuden som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, till exempel kriterier såsom pris, senaste dag för leverans/utförande, driftskostnader, lönsamhet, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, tekniskt värde, service och underhåll. Vid utformningen av dessa kriterier ska icke-diskrimineringsprincipen iakttas. Av EU-domstolens praxis framgår även att både principen om likabehandling och principen om öppenhet bör tas i beaktande i samtliga stadier av tilldelningsförfarandet så att alla leverantörer har samma möjligheter då de gör sina ansökningar och anbud. Av EU-domstolens dom i mål C-470/99 *Universale-Bau* framgår att den upphandlande myndigheten bör redan i annonseringen ange vilka kriterier som ska tillämpas. Då krymper också mängden lösningar och anbud i antal. T.ex. av EU-domstolens dom i mål C-87/94 *Kommissionen mot Belgien (Wallonska Bussarna)* framkom att såväl myndighetens förfarande som ändring av innehållet i anbud hade ändrats. Bl.a. principen om insyn ska iakttas i alla stadier, särskilt då anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud.⁶⁴⁰⁾

639) Se bl.a. art 67 direktiv 2014/24/EU.

640) Se bl.a. mål C-470/99 *Universale-Bau m.fl.*, punkt 93 och mål C-87/94 *Kommissionen mot Belgien (Wallonska Bussarna)*, punkt 54.

I stort är det två villkor som enligt upphandlingsdirektiven ska gälla angående de kriterier som avgör valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet:

- 1) Principen om förbud mot diskriminering ska framförallt beaktas;
- 2) De kriterier som tillämpas bör vara till ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten och enheten.

Bl.a. av EU-domstolens dom i målen C-380/98 *The Queen mot H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.* och C-360/96 *BFI Holding* framgår att syftet med direktiven är att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska.⁶⁴¹⁾

Gemensamt för de kriterier som kan tillämpas vid utvärderingen av anbuderna är att de antingen bör gälla föremålet för kontraktet eller det sätt på vilket uppdraget ska utföras. T.ex. av EU-domstolens dom i mål C-31/87 *Beentjes* framkom anmärkning om att med hänvisning till kriteriet ekonomiskt mest fördelaktigt anbud är myndigheten förpliktad att uppge kriterierna för valet av anbud i upphandlingsannonsen eller upphandlingsunderlaget. Enbart hänvisning till nationell lagstiftning uppfyller inte kraven på offentliggörande. Av EU-domstolens dom i mål C-225/98 *Nord-Pas-de-Calais* framkom att de upphandlande enheterna kunde tillämpa ett villkor kopplat till kampen mot arbetslösheten, under förutsättning att villkoret överensstämmer med de grundläggande principerna i unionsrätten och enbart ifall då de upphandlande enheterna varit tvungna att överväga två eller flera ekonomiskt likvärdiga anbud. Den upphandlande myndigheten och enheten ska med hjälp av kriterierna kunna jämföra anbuderna ur en objektiv synvinkel och även kunna avgöra vilket av anbuderna som bäst motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten och enheten ställer för den enskilda upphandlingen, eller med andra

641) T.ex. C-380/98, *The Queen mot H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*, punkt 17, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.*, REG 1998, s. I-73, punkt 33 och C-360/96 *BFI Holding*, REG I-6821, punkterna 42–43.

ord att göra det möjligt att värdera de inneboende egenskaperna hos en produkt eller tjänst.⁶⁴²⁾

Enligt art. 58 direktiv 2014/24/EU ska de kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet kunna gälla till exempel

- a) kvalitet, såsom tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, tillgänglighet, formgivning för alla användningsområden, miljöegenskaper och innovativ karaktär
- b) gällande tjänstekontrakt och projektering av anläggningar kan också organisation av och erfarenheter hos den personal som ska verkställa kontraktet beaktas, med den följderna att sådan personal efter kontraktstilldelningen endast får ersättas med samtycke av den upphandlande myndigheten eller enheten och efter kontroll att den ersättande personalen är organiserad på samma sätt och har motsvarande kompetens
- c) eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag och leveranstid
- d) den specifika produktionsprocessen eller tillhandahållandet av ifrågavarande varor eller tjänster ifall kriterierna inte medför en obegränsad valfrihet för de upphandlande myndigheterna eller enheterna, är direkt kopplade till produktionsprocessen eller tillhandahållandet samt kännetecknar den specifika produktionsprocessen eller tillhandahållandet av varorna eller tjänsterna.

Den upphandlande myndigheten eller enheten bör ange i upphandlingsdokumenten, hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt, utom om detta fastställs endast på grundval av priset. Viktningen av kriterierna får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Ifall viktning inte är möjlig av objektiva skäl ska den upphandlande myndigheten ange kriterierna i s.k. fallande prioritetsordning.⁶⁴³⁾

Kriterier som omfattar sociala hänsyn får framförallt utnyttjas för att avgöra vilket av anbuden som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ifall de medför en ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten eller enheten och anknyter till den vara eller tjänst som utgör upphandlingens föremål eller det sätt på vilket kontraktet ska utföras. Men det

642) Se KOM/2001/0566, s. 9.

643) Se art. 67 direktiv 2014/24/EU.

strider förstås mot gällande regler att förbehålla kontrakt åt en bestämd leverantörskategori eller att tillämpa så kallade prispreferenser. Detsamma gäller till exempel kriterier med avseende på antalet anställda från en särskild samhällskategori eller krav på upprättande av en jämställdhetsplan.

I 93 § UpphL stadgas om valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Lagrummet baserar sig på artikel 67 i direktiv 2014/24/EU och medför att systematiken gällande val av anbud som förekommer i 62 § i upphandlingslagen från 2007 ändras. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska nu utgöra kriterium för valet av anbud. Termen “det total-ekonomiskt mest fördelaktiga” i lagen från 2007 har ersatts med “det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”.⁶⁴⁴⁾

Den upphandlande enheten ska välja det anbud som för den upphandlande enheten har det lägsta priset, är kostnadsmässigt mest fördelaktigt eller har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet i enlighet med 93 § 1 mom. UpphL. Den upphandlande enheten har frihet att välja mellan dessa kriterier. Ifall den upphandlande enheten använder enbart det lägsta priset som kriterium för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i andra än varupphandlingar, bör skälen till detta anges i upphandlingsdokumenten. Ifrågavarande motiveringsskyldighet är ett nationellt tillägg, som inte direkt baserar sig på upphandlingsdirektivet utan på syftet att lyfta fram kvalitetshänsyn i upphandlingar.⁶⁴⁵⁾ Bland annat vid upphandling av livsmedel och social- och hälsovårdstjänster så uppmanas de upphandlande enheterna i 93 § 1 mom. UpphL att som jämförelsekriterier använda sig av kvalitetsaspekter för bedömning av anbudet. Ifall den upphandlande enheten endast använder priset som kriterium för det ekonomiskt mest fördelaktiga, så måste den beskriva hur man beaktat kvalitetsaspekter i den samlade upphandlingen, till exempel tydliggöra på vilket sätt man beaktat kvalitetsaspekter i lämplighetskraven gentemot anbudsgivarna,

644) Se RP 108/2016, s. 207.

645) Se RP 108/2016, s. 207.

i minimikraven för upphandlingen, i upphandlingskontraktets särskilda villkor eller annorstädes i beskrivningen av föremålet för upphandlingen. Inom området för denna motiveringsskyldighet hör inte upphandling av varor, emedan aspekter gällande kvaliteten på varorna ofta är en del av produktdefinitionen som innehåller kvalitativa faktorer. Den upphandlande enheten har enligt bestämmelsen frihet att bestämma på vilka sätt den motiverar och i vilket upphandlingsdokument.⁶⁴⁶⁾

I 93 § 2 mom. UpphL stadgas att ifall den upphandlande enheten har beslutat använda det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet som kriterium för vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, kan den fastställa sådana jämförelsegrunder för förhållandet mellan pris och kvalitet som gäller kvalitativa, samhällreliga eller sociala aspekter, miljöaspekter eller innovativa egenskaper. På denna punkt skiljer sig den gällande UpphL från lagen från 2007 då jämförelsegrunderna nu ska gälla förhållandet mellan pris och kvalitet. I 2 momentet ingår en förteckning på kvalitetskriterier som upphandlande enheter kan använda. De kan till exempel vara tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, tillgänglighet, utformning med tanke på samtliga användares behov, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, underhåll samt leveransvillkor såsom leveransdag, leveranstid eller tid för fullgörandet.⁶⁴⁷⁾

Det kan framhållas att den offentliga sektorn även aktivt kan medverka till att aktörer från den tredje sektorn och s.k. sociala företag också kan vinna fler anbudstävlingar inom den offentliga sektorn. Det krävs dock något av en kulturförändring inom den offentliga sektorn för att man inom den sektorn ska få en mer nyanserad förståelse för sociala företag och det mervärde som de kan bidra med, framförallt gäller det att införliva en mer holistisk syn på sociala aspekter igenom hela upphandlingsprocessen.⁶⁴⁸⁾

646) Se RP 108/2016, ss. 207–208.

647) Se RP 108/2016, s. 208.

648) Det kan nämnas att Sverige har till skillnad från Finland ingen särslagstiftning för s.k. arbetsintegrerande sociala företag. Dessa företag är i huvudsak små företag med ringa förutsättningar att agera på marknaden. Förutom upphandlingslagstiftningen regleras de av konkurrenslagstiftningen. Således är det viktigt

Såsom framhålls i den finska propositionen RP 108/2016 är ett av syftena med den nya regleringen av offentlig upphandling att effektivisera de offentliga tjänsterna och förbättra kvaliteten samt att främja den ekonomiska tillväxten, konkurrenskraften och sysselsättningen.⁶⁴⁹⁾ I den svenska propositionen 2015/16:195 och lagrådsremissen betonas ytterligare att upphandlingen rätt använd kan utgöra ett effektivt instrument för att åstadkomma flera positiva effekter i samhället, bl.a. främja en ökad tillväxt och sysselsättning och en minskad arbetslöshet samt en hållbar utveckling med hänsyn till miljömässiga, sociala och etiska aspekter.⁶⁵⁰⁾

Att ställa olika kvalitativa kriterier kräver dock mera också av de tjänstemän som bereder upphandlingarna. Till den offentliga politiken hör också de tjänster, vars pris ska definieras som värdebeslut och inte enligt marknadens villkor. Samtidigt kan det vara svårt att definiera priset på till exempel god hälsa eller frisk luft. Konsumenterna och medborgarna har också blivit mera medvetna och krävande. Intresset för varors och tjänsters ursprung och produktionssätt har stigit. Miljöskydd och beaktandet av sociala rättigheter har blivit en del av vardagen. Man kräver även kvalitet och etiskhet av de offentliga tjänsterna.

Att ställa kvalitativa kriterier och förverkliga dem blir dock svårare ju striktare man tillämpar marknadsprinciper inom produktionen av tjänsterna. Av enheter inom den offent-

att offentligt stöd till företagen med personer med nedsatt arbetsförmåga utformas på ett sätt som inte snedvrider konkurrensen. Utredningen SOU 2016:13 föreslår emellertid att upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster vars värde understiger tillämpligt tröskelvärde och som inte har ett gränsöverskridande intresse ska inte omfattas av den nya lagen om offentlig upphandling samt att de möjligheter som direktivet ger till reserverade kontrakt för vissa tjänster införs i den svenska lagen. I den sv. prop. 2015/16:195 föreslår den svenska regeringen att bestämmelsen om reserverade kontrakt för vissa tjänster inte införs i den svenska lagen. Man välkomnar principiellt bestämmelser om reserverade kontrakt men anser att direktivens bestämmelser är försedda med en rad villkor som inskränker möjligheterna att använda bestämmelserna, se sv.prop. 2015/16:195, ss. 192–193. Se även Särkelä 2016 om förändringar för social- och hälsovårdsorganisationerna som producenter av socialtjänster i Finland under åren 1990–2010.

649) Se RP 108/2016, s. 5.

650) Se sv. prop 2015/16:195, del 2, ss. 73–74 och Lagrådsremiss 2015, ss. 725–727.

liga förvaltningen är det betydligt lättare att kräva att de tillämpar och förverkligar centrala rättsprinciper, såsom principen om icke-diskriminering, öppenhetsprincipen och proportionalitetsprincipen, än av privata företag. Inom den offentliga förvaltningen kan man genom bindande regler besluta att kräva av sig själv att man följer vissa etiska spelregler eller principer om hållbar utveckling och förverkliga dessa beslut i praktiken. Men att kräva att privata producenter tillämpar samma principer är svårare på grund av bland annat likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna. Konstellationen blir än mer svårare ifall de företag som jobbar åt den offentliga sektorn använder sig av underleverantörer.⁶⁵¹⁾ Utlokaliseringar och privatiseringar kan leda till en konflikt mellan olika verksamhetskulturer och även mellan olika rättsprinciper och kulturer. Den offentliga sektorn regleras av offentlig rätt, den privata sektorn av privaträtt. I fallet HD 2013:19, där frågan gällde att en stad och ett bolag hade ingått ett avtal om köp av tjänster gällande endoskopiundersökningar som bolaget skulle utföra på stadens hälsocentral. Bolaget yrkade i sin talan mot staden att staden skulle åläggas att betala skadestånd till bolaget för inkomstförlust som hade uppstått under uppsägningstiden för avtalet. Avtalet var till sitt innehåll sådant att det inte innefattade myndighetsutövning och det avsåg inte heller skötsel av en offentlig förvaltningsuppgift, utan det var fråga om att kommunen hade köpt en tjänst för att ordna en del av hälsovården vilket ankom på kommunen. Det var således inte fråga om ett förvaltningsavtal. Det hörde till de allmänna domstolarnas behörighet att behandla tvisten om avtalet. När den offentliga sektorn alltmer fungerar som den privata och överför sina uppgifter till privata företag förekommer det en risk för att olika rättsprinciper blandas ihop.⁶⁵²⁾

5.8. Onormalt låga anbud

Av framförallt ekonomiska skäl är en anbudsgivare med ett lågt anbud för det mesta av intresse för den upphandlande myndigheten eller enheten. I endel fall är dock anbudet

651) Kuusela & Ylönen 2015, ss. 11–12.

652) Se även Mäenpää 2014, ss. 59–63.

från anbudsgivaren betydligt lägre än vad som kan anses ekonomiskt hållbart. Av marknadsdomstolens dom i mål MD 629:14 framkom att ett onormalt lågt anbud på byggentreprenad av ett daghem förkastades. Anbudsgivaren hade inte heller trovärdigt kunnat redogöra för hur förverkligandet skulle ske med beaktande av onormalt lågt pris. Den upphandlande myndigheten eller enheten är inte alltid förpliktad att anta ett dylikt anbud, fastän man haft lägsta pris som utvärderingskriterium och det onormalt låga anbudet är det med lägsta pris.⁶⁵³⁾

Bestämmelserna om onormalt låga anbud förekommer i artikel 69 i direktiv 2014/24 /EU. I enlighet med art. 69.1 ska den upphandlande myndigheten begära att de ekonomiska aktörerna lämnar förklaringar om de priser eller kostnader som föreslås i anbudet, om anbuderna förefaller vara onormalt låga i förhållande till byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna. Förklaringarna kan enligt art. 69.2 gälla:

- a) besparingar avseende sättet att tillverka varorna, sättet att tillhandahålla tjänsterna eller byggmetoderna,
- b) tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden som anbudsgivaren kan räkna med för att leverera varor, tillhandahålla tjänsterna eller utföra byggentreprenaden,
- c) originaliteten i de varor, tjänster eller byggentreprenader, som föreslås av anbudsgivaren,
- d) efterlevnad av de skyldigheter som avses i artikel 18.2., d.v.s. att medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser,
- e) efterlevnad av de skyldigheter som avses i artikel 71, som gäller anlitaandet av underleverantörer och att underleverantörerna iakttar de skyldigheter som avses i artikel 18.2. ska säkerställas genom lämpliga åtgärder från de behöriga nationella myndigheterna inom ramen för deras ansvar och befogenheter och
- f) möjligheten för anbudsgivaren att få statligt stöd.

653) Se även Roglert 2015, s. 189. Se också fi. Marknadsdomstolen 629:14. I fallen C-76/81 och C 103/88 skulle upphandlingsenheten klarlägga orsakerna till det onormalt låga priset och ge budgivaren skälig tid och möjlighet till att svara på frågan innan budet avslås. Se även Kalima 2001, ss. 221–222.

Det är ovanligt att bestämmelserna om onormalt låga anbud överhuvudtaget tillämpas eller att anbud förkastas i enlighet med dessa bestämmelser. De upphandlande myndigheterna och enheterna har ofta strikta budget- och besparingskrav på sig och det förekommer därmed en risk att de har en alltför kortsiktig syn på affärer och inte tillämpar bestämmelserna om onormalt låga anbud. Det kan uppstå kostnader på längre sikt för den upphandlande myndigheten och enheten av ett onormalt lågt anbud, till exempel på grund av att det låga priset kan medföra att anbudsgivaren inte förmår leverera enligt vad som avtalats eller om det låga priset beror på att anbudsgivaren erhåller statligt stöd, kan det medföra att andra leverantörer slås ut från marknaden och att konkurrensen i upphandlingarna förvrängs.⁶⁵⁴⁾

I enlighet med 96 § UpphL bör den upphandlande enheten begära att anbudsgivaren förklarar priserna eller kostnaderna i anbudet ifall anbudet förefaller onormalt lågt. Begäran och förklaringen kunde då gälla bl.a. tillverknings sättet, ekonomiska och tekniska lösningar gällande tillhandahållandet av tjänsterna eller ovanligt gynnsamma villkor för upphandlingen. Om förklaringen och de bevis som inlämnas inte på ett tillfredsställande sätt förklarar de låga pris eller kostnader som föreslagits, ska de upphandlande enheten kunna förkasta anbudet.⁶⁵⁵⁾ Den upphandlande enheten skulle huvudsakligen kunna avgöra huruvida man ska förkasta anbudet ifall man bedömer att ett godkännande av anbudet skulle innebära risk för försummelse av leverans av varorna eller tjänsterna eller leverans av bristfälliga varor eller tjänster. Den upphandlande enheten skulle vara skyldig att förkasta anbudet ifall anbudets låga pris beror på försummelse av skyldigheter i enlighet med arbets-, miljö- eller sociallagstiftning. Stadgandet skiljer sig från 63 § i upphandlingslagen från 2007 bland annat på så sätt att de upphandlande enheterna skulle vara

654) Pedersen 2011, ss. 120–121.

655) Se RP 108/2016, ss. 211–213 och Arbets- och näringsministeriet 2015, s. 355. I enlighet med 63 § upphandlingslagen från 2007 så gäller att sådana omständigheter som visar på bristande efterlevnad av arbetsmarknads- eller arbetsmiljöbestämmelser kan också komma att tas i beaktande i samband med att man förkastar ett anbud som är onormalt lågt i förhållande till den vara eller tjänst som upphandlas. Sedan är det upp till den nationella lagstiftningen att avgöra hur en dylik bedömning ska ske, förutsatt att anbudsgivaren ges möjlighet att lämna en förklaring till det som förefaller vara ett onormalt lågt anbud.

skyldiga att be om en förklaring ifall av ett onormalt lågt anbud. I enlighet med stadgandet i lagen från 2007 hade den upphandlande enheten en förklaringskyldighet endast innan man förkastar ett onormalt lågt anbud. Den andra skillnaden i förhållande till denna stadgan gäller de förklaringar som kan begäras och som enligt förslaget just kan gälla åtföljande skyldigheter enligt arbets-, miljö och sociallagstiftning och skyldigheten att förkasta anbud som försummar sådana skyldigheter.⁶⁵⁶⁾

I Sverige framförde den svenska regeringen kritik mot att direktivets bestämmelser om onormalt låga anbud ger uttryck för en alltför restriktiv syn på möjligheten att godta onormalt låga anbud.⁶⁵⁷⁾ Vad som enligt det allmänna språkbruket kan konstateras vara onormalt lågt behöver inte motsvara allmänt vedertagna affärsmässiga hänsyn. Till den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldigheter hör dock att se till att upphandlingen är effektiv, d.v.s. att man kan garantera att leverans av varor eller tjänster sker enligt kontraktet. Bestämmelserna om onormalt låga anbud kan också leda till vissa bevissvårigheter för den upphandlande myndigheten eller enheten att påvisa att prisets onormalt låga nivå beror uttryckligen på att anbudet inte stämmer överens med gällande miljö-, social- eller arbetsrättsliga krav. Å andra sidan så inträder skyldigheten att förkasta ett anbud först när den upphandlande myndigheten eller enheten bedömt att anbudet i fråga förefaller vara onormalt lågt och leverantören inte kunnat ge en tillfredsställande förklaring till orsaken. Detta gör att svårigheterna att förkasta ett dylikt anbud inte är större än vid andra tillfällen som kan leda till att anbud förkastas.⁶⁵⁸⁾

656) Se *ibid.*

657) Se sv.prop. 2015/16:195, del 2, ss. 80–81.

658) Se även sv.prop. 2015/16:195, del 2, ss. 80–81.

5.9. Sociala hänsyn vid upphandlingar som inte omfattas av EU-direktiven

Vid upphandlingar som inte omfattas av reglerna i upphandlingsdirektiven ska man framförallt följa EU-fördragets principer om öppenhet och icke-diskriminering. Den upphandlande myndigheten och enheten har större frihet att tillämpa kriterier om sociala hänsyn vid sådana upphandlingar, såsom vid upphandlingar som underskrider EU-tröskelvärden och vid licensavtal gällande tjänster.

Upphandlingsdirektivet ska tillämpas på sådan upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet. Vid upphandlingskontrakt som underskrider EU-tröskelvärdena men överstiger de nationella tröskelvärdena ska förfaranderegler tillämpas som delvis är enklare än i fråga om EU-upphandlingar. Förfaranderegler utgår från de grundläggande rättsreglerna i grundfördraget, såsom principerna om öppenhet och jämlikhet. I rättspraxis från EU-domstolen har man ansett att dessa regler lämpar sig även för upphandling under tröskelvärdena enligt direktivet, om det är fråga om en upphandling av gränsöverskridande intresse. Upphandlingslagen tillämpas inte på upphandlingskontrakt där det uppskattade värdet underskrider det nationella gränsvärdet.⁶⁵⁹⁾

Pekkala & Pohjonen anser att anbudstävlingen i sådana fall kunde begränsas till så kallade sociala företag, i enlighet med lagen om sociala företag (1351/2003), ifall motsvarande utländska företag som uppfyller kriterierna kunde ge anbud enligt samma förutsättningar. Likaledes kunde sådana upphandlingar begränsas till företag som sysselsätter handikappade inom hela unionen.⁶⁶⁰⁾ Sådana åtgärder får naturligtvis inte utgöra en direkt

659) Se RP 108/2016, s. 6. Social- och hälsovårdsutskottet påpekar i sitt utlåtande 8/2016 till RP 108/2016 att låga tröskelvärden för social- och hälsovårdstjänster och konkurrensutsättning av dem i praktiken gynnar stora aktörer som har stordriftsfördelar och möjlighet att göra förmånliga anbud till och med till förlustbringande priser för att överta marknaden. En koncentration av marknaden strider dock mot direktivets målsättningar att utvidga marknaden och är inte heller till fördel för skattebetalarna eller samhället i stort. I enlighet med direktivet är EU-tröskelvärdet för social- och hälsovårdstjänster 750 000 euro, men i RP 108/2016 föreslås 400 000 euro som tröskelvärdet för tjänsterna i fråga.

660) Pekkala & Pohjonen 2012, ss. 345–346 och 2015, ss. 374–375 samt RP 50/2006, s. 96. I artikel XXIII i Avtalet om offentlig upphandling är den möjligheten också fastställd att avtalsparterna kan vidta eller genomdriva nödvändiga åtgärder som berör varor tillverkade av handikappade, av filantropiska institutioner eller inom kriminalvården, med reservation för kravet på att åtgärderna inte används på sätt som

eller indirekt diskriminering av anbudsgivare från övriga medlemsstater och inte heller innebära oberättigade handelshinder. Ifall deltagandet i upphandlingsförfarandet är öppet för motsvarande utländska företag i de övriga medlemsstaterna, borde det inte anses som fall av diskriminering. Själva kontraktstilldelningen bör också ske i enlighet med principerna om öppenhet och likabehandling av anbudsgivarna.⁶⁶¹⁾

I målet C-6/05 *Medipac* fastslog även EU-domstolen att “det följer av domstolens fasta rättspraxis att det hör till organ eller enheter som är underställda staten eller en offentlig myndighet, eller som står under statens, eller en offentlig myndighets tillsyn, att iaktta de skyldigheter som följer av gemenskapsdirektiv”.⁶⁶²⁾ Detta kan tolkas så att även vid upphandlingar som underskrider det vid tidpunkten gällande tröskelvärdet ska direktivbestämmelserna följas.⁶⁶³⁾

I 11 kapitlet UpphL stadgas om nationella förfaranden. Enligt bestämmelserna förenklas de nationella förfarandena, så att man där endast reglerar de mest centrala förfarandena. Avsikten är här öka de upphandlande enheternas valmöjligheter och flexibiliteten i förfarandena. Genom en förenkling av de nationella förfarandena så kan de allmänna principerna om öppenhet, icke-diskriminering, jämlikhet och proportionalitet betonas samtidigt som man ger ökad betydelse åt de upphandlande enheternas egna upphandlingsregler.⁶⁶⁴⁾

skulle innebära godtycklig eller oberättigad diskriminering eller en förtäckt begränsning av internationell handel.

661) Se även mål C-226/09 *Kommissionen mot Irland*, punkt 23. “Det är härvid i huvudsak fråga om två skyldigheter som följer av primärrätten, och då i synnerhet av principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster. För det första måste myndigheterna iaktta principerna om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och om likabehandling. För det andra måste myndigheterna uppfylla skyldigheten att lämna insyn, för att göra det möjligt att kontrollera efterlevnaden av dessa principer”. Se även SOU 2016:13, ss. 374–377, där det bland annat framhålls att det är viktigt att göra skillnad på upphandlingar där det sociala syftet är huvudändamålet och upphandlingar som i första hand handlar om att få en viss tjänst utförd eller en viss vara införskaffad.

662) Se mål C-6/05 *Medipac*, punkt 43.

663) Svedberg, 2016, s. 25.

664) Arbets- och näringsministeriet 2015, ss. 356–358 och 11 kap. UpphL (1397/2016).

6. HÅLLBAR OFFENTLIG UPPHANDLING

6.1. Hållbar upphandlingsstrategi

Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU bygger som framkommit ovan på en möjliggörande metod som ska ge de upphandlande myndigheterna och enheterna medel att kunna använda köpkraften till att upphandla varor och tjänster som främjar innovation, respekt för miljön och kampen mot klimatförändringar samtidigt som sysselsättningen, folkhälsan och de sociala villkoren förbättras.⁶⁶⁵⁾

Enligt Walker och Brammer är det ur en organisatorisk synvinkel framförallt fyra aspekter som är viktiga för den upphandlande myndigheten och enheten när den ska tillämpa en hållbar upphandlingsstrategi:⁶⁶⁶⁾

- 1) förtroget med upphandlingspolicyn
- 2) upplevda ineffektiviteter eller kostnader som den förda policyn fört med sig
- 3) tillgång på leverantörer
- 4) organisatoriska incitament.

Den första aspekten har att göra med de informatoriska resurserna inom enheten. För att upphandlingsenheten effektivt ska kunna tillämpa en hållbar upphandlingsstrategi, krävs det att man inom organisationen verkligen förstår innebörden av den strategin och att man har de verktyg och medel som krävs för att fullfölja den. I den gällande Europa 2020-strategin får offentlig upphandling en framträdande roll för att uppnå de i strategin föreslagna överordnade målen för Europa.⁶⁶⁷⁾

665) Direktiv 2014/24/EU, beaktandesatser 1–29.

666) Walker & Brammer 2009, ss. 128–137.

667) Se Kommissionen, Bryssel den 3.3.2010 KOM(2010) 2020 slutlig Meddelande från Kommissionen Europa 2020. En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, s. 11. Målen i Europa 2020-strategin är ingalunda uttömmande utan ska ses som riktgivande. De föreslagna målen är relevanta för medlemsstaterna oberoende av skillnader i levnadsstandarder och utvecklingsnivåer.

Den andra aspekten gäller framförallt de ekonomiska faktorerna av den hållbara upphandlingsstrategin. Särskilt är det här fråga om hur ekonomiskt hållbart det är att tillämpa en sådan upphandlingsstrategi då socialt- och miljömässigt hållbara lösningar ofta uppfattas medföra högre kostnader. Eftersom de flesta organisationer inom den offentliga sektorn kämpar med ansträngda budgetar, är denna aspekt av stor betydelse när man bedömer hur kostnadseffektiv en hållbar upphandlingsstrategi är eller kunde vara.⁶⁶⁸⁾ Gällande miljökrav bör de krav som de upphandlande myndigheterna ställer också skapa en vilja hos tänkbara leverantörer att producera mindre miljöbelastning, för att upphandling ska kunna utgöra ett styrmedel inom miljöpolitiken. De krav som ställs bör då vara strängare än den lagstiftning och den miljöpolitik som gäller för ifrågavarande varor och tjänster.⁶⁶⁹⁾

Den tredje aspekten gäller tillgången på leverantörer av hållbara varor och tjänster. Då många varor och tjänster som upphandlas av den offentliga sektorn är rätt specialiserade, kan det bli utmanande att identifiera leverantörer som kan bidra med hållbara varor och tjänster åt den offentliga sektorn. I synnerhet gäller detta inom social- och hälsovårdssektorn. Till exempel leverantörer av s.k. grön energi eller återanvändbart papper kan lättare bytas ut än t.ex. en viss del av ett medicinskt verktyg. Överlag kan påstås att offentlig upphandling är ett av de marknadsbaserade instrument som ska användas för att uppnå målsättningen om en ”smart och hållbar tillväxt för alla”.

Den fjärde aspekten gäller attityder och incitament inom organisationen för en hållbar upphandlingsstrategi. Till viss del är det här fråga om kulturen inom organisationen och i vilken mån man stöder en hållbar upphandlingsstrategi eller överlag i vilken mån man är beredd på förändringar. Till andra delar gäller denna aspekt också i vilken mån det finns stöd för en hållbar upphandlingsstrategi på ledningsnivå inom en upphandlande

668) Å andra sidan kan man påstå att hela idén med upphandlingen var att den ska leda till lägre kostnader och på så sätt skapa mervärde för medborgarna. Man kan emellertid fråga sig om det alls fungerar i praktiken eller om hela upphandlingsprocessen gör det svårare att göra bra upphandlingar.

669) Se bl.a. Lundberg & Marklund 2015, ss. 17–18.

myndighet eller enhet och hur processer och strukturer i organisationen stöder eller bromsar utvecklingen av en hållbar upphandlingsstrategi. I enlighet med bl.a. Cox et al. uppvisar många organisationer inom den offentliga sektorn en motvilja mot större förändringar,⁶⁷⁰⁾ vilket även i så fall har konsekvenser för tillämpningen av en hållbar upphandlingsstrategi.

De mest framträdande hindren för att tillämpa en hållbar upphandlingsstrategi med beaktande av miljömässiga och sociala hänsyn utgörs av ekonomiska spörsmål. Den uppfattningen kan sägas vara rådande att upphandlingen av hållbara varor och tjänster också automatiskt innebär högre priser, som inte kan rymmas med i redan ansträngda budgetar, i synnerhet med tanke på imperativet att alltid erbjuda valuta för pengarna.

Enligt Walker och Brammer gäller att om det finns det stöd för en hållbar upphandlingsstrategi på ledningsnivå och vilja att inkludera en sådan strategi i planeringen samt i strategin och verksamhetsmålsättningarna, är det också mycket lättare för de som genomför upphandlingarna att tillämpa strategin. Ekonomiska spörsmål är de som verkar utgöra de största hindren för att fullt ut fullfölja en hållbar upphandlingsstrategi. Miljömässiga hänsyn är rätt så väl etablerade i de upphandlande myndigheternas och enheternas upphandlingsstrategier, medan sociala hänsyn inte verkade vara lika väl etablerade, enligt den undersökning som Walker och Brammer gjorde och som omfattade ett urval på 280 upphandlare i 20 länder.⁶⁷¹⁾ Ju mer lagstiftningen och regeringspolitiken ger stöd för en hållbar upphandlingsstrategi, desto mer sannolikt är det också att de upphandlande myndigheterna och enheterna tillämpar en sådan strategi.

670) Cox et al. 1999, ss. 167–175. Se även Ympäristöministeriö - Miljöministeriets utlåtande till RP 108/2016 s. 1 där man betonar att ledningen i den offentliga sektorn bör fästa uppmärksamhet vid upphandlingarnas betydelse som en del av miljö- och näringslivspolitikerna och ställa upp målsättningar för att befrämja hållbara upphandlingar. Därtill bör de upphandlande enheterna få tillräckligt med rådgivning och utbildning för att göra hållbara upphandlingar.

671) Walker & Brammer 2009, ss. 128–137.

Cousins et al. poängterar att för att kunna driva en effektiv och hållbar upphandling krävs det en balans mellan 6 olika element:

- 1) inkludera upphandlingen som en del av organisationens övergripande strategi
- 2) skapa en bas av leverantörer för organisationen
- 3) organisera alla upphandlingsrelaterade verksamheter internt
- 4) ha kunskap och expertis om både inköpare och s.k. interna kunder inom organisationen
- 5) skapa system för mätning av utförande och prestation
- 6) skapa modeller som möjliggör en relevant kostnads-nyttoanalys gällande beslut eller förändringar som föreslås.⁶⁷²⁾

En stor del av tyngdpunkten inom den offentliga upphandlingen, både på nationell och lokal nivå, har hittills legat på mätningen av leverantörernas prestationer eller utförande. T.ex. vad gäller miljömässighet så har man mätt hur de miljövänliga leverantörernas prestationer är eller hur miljövänliga deras produkter och tjänster är. Därtill har betydelsen av kunskap och expertis samt den interna organiseringen av upphandlingsverksamheten fått ökad uppmärksamhet. Även betydelsen av leverantörsparterna har börjat få mera fokus. Men särskilt på lokal nivå borde utvecklingen gå mot ett mer övervägt och helhetsmässigt förhållningssätt till upphandlingsverksamheten, där man bland annat sammanför ett socialt och miljömässigt tänkande med den lokala upphandlarens, t.ex. kommunens övergripande upphandlingsstrategi. Dåligt utförda upphandlingar eller dåliga resultat av upphandlingar kan vara en följd av en icke-fungerande balans mellan enskilda eller isolerade initiativ inom den socialt ansvarsfulla och miljövänliga upphandlingen. Fokus kunde t.ex. ligga på att föreskriva vilka kriterier den lokala upphandlingsenheten kan välja mellan när den ska utse leverantörer, men utan att se detta i förhållande till de övriga delarna av upphandlingsprocessen. Det kan bland annat handla om i vilken grad innebörden av dessa kriterier förstås internt av leverantörerna och de interna kunderna och i vilken grad dessa kriterier är realistiska och begrips av de lokala leverantörerna samt även förekomsten av en klar och politiskt accepterad uppfattning om kostnaderna av och nyttan

672) Cousins et al. 2008, ss. 195–211.

med att ta sociala och miljömässiga hänsyn i upphandlingarna.⁶⁷³⁾ Om den offentliga upphandlingen ska fungera som ett social- och miljöpolitiskt styrmedel måste också de upphandlande myndigheterna signalera att de tänker följa upp att de sociala och miljömässiga krav som ställs också efterlevs. Ifall inte så sker så kommer inte heller den offentliga upphandlingen att motsvara de politiska förväntningarna.

För att upphandlingar ska betecknas som hållbara förutsätts det att man åtar sig att i utlysningen av upphandlingen inkludera hållbarhetskriterier, som innefattar sociala, miljömässiga och ekonomiska faktorer. Av hållbarhetskriterierna har tyngdpunkten överlag legat på miljömässiga och ekonomiska faktorer, på bekostnad av de sociala. Därför bör de sociala faktorerna också förankras och inkluderas mer i den goda upphandlingspraxisen. Det nuvarande ekonomiska och finansiella läget skulle kunna utgöra en bra möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter att omorganisera och omvärdera sina strategier.⁶⁷⁴⁾

6.2. Begreppsram och kontext för socialt och miljömässigt hållbar offentlig upphandling

Denna begreppsram baserar sig till vissa delar på en motsvarande av Gelderman et al och är uppbyggd utgående från tre begreppsliga perspektiv som tillämpas på frågor gällande offentlig upphandling:

- 1) intressentperspektivet
- 2) resursperspektivet
- 3) perspektivet makt - beroende.

Begreppsramen är uttryckligen utvecklad för en kontext gällande offentlig upphandling, men samtliga ifrågavarande perspektiv kan också tillämpas på andra sammanhang inom

673) Även Magerholm Fet et al. 2011, ss. 183–199.

674) Enligt Parul Sharma, Head of CSR Compliance på advokatfirman Vinge och hållbarhetsexpert gällande upphandlingar, så har emellertid majoriteten av upphandlarna varken förmåga, kapacitet, kunskap eller resurser att följa upp information som leverantörerna lämnar, se Upphandling24, 10.5.2016.

både den offentliga och den privata sektorn. Till exempel har både ett kommersiellt företag och en myndighet flera olika intressenter som konkurrerar om resurser och ingår i diverse maktförhållanden med sina respektive kunder och leverantörer.

De tre perspektiven betonar alla betydelsen av tryck på organisationen, med fokus på förhållandet mellan organisationen och de externa aktörerna, kapaciteterna, förmågan och den kunskap som organisationen har till sitt förfogande, samt förhållandet mellan de olika parterna i leverantörskedjan, med ett särskilt intresse i fördelningen av makt inom dessa förhållanden.⁶⁷⁵⁾

Begreppsramen utvecklades ursprungligen för att granska i vilken mån EU:s upphandlingsdirektiv efterföljs,⁶⁷⁶⁾ men eftersom den är relativt generell till sin utformning kan den utnyttjas för att också granska hur andra aspekter av den offentliga upphandlingen förverkligas i praktiken.

Begreppsramen, såsom den även beskrivs nedan, startar från utgångspunkten att socialt och miljömässigt hållbar offentlig upphandling får sin upprinnelse då det uppstår tryck på organisationen att förverkliga en dylik. I en kontext av offentlig upphandling kommer de största påtryckningarna från karaktären av den politiska omgivningen och dess förhållande till socialt och miljömässigt hållbar offentlig upphandling, inbegripet bland annat hur detta förhåller sig till de andra målsättningarna med den offentliga upphandlingen, såsom att välja det billigaste och mest förmånliga alternativet. En annan påtryckning kommer från nödvändigheten att foga sig till EU:s upphandlingsdirektiv som bl.a. stöder en öppen konkurrens inom hela EU.

675) T.ex. Srivastava 2007, ss. 53–80 och Worthington et al. 2008, ss. 319–321.

676) Gelderman et al. 2006, ss. 702–714.

Gällande karaktären av en organisations strategi för en socialt och miljömässigt hållbar offentlig upphandling föreslår begreppsramen fyra faktorer som påverkar graden till vilken organisationen tillämpar en sådan. Den första faktorn fokuserar på de informatoriska aspekterna för tillämpningen av en socialt och miljömässigt hållbar offentlig upphandling. För att en organisation ska kunna effektivt tillämpa den, är det av yttersta vikt att man inom organisationen förstår innebörden av den och den politik som gäller den samt att man har de medel eller verktyg som krävs för att kunna förverkliga en dylik.

Den andra faktorn betonar betydelsen av de ekonomiska aspekterna av socialt och miljömässigt hållbar offentlig upphandling. I synnerhet gäller här att uppfattningar om huruvida det är ekonomiskt genomförbart att tillämpa den spelar en avgörande roll gällande till vilken grad den kommer att tillämpas, eftersom miljövänliga och socialt ansvarsfulla sätt att producera varor och tjänster åtminstone uppfattas att i sig vara mer kostsamma än andra metoder. I en tid med strikta och återhållsamma budgetar, sparkrav och hot om nedskärningar, har uppfattningar om hur kostnadseffektiv den socialt och miljömässigt hållbara offentliga upphandlingen är en mycket stor betydelse.

Den tredje faktorn som påverkar i vilken omfattning socialt och miljömässigt hållbar offentlig upphandling tillämpas av organisationer gäller incitament för och attityder inom organisationen gällande hållbar offentlig upphandling. Till vissa delar är det här fråga om kulturen inom ifrågavarande organisation och hur det rådande klimatet i organisationen stöder social och miljömässig hållbarhet och även förändringar i stort. Till andra delar innefattar denna dimension också den omfattning som det finns stöd för en sådan på samtliga nivåer inom organisationen och den omfattning som de organisatoriska processerna och strukturerna stöder eller hämmar utvecklingen av den socialt och miljömässigt hållbara offentliga upphandlingen.

Den fjärde och sista faktorn i begreppsramen har sitt fokus på utbudssidan inom den offentliga upphandlingen genom att här betonas betydelsen av tillgången till socialt och

miljömässigt hållbart producerade varor och tjänster för att organisationer ska kunna tillämpa en upphandling som är socialt och miljömässigt hållbar. Eftersom många av de varor och tjänster som upphandlas av den offentliga sektorn är rätt långt specialiserade och branschspecifika, kan det uppstå situationer där det är väldigt utmanande att finna socialt och miljömässigt hållbart producerade varor och tjänster. Till exempel kan leverantörer av s.k. grön energi eller återanvändningsbart papper vara mer möjliga att ersätta än leverantörer av ett visst medicinskt specialverktyg.

De mest framträdande hindren för tillämpningen av en socialt och miljömässigt hållbar offentlig upphandling torde dock vara de ekonomiska. Uppfattningen att inköp av socialt och miljömässigt hållbara varor och tjänster innebär högre kostnader som inte kan rymmas i redan strama budgetar, i synnerhet i ljuset av regeln att välja det mest förmånliga alternativet, utgör klart ett betydande hinder för tillämpningen av en socialt och miljömässigt hållbar offentlig upphandling.⁶⁷⁷⁾

Enligt en analys som Lundberg & Marklund gjort om offentlig upphandling som miljöpolitiskt styrmedel så gäller att långtgående miljökrav kan leda till ökade investeringskostnader bland potentiella leverantörer, vilket i sin tur kan leda till högre pris på den vara, tjänst eller entreprenad som den upphandlande myndigheten eller enheten efterfrågar. Därtill kan även konkurrensgraden minska ifall leverantörerna väljer att inte delta i upphandlingar på grund av miljökrav eller miljökriterier, vilket också kan leda till ett högre pris.⁶⁷⁸⁾ Lundberg & Marklund menar att ifall s.k. grön upphandling ska utnyttjas som miljöpolitiskt styrmedel bör det således kanske vara nödvändigt att betala ett högre pris.

Nordiska ministerrådet lät år 2009 genomföra en studie för att undersöka när miljökrav har störst miljöeffekt till lägsta möjliga kostnad. Syftet med studien var att identifiera

677) T.ex. Walker & Brammer 2009, ss. 128–137.

678) Se Lundberg & Marklund 2015, ss. 17–18.

produktområden där miljökrav i offentlig upphandling kan vara ett effektivt styrmedel. Studien identifierade tre produktgrupper där miljökrav i offentlig upphandling har potential att fungera som ett kostnadseffektivt styrmedel: taxi- och kollektivtrafiktjänster, IT och IT-relaterade tjänster samt renhållningsprodukter.⁶⁷⁹⁾

Forskarna ansåg att en svaghet med styrmedlet är att omfattningen av upphandlingen i Norden sällan är tillräckligt stor för att miljökrav i offentlig upphandling ska kunna användas som ett betydelsefullt styrmedel. Ska miljökrav få genomslag behövs också ledarskap och visioner på alla nivåer. Det tar också lång tid att uppnå miljömässiga resultat av styrmedlet. Vidare pekade forskarna på att det krävs specialkompetens hos upphandlarna.

Fördelen med styrmedlet är enligt forskarna att det kan fungera som komplement till andra styrmedel eller som alternativ när inga andra styrmedel finns på samma område. Det är också ett flexibelt styrmedel som kan stimulera till kommersialisering av nya produkter som annars skulle ha svårt att nå ut till en större marknad. Forskarna menade också att det är en fördel att styrmedlet fungerar på marknadens villkor och därmed är mer accepterat av industrin. Vidare pekade forskarna på att styrmedlet kan bidra till att lösa lokala miljöproblem som inte tas om hand av den nationella nivån samt att styrmedlet kan uppmuntra till lokalt miljöpolitiskt engagemang.⁶⁸⁰⁾

Det förekommer ett antal lokala studier som visar effekter och kostnader av att ställa miljökrav i offentlig upphandling. I en skrift från Nordiska ministerrådet lyfts flera exempel inom Norden fram.⁶⁸¹⁾ För en del exempel finns beräkningar av hur mycket koldioxidutsläppen och kostnaderna har minskat till följd av att miljökrav ställts.⁶⁸²⁾ Till exempel Köpenhamns kommun bedömde att kommunen sparat 3 550 ton koldioxid och

679) Se TemaNord 2009:593.

680) Se *ibid.*

681) Nordiska Ministerrådet 2009.

682) Se t.ex. Seppälä, Nissinen, Alhola, Keronen & Pantsar 2016.

samtidigt minskat kostnaderna med 1,6 miljoner danska kronor per år genom att byta ut sina servrar. Oslo kommun började år 2005 att upphandla miljöbilar och införde samtidigt ett uppföljningssystem för att mäta koldioxidutsläpp samt ett program för sina anställda för mer miljövänlig körning. Enligt Oslo kommun har dessa åtgärder lett till att koldioxidutsläppen har minskat med 690 ton mellan åren 2005 och 2008 samtidigt som kommunen sparat 4,5 miljoner norska kronor.⁶⁸³⁾

Det koldioxidavtryck som en upphandling har kan för övrigt indelas i direkta och indirekta utsläpp.⁶⁸⁴⁾ De direkta utsläppen känner man oftast väl till, till exempel de direkta utsläppen från en upphandlad laddningsbar hybridbuss uppkommer vid körning av bussens avgaser. För de indirekta utsläppens del känner man till utsläppen från t.ex. produktionen av bränsle och elektricitet, men det är mer utmanande att t.ex. utreda de utsläpp som produktionen av bilar förorsakar. Därtill hör det till bestämmandet av koldioxidavtrycket ett metodiskt övervägande, bland annat vad gäller tidsbestämning av kollager och avgaser. För vissa varu- och tjänstegrupper, såsom energi- och trafik tjänster, krävs det inte stora arbetsinsatser för att utveckla och ta i bruk en mätare av koldioxidavtryck, men för sådana produktgrupper där det inte förekommer någon dylik, krävs det utvecklings-samarbete.⁶⁸⁵⁾ Fastän beräkningen av koldioxidavtryck också utgör en standardiserad metod, hör det val och antaganden till dess förverkligande, samt även utmaningar att finna pålitliga källor. Upphandlingslagen förutsätter att upphandlingarna görs så att bl.a. miljöhänsyn kan beaktas. Beräkningen av koldioxidavtryck för varor och tjänster utgör då en ny och viktig del av upphandlingsprocessen.

683) Se Handlingsplan 2007–2010.

684) Se bl.a. Seppälä, Nissinen, Alhola, Keronen & Pantsar 2016.

685) Det finns vissa mätare av koldioxidavtryck, bl.a. har Finlands miljöcentral utvecklat, Juhilas- och Synergimätare samt Trafikverket år 2014 ett eget piloterat förfarande för beräkning av koldioxidavtryck. Enligt en utredning gjord av Motiva 2017 om användning av miljörelaterade krav i offentlig upphandling av fordon- och transporttjänster i Finland så har man bäst tillämpat krav gällande utsläpp av bl.a. svaveldioxid och kolväte men ställt betydligt färre krav på energiförbrukning och koldioxidutsläpp. Detta antas bero på brist på kunskap och information, se Motiva 2017.

Västra Götalandsregionen i Sverige har också följt upp vad miljökrav i upphandling av personbilar lett till. År 2004 fattades ett politiskt beslut att alla personbilar, som ägdes av Västra Götalandsregionen skulle köras på förnybart bränsle. Regionens uppföljning visade att koldioxidutsläppen från regionens personbilar hade halverats mellan år 2003 och 2008. Uppföljningen visade att satsningen inte hade lett till någon ökning av kostnaderna.

De offentliga upphandlarna upplever nog att köp från till exempel så kallade sociala företag kunde innebära en bra nivå på varor och tjänster, med positiva sociala och samhällsliga effekter, men att gällande upphandlingsregler och strikta budgetar hindrar dem från att välja något annat än den mest förmånliga leverantören.⁶⁸⁶⁾ För att de sociala företagen ska vinna anbudstävlingar, krävs det att de också har klara och standardiserade metoder för att kunna definiera det tilläggsvärde som de medför och för att kunna påvisa detta åt inköparna inom den offentliga sektorn. Ifall de sociala företagen kan påvisa att valet av dem medför ett klart tilläggsvärde, kan detta vara ett sätt att overse med det faktum att de sociala företagen inte är de mest kostnadseffektiva. Upphandlarna inom den offentliga sektorn måste då också införliva mått på mervärde i utvärderingen av anbudssvaren.

Ett väsentligt syfte med upphandlingsreglerna är att tillvarata konkurrensen på marknaden. Genom att flera leverantörer är med och tävlar om ett offentligt kontrakt skapas förutsättningar för den upphandlande myndigheten att genomföra en god affär. Högt ställda miljö- och sociala krav kan dock leda till att färre leverantörer kan lämna anbud eftersom det kan vara så att inte alla leverantörer har möjlighet att uppfylla sådana miljökrav. Färre anbud minskar konkurrensen och leder till en risk för att priset pressas uppåt.

Lundberg & Marklund anser å sin sida att om upphandling ska fungera som styrmedel och bidra till minskad miljöbelastning, bör de miljökrav som ställs vara strängare än den lagstiftning och den miljöpolitik som reglerar de varor och tjänster som upphandlingen gäller. Därtill krävs att minst en leverantör anpassar sig till de krav som ställs. En studie

686) T.ex. Muñoz 2009, ss. 69–82.

som gjordes gällande svenska städtjänster tyder på att de miljökrav som ställs är på för låg nivå för att de ska påverka beteendet hos leverantörerna.⁶⁸⁷⁾

En forskargrupp gjorde på uppdrag av det svenska Konkurrensverket en studie som belyser dessa frågeställningar. Forskargruppen undersökte om miljökrav i offentlig upphandling påverkade konkurrensgraden mätt som antal deltagande anbudsgivare. Studien visade att miljökraven inte hade någon signifikant inverkan på konkurrensgraden. Samtidigt framhöll forskargruppen att det inte går att dra generella slutsatser av inverkan på konkurrensen av att ställa miljökrav, baserat på denna avgränsade empiriska studie. För att kunna göra det krävs flera studier av alla de sektorer som berörs av miljöanpassad offentlig upphandling.⁶⁸⁸⁾

I en granskning som den svenska Riksrevisionen gjort gällande miljökrav i offentlig upphandling har man ställt frågor till upphandlare inom stat, kommun och landsting om vad de anser att miljökrav i offentlig upphandling lett till.⁶⁸⁹⁾ Många upphandlare menade att det inom flera produktområden har skett en tydlig utveckling mot en mer miljövänlig marknad till följd av att offentlig sektor har ställt miljökrav. Sådana områden är kontorsmateriel, IT, rengöringsprodukter, fordon, profilkädrar, kemisktekniska produkter som handsprit och desinfektionsmedel, byggmaterial och avfallshantering. Flera upphandlare ansåg också att den offentliga sektorn har så stor volym i sina upphandlingar att det blir intressant för leverantörerna att ta fram nya och mer miljövänliga produkter.

När det gäller kostnader för att ställa miljökrav lyfter flera upphandlare fram att vissa produkter blir dyrare att upphandla med miljökrav medan andra blir billigare. Livsmedel är exempel på ett produktområde där det är dyrare att upphandla med miljökrav, jämfört med att upphandla utan att ställa miljökrav.

687) Se Lundberg & Marklund 2015, s. 1.

688) Se sv. Konkurrensverket 2009.

689) Riksrevisionens rapport om miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv? Skr.2011/12, s. 134.

Flera upphandlare ansåg också att det för vissa produkter kan vara dyrt initialt men att det kan löna sig på sikt att ställa miljökrav. Detta gäller särskilt produkter som använder mycket energi och där driftskostnaden kan bli lägre om produkten upphandlas med miljökrav. Många upphandlare betonar också att den upphandlande myndigheten får räkna med vissa tröskelkostnader när den ställer långtgående miljökrav. På längre sikt kommer dock marknaden i kapp och då sjunker priset på den aktuella produkten. Några upphandlare ansåg ytterligare att det finns en samhällelig besparing i att ställa miljökrav eftersom kraven leder till mindre miljöbelastning.⁶⁹⁰⁾

Den svenska riksrevisionen konstaterar i en sammanfattning av sin granskning att det förekommer få empiriska studier som belyser vilka effekter och kostnader styrmedlet i miljökrav i offentlig upphandling för med sig. En viktig orsak till detta är bristen på grundläggande statistik för upphandlingsområdet i stort. De studier som ändå existerar inom området visar att styrmedlet kan vara trubbigt jämfört med ekonomiska styrmedel och att det går långsamt att uppnå effekter på miljön. Upphandlarna behöver specialkompetens för att kunna använda styrmedlet och omfattningen av upphandlingen är ofta för liten för att styrmedlet ska kunna användas som ett betydelsefullt styrmedel. Styrmedlet kan dock ha vissa fördelar. Det är flexibelt och kan användas som komplement till andra styrmedel samt bidra till att stimulera ny miljöteknik och nya marknader. Denna uppfattning stöds av resultaten från Riksrevisionens intervjuer med upphandlare, vilka pekar på att flera produktområden numera är helt miljöanpassade.⁶⁹¹⁾ Riksrevisionens övergripande slutsats i sin rapport är att styrningen av arbetet med miljökrav i offentlig upphandling behöver stärkas i syfte att öka effektiviteten.

690) Se Riksrevisionens rapport om miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv? Skr.2011/12, s. 134.

691) Riksrevisionens rapport om miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv? Skr.2011/12, s. 134.

En ökning av effektiviteten innebär här antingen att minimera mängden resurser som utnyttjas för att nå ett visst slutresultat eller att maximera slutresultatet genom att utnyttja vissa bestämda resurser.

En starkare styrning och högre effektivitet skulle kunna nås genom att på förordningsnivå peka ut prioriterade produktgrupper. Sådana produktgrupper bör ha jämförelsevis stor upphandlingsvolym, upphandlas både av stat, kommuner, landsting och andra offentliga samfund och ha betydande negativ miljöpåverkan. Detta skulle kunna bidra till minskad miljöpåverkan till låga transaktionskostnader. Att utpeka flera prioriterade produktgrupper bör dock begränsas till ett fåtal områden eftersom styrmedlets flexibilitet annars riskerar att gå förlorad. Miljökrav i offentlig upphandling används också för att uppnå lokala miljömål och prioriteringar och därför behövs även nuvarande bredd i kriteriearbetet.⁶⁹²⁾

Offentlig upphandling bedöms kunna ha en betydande potential som styrmedel för att nå viktiga mål på miljöområdet och det sociala området. Rätt utformade upphandlingar antas vidare kunna leda till att många fler mindre företag kan leverera till offentlig sektor. Upphandlingen anses också, genom sin relativa storlek, kunna vara ett kraftfullt instrument för att stimulera framväxten av innovativa lösningar på en rad områden. Svaga nationella styrningar av den offentliga upphandlingen har dock lett till fragmentering och dåligt samordnade stödåtgärder.⁶⁹³⁾

Såsom exempel kan nämnas att Stockholms stad i Sverige antagit ett mål om att bli fossilbränslefritt fram till år 2040. Miljökrav i upphandlingar är ett av medlen för att nå målet och staden har varit en föregångare på området. Sedan år 1990 har man ställt miljökrav på fordon i upphandlingar i entreprenadupphandlingar. År 2010 började man ställa hårdare krav på transporter i upphandlingar av transporttjänster och sedan år 2014 även

692) Se *ibid*. Den svenska regeringens prioritering av produktgruppen miljöbilar utgör ett exempel på ett område där detta, trots vissa brister i styrning och uppföljning, har lyckats. Miljöbilsförordningen har även i stor utsträckning använts i kommuners och landstings upphandling av miljöbilar eftersom förordningens miljökrav upplevs som ett stöd av upphandlare.

693) SOU 2013:12, ss. 609–610.

på upphandlingar av varor. Stockholms stad har utformat miljökraven på transporter på ett sätt som ska undvika att kraven i fråga blir prisdrivande eller konkurrensbegränsande. En utredning som gjorts år 2016 gällande erfarenheterna och effekterna av stadens miljökrav på transporter visar att inget tyder på att staden fått högre priser i samband med hårdare miljökrav på transporter. Kraven har inte heller haft någon kortsiktig konkurrensbegränsande effekt. Kraven är ställda så och ligger på en sådan nivå att företag med rimlig ekonomisk kapacitet kan uppfylla dem. Ställandet av miljökrav leder till en del extra arbetstid, varav uppföljningen av avtalen utgör en betydande del.⁶⁹⁴⁾ De miljökrav som staden ställer är kvalifikationskrav eller särskilda kontraktsvillkor. Kraven måste då uppfyllas ifall leverantören ska ha möjlighet att överhuvudtaget få uppdraget. Kraven kunde även ställas som utvärderingskriterier och då kunde avvägningen mellan pris och miljökrav ske direkt i upphandlingen.⁶⁹⁵⁾

I enlighet med upphandlingsdirektivet 2014/24/EU antas det också att förbättrade regler för offentlig upphandling kommer att göra det möjligt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att på ett bättre sätt kunna använda offentlig upphandling till stöd för gemensamma samhällseliga mål, såsom skyddet av miljön, högre resurs- och energieffektivitet, kampen mot klimatförändringar, främjande av innovation och social integration samt säkerställande av bästa tänkbara villkor för tillhandahållande av sociala tjänster av hög kvalitet.⁶⁹⁶⁾

Så kallade samhällspolitiska krav bör dock enbart ställas i de fall det bedöms ändamålsenligt för att uppnå syftet med upphandlingen. Det borde således göras en noggrann analys av i vilka sammanhang det lämpar sig att ställa olika typer av krav. Det förekommer

694) Se Stockholms stad 2016.

695) Se *ibid*. Att finna olika modeller som öppnar upp för kreativa och innovativa lösningar hos leverantörerna är också önskvärt. I Stockholms stad har man provat en modell med en s.k. koldioxidbubbla, vilket innebär att staden anger den maximala mängden koldioxid som leverantören får släppa ut under hela avtalsperioden. Denna modell leder till strävan efter ständiga förbättringar under avtalsperiodens gång. Därtill kombineras styrning med flexibilitet, frihet och öppenhet för kreativa och innovativa lösningar. Se även Siikavirta 2015, ss. 77–85.

696) Se direktiv 2014/24/EU, beaktandesats 1.

studier som tydligt visar att förekomsten av irrelevanta krav, som ställs utan logisk koppling till upphandlingsföremålet, medför att till exempel många små företag avstår från att lägga anbud.⁶⁹⁷⁾

Bland företrädare för sociala företag förekommer farhågor att krav på strikta budgeter och nedskärningar också leder till att man inom den offentliga sektorn gör upp större och mer omfattande kontrakt och avtal som inte är möjliga att nå för de sociala företagen. Man kan då uppleva att det inte alls lönar sig att försöka delta i den offentliga sektorns anbudstävlingar, eftersom man hur som helst kommer att exkluderas från upphandlingsprocessen i framtiden. Ett alternativ är att sociala företag ökar sina möjligheter att kunna delta i anbudstävlingar om större kontrakt genom att verka i samarbete med andra organisationer inom den tredje sektorn för att sedan bättre kunna uppfylla de krav som ställs. Ett annat alternativ är att privata företag som blivit tilldelade omfattande kontrakt av den offentliga sektorn börjar använda sociala företag som underleverantörer.

Åtminstone bland myndigheter på lokal nivå borde det nog finnas förståelse för att lokala sociala företag kan vara till stor hjälp att uppfylla lokala målsättningar och målsättningar att tillämpa en hållbar upphandling. De sociala företagen kan komma över några av de hinder de möter i offentliga upphandlingar ifall de i anbudssvaren betonar de sätt på vilka de kan uppfylla lokala målsättningar, t.ex. vad gäller arbetstillfällen och sysselsättning, och att de i övrigt också förmår uppfylla de krav som ställs. Genom att betona sina möjligheter att uppfylla lokala målsättningar kan de sociala företagen göra sina anbud mera konkurrenskraftiga eftersom detta kan få upphandlarna att godkänna tjänster som är dyrare men också bättre vad gäller det värde som man får av pengarna.

Ett tredje alternativ för att öka den socialt- och miljömässigt hållbara upphandlingen och de sociala företagens deltagande är att låta upphandlingen skötas av en central upphand-

697) SOU 2013:12, s. 640.

lingsenhet, det vill säga en central upphandlingsmyndighet som i enlighet med EU:s upphandlingsdirektiv och de nationella upphandlingslagarna gör upphandlingarna för ett antal myndigheters del, vilket i Finland redan är fallet med Hansel som är en statlig enhet för samordnad upphandling.⁶⁹⁸⁾ Det allmänna argumentet för att låta upphandlingen skötas av en central myndighet är att på så sätt kan man uppnå bättre värde för pengarna i termer av lägre priser då makten att upphandla är koncentrerad till ett ställe. Men en central upphandlingsenhet har också bättre möjligheter och resurser att skapa metoder och verktyg för tillämpning av hållbar upphandling. Att skapa sådana metoder och verktyg kostar pengar och genom att sprida kostnaderna över ett större antal upphandlingar kan man spara in på kostnaderna och samtidigt främja utvecklingen av en hållbar upphandling. Därtill betonas även i EU:s miljöpolitik den roll som en central offentlig upphandling kan ha i att påverka utbudet och efterfrågan på hållbara varor och tjänster på marknaden.⁶⁹⁹⁾ För att detta ska kunna ske bör dock det budskap som den offentliga sektorn ger åt marknaden vara konsekvent. Om varje enskild myndighet använder egna standarder för socialt och miljömässigt hållbar offentlig upphandling finns det inte ett följdriktigt tillvägagångssätt enligt vilket utbudet på marknaden kan ställa sig efter och enligt vilket efterfrågan på den privata marknaden kan konkurrera med. Att de enskilda myndigheterna följer lagstiftade standarder är förstås en lösning på problemet, men antagandet av standarder som en central upphandlingsenhet sätter upp kan även bidra med något därutöver. Klart är dock att upphandling som sköts av en central upphandlingsenhet också är förknippat med problem, t.ex. vid sidan om stordriftsfördelar kan det också förekomma stordriftsnackdelar, såsom onödig byråkrati och okunskap om de verkliga behov som slutanvändarna av varorna eller tjänsterna har. Icke desto mindre gäller att i tider av åtstram-

698) Om samordnad upphandling inom statsförvaltningen, SRF (765/2006), FinMinBeslut (766/2006), lag om Hansel Ab (1096/2008). Se även Määttä & Voutilainen 2017. ss. 309–310. I Sverige aviserade regeringen i budgetpropositionen för år 2015 (proposition 2014/15:1 ut.omr.2) att en ny central myndighet för upphandlingsstöd skulle bildas. Den 19 december 2014 tillsatte den svenska regeringen därför en utredare att förbereda införandet av Upphandlingsmyndigheten. Myndigheten inledde sin verksamhet den 1 september 2015.

699) T.ex. direktiv 2014/24/EU, beaktandesats 1 och 37.

ning när krav ställs på inbesparingar och också mer effektiv upphandling, så kan upphandling skött av en central upphandlingsmyndighet ligga väl i tiden, inte bara för att pressa ner priserna eller för att erhålla volymrabatter eller för att bibehålla relationer till önskade leverantörer men också för att kunna uppfylla sociala och miljömässigt hållbara målsättningar.

Enligt upphandlingsdirektivet 2014/24/EU borde också medlemsländerna utse en enda nationell myndighet som skulle övervaka, genomföra och kontrollera den offentliga upphandlingen. Det antas att ett dylikt organ kunde säkra överblicken över de viktigaste svårigheterna att genomföra upphandlingarna och även föreslå lösningar på mer strukturella problem.⁷⁰⁰⁾ I Sverige verkar Upphandlingsmyndigheten sedan år 2015. I enlighet med 139 § finländska UpphL övervakar nu Konkurrens- och konsumentverket i Finland att lagen iakttas. Hansel en statlig enhet för samordnad upphandling. Regionförvaltningsverken har också fungerat som övervakande myndigheter i upphandlingsärenden i Finland. Riksdagens justitieombudsman och justitiekanslern har även fäst uppmärksamhet vid tillämpningen och efterlevnaden av upphandlingslagstiftningen. Marknadsdomstolen handlägger upphandlingsärenden.

I fall man dock går in för en samordning av själva upphandlingskriterierna kan det leda till en standardisering av egenskaper hos de produkter som den upphandlande myndigheten köper. Om samordningen blir omfattande kan det leda till än mer utbredd likformighet. En dylik standardisering kan till exempel föra det positiva med sig att upphandlingsmarknaden inte delas upp i ett antal mindre delmarknader eller att det sker en produktion av större serier, vilket kan leda till lägre priser i upphandlingarna. Men det kan även leda till en sådan likformighet som kan få negativa effekter på marknaden, då en samordning av själva upphandlingskriterierna kan hämma innovationer och förhindra framtagandet av nya varor och tjänster. En samordning av upphandlingskriterierna kan också försvåra för små- och medelstora leverantörer av varor och tjänster att kunna delta

700) Se direktiv 2014/24/EU, beaktandesats 30. Se även t.ex. dnr OKV/314/1/2013 och avgörandet 2073/4/1.

i upphandlingar, då dessa kan ha svårigheter att erbjuda standardiserade produkter eller varor som ingår i mer omfattande serier.⁷⁰¹⁾

Incitamenten för nya aktörer att komma in på marknaden kan också förbättras genom att till exempel skraddarsy storleken på konkurrensutsättningarna och avtalstiderna i enlighet med bland annat branschområde eller region. De upphandlande myndigheterna och enheterna kunde sträva efter att dra nytta av alla tillbudsstående möjligheter till konkurrens, varpå även upphandlingar av mindre storlek skulle motivera till småföretagsamhet. Det är då inte endast fråga om att skaffa effektivitetsvinster genom konkurrensen, utan även om att förverkliga ekonomisk rättvisa i samhället. Ifall det förekommer för få beställare och utförare på marknaden, kan den offentliga makten till exempel spjälka upp de beställande myndigheterna och/eller grunda nya producenter själv eller tillsammans med privata företagare. I sådana förhållanden krävs det av de offentliga upphandlarna för att få till stånd konkurrens en långsiktig upphandlingsstrategi och möjligtvis också ömsesidig koordinering.

Europaparlamentet betonar även i sin resolution om modernisering av den offentliga upphandlingen att problemfritt tillträde till offentlig upphandling för små och medelstora företag är av avgörande betydelse för att bibehålla sysselsättningen, liksom för hållbar utveckling, innovation och tillväxt.⁷⁰²⁾ Även i Europa 2020-strategin⁷⁰³⁾ har man gjort tre prioriteringar:

- (1) smart tillväxt avser en utveckling av ekonomin baserad på kunskap och innovation,
- (2) hållbar tillväxt avser främjande av en resurseffektivare, grönare och konkurrenskraftigare ekonomi och

701) Se Konkurrensverkets yttrande över Upphandlingsutredningens slutbetänkande *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling* (SOU 2013:12), Dnr 185/2013, ss. 18–19. Se också fi. RP 90/2010, ss. 46–51.

702) Se Europaparlamentets resolution Modernisering av offentlig upphandling Europaparlamentets resolution av den 25 oktober 2011 om modernisering av offentlig upphandling, ss. 25–34.

703) Se Kommissionen, Bryssel den 3.3.2010 KOM(2010) 2020 slutlig Meddelande från kommissionen Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, ss. 11–12.

(3) tillväxt för alla syftar till att stimulera en ekonomi med hög sysselsättning och ekonomisk, social och territoriell sammanhållning.

Ovan nämnda prioriteringar framhålls vara ömsesidigt förstärkande och ge en vision för hur Europas sociala marknadsekonomi skulle kunna utvecklas under 2000-talet.

Förenklade förfaranden⁷⁰⁴) och administrativa formaliteter, liksom skapande av strategier som gynnar små och medelstora företag och genomförande av koden för goda förfaranden⁷⁰⁵) kan också underlätta små och medelstora företags tillträde till offentliga upphandlingar och låta dem delta på mer likvärda och rättvisa villkor. Genom att ge samtliga ekonomiska aktörer tillträde till offentlig upphandling under förenklade, likvärdiga och rättvisa villkor skulle en bättre användning av skattebetalarnas pengar uppnås. Små och medelstora företag har generellt inte någon betydande och specialiserad administrativ kapacitet och därför är det mycket viktigt att minimera den administrativa bördan för dem.

Enligt direktivet 2014/24/EU föreskrivs även i artikel 83 att medlemsstaterna ska se till att särskilt små och medelstora företag får lämpligt stöd till exempel på elektronisk väg eller via befintliga nätverk för att förbättra dessa aktörers möjligheter till tillgång till offentlig upphandling. Medlemsstaterna ska också se till att särskilt administrativt stöd finns att tillgå för aktörer som vill delta i upphandlingsförfaranden i en annan medlemsstat, bland annat information om skatter, miljöskydd, social lagstiftning och arbetsmarknadslagstiftning som gäller i medlemsstaten i fråga.⁷⁰⁶) I 2 § UpphL (1397/2016) stadgas om lagens ändamål att upphandlingen om möjligt ska ordnas så att små och medelstora

704) Frågan om förenklat förfarande har behandlats av Kammarrätten i Göteborg, mål nr 926-09, där ärendet gällde en gränsdragning mellan förenklat förfarande och en tillåten begäran om förtydligande. Av dom i mål Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7138-10 framkom att komplettering med referenser efter anbudets utgång inte var tillåtet. Av dom i mål Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1583-13 framkom att de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget inte får ändras.

705) Se Europaparlamentets resolution Modernisering av offentlig upphandling Europaparlamentets resolution av den 25 oktober 2011 om modernisering av offentlig upphandling (2011/2048(INI)), ss. 25–34.

706) Se artikel 83 direktiv 2014/24/EU.

företag och andra sammanslutningar är likvärdiga med andra anbudsgivare då de deltar i anbudsförfarandet.⁷⁰⁷⁾

För de sociala företagens del är det i alla fall till stor fördel om de offentliga upphandlarna beaktar det mervärde som de sociala företagen kan erbjuda ifall man vill öka de sociala företagens deltagande i offentliga upphandlingar. Metoder kan också utvecklas för att garantera att inkludera mervärdet som en del av kriterierna som bedöms när anbuderna utvärderas.

Från de sociala företagens håll har det visat sig att en standardisering av mervärdet i utvärderingen av anbuderna upplevs som mycket viktig för att underlätta kommunikationen mellan de sociala företagen och entreprenörerna och den offentliga sektorn. Man tror också att det skulle förkorta den tid och minska på det arbete som krävs för att ge och förverkliga själva anbuderna.⁷⁰⁸⁾

Den svenska riksrevisionen konstaterar också i sin rapport om miljökrav i offentlig upphandling att det är en krävande uppgift att ställa miljökrav i offentlig upphandling. Upphandlaren ska kunna hantera ett komplext regelverk, ha kunskap om marknaden och ha miljökompetens. Till detta kommer att upphandlaren i många verksamheter arbetar ensam och ansvarar för att genomföra upphandlingar inom vitt skilda områden till stora ekonomiska värden. Den utmaning som upphandlaren står inför är att miljökravet ska bidra till att minska ett miljöproblem, men kravet ska samtidigt inte vara så långtgående, att det minskar antalet anbud och begränsar möjligheterna till en bra affär. Kravet får dessutom inte vara utformat på ett sätt så att det strider mot de grundläggande principerna i offentlig upphandling, såsom likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen, öppenhetsprincipen och proportionalitetsprincipen. Samtidigt framhålls att arbetet med miljökrav i offentlig upphandling numera ingår som en naturlig del i arbetet. Miljökrav

707) Se RP 108/2016, ss. 300–301 och 2 § UpphL (1397/2016).

708) Bl.a. Muñoz 2009, ss. 69–82.

används inte bara för att uppnå övergripande miljömål, utan även för att uppnå lokala miljömål och hantera lokala miljöproblem.⁷⁰⁹⁾

Också vid planeringen av upphandlingsstrategin lönar det sig att fundera på vilken vikt lokalt innehåll kan ges i förhållande till andra faktorer såsom pris, kvalitet och tid och vad för mervärde det lokala innehållet kan ge. Ifall man vill ha med lokalt innehåll, bör man också känna till och förstå den lokala marknaden för leverantörer. Det innebär också att man som upphandlande myndighet och enhet måste kvantifiera användarnas behov av varor och tjänster och sammanföra det med möjligheterna, förmågan och konkurrenskraften hos lokala och nationella leverantörer att uppfylla dessa behov.⁷¹⁰⁾

Undersökningar visar att ledarskap är en betydande faktor för att få igång tillämpningen av hållbar upphandling i offentliga organisationer.⁷¹¹⁾ Den svenska Riksrevisionen framhåller även i sin rapport att en viktig förutsättning för att upphandlaren ska kunna ställa miljökrav är ett tydligt stöd från den upphandlande myndighetens ledning.⁷¹²⁾ Stödet kan till exempel vara i form av en miljöpolicy där det tydligt framgår att miljökrav ska ställas. Samtidigt tycks det finnas behov av ytterligare stöd och en tydligare riktning i arbetet med miljökrav i offentlig upphandling. Det oklara rättsläget kan dock göra upphandlaren mer försiktig. Som exempel kan nämnas att i enlighet med art. 67, punkt 3 i direktivet 2014/24/EU ska tilldelningskriterierna anses vara kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet om de avser de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska tillhandahållas inom ramen för det kontraktet i alla avseenden och i alla skeden av deras livscykel.

709) Se Riksrevisionens rapport om miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv? Skr.2011/12, s. 134.

710) Warner 2011, ss. 63–65. Till exempel i Sverige har Sandvikens kommun lyckats upphandla kött från sin egen region genom att ställa krav på spårbarhet av djur ned till gård samt krav på hängmörning av köttet, vilket större köttleverantörer hade svårt att uppfylla, se Upphandling 24, 28.10.2016.

711) T.ex. Brammer & Walker 2011, ss. 452–476.

712) Riksrevisionens rapport om miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv? Skr.2011/12, s. 134.

Motsvarande stadgande finns i 94 § UpphL.⁷¹³⁾ Flera remissinstanser till den svenska lagrådsremissen om nytt regelverk för offentlig upphandling anser att det att tilldelningskriterierna ska anses vara kopplade till föremålet för den offentliga upphandlingen oavsett om de utgör en del av varan eller tjänsten utgör en förändring som riskerar att få synnerligen ingripande återverkningar i företagen. I den svenska LOU 16. kap. 2 § stadgas att ett tilldelningskriterium ska anses ha anknytning till den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas om kriteriet i något avseende hänför sig till denna vara eller tjänst eller till byggnadsverket under något skede av livscykeln.⁷¹⁴⁾ Å andra sidan framgår det av EU-domstolens rättspraxis, såsom i fallet C-368/10 *Kommissionen v. Nederländerna*, att det inte krävs att ett tilldelningskriterium avser en varas egenskaper som sådana.⁷¹⁵⁾ I princip borde det följaktligen inte förekomma något hinder att använda ett kriterium som innebär att en vara ska komma från rättvis handel eller ett kriterium som består i att levererad el ska produceras från förnybara energikällor. Därmed innebär direktivets 2014/24/EU bestämmelser om kopplingen mellan tilldelningskriterierna och kontrakt föremålet inte någon genomgripande förändring av rättsläget. Den konkreta betydelsen av bestämmelserna kan dock få prövas i rättstillämpningen och ytterst avgöras av EU-domstolen.

6.3. Förstärkning av en socialt och miljömässigt hållbar marknad

Då man från ledande håll stöder social och miljömässig hållbarhet och inkluderar detta i planeringen, strategierna och målsättningarna, kommer också de som i praktiken utför upphandlingarna att tillämpa hållbarhet i upphandlingarna.

Såsom även konstateras i den svenska SOU-utredningen *Goda affärer - en strategi för hållbar offentlig upphandling* gäller att givet snabbt växande ekonomier och befolkningar kan miljö- och resursproblemen inte mötas genom att fokus primärt ligger på marginella

713) Se RP 108/2016, s. 210.

714) Sv. Lagrådsremiss 2015, ss. 726–727 och sv. prop. 2015/16: 195, 16.kap. 2 §.

715) Se rättsfall C-368/10 *Kommissionen v. Nederländerna*.

förbättringar inom ramen för nuvarande teknik och system. Världen behöver genomgripande förändringar i form av tekniksprång och transformativa lösningar samt helt nya sätt att organisera både produktion och konsumtion. Den offentliga upphandlingen kan här spela en pådrivande roll.⁷¹⁶⁾

Upphandlingarna blir endast hållbara då man införlivar principer om hållbar utveckling, också med beaktande av sociala faktorer, eftersom dessa kan hamna i skymundan för de ekonomiska och miljömässiga. Sociala krav vid offentliga upphandlingar utgör också en del av en större helhet, det vill säga målet om en hållbar utveckling. Detta mål baserar sig huvudsakligen på tre perspektiv; ekonomiska, sociala och miljömässiga. Alla tre perspektiven bör följligen tas i beaktande vid en hållbar offentlig upphandling.

Då upphandlande myndigheter eller enheter ska ställa sociala och miljömässiga krav, är det alltid såsom även framkommit viktigt med ett helhetstänkande. En riskbedömning bör göras, och förekommer det risker bör kraven anpassas efter den vara som ska upphandlas. En dialog bör föras med leverantörerna och ställning bör tas till vad som sker ifall leverantörerna bryter mot överenskommelser, till exempel viten eller avslutande av kontrakt. Utvecklingen av marknaden kan sedan främjas genom att utvidga den nuvarande marknaden eller genom att skapa nya marknader för varor och tjänster som stöder uppnåendet av social- och miljömässig hållbarhet. Till exempel kan man främja skapandet av nya innovationer på marknaden och konkurrensen genom att upphandla it-teknik åt handikappade, vilket i bästa fall leder till att nya, bättre och även förmånligare produkter kommer att skapas.

716) SOU 2013:12, s. 603.

Det finns också forskning som tyder på att miljökrav i form av miljözoner i städer kan tvinga fram en modernisering och effektivisering av branschen i fråga som reducerar antalet företag som verkar inom området urban distribution.⁷¹⁷⁾ Ifall de företag som försvinner ersätts med nya företag som baserar sin affärsidé på hållbara transporter som motsvarar dagens miljökrav, såsom miljöfordon, cykelbud eller olika leveranslösningar som inte kräver fordon, utgör det en positiv utveckling. Om utvecklingen däremot leder till ett större monopol för aktörer som redan är etablerade på marknaden, går det i en negativ riktning.

I sin resolution om modernisering av den offentliga upphandlingen understryker Europaparlamentet också behovet av att stärka hållbarhetsdimensionen i offentlig upphandling genom att införliva den i varje skede av upphandlingsprocessen till exempel genom test av förmåga, tekniska specifikationer och prestandabestämmelser i kontrakt.⁷¹⁸⁾

I enlighet med direktivet i offentlig upphandling 2014/24/EU vill man också göra det möjligt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att köpa sådana varor och tjänster som främjar innovation, respekt för miljön och kampen mot miljöförändringar samt främjar sysselsättningen, folkhälsan och de sociala villkoren, till exempel genom att de offentliga upphandlarna ska kunna basera sina tilldelningsbeslut på livscykelkostnaden för de varor och tjänster som de upphandlar. I livscykelkostnaden kan även kostnader som inte är direkt monetära, såsom till exempel externa miljökostnader ifall de kan verifieras och ges i ekonomiska termer.⁷¹⁹⁾ Tanken är att stadgandet i 95 § UpphL ska främja de mål om hållbar och innovativ offentlig upphandling som ingår i Europa 2020-strategin

717) Se t.ex. Trafikanalys 2016, PM 2016:5, *Urbana Godstransporter*.

718) Europaparlamentets resolution Modernisering av offentlig upphandling Europaparlamentets resolution av den 25 oktober 2011 om modernisering av offentlig upphandling, ss. 25–34.

719) Se art. 42 direktiv 2014/24/EU. Europa 2020 är EU:s tioårsstrategi för tillväxt och jobb. Den inleddes 2010 för att skapa förutsättningar för en smart och hållbar tillväxt för alla. EU har enats om fem övergripande mål för 2020. De gäller sysselsättning, forskning och utveckling, klimat och energi, utbildning samt social delaktighet och fattigdomsminskning.

för smart och hållbar tillväxt för alla.⁷²⁰⁾ Stadgandet i fråga skulle emellertid inte förplikta att ta i beaktande externa kostnader. Risker är dock att om det inte är förpliktande att ta hänsyn till externa miljökostnader alltid då det finns fog för det, så får inte momentet i fråga den styrande funktion som man kanske önskar. Detta kan i värsta fall leda till retroaktiva kostnader för skador på miljön och klimatet.

En öppen dialog behövs mellan de upphandlande myndigheterna och enheterna och aktörerna på marknaden. I planeringsskedet av upphandlingen kan den upphandlande myndigheten och enheten föra dialog med potentiella anbudsgivare samt med användarna av varorna eller tjänsterna och deras intressegrupper och närstående. I de tekniska specifikationerna av objektet för upphandlingen kan olika användargrupperns behov tas i beaktande i de krav som ställs på varorna eller tjänsterna.

Enligt art. 42 direktiv 2014/24/EU bör de tekniska specifikationerna som offentliga upphandlare upprättar också tillåta att den offentliga upphandlingen öppnas för konkurrens. Det bör därför vara möjligt att lämna anbud som avspeglar olika tekniska lösningar så att det råder tillräcklig konkurrens. Följaktligen bör tekniska specifikationer utformas på ett sådant sätt att man undviker att på konstlad väg begränsa konkurrensen genom krav som gynnar en viss ekonomisk aktör genom att avspegla viktiga egenskaper hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som den aktören brukar erbjuda. Om tekniska specifikationer utformas som prestanda- och funktionskrav kan i allmänhet detta mål uppfyllas på bästa möjliga sätt, vilket främjar innovation. Om det hänvisas till en europeisk standard eller, om det inte finns någon sådan, till en nationell standard bör de upphandlande myndigheterna beakta anbud som baseras på andra likvärdiga lösningar.⁷²¹⁾

Utvecklingen av marknadsinnovationer kan också ske genom att göra s.k. förkommersiella upphandlingar eller genom att i konkurrensutsättningen av upphandlingarna använda

720) Se RP 108/2016, 210 och KOM (2010) 2020.

721) Se art 42 direktiv 2014/24/EU.

jämförelsekriterier eller avtalsvillkor som stöder innovationer. De så kallade förkommersiella offentliga upphandlingarna har till exempel i USA, Holland och Storbritannien visat sig vara en fungerande metod för att sammanlänka behov i samhället och företagens innovationspotential.⁷²²⁾ De förkommersiella offentliga upphandlingarna sker före de normala upphandlingarna och målsättningarna med dem är att få företagen att konkurrera om att få utveckla nya lösningar. Metoden kan i princip användas för enskilda produktinnovationer såväl som för helhetsmässiga reformer.

I praktiken kan det innebära att man konkret utmanar marknaden och får till stånd mer mångsidiga varor och tjänster. På så sätt kan man även skapa nya typer av efterfrågan på olika varor och tjänster, vilket i sin tur också utvecklar marknaden vidare. Slutresultatet kan i bästa fall vara att man i de offentliga upphandlingarna bättre tar i beaktande användarnas och kundernas/klienternas behov samt att man främjar innovationer och utvecklingen av en effektiv marknad. Som en följd av utvecklingen och effektiveringen av marknaden kan sociala och miljömässiga hänsyn bättre tas i beaktande samtidigt som ekonomiska inbesparingar kan göras.

Europaparlamentet understryker även i sin icke-bindande resolution om modernisering av den offentliga upphandlingen att hållbar produktion av en produkt eller tjänst med rätta anses vara en egenskap hos produkten som kan användas som ett kriterium vid jämförelse med produkter eller tjänster som inte har producerats på ett hållbart sätt, för att de upphandlande myndigheterna på ett öppet sätt ska kunna kontrollera de miljömässiga och sociala konsekvenserna av de kontrakt som de tilldelar, utan att samtidigt försvaga den nödvändiga länken till föremålet för kontraktet. Parlamentet påpekar också att möjligheterna att, för alla typer av kontrakt och i de fall där detta är lämpligt och proportionerligt, införliva krav gällande tillverkningsprocessen i de tekniska specifikationerna bör förtydligas.⁷²³⁾

722) Eskola et al. 2012, ss. 19–20.

723) Se Europaparlamentets resolution Modernisering av offentlig upphandling Europaparlamentets resolution av den 25 oktober 2011 om modernisering av offentlig upphandling, ss. 25–34.

I direktivet om offentlig upphandling 2014/24/EU anses också följaktligen att de upphandlande myndigheterna ska kunna hänvisa till samtliga faktorer som är direkt förknippade med produktionsprocessen i de tekniska specifikationerna och i tilldelningskriterierna så länge dessa gäller aspekter av produktionsprocessen som är nära anknutna till den specifika produktionen av varan eller tillhandahållandet av tjänsten. Detta utesluter allmänna krav som inte direkt knyter an till produktionsprocessen för de varor eller tjänster som ingår i upphandlingen, till exempel krav på att leverantören ska visa socialt ansvar i hela sin verksamhet.⁷²⁴⁾ Motsvarande stadgande ingår i 71 § UpphL.⁷²⁵⁾

De upphandlande myndigheterna och enheterna kan föregå med gott exempel i beaktandet av samhällseliga förpliktelser och sociala och miljömässiga hänsyn i offentliga upphandlingar, förutsatt att kraven är förenliga med EU-rätten.⁷²⁶⁾ I egenskap av ansvarsfulla inköpare kan de upphandlande myndigheterna och enheterna beakta sociala och miljömässiga hänsyn i sina upphandlingsstrategier eller i sina strategiska linjedragningar gällande offentlig upphandling samt befrämja förverkligandet av ifrågavarande hänsyn i praktiken i sina upphandlingar. Ur upphandlingsprocessens synvinkel är skapandet av upphandlingsstrategier en del av planeringen av upphandlingen.

I upphandlingsstrategin kan den upphandlande myndigheten eller enheten till exempel fästa särskild uppmärksamhet vid sysselsättning av handikappade personer eller personer som tillhör etniska minoriteter eller någon annan minoritetsgrupp. I strategin kan den upphandlande myndigheten och enheten också definiera de medel med vilka man ska

724) Art. 42 direktiv 2014/24/EU.

725) Se RP 108/2016, ss. 172–173 och 71 § UpphL (1397/2016).

726) Se t.ex. EU-domstolens domar i mål C-513/99 *Concordia Bus*, C-448/01 *Wienstrom* och C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna*. Se även Ojanen 2003, ss. 692–701.

befrämja t.ex. handikappades, minoriteters eller småföretagares deltagande i anbudsfrågningar och i förverkligandet av upphandlingarna.⁷²⁷⁾ Marknaden fungerar mer effektivt ifall man på bästa möjliga sätt utnyttjar olika samhällsgruppers förmågor och kunskaper i förverkligandet av upphandlingarna. Även i åtgärderna för kommunernas sysselsättningsstrategier kan man ta i beaktande sysselsättningssynvinklar som en del av de offentliga upphandlingar som organisationen gör. På så sätt kan man till exempel stöda att sociala hänsyn gällande sysselsättning utnyttjas i upphandlingar också i praktiken.

I en rapport som Arbets- och näringsministeriet i Finland gjort, *Erfarenheter av användningen av sociala kriterier i offentlig upphandling*, och som baserar sig på case-studier gällande användningen av sociala kriterier vid tio olika instanser, konstateras även att sociala kriterier fungerar bäst ifall de förutsätter av leverantörerna aktiva åtgärder såsom till exempel sysselsättande åtgärder.^{728a)} Kraven på sysselsättande åtgärder kan då ställas på två alternativa sätt. Det bästa sättet är att ställa dem som avtalsvillkor. Då är den leverantör som valts förpliktad att i enlighet med avtalet sysselsätta någon person/några personer. Ett sämre alternativ är att ett godkännande av sysselsättande åtgärder ger tilläggs-poäng i anbudsskedet. Detta ger nämligen möjlighet att även sådana leverantörer som inte kan förverkliga de sysselsättande åtgärderna deltar i anbudstävlingen. De sociala kriterierna kan visserligen även ställas i upphandlingsavtalen på så sätt att de inte direkt förutsätter aktiva åtgärder. Som ett konkret exempel kan här nämnas inkluderandet av olika principer om ansvarsfullhet i avtalen, med vilka man vill säkerställa att leverantörerna tar i beaktande frågor gällande social ansvarsfullhet i sina verksamheter. Ifall det används som ett jämförelsekriterium, innebär det att leverantören kan dokumentera att han agerat på ett visst sätt, till exempel sysselsatt en funktionshindrad, och får då tilläggs-poäng i urvalsskedet för detta.

727) Se betänkande Arbets- och näringsministeriet 2015, s. 72 och även sv. Lagrådsremiss 2015, ss. 726–727. Se också Arbets- och näringsministeriet 2017, ss. 33-34.

728a) Se rapport från Arbets- och näringsministeriet 2015.

Även på kommunal nivå kan en utveckling av metoder och förfarandesätt för upphandling av varor och tjänster i en hållbar riktning ha stor betydelse för uppkomsten av nya innovationer och för utveckling av livskraften i den lokala ekonomin. I en nyckelposition är här kommunernas servicestrategier där kommunernas framtida orientering vad gäller den egna serviceproduktionen och de tjänster som ska köpas utifrån görs upp samt även spelreglerna för hur de offentliga upphandlingarna ska ordnas. I dessa finns goda möjligheter att inkludera beaktandet av sociala och miljömässiga hänsyn som en central del.

I kommunerna grundar sig planering av ekonomin och därmed även planeringen av upphandlingen i utgångspunkten på 37 § i KommunL där det stadgas om kommunstrategin. Enligt stadgandet ska det i kommunen finnas en kommunstrategi där fullmäktige beslutar om kommunens verksamhet och ekonomi ur ett långt perspektiv. Målsättningen med stadgandet i 37 § KommunL är att förstärka styrningen av kommunens verksamhet som en helhet och sammankoppla kommunens strategiska planering och ekonomiplanering. I kommunstrategin ska kommunens ekonomiska realiteter och utvecklingsutsikter beaktas och kommunstrategin ska styra kommunens ekonomiplanering. I kommunstrategin ska bland annat beaktas hur tjänster ska ordnas och produceras. Till frågan om hur tjänster ska ordnas och produceras hör också linjedragningar om vilka tjänster som kommunen ska producera själv och vilka tjänster som kommunen köper utifrån. Därmed ska kommunstrategin också innehålla kommunens upphandlingsstrategiska linjedragningar åtminstone vad gäller ordnandet av tjänster.^{728b)}

I Europaparlamentets juridiskt sett icke-bindande resolution om modernisering av den offentliga upphandlingen påpekas också att EU kan spela en betydande roll för att underlätta utvecklingen av framgångsrika offentligt-privat partnerskap genom att främja rättvis konkurrens och sprida bästa praxis bland medlemsstaterna gällande socialpolitik och sysselsättningspolitik.⁷²⁹⁾ Dock förekommer det avsevärda skillnader mellan de olika

728b) Se RP 268/2014 rd, ss. 168–169 och Määttä & Voutilainen 2017, ss. 140–141.

729) Europaparlamentets resolution Modernisering av offentlig upphandling Europaparlamentets resolution av den 25 oktober 2011 om modernisering av offentlig upphandling, ss. 25–34.

medlemsstaternas lagstadgade och procedurmässiga krav. Därför borde man också bättre definiera begreppet offentligt-privat partnerskap, framför allt vad gäller gemensamt risktagande och ekonomiska åtaganden mellan parterna.

I en särskilt betydande roll är de politiska beslutsfattarna och de ledande och beredande tjänstemännen. Huruvida sociala och miljömässiga hänsyn används i praktiken beror på deras beslut och linjedragningar.⁷³⁰⁾ Därför bör särskild uppmärksamhet också fästas vid att den politiska och tjänstemannaledningen har tillräckligt med kunskap om sociala och miljömässiga hänsyn, dess användning och verkningar. Den offentliga sektorn kan i bästa fall föregå med gott exempel genom att beakta sociala och miljömässiga hänsyn i sina offentliga upphandlingar och samtidigt främja en hållbar utveckling. Presumtiva anbudsgivare får signaler om att det är inbringande att beakta sociala och miljömässiga hänsyn i varu- och tjänsteutbudet.

Men eftersom budgetarna inom den offentliga sektorn är alltmer begränsade och antalet krav ökar, krävs det också att man finner helt nya lösningar inom upphandlingen för att kunna verkställa hållbara strategier. Med traditionell konkurrensutsättning skapar man inte innovativa lösningar, till exempel är det oftast inte möjligt vid innovativa projekt att på förhand specificera detaljerade krav. Det finns också en risk att ju mer detaljerade kraven är, desto större är sannolikheten att beaktandet av detaljer kan leda till problem i den vardagliga inköpsverksamheten och även oändamålsenliga lösningar.⁷³¹⁾

För att man vid offentlig upphandling ska kunna dra nytta av de privata företagens förmåga till innovation, krävs det att man till en början involverar dem på projektbasis.⁷³²⁾

730) Se även rapporten från Arbets- och näringsministeriet (2015) *Erfarenheter av användningen av sociala kriterier vid offentlig upphandling*. Kilpailukyky 18/2015, där det bland annat betonas att användningen av sociala kriterier kräver kunskap och resurser, vilket i sin tur kräver ledningens godkännande och medvilja.

731) Se även Förvaltningsutskottets utlåtande till RP 108/2016, FvUU 44/2016vp, ss. 7–8.

732) Arlbjörn & Freytag 2012, ss. 203–220.

Det bör också förekomma en vilja bland de privata företagen och de offentliga upphandlande myndigheterna och enheterna att diskutera existerande problem gällande varor och tjänster som upphandlas för att få till stånd förbättringar och för att få det mesta möjliga ut av de offentliga budgeterna.

Nämnas bör att de sociala kriterierna inte lämpar sig för alla typer av upphandlingar, till exempel krav på sysselsättande åtgärder passar bäst för arbetsintensiva branscher. Kriterierna bör också vara i rimlig proportion i förhållande till upphandlingens värde. Vid användningen av sociala kriterier som gäller sysselsättande åtgärder borde upphandlingens värde överstiga 200 000 euro. Den som vinner anbudstävlingen bör också ha till sitt förfogande tillräckliga stödresurser för att kunna förverkliga de sysselsättande åtgärderna. Bäst är det om man i avtalet inkluderar en beskrivning av själva sysselsättningsprocessen. Det bör även ske en uppföljning av hur de sysselsättande åtgärderna haft verkan och i vilken mån kriterierna i upphandlingsavtalet förverkligats. För försummande av att uppfylla kriterierna bör det i avtalet förekomma sanktioner. Marknadsdialogen vid förverkligandet av upphandlingarna borde överlag öka, så att den upphandlande myndigheten och enheten kan diskutera med potentiella anbudsgivare om de sysselsättningsfrämjande åtgärderna och praktiska spørsmål som därtill hör. På så sätt kan den upphandlande myndigheten och enheten få veta vilken nivå kriterierna ska ställas på och anbudsgivarna kan samtidigt förbereda sina anbud i enlighet med det.⁷³³⁾

I Danmark har man utvecklat en modell för att skapa innovativa, hållbara upphandlingar genom samarbete mellan den offentliga sektorn och de privata företagen. I enlighet med modellen (se figur nedan) finns det 2 nivåer, varav den första är innovation och den andra produktion och leverans. Denna tudelade modell gör det möjligt för de privata företagen att först göra anbud på innovationsnivån och sedan bli tillfrågade efter nya anbud på produktions- och leveransnivån. I den traditionella modellen med en nivå är det det företaget

733) Se rapport från Arbets- och näringsministeriet 2015 *Erfarenheter av användningen av sociala kriterier vid offentlig upphandling*. Kilpailukyky 18/2015. Se även Arbets- och näringsministeriet 2017, s. 21. Se Halonen & Sammalmaa 2017, ss. 34–51.

som vinner anbudstävlingen som också verkställer innovationen, produktionen och leveransen. Vid användning av den tudelade modellen fungerar informationsutbytet mellan de två sektorerna bättre och möjligheterna att se över praktikerna inom den egna sektorn ökar samt därmed även chanserna att förbättra dem. Men det krävs en förmåga och en vilja att lära sig av varandra.⁷³⁴⁾

	Marknaden		Mot samarbete
	Handla med konkurrensutsättning	Tvåstegssamarbete	Samarbete på en nivå
Innovationsnivå	Specifikationer på efterfrågan ingen eller liten innovation	Myndigheter och privata företag utvecklar möjliga lösningar	Myndigheter och privata företag - utvecklar möjliga lösningar och företaget producerar tjänsten/produkten därefter
Produktens och/eller leverantörskedjenivå	Företag ombuds ge bud	Företag ombuds ge bud	Myndigheter och företag producerar tjänster och produkter därefter

Arlbjörn & Freytag 2012, ss. 203–220.

Då budgetarna är strama är olika modeller för upphandling och olika typer av samarbete mellan den offentliga och den privata sektorn av intresse för många parter. Fastän villkoren för privata företag och myndigheter är rätt så olika och aldrig heller kan bli helt lika, så kan det ändå vara lönsamt att jämföra processer och resultat för att finna nya och hållbara lösningar. Med hjälp av en dylik jämförelse kan man till exempel identifiera områden där förändringar kan vara mer lönsamma än andra och samarbetet mellan de två sektorerna behöver inte bara vara till nytta för den offentliga sektorn, den privata sektorn

734) Arlbjörn & Freytag 2012, ss. 203–220.

hamnar också att se över sina praktiker och begrunda hur man kan nå än mer effektiva och hållbara lösningar.

Europaparlamentet kräver också i sin juridiskt sett icke-bindande resolution om modernisering av den offentliga upphandlingen att man systematiskt ska tillåta alternativa anbud eller varianter, eftersom de är avgörande för främjandet och spridningen av innovativa lösningar. Specifikationer som avser prestations- och funktionskrav och ett uttryckligt tillåtande av varianter ger anbudsgivare möjlighet att föreslå innovativa lösningar, särskilt i starkt innovativa sektorer. Vidare efterlyser parlamentet att man undersöker alla möjligheter, både genom lagstiftning och andra åtgärder, för att se till att offentliga upphandlingar i högre grad bidrar till främjandet av en innovativ upphandling i Europa.⁷³⁵⁾

I direktivet för offentlig upphandling 2014/24/EU betonas även att forskning och innovation, inklusive miljö- och social innovation, hör till de viktigaste drivkrafterna för framtida tillväxt och att de offentliga myndigheterna bör utnyttja offentlig upphandling på bästa möjliga sätt för att stimulera hållbar tillväxt och innovation. Köp av innovativa varor och tjänster är bland annat betydelsefullt för att förbättra effektiviteten och kvaliteten på de offentliga tjänsterna samtidigt som man vill lösa viktiga samhällsproblem. Rätt använt kan det också leda till minskade kostnader på sikt. I 98 § UpphL stadgas att i de särskilda villkoren för upphandlingskontrakt får göras ekonomiska, innovationsrelaterade, miljörelaterade, sociala eller sysselsättningsrelaterade hänsyn, under förutsättning att de är kopplade till kontrakt föremålet och anges i anbudsinfordran eller upphandlingsdokumenten.⁷³⁶⁾

Strävan är att uppnå bästa möjliga värde för offentliga medel samt även mer övergripande ekonomiska, miljömässiga och sociala fördelar genom att ge upphov till nya idéer, omsätta dem i innovativa produkter och tjänster och därigenom främja en hållbar ekonomisk

735) Se Europaparlamentets resolution Modernisering av offentlig upphandling Europaparlamentets resolution av den 25 oktober 2011 om modernisering av offentlig upphandling, ss. 25–34.

736) Se RP 108/2016, ss. 213–214.

tillväxt.⁷³⁷⁾ Till begreppet hållbar utveckling kan i själva verket sägas höra sådana faktorer som just ekonomisk tillväxt, social trygghet, socialskydd, social kohesion, sysselsättning, allmän hälsa, empowerment, medborgarskap och mänskliga rättigheter, vilka alla varit med i den europeiska diskursen under de senaste årtiondena.⁷³⁸⁾

737) Direktiv 2014/24/EU, beaktandesats 47. Se även sv. regeringens skrivelse 2009/10:34 *Sveriges handlingsprogram för tillväxt och sysselsättning - uppföljningsrapport 2009*.

738) Beck & van der Maesen, F and A.C. Walker 2013.

7. AVSLUTNING

Möjligheterna att ställa krav på sociala och miljömässiga hänsyn vid offentliga upphandlingar har redan förekommit i enlighet med reglerna från 2007, men avsikten har varit att direktivet från 2014, 2014/24/EU, ska göra det lättare att beakta sociala aspekter och miljöaspekter vid tilldelning av kontrakt. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska väljas, i stället för bara lägsta pris. Målsättningen är att kunna driva utvecklingen i samhället i en mer hållbar riktning genom att ställa krav på beaktandet av sociala och miljömässiga hänsyn. I rättspraxis har det inte fastställts någon entydig definition på vad som innefattas i begreppet sociala hänsyn. Centrala gemensamma principer som bör följas vid samtliga upphandlingar är principerna om icke-diskriminering och likabehandling, öppenhetsprincipen, konkurrensprincipen, proportionalitetsprincipen, principen om ömsesidigt erkännande, ekonomiska principer och principen om hållbar utveckling. Det huvudsakliga motivet för att ställa miljökrav kan påstås vara att öka den samhällsekonomiska effektiviteten, medan motiven bakom sociala hänsyn är jämlikhets- och rättvisebetonade samt moraliskt betonade. Regeringen i Finland har också förbundit sig till att bättre främja beaktandet av sociala och miljömässiga hänsyn i de offentliga upphandlingarna.

Den upphandlande myndigheten måste i varje enskilt fall utgående från kontraktets föremål och de mål som eftersträvas bedöma vilka miljöhänsyn och sociala hänsyn som är av relevans för just den upphandlingen. Den upphandlande myndigheten eller enheten bör även ha klart för sig vad man önskar uppnå med de krav som man formulerar. Till exempel fastän det varit möjligt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att ställa kriterier i anbudsfrågan som specifikt belönar miljöhänsyn och sociala hänsyn, så har det visat sig att bland annat användningen av miljökriterier som en del av urvalskriteriet totalekonomiskt mest fördelaktigt inte utgjort någon garanti för att de upphandlande myndigheterna eller enheterna ska ha framgång med att implementera de miljövänliga alternativen eller med att belöna miljövänligheten i de olika anbuden på ett jämlikt sätt. Den utmaning som upphandlaren står inför är att miljökraven ska bidra till att minska ett mil-

jöproblem eller till mindre miljöbelastning, men kraven ska samtidigt inte vara så långtgående att de bidrar till att minska antalet anbud och begränsar möjligheterna till en bra affär. Kraven får därtill inte vara utformade på ett sådant sätt att de strider mot de grundläggande principerna i offentlig upphandling. Kontraktstilldelningen bör göras på grundval av objektiva kriterier som säkerställer att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas, vilket 3 § UpphL förutsätter. Kriterierna bör garantera att anbud bedöms i verklig konkurrens med varandra även om upphandlande myndigheter kräver hög kvalitet som är optimalt lämpad för deras behov, till exempel om de valda tilldelningskriterierna omfattar faktorer som är kopplade till produktionsprocessen. Upphandlande myndigheter bör enligt 93 § UpphL som tilldelningskriterium välja det ekonomiskt sett mest fördelaktiga anbudet, d.v.s. det anbud som har det lägsta priset, är kostnadsmissigt mest fördelaktigt eller har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Vid kriteriet det lägsta priset har de upphandlande myndigheterna frihet att bestämma lämpliga kvalitetsnormer genom att använda tekniska specifikationer eller villkor för fullgörande av kontraktet.

EU-domstolen har fastslagit att det i princip inte finns några hinder mot att använda ett kriterium som innebär att en vara ska komma från rättvis handel, t.ex. i målen C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna*, eller ett kriterium som består i att levererad el ska produceras från förnybara energikällor, C-448/01 *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike*. I detta avseende verkar direktivens bestämmelser om kopplingen mellan tilldelningskriterierna och kontrakt föremålet inte innebära någon genomgripande förändring av rättsläget. Den närmare innebörden av bestämmelserna kommer dock att få prövas i rättstillämpningen och ytterst avgöras av EU-domstolen. Av EU-domstolens dom i mål C-379/98 *Preussen Elektra* framkom att medlemsstaterna med beaktande av miljöskyddet får prioritera elproduktion från förnybara källor. Medlemsstaterna i EU har åtagit sig att motverka klimatförändringarna och därigenom skydda människors och djurs liv och hälsa samt bevara växtlivet. I Tyskland ska elförsörjningsbolag köpa el från förnybara källor inom ifrågavarande företags försörjningsområde. Denna tyska lagregel kan

eventuellt betraktas som en handelshindrande åtgärd och därigenom diskriminerande, men dess bidrag till att motverka växthusgaseffekten tjänade miljöskyddssyftet.

Ett problem som anknyter till de specifikt sociala kriterierna är att dessa i huvudsak gäller själva tillverkningsprocessen. De kan sålunda inte bedömas enbart med hjälp av slutprodukten och de är svåra att kontrollera vid en globaliserad produktion med komplexa leveranskedjor. I diskussionen om möjligheten att beakta sociala hänsyn har frågan om tilldelnings- eller utvärderingskriterierna fått störst uppmärksamhet, framförallt vad som kan beaktas inom kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I enlighet med upphandlingsdirektivet 2014/24/EU ska de upphandlande myndigheterna och enheterna tillåtas att ta med sociala hänsyn i tilldelningskriterierna för de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, förutsatt att de gäller arbetsvillkoren för de personer som direkt deltar i själva produktionsprocessen eller i tillhandahållandet av tjänsten. Kriterier som omfattar sociala hänsyn får framförallt användas för att avgöra vilket av anbudena som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ifall de medför en ekonomisk fördel för den upphandlande myndigheten eller enheten och anknyter till den vara eller tjänst som utgör upphandlingens föremål eller det sätt på vilket kontraktet ska utföras. Det står dock i strid mot gällande regler att förbehålla kontrakt åt en bestämd leverantörskategori eller att tillämpa så kallade prispreferenser. Detta gäller även bl.a. kriterier med avseende på antalet anställda från en särskild samhällskategori eller krav på upprättande av en jämställdhetsplan.

Ett problem med miljömässiga hänsyn i upphandlingar kan vara att definiera de tekniska specifikationerna. Svårigheten rör sig här om att göra anbudsbegäran på så sätt att det miljövänliga kan poängsättas på ett sätt som beaktar de olika anbudsgivarna på ett jämlikt sätt. Det kan vara svårt för den upphandlande myndigheten eller enheten att utan sakkännedom definiera sådana kriterier som beaktar praxis i branschen eller nivån på den tekniska utvecklingen. Ett sätt mot mera hållbara och miljövänliga upphandlingar är här att poängsätta livscykelkostnaderna för upphandlingen. Den upphandlande enheten kan då genom bl.a. s.k. teknisk dialog få information, förutom om varans eller tjänstens egentliga

tillverkningskostnader, även om material-, transport- och förstöringskostnader, avfallsmängder samt andra liknande faktorer. Då sådan information fås innan anbudsbegäran, kan den upphandlande myndigheten och enheten sedan begära att faktorerna ska ingå i anbudsbegäran.

I denna forskning har utländskt material, framförallt från Sverige, använts för att ytterligare belysa tematiken i forskningen. Förhållandena och rättsordningarna i Finland och Sverige är likartade. Avsikten har inte varit att göra en regelrätt jämförelse. Ska man ändå lyfta fram vissa skillnader som framkommit i de finska och svenska förhållandena kan man bland annat nämna

- a) att Finland hört till de länder som i högre grad använt sig av möjligheten att integrera sociala och etiska krav i offentliga upphandlingar
- b) att Finland ratificerat ILO-konventionen nr 94 medan Sverige inte gjort det
- c) att det förekommer olikheter hur man förhåller sig till offentlighet för upphandlingsdokument.

Frågan har också uppkommit huruvida det överhuvudtaget är lämpligt att utnyttja offentlig upphandling som medel för att uppnå sådant som snarare är samhällspolitiska mål, såsom sociala och miljöhänsyn. Man kan argumentera för att sådana frågor inte kommer till sin fulla rätt i upphandlingsreglerna och att de samtidigt försvårar regelverket men att det emellertid är viktiga samhällskritiska frågor som borde få ett större utrymme genom reglering i nationell lagstiftning.

Den offentliga sektorn kan dock även aktivt medverka till att aktörer från den tredje sektorn och s.k. sociala företag också kan vinna fler anbudstävlingar inom den offentliga sektorn. Detta kräver visserligen en kulturförändring inom den offentliga sektorn för att man inom den sektorn ska få en mer nyanserad förståelse för sociala företag och det mer värde som de kan bidra med; framförallt gäller det att införliva en mer holistisk syn på sociala aspekter igenom hela upphandlingsprocessen. Direktiv 2014/24/EU tillåter att införa valfritetssystem eller också att reservera upphandlingar inom välfärdsområdet för

icke-vinstdrivande organisationer eller vissa driftsformer som har social och yrkesmässig integration som främsta syfte.^{739a)} I Finland och Sverige har man till exempel inte tryggt för tredje sektorns organisationer eller föreningar rollen som producenter av tjänster. Finland valde en starkt konkurrensneutral linje, då man inte gav en specialställning åt dessa organisationer/föreningar, utan gav dem samma ställning som privata företag. I Sverige tryggar inte heller lagstiftningen de icke-vinstdrivande aktörernas ställning.

Även genom förenklade förfaranden och administrativa formaliteter, liksom genom skapande av strategier som gynnar små och medelstora företag och genomförande av koden för goda förfaranden, kan man underlätta små och medelstora företags tillträde till offentliga upphandlingar och låta dem delta på mer likvärdiga och rättvisa villkor. Ger man alla ekonomiska aktörer tillträde till offentlig upphandling under förenklade, likvärdiga och rättvisa villkor kunde en bättre användning av de gemensamma skattemedlen uppnås. Utvecklingen av marknadsinnovationer kan främjas genom att göra s.k. förkommersiella upphandlingar eller genom att i konkurrensutsättningen av upphandlingarna använda jämförelsekriterier eller avtalsvillkor som uttryckligen också stöder innovationer.^{739b)}

Det som också krävs av de upphandlande myndigheterna och enheterna är vilja och mod att tillämpa sociala och miljömässiga hänsyn i offentliga upphandlingar. Användningen av sociala och miljömässiga hänsyn kräver förståelse och kunskap om hur man ska tillämpa dem i definitionen av målsättningarna för upphandlingen, i utvärderingen av leverantörernas lämplighet, i jämförelsen av anbuderna och i själva upphandlingsavtalet. Offentliga upphandlingar borde också ses som en möjlighet på så sätt att man genom att rikta dem rätt kan få till stånd positiva verkningar via socialt och miljömässigt hållbara lösningar.

739a) Se även 24 § UpphL (1397/2016).

739b) Se även COM (2017) 572, ss. 8-9.

Exempel på konkreta förfaringssätt som upphandlande myndigheter kunde fokusera på är att

- 1) vidareutveckla olika metoder för kontroll och uppföljning av att sociala och miljökrav efterlevs;
- 2) utvärdera de effekter sociala och miljökrav har på marknaden på lång sikt;
- 3) utveckla modeller för upphandling som både möjliggör användning av mer avancerade krav och ger leverantörer möjlighet att uppfylla kraven; och
- 4) uppmuntra till innovativa lösningar och samtidigt till förändrat beteende hos leverantörer och beställare.

Avtalsvillkoren i upphandlingarna bör vara förenade med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbuden är korrekt, till exempel bör sociala hänsyn kopplas till konkreta bevismedel som gör det möjligt att övervaka förverkligandet av villkoren. Enligt fallstudier som gjorts i Finland gällande användningen av sociala kriterier gäller att de fungerar bäst ifall man av leverantörerna förutsätter aktiva åtgärder. Således bör inte heller sådana krav ingå i avtalsvillkoren vilkas efterlevnad inte går att övervaka. Den som förverkligar avtalet bör även förstå de grunder enligt vilka man definierar nivåerna för förverkligandet och nivåerna på de tjänster avtalet avser. Vid konkurrensutsättningen bör man också bedöma dess följder för hela tjänstehelheter. Det räcker inte med kriterierna *prismässigt sett billigast* eller *totalekonomiskt mest fördelaktigt* fastän man strävar efter att dra ner på kostnaderna. Följderna och den förväntade nyttan av konkurrensutsättningen bör bedömas ur ett långt tidsperspektiv och ur ett jämlikhets- och rättviseperspektiv, både vad gäller den upphandlande myndigheten eller enheten och tillgången på tjänsterna.

För att uppnå optimala resultat bör sociala och miljökrav också tillämpas systematiskt. Detta kan man bland annat uppnå med olika stödfunktioner, till exempel genom spridning av metoder och standarder för ändamålet, genom regelbunden uppdatering av märken och utvärderingskriterier och genom riktlinjer för god praxis inom området.

Betonas bör också att en av de viktigaste målsättningarna med reglerna om offentlig upphandling är främjandet av kvalitativa upphandlingar. Såsom positiva möjligheter med konkurrensutsättningen anses ur kundens synvinkel vara möjligheterna att förbättra kvaliteten i varorna och tjänsterna och erbjuda sådana som tar i beaktande kundernas individuella behov. Konkurrensutsättningen uppfattas dock oftast som både ett hot mot och en möjlighet att förbättra kvaliteten. Upplevelsen av hot kommer av att de företag som ger anbud antas sträva till så billiga anbud som möjligt genom att uttryckligen pruta på kvaliteten. Bakom möjligheten att förbättra kvaliteten finns uppfattningen att en rätt gjord anbudsförfrågan möjliggör även beaktandet av kvalitativa faktorer.

Att ställa kvalitativa kriterier och förverkliga dem blir dock svårare ju striktare man tillämpar marknadsprinciper inom produktionen av tjänsterna. Av enheter inom den offentliga förvaltningen är det betydligt lättare att kräva att de tillämpar och förverkligar centrala rättsprinciper, såsom principen om icke-diskriminering, öppenhetsprincipen och proportionalitetsprincipen, än av privata företag. Inom den offentliga förvaltningen kan man besluta att kräva av sig själv att man följer vissa etiska spelregler eller principer om hållbar utveckling och att man förverkligar dessa beslut i praktiken. Men att kräva att privata producenter tillämpar samma principer är svårare på grund av bland annat likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna. Konstellationen blir ännu svårare ifall de företag som arbetar för den offentliga sektorn använder sig av underleverantörer.⁷⁴⁰ Utlokaliseringar och privatiseringar kan leda till en konflikt mellan olika verksamhetskulturer och även mellan olika rättsprinciper och kulturer. Den offentliga sektorn regleras av offentlig rätt, den privata sektorn av privaträtt. När den offentliga sektorn alltmer fungerar som den privata och överför sina uppgifter till privata företag förekommer det en risk för att olika rättsprinciper blandas ihop.

740) Kuusela & Ylönen 2015, ss. 11–12.

Då budgetarna inom den offentliga sektorn är alltmer begränsade och antalet krav ökar, krävs det även att man hittar helt nya lösningar inom upphandlingen för att kunna verkställa socialt och miljömässigt hållbara strategier. I Finland finns det uttryck för att flexibilitet inom ramen för regelverket gällande offentlig upphandling krävs för att hållbara offentliga upphandlingar ska fås till stånd. Med traditionell konkurrensutsättning skapar man inte innovativa lösningar, till exempel är det oftast inte möjligt vid innovativa projekt att på förhand specificera detaljerade krav. För att man vid offentlig upphandling ska kunna dra nytta av de privata företagens förmåga till innovation, kan man till exempel till en början involvera dem på projektbasis. I Finland verkar emellertid de upphandlande myndigheterna och enheterna hellre följa den gamla och invanda praxisen för att undvika potentiella rättsliga konflikter. Lagstiftningen utgör inte ett problem för att beakta sociala och miljöaspekter i den offentliga upphandlingen, men det finns en efterfrågan på klarare, mer detaljerade och proaktiva kriterier för sociala och miljöanpassade offentliga upphandlingar.

Man bör även inse att de upphandlande myndigheterna och enheterna i egenskap av anskaffare av varor och tjänster har möjlighet att påverka utbudet på marknaden av vissa typer av varor och tjänster och sålunda även skapa incitament för producenterna av varorna och tjänsterna att investera i hållbara innovationsåtgärder.

Möjligheter finns emellertid också att man lagstiftningsvägen genom ekonomiska styrmedel, såsom miljöskatter, avgifter och subventioner, kan påskynda förutsättningarna att ta sociala och miljömässiga hänsyn. Frågan är också om sociala och miljömässiga hänsyn enligt lagstiftningen *ska* eller *kan* beaktas. Det gäller även för företag att tekniskt sett anpassa sig att använda sig av ny teknik som uppfyller certifieringskrav.

Beaktandet av sociala och miljömässiga hänsyn ska inte heller utnyttjas som styrmedel för uppnående av andra ändamål, såsom ett medel för att främja marknadsintegrationen, utan användas för att uppfylla kraven gällande sociala och miljöförhållanden. En utmaning för de upphandlande myndigheterna och enheterna i Finland vid tillämpningen av

sociala och miljömässiga hänsyn har varit att lagreglerna gällande sociala och miljömässiga hänsyn inte gett de upphandlande myndigheterna och enheterna tillräcklig säkerhet om huruvida olika lösningar som beaktar sociala och miljömässiga hänsyn kan godkännas i praktiken. Rättspraxis från EU-domstolen och HFD kunde i större utsträckning ge vägledning för hur långtgående krav upphandlande myndigheter och enheter kan ställa.

Den offentliga upphandlingen bör dock inte endast vara en förfarandelagstiftning. Upphandlingarna kan utnyttjas som ett styrmedel med strategiska målsättningar, där myndigheterna kan ställa sociala och miljömässiga krav i egenskap av aktör på marknaden. Offentlig upphandling är fråga om skattefinansierad verksamhet och myndigheterna ska hushålla med de offentliga resurserna och göra sådana upphandlingar som är gynnsamma för samhälleliga målsättningar.

Det kan också uppstå en konflikt mellan beaktandet av sociala och miljömässiga hänsyn och konkurrensen på marknaden. I sådana fall är det upp till de upphandlande myndigheterna och enheterna inom området att beakta liknande potentiella konflikter som kan uppstå i upphandlingsprocessen när sociala och miljömässiga hänsyn ska tas. Låter man enbart marknadsmekanismen styra, med affärsmässighet som grundförutsättning, kan det stå i konflikt med icke-marknadsmässiga principer gällande sociala och miljömässiga hänsyn

EU spelar också en betydande roll i att underlätta utvecklingen av framgångsrika partnerskap mellan det offentliga och det privata, till exempel genom att främja rättvis konkurrens och sprida s.k. bästa praxis bland medlemsstaterna gällande socialpolitik och sysselsättningspolitik. Förhållandet mellan s.k. marknadsprinciper och socialpolitiska överväganden har i själva verket varit en av de s.k. kärnfrågorna i EU under den senaste tiden och även orsakat spänningar i den europeiska integrationsprocessen, d.v.s. i vilken mån de nationella socialpolitiska åtgärderna borde öppnas för EU:s allmänna marknadsprinciper.

När man från ledande håll stöder social och miljömässig hållbarhet samt inkluderar det i planeringen, strategierna och målsättningarna, kommer de som utför upphandlingarna också att tillämpa hållbarhet i själva upphandlingarna. Vid planeringen av upphandlingsstrategin ska man även överväga vilken vikt lokalt innehåll kan ges i förhållande till övriga faktorer, såsom pris, kvalitet och tid och hurudant mervärde det lokala innehållet kan ge. Ur de sociala företagens synvinkel är det till stor fördel ifall de offentliga upphandlarna tar i beaktande det eventuella mervärde som dessa företag kan erbjuda, då målsättningen är att öka de sociala företagens deltagande i konkurrensutsättningarna. Social- och miljöinnovation hör därtill till de allra viktigaste drivkrafterna för framtida tillväxt och myndigheterna kan genom den offentliga upphandlingen i bästa fall stimulera en hållbar tillväxt samt förbättra effektiviteten och kvaliteten på de offentliga tjänsterna.

KÄLLFÖRTECKNING

Monografier och artiklar

- Aalto-Setälä et al. (2008). *Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista*. Tietosanoma Oy: Helsinki.
- Aarnio, A (1989). *Laintulkinnan teoria*. WSOY: Juva.
- Aarnio, A. (2011). *Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta*. Helsinki.
- Alhola, K. (2012). *Environmental criteria in public procurement. Focus on tender documents*. Monographs of the Boreal Environment Research. Helsinki.
- Annola, V. (2003). *Sopimuksen dynaamisuus. Talousoikeudellinen rakennetutkimus täydentymisestä ja täydentymisen ohjaamisesta*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Yksityisoikeuden julkaisusarja A: 107. Turku: Turun yliopisto.
- Arbets- och näringsministeriet (fi) (2015). *Erfarenheter av användning av sociala kriterier vid offentlig upphandling*. Rapport. Kilpailukyky 18/2015.
- Arbets- och näringsministeriet (fi) (2017). *Handledning till socialt ansvarsfull upphandling*.13/2017.
- Arlbjörn, J.S. & Freytag, P.V. (2012). Public procurement vs. private purchasing. Is there any foundation for comparing and learning across the sectors?, i *International Journal of Public Sector Management*, Vol. 25, No.3/2012: 203-220.
- Arrowsmith, S and Kunzlik, P, eds., (2009). *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Arrowsmith, S. (2010). Horizontal policies in public procurement: a taxonomy, i *Journal of Public Procurement*, volume 10, issue 2.
- Arrowsmith, Sue & Anderson Robert (2011). *The WTO Regime on Government Procurement - Challenge and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Arrowsmith, S. (2014). *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*. 3rd edition. London: Sweet & Maxwell.
- Beck, W.A., L.J.G. van der Maesen, F. Thomése, and A.C. Walker (eds). (2013). *Social Quality: A Vision for Europe*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International.
- Bekkedal, T. (2011). Tjenester av allmenn interesse fra et europeisk versus et norsk perspektiv, i Madell, T, Bekkedal, T. & Neergard, U. (red.) *Den nordiska välfärden och marknaden*. Uppsala: Iustus Förlag, ss. 81-110.

II

- Bernitz, U. et al. (2006) *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder*. Nionde upplagan. Stockholm: Norstedts juridik.
- Bernitz, U. & Kjellgren, A. (2010). *Europarättens grunder*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Bernitz, U. (2011) *Svensk och europeisk marknadsrätt 1. Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*. Tredje upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Bovis, C. (2012). *EC Public Procurement: case law and regulation*. Oxford: Edward Elgar Publishing.
- Bovis, C.(2015). *The Law of EU Public Procurement*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press.
- Brammer, S. & Walker, H. (2011). Sustainable procurement in the public sector: an international comparative study, i *International Journal of Operations & Production Management*, Vol 31 No. 4: 452-476.
- Bratt, C. (2014) *Integrating a Strategic Sustainability Perspective into Eco-Labeling, Procurement and Supply-Chain Management*. Blekinge Institute of Technology. Doctoral Dissertation Series N:o 2014:06. Department of Strategic Sustainable Development.
- Bruun, N. (1998). Lähetetyt työntekijät ja palveluiden tarjoamisen vapaus Euroopan unionissa. *Lakimies* 2/1998, 222–236.
- Bruun, N. (2001). *Sociala hänsyn vid offentlig upphandling – en rättslig expertutredning utarbetad på uppdrag av upphandlingskommittén*, 15.11.2000. SOU 2001:31.
- Bruun, N. & Malmberg, J. (2006). Yhteisön työoikeus Suomen ja Ruotsin tuomioistuimissa. *Lakimies* 1/2006, 3–26.
- Bull, T. & Sterzel, F. (2010). *Regeringsformen – en kommentar*. Stockholm.
- Bull, T. (2012). Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentlighetsrättsliga principer*. 2 uppl. Uppsala: 105.
- Callerstig, A-C. et al. (2012). *Upphandling eller nerköp? Att använda upphandling som verktyg för lika rättigheter och möjligheter*. Tema Likabehandling, Arbetsmiljöforum Ab: Linköping.
- Caranta, R. et al. (2010). *The Law of Green and Social Procurement in Europe*. Copenhagen: Djöf publishing.
- Caranta, R. (2013). *Commentaries on Jörgen Hettne's Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law* (SOU 2013:12, bilaga 13).
- Carter, C. R. (2005). Purchasing social responsibility and firm performance: the key mediating roles of organizational learning and supplier performance, i *International Journal of Physical Distribution & Logistics Management*, Vol. 35 No: 3-4: 177–194.

- Castrén, M. (2014). Hankintasopimuksen muuttamisen sallittavuus. *Defensor Legis* 3, 448–464.
- ClientEarth (2011). Technical specifications, i ClientEarth *Identifying opportunities for sustainable public procurement briefing series*. Tillgänglig på: www.clientearth.org/public-procurement/public-procurement-publications/identifying-opportunities-for-sustainable-public-procurement.
- CEMR (2006). *Europeisk deklARATION om jämställdhet mellan kvinnor och män på regional och lokal nivå*. Europeiska kommun- och regionförbundet (CEMR). Innsbruck, Maj 2006.
- Collection of Statistical Information on Green Public Procurement in the EU: Report on Data Collection Results* (2009). PricewaterhouseCoopers Sustainability.
- Cousins, P. et al. (2008). *Strategic Supply Management. Principles, Theories and Practice*. Harlow, UK. Financial Times & Prentice Hall.
- COWI (2009). *Bridging the Valley of Death: public support for commercialisation of eco-innovation*, Report to the European Commission Direktorat General Environment.
- Cox, A. et al. (1999). Power, value and supply chain management, i *Supply Chain Management: An International Journal*, Vol. 4 No. 4: 167–175.
- De Búrca, G. (1993). The Principle of Proportionality and its Application in EC Law. *Yearbook of European Law* vol. 13/1993: 146.
- Doh, J. P. & Stumpf, S. A. (2005). *Handbook on Responsible Leadership and Governance in Global Business*. Edward Elgar, Cheltenham.
- Dominick, C. & Lunney, S. (2012). *Procurement Game Plan: Winning Strategies and Techniques for Supply Management Professionals*. J. Ross Publishing: Plantation, USA.
- Dyllick, T. & Hockerts, K. (2002). Beyond the Business Case for Corporate Sustainability, i *Business Strategy and the Environment* 11(2): 130-141.
- Edwardsson, E. & Moius, D. (2009) *Effektivare offentlig upphandling - problem och åtgärder ur ett rättsekonomiskt perspektiv*. Uppdragsforskningsrapport 2009:4. Konkurrensverket: Sverige.
- Ehrenfeld, J. & Hoffman, A. (2013). *Flourishing: A Frank Conversation about Sustainability*. Stanford University Press.
- Encyclopaedia Iuridica Fennica (1994). *I Varallisuus- ja yritysoikeus*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja n:o 24. Jyväskylä: Gummerus.
- Encyclopaedia Iuridica Fennica (1998). *IV Kansainväliset suhteet*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja n:o 29. Jyväskylä: Gummerus.
- Esbo (2014) *Ekologiset hankinnat. Ekohankintaverkosto 31.3.2014*. Espoon kaupunki.
- Eskola, S. & Ruohoniemi, E. (2007). *Julkiset hankinnat*. Helsinki: WSOYpro Oy.

- Eskola, S. & Ruohoniemi, E. (2011). *Julkiset hankinnat*. 2. uudistettu painos. Helsinki: WSOYpro Oy.
- Eskola, S. et al. (2012). *Miksi sosiaalisia näkökulmia kannattaa hyödyntää julkisissa hankinnoissa - lähtökohtia, kokemuksia ja mahdollisuuksia*. Etelä-Suomen palveluinnovaatiot -hanke. Tampere.
- Eskola, S. et al. (2012). *Sosiaaliset näkökohdat julkisissa hankinnoissa – lähtökohtia, kokemuksia ja mahdollisuuksia*. Tampere: Etelä-Suomen palveluinnovaatiot hanke.
- Eskola, S., Kiviniemi, E., Krakau, T & Ruohoniemi, E. (2017). *Julkiset hankinnat*. Helsinki: Alma Talent.
- Falk, J-E (red.) (2001). *Miljöanpassad upphandling – offentlig och privat*. Stockholm: Jure.
- Falk, J-E (2011). *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*. Stockholm: Jure.
- Falk, J-E (2014). *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*. Tredje upplagan Stockholm: Jure
- Finansministeriet (fi) (2009). *JYSE 2009 Tjänster. Allmänna avtalsvillkor för offentlig upphandling av tjänster*. November 2009.
- Finnwatch (2013). *Alkuperä tuntematon - sosiaalinen kestävyys kuntien julkisissa hankinnoissa*. Tillgänglig på <http://www.finnwatch.org/images/kuntahankinnatweb.pdf>.
- Finnwatch (2016). *Finnwatch ry:n lisälausunto*. HE 108/2016. 14.10.2016.
- Finnwatch 2017. *Sosiaalisesti vastuullisempia luonnonkiven julkisia hankintoja*. Finnwatch 3/2017. Tillgänglig på http://www.finnwatch.org/images/pdf/FW_vastuullisia_kivihankintoja_final.pdf
- Fisher, E. & Corbalan, S. (2013). Fair Trade and European Public Procurement: legal principles and governance dynamics, i *Social Enterprise Journal*, vol. 9: 11-27.
- Gelderman, C.J. et al. (2006). Public procurement and EU tendering directives – explaining non-compliance, i *International Journal of Public Sector Management*, Vol. 19 No. 7: 702-714.
- Geroski, P. (1995). *Innovation and Competitive Advantage*, OECD Economics Department Working Paper. OECD Publishing. Tillgänglig på <http://dx.doi.org/10.1787/344434438114>.
- Golusin, M., Ivanovic, O. M. & Teodorovic, N. (2011). The review of the achieved degree of sustainable development in South Eastern Europe – The use of linear regression method, i *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 15(1): 233-243.
- Guay, T. et al. (2004). Non-governmental organizations, shareholder activism, and socially responsible investments: ethical, strategic, and governance implications, i *Journal of Business Ethics*, Vol. 52, No. 1: 125-139.

- Halonen, K-M. (2015) *Hankintasopimuksen tehottomuus. Hankinta- ja velvoiteoikeudellinen tutkimus hankintasopimuksen tehottomuudesta ja hankintayksikön vahingonkorvausvastuusta sen entiselle sopimusosapuolelle*. Turku: Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Yksityisoikeuden sarja A 134.
- Halonen, K-M & Sammalmaa, J. (2017). Hankintayksikön ja potentiaalisten tarjoajien välinen vuoropuhelu julkista hankintaa valmisteltaessa. *Defensor Legis* 1/2017, 34–51.
- Hansson, L. (2011) *Public Procurement at the Local Government Level. Actor roles, discretion and constraints in the implementation of public transport goals*. Doctoral dissertation. Linköping Studies in Arts and Science No. 528. Linköping University, Department of Thematic Studies.
- Haughton, G. (2009). Environmental justice and the sustainable city, i *Journal of Planning Education and Research*, 18: 233–243.
- Hemmo, M. (2003). *Sopimusoikeus II*. Helsinki: Talentum.
- Herler, C. (2008). *Markföroreningsansvaret*. Doktorsavhandling. Helsingfors: Talentum.
- Hettne, J. (2008). *Rättsprinciper som styrmedel. Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Hettne, J. (2011). EU, lokala marknader och allmänintresset, i *Europapolitisk analys*, Nr 2011:3. Svenska institutet för europapolitiska studier.
- Hettne, J. (2013). *Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law* (SOU 2013:12, bilaga 12).
- Hyvönen, O. et al. (2007). *Julkiset hankinnat hankintayksiköissä*. Helsinki: Edita Publishing Oy.
- Invalidiliitto (2016) Kirjallinen lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi, *HE 108/2016*, sote-valiokunnan kuulemistilaisuus 29.9.2016.
- Jacobsson, J. (2009). Kolmansien maiden kansalaiset lähetettyinä työntekijöinä – työsuhdemuodon merkitys työlupavaatimuksen kannalta. *Defensor Legis* 3/2009, 498–507.
- Jans, J. H. & Vedder, H. H. B. (2008). *European Environmental Law, 3rd edition*. Groningen: Europa Law Publishing.
- JHL - Julkisten ja hyvinvointialojen liitto(2016) Maa- ja metsätalousvaliokunnalle lausunto Hallituksen esityksestä eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi, *HE 108/2016*.
- Kaarresalo, T. (2007). *Kilpailuttamisvelvollisuus julkisissa hankinnoissa*. Helsinki: Edita Publishing Oy.
- Kaila, H. (2016). Tavaroiden vapaa liikkuvuus Euroopan unionissa – Cassis de Dijon –oikeuskäytännön jäljillä 2000-luvulla, osa II. *Defensor Legis* 4/2016, 676–692.

- Kalima, K. (2001). *Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt*. Helsinki: Suomalaiset oikeusjulkaisut SOJ Oy.
- Kalima, K. et al. (2007). *Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt*. Helsinki: Suomalaiset oikeusjulkaisut SOJ Oy.
- Karvonen-Kälkäjä, A. (2007). *Hankintaprosessi ja sitä koskevat lait ja säädökset*. Tillgänglig på Internet:http://www.uta.fi/laitokset/oikeus/otp2007/alustukset/tr_4/Anja_Karvonen_Kalkaja.pdf.
- Karvonen-Kälkäjä, A. (2012) *Unohtuuko vanhus? Oikeustieteellinen tutkimus hallintosopimuksen asianosaissuhteista vanhuksen vaikuttamismahdollisuuden näkökulmasta*. Vanhustyön keskusliiton tutkimuksia I: 2012. Sastamala.
- Kauppa- ja teollisuusministeriö (2001). *Laatua ja tehokkuutta kilpailulla*. Kilpailupolitiikan ohjelmatyöryhmän raportti julkisten palvelujen markkinaehtoistamisen mahdollisuuksista ja merkityksistä. Kauppa- ja teollisuusministeriön työryhmä- ja toimialaraportteja 17/2001. Kauppa- ja teollisuusministeriö. Helsinki.
- Kehitysvammaliitto (2016) Kehitysvammaliiton lausunto hallituksen esityksestä 108/2016 vp.
- Kehitysvammaisten Tukiliitto (2016) Lausunto hankintalakia koskevasta hallituksen esitysluonnoksesta HE 108/2016 vp).
- Keronen, J. (2016) *CLC:n kommentit hankintalakiehdotusta koskien*. Climate Leadership Council ry. Ympäristövaliokunta 28.9.2016.
- Klami, H.T. (1979). Oikeustapaanalyysin perusteita. *Lakimies*, 407–437.
- Kok, W., Ed. (2004). *Facing the Challenge. The Lisbon strategy for growth and employment*. Luxembourg. European Communities.
- Konkurrensverkets rapportserie 2008:2.
- Konkurrensverket (2009). *Miljöhänsyn i offentlig upphandling. Samhällsekonomisk effektivitet och konkurrensbegränsande överväganden*.
- Konkurrensverket (2009) *Action for better competition*. Tillgänglig på Internet: http://www.konkurrensverket.se/upload/Filer/RNG/publications/rap_2009-4_english_version.pdf.
- Konkurrensverket (2011). *Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling*.
- Konkurrensverkets yttrande över Upphandlingsutredningens slutbetänkande *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling* (SOU 2013:12), Dnr 185/2013.
- Kontio, A. et al (2017). *Julkiset hankinnat - käsikirja*. Helsinki: Edita.
- Kunzlik, P (2013). *Commentaries on Professor Jörgen Hettne´s Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that Go Beyond the Requirements of EU Law* (SOU 2013:12, bilaga 14).

- Krüger, K. et al. (1998). *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*. DJÖF Publishing: 219.
- Krämer, L. (2007). *EC Environmental Law, 6th edition*. London: Sweet & Maxwell.
- Kulla, H. (2014). *Förvaltningsförfarandets grunder*. Helsingfors: Talentum.
- Kuntaliitto - Kommunförbundet (2016) Lausunto *HE 108/2016* vp Hallituksen esitys uudeksi hankintalainsäädännöksi. 14.9.2016.
- Kunzlik, P. (2009). The procurement of green energy, i Arrowsmith, S. & Kunzlik, P. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions*. New York: Cambridge University Press.
- Kuoppamäki, P. (2014). Julkiset hankinnat, i Villa, S. et al. (2014) *Yritysoikeus. Oikeuden perusteokset*. Helsinki: Talentum: 1405–1409.
- Kuusela, H. & Ylönen, M. (2015). *Ulkoistajan ja yhtiöittäjän käsikirja*. Impulseja, helmikuu 2015. Kalevi Sorsa Säätiö: 11–12.
- Lam, P.T.I. et al. (2010). Factors affecting the implementation of green specifications in construction, i *Journal of Environ. Manag.* 91 (3): 654–661.
- Lehto, K. (2015). *Dynaamista hankintajärjestelmää koskevaa sääntelyä ja uuden hankintadirektiivin tuomat muutokset*. Edilex 2015/6. Tillgänglig på: www.edilex.fi/artikkelit/14915.
- Lehtonen, A. (1999). Lautakuntalausunnot, i *Encyclopedia Iuridica Fennica VII Oikeuden Yleistie-teet*, red. Heikki Mattila. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys: 435–436.
- Lehtonen, L. (2001). *Potilaan yksityisyyden suoja*. Doktorsavhandling. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 230. Helsinki.
- Lehtonen, L. (2003). *Terveystieteiden ammattihenkilön salassapitovelvollisuus*. Helsinki: Suomalaiset Oikeusjulkaisut SOJ Oy.
- Lindfors, T. (2005). EY-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö julkisten hankintojen sääntöjen tulkin-nassa. *Lakimies* nr. 1/2005, 23–48.
- Liukko, M. & Luukkonen, A-M. (2002). *Kuntien uusi rooli terveyspalvelujen järjestäjänä ja hankki-joina*. Helsinki: Suomen Kuntaliitto.
- Loland Dolva, C. (2007). *Green Public Procurement – how widespread is GPP in Norway and what factors are seen as drivers and barriers to a greener procurement practice?* Centre for Transdisciplinary Environmental Research, Stockholm University.
- Lorek, S. & Fuchs, D. (2013). Strong Sustainable Consumption Governance – Precondition for a Degrowth Path? *Degrowth: From Theory to Practice* 38: 64–73.

VIII

Lukkarinen, S. (2007) *Julkiset hankinnat sosiaali- ja terveydenhuollossa*. Helsinki: Talentum.

Lundberg, S. & Marklund, P-O. (2011). The pivotal nature of award methods in green public procurement, i *Environmental Economics*, Volume 2, Issue 3/2011: 64–73.

Lundberg, S. & Marklund, P-O. (2013). *Offentlig upphandling eller gröna nedköp? En ESO-rapport om miljöpolitiska ambitioner*. Rapport till Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi 2013:10. Stockholm: Fritzes.

Lundberg, S. & Marklund, P-O. (2015). *Offentlig upphandling som miljöpolitiskt styrmedel*. SNS Analys Nr 30.

Lundström, I. (2011). *Kuntien palveluhankintojen murros. Tutkimus kuntien palveluhankintojen kilpailuttamisessa esiintyvistä ongelmista ja niiden syistä*. Helsinki.

Maa- ja metsätaloustuottajien Keskusliitto MTK (Centralförbundet för lant- och skogsbruksproducenter) (2016). *Maa- ja metsätalousvaliokunnalle lausunto hallituksen esityksestä hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi*, HE 108/2016.

Magerholm Fet, Annik et al. (2011). Green Public Procurement in practice – the case of Norway, i *Society and Economy* 33 (2011) 1: 183–199.

Maignan, I. et al. (2002). Managing socially-responsible buying: how to integrate non-economic criteria into the purchasing process, i *European Management Journal*, Vol. 20, No. 6: 641-648.

Marron, D. B. (2003), Greener public purchasing as an environmental policy instrument, *OECD Journal of Budgeting*, 3(4), 71–102.

McCrudden, C. (2004). Using public procurement to achieve social outcomes, i *Natural Resources Forum*, Vol. 28, No. 4: 257–267.

Meehan, J, & Bryde, D. (2011). Sustainable procurement practice. *Business Strategy Environment* 20 (2): 94–106.

Miljöstyvningsrådet (sv.) (2004). *Miljöledning vid upphandling & inköp*. Stockholm: Jure Förlag Ab.

Mont, O. and Leire, C. (2009). The implementation of socially responsible purchasing, i *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, Volume 17, Issue 1: 27-39.

Motiva (2017). *Selvitys energia- ja ympäristövaikutusten huomioon ottamisesta julkisissa hankinnoissa -Ajoneuvo- ja kuljetuspalvelut*. 5/2017. Helsinki: Motivan hankintapalvelu.

Mûnoz S-A. (2009). Social enterprise and public sector voices on procurement, i *Social Enterprise Journal*, Vol. 5, No. 1, 69–82.

Mäenpää, O. (2001). *Eurooppalainen hallinto-oikeus*. Helsingfors: Kauppakaari.

Mäenpää, O. (2003). *Hallinto-oikeus*. 4. upplagan. Helsingfors: WSOY.

- Mäenpää, O. (2011). *Eurooppalainen hallinto-oikeus*. 3. upplagan. Helsingfors: Talentum.
- Mäenpää, O. (2013). *Hallinto-oikeus*. Juridiikkafokus. Helsinki: Talentum.
- Mäenpää, O. (2014). De förvaltningsrättsliga principernas roll när det offentliga uppträder som privat aktör. *Nordisk Administrativ Tidskrift*, 2/2014, 50–65.
- Mäenpää, O. (2016). *Julkisuusperiaate*. 3. painos. Helsinki: Talentum pro.
- Mäkinen, E. (red.) (2005). *Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt – de grundläggande fri- och rättigheterna*. Tammerfors universitet, Rättsvetenskapliga institutionen.
- Määttä, K. & Voutilainen, T. (2017) *Julkisten hankintojen sääntely*. Helsinki: Kauppakamari.
- Nagel, M.H. (2008). *Environmental Supply Chain Management versus Green Procurement in the Scope of a Business and Leadership Perspective*, Conference Paper, International Conference on Management Science and Engineering 15th, September 10-12 2008, Long Beach, USA.
- National Agency for Public Procurement (2017). *Mapping Initiatives for Ethical Public Procurement in Europe*. Report 2017:6. Kalmar: National Agency for Public Procurement, Sweden.
- Naturvårdsverket (2017). *Miljöledning i staten. En redovisning*. Rapport 6761. April 2017. Stockholm: Naturvårdsverket.
- Nenonen, A. (2009). Syrjinnän kiellon ja avoimuuden periaatteet hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. *Lakimies* 1/2009, 83–111.
- Nenonen, A. (2014). *Oikeussuoja hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa*. Doktorsavhandling. Forum Iuris. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisu. Helsinki.
- Nicolaides, P. & Rusu, I. (2012). Competitive selection of undertakings and state aid: why and when does it eliminate advantage? *EPPL*, 1/2012, 5–29.
- Nielsen, R. (2010). *Udbud af Offentlige Kontrakter*. 4. reviderede udgave. Århus: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Nissinen, A. (2016) Asiantuntijakuuleminen HE 108/2016 vp. Eduskunta, ympäristövaliokunta 15.9.2016.
- Nordiska Ministerrådet (2009). *Green procurement makes a difference! Prime example from the Nordic countries*.
- Ojala, M. (2011). *EU-kilpailuoikeus*. 2. painos. Helsinki: Edita.
- Ojanen, T. (2003). Concordia Bus Finland Oy Ab, oikeustapauskommentti. *Lakimies* 4/2003, 692–701.
- Ojanen, T. (2004). Oikeustapauksia. *Lakimies* 1/2004, 126–135.

Ojanen, T. (2006). EU-oikeuden perusteita. Helsinki: Edita.

Oslo kommun: Handlingsplan 2007-2010. *Miljø- og samfunnsansvar i offentlige anskaffelser*. 2006/2007.

Paju, Jaan (2015) *Suveränitetserosion? Om EU-rättens påverkan på nationella sociala trygghetsmodeller; särskilt Sverige (ak.avh.)*. Stockholm: Ragulka förlag.

Palmujoki, A., Parikka-Ahola, K. & Ekroos, A. (2010). Green Public Procurement: Analysis on the Use of Environmental Criteria in Contracts. *Review of the European Community & International Environmental Law* 19: 250–262.

Parikka-Ahola, K. & Nissinen, A. (2012). Environmental impacts and the most economically advantageous tender in public procurement, i *Journal of Public Procurement*, Volume 12, Issue 1, 43–80.

Pedersen, K. (2008) Upphandlingskrönika, i *Europarättslig Tidskrift*, Nr 3/2008.

Pedersen, K. (2011). *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*. 2. upplagan. Stockholm, Jure Förlag AB.

Peczenik, A. (1990). *Juridisk argumentation- en lärobok i allmän rättslära*. Stockholm: Norstedts förlag.

Pekkala, E. & Pohjonen, M. (2012). *Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot*. Helsinki: Tietosanoma Oy.

Pekkala, E. & Pohjonen, M. (2015). *Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot*. Helsinki: Tietosanoma Oy.

Pekkala, E., Pohjonen, M., Huikko, K. & Ukkola, M. (2017). *Hankintojen kilpailuttaminen*. Helsinki: Tietosanoma Oy.

Pellonpää, M. (2007). *Europeiska människorättskonventionen*. Helsingfors: Talentum.

Pesu, J. (2015). Kokonaistaloudellinen edullisuus uudessa hankintadirektiivissä. *Defensor Legis* 1/2015, 191-196.

Pesu, J & Suhonen, N. (2016). Sopimusstrategiset valinnat innovatiivisissa julkisissa hankinnoissa: Cleantech-hankintojen analysointi, i *Oikeus*, N:o 4/ 2016: 530–552.

PriceWaterhouseCoopers (2009). *Collection of statistical information on Green Public Procurement in the EU: Report on data collection results*. Significant and Ecofys. http://ec.europa.eu/environment/gpp/studies_en.htm.

Pöysti, T. (1999). *Tehokkuus, informaatio ja eurooppalainen oikeusalue*. Väitöskirja. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Helsinki: Helsingin yliopisto.

Raitio, J. (2008). Valtiontuen käsite sisämarkkinoilla, markkinataloussijoittaja –periaate ja SGEI-palvelut. *Defensor Legis* 5/2008, 854–865.

- Raitio, J. (2010). *Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat*. Helsinki: Talentum.
- Rautiainen, P. (2016). *Lausunto Eduskunnan perustuslakivaliokunnalle uudesta hankintalaista vammaisten henkilöiden oikeuksien turvaamisen näkökulmasta*. Perustuslakivaliokunta 25.10.2016.
- Reilu kauppa ry - Fairtrade Finland (2016) *Reilu kauppa ry:n lausunto talousvaliokunnalle hallituksen esityksestä hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi*. 8.10.2016.
- Report from the Nordic competition authorities 1/2010 *Competition policy and Green Growth. Interactions and challenges*.
- Riksrevisionen sv. (2012) *Riksrevisionens rapport om miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv?* Skr.2011/12:134.
- Risvig Hamer, C. (2016) The concept of a public contract within the meaning of the Public Procurement Directive. *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, 2016/3: 179–200.
- Roberts, S. (2003). Supply chain specific? Understanding the patchy success of ethical sourcing initiatives, i *Journal of Business Ethics*, Vol. 44 Nos 2-3: 159–170.
- Roglert, M. (2015). Onormalt lågt anbud och missbruk av marknadsdominerande ställning. *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, nr. 2/2015: 189.
- Romppainen, E. (2007). *Sosiaali- ja terveystieteiden oikeudellinen asema palvelujen järjestämisessä*. Tutkimus julkista avusta saavan yhdistyksen asemasta hankintasääntöjen näkökulmasta. Vammala.
- Rosas, A. & Armata, L. (2012). *EU Constitutional Law – an introduction*. Oxford: Hart Publishing.
- Rosén-Andersson, H. et al. (2015). *Lagen om offentlig upphandling - en kommentar*. 2.upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik AB.
- Sandin, E. (2011). Miljökrav vid offentlig upphandling och EU:s inre marknad: en probleminventering, i Madell, T., Bekkedal T. & U. Neergaard (red.) *Den nordiska välfärden och marknaden*. Uppsala: Iustus förlag: 307–328.
- Seppälä, J., Nissinen, A., Alhola, K., Keronen, J. & Pantsar, M. (2016) Muistio 30.9.2016 *Julkisten hankintojen hiilijalanjäljen arviointi ja vähentäminen*. Asiantuntijalausunto ympäristövaliokunnalle 30.9.2016.
- Sieps 2010:03 *Upphandling och arbete i Europa*.
- Siikavirta, K. (2008). Yleishyödyllisten palvelujen julkisen tuen oikeudellisia reunaehtoja. *Defensor Legis* 3/2008, 460–472.
- Siikavirta, K. (2015). *Julkisten hankintojen perusteet*. Porvoo: Edita Publishing Oy.
- Siitari-Vanne, E. (2002). *Markkinaoikeus. Kilpailu-, hankinta- ja markkinaoikeudellisten asioiden uusi erityistuomioistuin*. Helsinki: Edita Publishing Oy.

- Siltala, R. (2001). *Johdatus oikeusteoriaan*. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut.
- Siltala, R. (2003). *Oikeustieteen tieteenteoria*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys.
- Social Enterprises UK (2014). *The Future of Social Value*, London, UK.
- Srivastava, S. K. (2007). Green supply-chain management: a state of the art literature review, i *International Journal of Management Review*, Vol. 9 No. 1: 53–80.
- Stawenow, C. & Sennström, L. (2013) *Miljö- och sociala hänsyn i offentlig upphandling*. Jure Förlag, Stockholm.
- Sterman, J.D. (2012). Sustaining Sustainability: Creating a Systems Science in a Fragmented Academy and Polarized World, i Weinstein, M.P. & Turner, R.E. (eds.) *Sustainability Science*. New York: Springer: 21–58.
- Steurer, R. (2009). The role of governments in corporate social responsibility: characterising public policies on CSR in Europe, i *Policy Science* (2010) 43: 49–72.
- STM 2012:1 *Sosiaali- ja terveysten palvelujen kilpailuttamisen toimivuus*.
- Stockholms stad (2016). *Erfarenheter och effekter av miljökrav på transporter i upphandlingar*. Miljöförvaltningen. Stockholms stad.
- Streng, A. (2007). *Ideella rättigheter i digital miljö*. Acta Wasaensia Nr 172, Rättsvetenskap 5, Handelsrätt. Vasa universitet.
- Streng, A. (2010). *Regleringen av marknadsföringen av alkohol i Finland och Sverige. Särskilt kraven på god sed och måttfullhet*. Vaasan yliopiston julkaisuja, Tutkimuksia 291, Rättsvetenskap 15. Vasa universitet.
- Strömbäck, E. (2015). *Policy by Public Procurement: Opportunities and Pitfalls*. Doktorsavhandling. Umeå School of Business and Economics. Umeå universitet.
- Strömholm, S. (1971). Användningen av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag, i *Svensk Juridisk Tidskrift*, 251–263.
- Suksi, M. (1996). Epilog, i Suksi, M. (red.) *Jämförande juridik: Vad, varför, hur?* Åbo Akademi, 97–101.
- Sundstrand, A. (2006)a. *EG-domstolens domar om offentlig upphandling*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.
- Sundstrand, A. (2006)b. Nya bestämmelser om offentlig upphandling, del 2. *Ny Juridik*, 3/2006: 41–52.
- Sundstrand, A. (2010). *Offentlig upphandling – LOU och LUF*. Lund: Studentlitteratur AB.

- Sundstrand, A. (2011). LOV – en olaglig lag? i Madell, T., Bekkedal T. & U. Neergaard (red.) *Den nordiska välfärden och marknaden*. Uppsala: Iustus förlag: 329–342.
- Sundstrand, A. (2012)a. Primärrättens reglering av offentliga kontrakt. *Förvaltningsrättslig tidskrift* 4/2012, 469–480.
- Sundstrand, A. (2012)b. *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*. Stockholm: Jure AB.
- Sundstrand, A. (2012–2013). Krav avseende vinstsyfte i offentliga upphandlingar. *Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet* 4/2013, 878–892.
- Sundstrand, A. (2013)a. Fråga om krav på viss information i offentlig upphandling är förenligt med unionsrätten. *Europarättslig tidskrift* 3, 536–556.
- Sundstrand, A. (2013)b. Aktuella frågor om offentlig upphandling. *Europarättslig tidskrift*, Nr 2/2013: 201–216.
- Sundstrand, A. (2013)c. Offentliga kontrakt – möjlighet till undantag från EU:s primärrätt. *Förvaltningsrättslig tidskrift* 1/2013, 67–78.
- Sundstrand, A. (2013)d. *Offentlig upphandling – en introduktion*. Lund: Studentlitteratur AB.
- Sundstrand, A. (2014)a. Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling. *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, Nr 1/2014: 58.
- Sundstrand, A. (2014)b. Talerätt för vinnande leverantör – valfritt för domstolen? *Europarättslig tidskrift*, Nr 2/2014: 289–300.
- Sundstrand, A. (2014)c. Offentliga kontrakt – rättsmedlen primärrätten. *Förvaltningsrättslig tidskrift* 4/2014, 479–502.
- Sundstrand, A. (2014–2015). Offentlig upphandling och korruption. *Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet* 1/2015, 105–128.
- Sundstrand, A. (2015)a. HFD 2013 ref. 61. *Upphandlingsrättslig Tidskrift* 1/2015, 110.
- Sundstrand, A. (2015)b. Sociala hänsyn i offentlig upphandling - en introduktion. *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, 3/2015, 263.
- Suomen ympäristökeskuksen raportteja 10/2016. *Cleantech julkisissa hankinnoissa*. Tillgängligt på: https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/161081/SYKEra_10_2016.pdf?sequence=1.
- Svedberg, W. (2016). *Offentlig upphandling. En rättsvetenskaplig studie om möjligheter att i offentlig upphandling beakta sociala hänsyn och följa de internationella åtagandena om de mänskliga rättigheterna*. Göteborgs universitet.

Swedwatch (2016). *Agents for Change. How public procurers can influence labor conditions in supply chains. Case studies from Brazil, Pakistan and Thailand.* Rapport #82. Tillgänglig på: http://www.swedwatch.org/sites/default/files/tmp/82_agents_for_change_enkelsidor.pdf.

Särkelä, R. (2016). *Järjestöt julkisen kumppanista markkinoiden puristukseen. Sosiaali- ja terveystieteiden tutkimuskeskus ja sosiaalipalvelujen tuottajana vuosina 1990-2010.* Doktorsavhandling. Helsinki: Ensi- ja Turvakotien Liitto.

Telgen, J. et al. (2007). *Public Procurement: International Cases and Commentary.* Routledge. London.

TemaNord 2009:593. Benefits of Green Public Procurement.

The Landmark Project (2012). *Good Practice in Socially Responsible Public Procurement – Approaches to Verification from Across Europe.*

Thorsell, J. (2008). *Guide till etisk upphandling.* Stockholm: Genombrott.

Thøgersen, J. (2002). Promoting Green Consumer Behavior with Eco-Labels. New Tools for Environmental Protection: Education, Information and Voluntary Measures, i *The National Academies Press*, 1, Washington DC, USA: 83–104.

Tolonen, H. (2003) *Oikeuslähteoppi.* Helsinki. Werner Söderström lakitieto.

Trafikanalys (2016), PM 2016:5, *Urbana Godstransporter.*

Tukiainen, J. (2008) *Empirical Analysis of Competition in Procurement Auctions.* Helsinki.

Tuori, K. (2000). *Kriittinen oikeuspositivismi.* Helsinki: Werner Söderström lakitieto.

Tuori, K. (2007). *Oikeuden ratio ja voluntas.* Vantaa: Wsoy Dark Oy.

Työ- ja elinkeinoministeriö (2016) *Hallituksen esitys 108/2016 vp hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi*, 13.10.2016.

Ukkola, M. (2011). Hankintamenettelyn kriteerit, i *Lakimies* 2/2011: 320–340.

Upphandling24 (2014). *Vill bli bäst på hållbarhet.* 16.10.2014. Tillgängligt på <http://www.upphandling24.se>

Upphandling24 (2016). *Pekar på vikten av revisioner av leverantörer på högriskmarknader.* Intervju med Parul Sharma 10.5.2016. Tillgängligt på <http://www.upphandling24.se>

Upphandling24 (2016). *Ingen uppfyllde Bodens jämställdhetskrav på busschaufförer.* 27.5.2016. Tillgängligt på <http://www.upphandling24.se>.

Upphandling24 (2016). *Nu finns nya kalkyler för beräkning av livscykelkostnader.* 31.5.2016. Tillgängligt på <http://www.upphandling24.se>.

- Upphandling24 (2016). *Upphandlingsmyndigheten arbetar med miljötolkningen*. 13.9.2016. Tillgängligt på <http://www.upphandling24.se>.
- Upphandling24 (2016). *Dialog och spårbarhet nyckel till att upphandla kött från regionen*. Tillgängligt på <http://www.upphandling24.se>
- Upphandling24 (2016). *Nu finns stöd för hållbar upphandling av livsmedel*. 9.11.2016. Tillgängligt på <http://www.upphandling24.se>
- Upphandling24 (2016). *Ingen vinner på otydlighet*. 2.12.2016. Tillgängligt på <http://www.upphandling24.se>
- Upphandlingsmyndigheten (2017). <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/stall-hallbarhetskrav/om-kriterierna/>
- Upphandlingsmyndigheten (2017)a. *Om de offentliga inköpens klimatpåverkan. Seminarium under Almedalsveckan i Visby, 2017-07-06*. PM, Dnr UHM-2016-0242.
- Uttam, K. et al. (2013). Perspectives on Inter-Linking Impact Assessment and Green Procurement, i *Journal of Environmental Assessment Policy and Management*, Vol.15, No.2 (June 2013).
- Uttam, K: (2014). *Seeking sustainability in the construction sector: opportunities within impact assessment and sustainable public procurement*. Doctoral thesis. KTH Royal Institute of Technology. May 2014.
- Uyarra, E. & Flanagan, K. (2010). *Understanding the Innovation Impacts of Public Procurement*. European Planning Studies 18, no. 1(2010) : 123-145.
- Wallin, A-R & Konstari, T. (2000). *Julkisuus- ja salassapitolainsäädäntö. Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyvät lait*. Gummerus kirjapaino Oy: Jyväskylä.
- Van der Maesen, J. G. och Walker, A. C. (2011). Indicators of Social Quality: Outcomes of the European Scientific Network, i *European Journal of Social Quality* Volume 5 Issue ½: 14-15.
- Vasallo, D. et al. (2008). *Green Purchasing Power, Cost Reduction and Revenue Generation through Sustainable Procurement*, Arthur D. Little, New York, NY.
- Wahlberg, Birgitta (2011). *Reglering och förvaltning av produktions- och slaktdjurs välbefinnande. En offentlighetsrättslig undersökning*. Akademisk avhandling. Åbo: Åbo Akademi.
- Walker, H. & Brammer, S. (2009). Sustainable procurement in the United Kingdom public sector, i *Supply Chain Management: An International Journal* 14/2: 128–137.
- Warner, M. (2011). *Local content in procurement: creating local jobs and competitive domestic industries in supply chains*. Sheffield, UK: Greenleaf Publishing.
- Wedin, L. (2009). *Going Green - A Study of Public Procurement Regulation*. Doktorsavhandling. Rättssociologiska institutionen, Lunds universitet.

Welford, R. and Frost, S. (2006). Corporate social responsibility in Asian supply chains, i *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, Volume 13, Issue 3: 166-176.

Wesselink, A, K.S. Buchanan, Y, Georgiadou & Turnhout, E. (2013). Technical Knowledge, Discursive Spaces and Politics at the Science-policy Interface. *SI: Environmental and Developmental Discourses: Technical Knowledge, Discursive Spaces and Politics* 30 (0): 1–9.

White, L. & Lee, G. J. (2009). Operational research and sustainable development: Tackling the social dimension, i *European Journal of Operational Research*, 193(3): 683-692.

Whitehouse, L. (2006). *Corporate social responsibility: views from the frontline*, i *Journal of Business Ethics*, Vol. 63, No. 3.

Worthington, I. et al (2008). Researching the drivers of socially responsible purchasing: a cross-national study of supplier diversity initiatives, i *Journal of Business Ethics*, Vol. 79 No. 3, 319-331.

Ympäristöministeriö (Miljöministeriet) (2016) *Ympäristöministeriön lausunto ympäristövaliokunnalle hallituksen esityksestä eduskunnalle hankintamenettelyä ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta lakiehdotuksesta HE 108/201*. 3.10.2016.

Öberg, U. (2003). *Principen om ömsesidigt erkännande och ursprungslandsprincipen i gemenskapsrätten*. Rapport till Nordiska Ministerrådet, TemaNord:534: 51, 61.

Internetkällor

<http://www.aalto.fi/blog/ota-kestava-kehitys-osaksi-strategiaa>.

<http://www.ieep.eu/work-areas/governance/environmental-action-programmes>.

<http://www.svanen.se/Vara-krav/Svanens-kriterier/kriterie/?productGroupID=43>

<http://www.svanen.se/Vara-krav/Svanens-kriterier/kriterie/?productGroupID=22>.

http://www.tilastokeskus.fi/til/kktu/2011/kktu_2011_2013-03-01_tie_001_sv.html.

http://www.kvps.fi/toiminnanjohtajan-blogi/hankintalain-ongelmatHankintalainongelmat/Toiminnanjohtajan_blogi/Blogit/KVPS

<http://www.uppfoljningsportalen.se>

<http://www.upphandlingsstod.se/elektronisk-upphandling>

Lagar, förordningar och propositioner

Lagar och förordningar

Finland

Arbetsavtalslagen (55/2001)

Förvaltningslagen (434/2003)

Grundlagen (731/1999), GL.

KommunalL (410/2015)

Konkurrenslagen (948/2011)

Strafflagen (39/1889)

L om förfarandet vid miljökonsekvensbedömning (468/1994)

L om kommersiell godstransport på väg (693/2006)

L om kommunala tjänsteinnehavare (304/2003)

L om offentlig i myndigheternas verksamhet (621/1999)

L om planering av och statsunderstöd för social- och hälsovården (733/1992)

L om service och stöd på grund av handikapp (380/1987)

Lag om offentlig upphandling (348/2007), UpphL

L om utstationerade arbetstagare (1146/1999)

Sverige

Konkurrenslagen (2008:579)

Lag om offentlig upphandling (2007:1019), LOU

Äldre lagen om offentlig upphandling (1992:1528), ÄLOU

Åland

Ålands landskapslag (1994:43) angående tillämpning i landskapet Åland av lagen om offentlig upphandling

Åland LF (1998:101) om offentlig upphandling

Propositioner och remisser

Finland

RP 19/1951.

RP 154/1992 rd Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om offentlig upphandling och lag om ändring av lagen om konkurrensrådet.

RP 214/2002 rd Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till standardiseringslag

RP 50/2006 Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om offentlig upphandling och lag om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster

RP182/2010 rd. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem samt till vissa lagar som har samband med dem

RP 40/2013 Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av konkurrenslagen och av 4 och 16 § i lagen om offentlighet vid rättegång i förvaltningsdomstolar

XVIII

RP 268/2014 Regeringens proposition till riksdagen med förslag till kommunallag och vissa lagar som har samband med den
RP 108/2016 Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet

Sverige

Regeringens proposition 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
Regeringens proposition 2012/13:179 *EU – miljömärket*
Regeringens budgetpropositionen för år 2015, 2014/15:1.
Regeringens proposition *Nytt regelverk om upphandling* 2015/16:195.
Regeringens lagrådsremiss till lagrådet (2015) *Nytt regelverk om offentlig upphandling* 4.6.2015.
Regeringens lagrådsremiss till lagrådet (2016) *Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling*. 19.5.2016.

Motioner och skrivelser

Finland

Skriftligt spørsmål: *Styrning av offentlig upphandling till små och medelstora företag*, SS 321/2013 rd.

Sverige

Motion 2013/14: Fi239 *En politik för schysta villkor och vita jobb vid offentlig upphandling*.
Regeringens skrivelse 2009/10:34 *Sveriges handlingsprogram för tillväxt och sysselsättning - uppföljningsrapport 2009*.
Regeringens skrivelse 2011/12:134 *Riksrevisionens rapport om miljökrav i offentlig upphandling – är styrningen mot klimatmålet effektiv*.
Regeringens skrivelse 2012/13:154 *Strategiskt tillväxtarbete för regional konkurrenskraft, entreprenörskap och sysselsättning - en sammanfattning av Nationell strategisk rapport för Sverige 2012*.

Beslut

Finland

Statsrådets principbeslut om befrämjandet av hållbara val vid offentliga upphandlingar, 8.4.2009.
Statsrådets principbeslut om främjandet av energi-, miljö- och cleantech-lösningar vid offentliga upphandlingar, 13.6.2013.
Valtioneuvoston periaatepäätös laatu- ja ympäristötekijöistä julkisissa elintarvikehankinnoissa 2016.

Åland

Ålands landskapsregerings beslut gällande vissa upphandlingar, ALR (2015:52)

Betänkanden, utredningsarbeten och utlåtanden

Finland

Arbets- och näringsministeriet (2011) *Anvisningar om energieffektivitet*.

Arbets- och näringsministeriet (2015) *Erfarenheter av användningen av sociala kriterier vid offentlig upphandling*. Kilpailukyky 18/2015.

Arbets- och näringsministeriet (2015) *Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö*.

Työ- ja elinkeinoministeriö julkaisuja, Kilpailukyky 37/2015.

Ekonomiutskottets betänkande till Regeringens proposition med förslag till lag om offentlig upphandling och lag om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster, EkUB 26/2006 rd.

MiUU 29/2006 rd Miljöutskottets utlåtande till Regeringens proposition med förslag till lag om offentlig upphandling och lag om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster.

Statsrådets redogörelse om reformen av upphandlingslagen, 2008 , SRR 7/2008 rd.

Ekonomiutskottets betänkande, Regeringens proposition med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet, EkUB 31/2016 rd.

Förvaltningsutskottets utlåtande, Regeringens proposition med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet, FvUU 44/2016 rd.

Grundlagsutskottets utlåtande, Regeringens proposition med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet, GrUU 49/2016 rd.

Jord- och skogsbruksutskottets utlåtande, Regeringens proposition med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet, JsUU 18/2016 rd.

Miljöutskottets utlåtande, Regeringens proposition med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet, MiUU 20/2016 rd.

Social- och hälsovårdsutskottets utlåtande, Regeringens proposition med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet, ShUU 8/2016 rd.

Trafik- och kommunikationsutskottets utlåtande, Regeringens proposition med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet, KoUU 25/2016 rd.

Sverige

Finansutskottet betänkande 2010/11: FiU29 Offentlig upphandling.

Finansutskottet betänkande 2012/13: FiU32 Offentlig upphandling.

Finansutskottet betänkande 2016/17: FiU7 Nytt regelverk om upphandling.

Lagrådet 2016 *Nytt regelverk om offentlig upphandling*. Utdrag ur protokoll vid sammanträde 12.2.2016.

Statens offentliga utredningar SOU 2001:31 *Mera värde för pengarna*. Stockholm 2001.

Statens offentliga utredningar SOU 2006:28 *Nya upphandlingsregler 2*. Slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004. Stockholm 2006.

Statens offentliga utredningar SOU 2011:73 *På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen*. Delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2010. Stockholm 2011.

Statens offentliga utredningar SOU 2013:12. *Goda affärer - en strategi för hållbar offentlig upphandling*. Slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2010. Stockholm 2013.

Statens offentliga utredningar SOU 2014:51. *Nya regler om upphandling*. Delbetänkande av Genomförandeutredningen. Stockholm 2014.

Statens offentliga utredningar SOU 2015:78. *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*. Delbetänkande av Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal. Stockholm 2015.

Statens offentliga utredningar SOU 2016:13. *Palett för ett stärkt civilsamhälle*. Betänkande av Utredningen för ett stärkt civilsamhälle. Stockholm 2016.

Statens offentliga utredningar SOU 2016:15. *Arbetsklausuler och sociala hänsyn i offentlig upphandling - ILO:s konvention nr 94 samt en internationell jämförelse*. Slutbetänkande av Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal. Stockholm 2016.

EU-rättsliga källor

Fördrag och förordningar

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna av den 26 oktober 2012/C 326/02. EUT C 326/391-407 (konsoliderad version).

Fördraget om Europeiska unionen av den 26 oktober 2012/C 326/01. EUT C 326/13-45. (konsoliderad version).

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt av den 26 oktober 2012/C 326/01. EUT C 326/47-199 (konsoliderad version).

Förordning (EG) nr 106/2008 (EUT L 39, 13.2.2008) (förordningen om energieffektivitetsmärkning av kontorsprodukter).

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1221/2009 (förordning om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (Emas)).

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 66/2010 av den 25 november 2009 om ett EU-miljömärke.

Direktiv

Direktiv 91/308/EEG, Rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar.

Direktiv 92/50/EEG, Kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001 om ändring av bilaga IV till rådets direktiv 93/36/EEG, bilagorna IV, V och VI till rådets direktiv 93/37/EEG, bilagorna III och IV till rådets direktiv 92/50/EEG, i dess ändrade lydelse enligt direktiv 97/52/EG, samt bilagorna XII-XV, XVII och XVIII till rådets direktiv 93/38/EEG, i dess ändrade lydelse enligt direktiv 98/4/EG (direktiv om användning av standardformulär vid offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling).

Direktiv 93/36/EEG, Kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001 om ändring av bilaga IV till rådets direktiv 93/36/EEG, bilagorna IV, V och VI till rådets direktiv 93/37/EEG, bilagorna III och IV till rådets direktiv 92/50/EEG, i dess ändrade lydelse enligt direktiv 97/52/EG, samt bilagorna XII-XV, XVII och XVIII till rådets direktiv 93/38/EEG, i dess ändrade lydelse enligt direktiv 98/4/EG (direktiv om användning av standardformulär vid offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling).

Direktiv 93/37/EEG, Kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001 om ändring av bilaga IV till rådets direktiv 93/36/EEG, bilagorna IV, V och VI till rådets direktiv 93/37/EEG, bilagorna III och IV till rådets direktiv 92/50/EEG, i dess ändrade lydelse enligt direktiv 97/52/EG, samt bilagorna XII-XV, XVII och XVIII till rådets direktiv 93/38/EEG, i dess ändrade lydelse enligt direktiv 98/4/EG (direktiv om användning av standardformulär vid offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/32/EG om effektiv slutanvändning av energi och om energitjänster.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG om tjänster på den inre marknaden (tjänstedirektivet).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/28/EG om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor (EUT L 140, 5.6.2009).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/33/EG om främjande av rena och energieffektiva vägtransportfordon.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/30/EU om märkning och standardiserad produktinformation som anger energirelaterade produkters användning av energi och andra resurser, EUT L 153, 18.6.2010.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/31/EU om byggnaders energiprestanda (EUT L 153, 18.6.2010).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/27/EU av den 25 oktober 2012 om energieffektivitet.

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

Beslut

Europeiska gemenskapens konvention om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen, EGT C 195, 25.6.1997: 1.

Europaparlamentets och rådets beslut nr 1600/2002/EG av den 22 juli 2002 om fastställande av gemenskapens sjätte miljöhandlingsprogram (EGT L 242, 10.9.2002).

Europeiska rådets rambeslut 2002/475/RIF4, artiklar 1, 3 och 4.

Europeiska rådets rambeslut 2003/568/RIF, EUT L 192, 31.7.2003: 54.

Europeiska rådets rambeslut 2008/841/RIF, EUT L 300, 11.11.2008: 42.

Europeiska Unionens kommission beslut 30.6.2004, C(2004) 2200.

Resolutioner och utlåtanden (juridiskt icke-bindande)

Europaparlamentets resolution av den 18 maj 2010 om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling (2009/2175(INI), EUT 31.5.20112, C 161 E/44-45.

Europaparlamentets resolution *Modernisering av offentlig upphandling Europaparlamentets resolution av den 25 oktober 2011 om modernisering av offentlig upphandling (2011/2048(INI)* Europeiska unionens officiella tidning nr C 131 E, 08/05/2013.

Europaparlamentets utlåtande om den senaste utvecklingen gällande offentlig upphandling, 2009/2175 (INI), den 18.5.2010.

Grönbok och handböcker

KOM (1996) 590 17.11.1996 *Grönbok, Offentliga upphandlingar i Europeiska unionen, Framtidens frågor.*

KOM (2001) 68 *Grönbok av den 7 februari 2001 om en integrerad produktpolicy.*

Europeiska Unionens kommission (2001). *Grön bok. Om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad.* KOM/2011/15.

Europeiska Unionens kommission (2001). *Grön bok. Om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad.* KOM/2011/0015.

SEC (2004) 1050 *Buying Green- a handbook on environmental public procurement.* 18.8.2004.

SEC (2016) *Buying Green- a handbook on environmental public procurement.*

Europeiska Unionens kommission (2010) *Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling,* SEK (2010) 1258.

KOM (2010) 571. *Grönbok om en ökad användning av e-upphandling i EU.* SEK(2010) 1214.

Europeiska kommissionens handbok (2011) *Socialt ansvarsfull upphandling – en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling.* Luxemburg: Europeiska unionens publikationsbyrå.

KOM (2011) 15. *Grönbok - om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad.* Bryssel den 27.1.2011.

Meddelanden, rapporter och yttranden

KOM/(2001)/0566. *Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling,* EUT nr 333, 28/11/2001.

KOM (2001) 264 slutlig. *Meddelande från kommissionen Hållbar utveckling i Europa för en bättre värld: En strategi för hållbar utveckling i Europeiska unionen.*

Kommissionens meddelande. *Kommissionen ger anvisningar om miljövänlig upphandling.* IP/01/959 av den 5 juli 2001.

COM (2001) 274 final. *Commission Interpretative Communication of 4th of July on the Community Law applicable to Public Procurement and the Possibilities for Integrating Environmental Considerations into Public Procurement.*

The 6th community environment action programme, Decision No 1600/2002/EC.

KOM(2002) 274 slutlig. *Kommissionens tolkningsmeddelande av den 4 juli 2001 om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling.*

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

KOM (2003) 302. *Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet: Integrerad produktpolitik – miljöpåverkan ur livscykelperspektiv.*

SEK (2004) 413. Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén, *Rapport om handlingsplanen för miljöteknik, (2005–2006).*

COM (2006) 397. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Community of the Regions: *The Sustainable Consumption and Production and the Sustainable Industry Policy (Action Plan), final, Brussels.*

KOM (2007) 724. Kommissionens meddelande *Tjänster av allmänt intresse, däribland sociala tjänster av allmänt intresse – ett nytt europeiskt åtagande, slutlig.*

KOM (2007) 725. Kommissionens meddelande med anknytning till meddelandet *En inre marknad för framtidens Europa.*

COM (2008) 397. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: *the Sustainable Consumption and Production and Sustainable Industrial Policy (Action Plan). final. Brussels.*

COM (2008) 400. 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* {SEC(2008) 2124} {SEC(2008) 2125} {SEC(2008) 2126. 16.7.2008.

KOM (2008) 412. Meddelande till kommissionen från Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionala kommittén om *En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa. Slutlig, 2 juli 2008.*

KOM (2009) 215. *Att bidra till en hållbar utveckling: rättvis handel och ickestatliga handelsrelaterade system för hållbar utveckling, slutlig.*

Mario Montis rapport till Europeiska kommissionens ordförande av den 9 maj 2010 om en ny strategi för den inre marknaden.

KOM (2010) 608. *Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén. På väg mot en inre marknadsakt. Att skapa en verkligt konkurrenskraftig social marknadsekonomi. Femtio förslag för att arbeta, driva företagsverksamhet och handel bättre tillsammans, Bryssel den 27.10.2010.*

SEC (2010)1545. Commission staff working document, *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*, final.

KOM (2010) 2020. *Meddelande från Kommissionen. Europa 2020. En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*. Bryssel den 3.3.2010.

KOM (2011) 0206. *Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska Ekonomiska och Sociala kommittén och Regionkommittén. Inre marknadsakten - tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för inre marknaden*.

COM (2011) 21. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *A Resource-Efficient Europe – Flagship Initiative under the Europe 2020 Strategy*.

KOM (2011) 146. *Reform av EU:s regler om statligt stöd avseende tjänster av allmänt intresse*.

KOM (2011) 896. *Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om offentlig upphandling*. Bryssel den 20.12.2011. 2011/0438 (COD) KOM (2013) 453. *Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska Ekonomiska och Sociala kommittén och Regionkommittén. Genomgående e-upphandling för att modernisera offentlig förvaltning*. Bryssel 26.6.2013. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/e-procurement/golden-book/index_en.htm

SEC (2011) 853 final. *EU public procurement legislation: delivering results 2011 Summary of evaluation report*. Brussels 27.6.2011.

Yttrande från Regionkommittén om ”En modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad”, 2011/C 192/02, EUT 1.7.2011, C 192/5-7.

Yttrande från Regionkommittén: ”Paketet Sociala företag”, EUT nr 277, 13.9.2012 s. 0173.

European Commission Directorate General Grow 2013: Public Procurement Indicators 2013, DG GROW G4 - Innovative and e-Procurement, June 17, 2015. ec.europa.eu/DocsRoom/documents/11022/attachments/1/translations/en/renditions/native.

COM(2017) 572 final. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *Making public procurement work in and for Europe*.

Arbetsdokument

Europeiska kommissionen (2013) *Arbetsdokument från kommissionens avdelningar - vägledning om hur Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse*, SWD (2013) final 2, Bryssel, 29.4.2013.

ILO

Equal Remuneration Convention 1951 (Convention 100), ILO. 6.6.1951.

Discrimination (Employment and Occupation) Convention 1958 (Convention 111), ILO. 5.6.1960.

Recommendation R111, Discrimination (Employment and Occupation) Recommendation, 1958 (No. 111) *Recommendation concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation*, ILO.

FN

FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, 13.12 2006.

Rättspraxis

C-8/55, *Fédéchar*, ECR 292.

C-6/64 *Costa mot E.N.E.L.*, REG 1963, s.1.

C-22/70, *Kommissionen mot rådet (AETR-domen)*, EU:C:1971:32.

C-120/78, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, EU:C:1979:42.

C-158/80 *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*, EU:C:11981:16.

C- 279/80, *Webb*, EU:C:1981:314.

C-62/81, *Seco*, EU:C:1982:34.

C-76/81, *SA Transporoute mot Ministère des travaux publics*, EU:C:1987:17.

C- 283/81, *CILFIT*, EU:C:1982:335.

C-40/82, *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, EU:C:1984:33.

C-24/85, *Jozef Maria Antonius Spijkers v Gebroeders Benedik Abattoir CV et Alfred Benedik en Zonen BV*, EU:C:1986:127.

C-302/86 *Kommissionen mot Danmark*, EU:C:1988:421.

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

C-45/87, *Kommissionen mot Irland, (Dundalk)* EU:C:1988:435.

C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA och Unità sanitaria locale n° 2 di Carrara*, EU:C:1990:121.

C-103/88, *Fratelli Costanzo S.p.A mot Milano kommun*, EU:C:1989:256.

C-113/89, *Rush Portuguesa Ld mot Office national d'immigration*, EU:C:1990:142.

C-213/89, *Factortame*, EU:C: 1990:257.

C-243/89, *Kommissionen mot Danmark (Stora bält)*, EU:C:1993:257.

C-76/90 *Säger mot Dennemeyer*, EU:C:1991:331.

C-43/93, *Vander Elst*, EU:C:1994:310.

C-324/93, *The Queen v Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd and Macfarlan Smith Ltd*, EU:C:1995:84.

C-55/94, *Gebhard*, EU:C:1995:411.

C-87/94, *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium (Kommissionen mot Belgien)*, EU:C:1996:161.

C-272/94, *Guiot*, EU:C:1996:147.

C-70/95 *Sodemare and others mot Regionale Lombardia*, EU:C:1997:301.

C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl*, EU:C:1998:4.

- C-360/96 *BFI Holding*, EU:C:1998:525.
C-376/96, *Arblade m.fl.*, EU:C:1999:575.
C-81/98, *Alcatel Austria and Others*, EU:C:1999:534.
C-107/98, *Teckal*, REG 1999, EU:C:1999:562.
C-108/98, *RI.SAN. Srl mot Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA och Ischia Ambiente SpA*, EU:C:1999:400.
C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais (Kommissionen mot Frankrike)*, EU:C:2000:494.
C-275/98, *Unitron*, EU:C:1999:567.
C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG*, joined party: Herold Business Data AG, 7.12.2000, EU:C:2000:669.
C-379/98, *Preussen Elektra AG mot Schleswig AG*, EU:C:2001:160.
C-380/98, *The Queen mot H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*, EU:C:2000:529.
C-468/98, *Open skies*, REG 2002, EU:C:2002:626.
C-285/99, *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni v ANAS - Ente nazionale per le strade and Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) and Impresa Ing. Mantovani SpA v ANAS - Ente nazionale per le strade and Ditta Paolo Bregoli*, EU:C:2001:640.
C-286/99, *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni mot ANAS - Ente nazionale per le strade och Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99) och Impresa Ing. Mantovani SpA mot ANAS - Ente nazionale per le strade och Ditta Paolo Bregoli*, EU:C:2001:640.
C-327/99 *Kommissionen mot Frankrike*, EU:C:2001:939.
C-470/99, *Universale-Bau m.fl.*, EU:C:2002:746.
C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne*, EU:C:2002:495.
C-19/00, *SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo*, EU:C:2001:553.
C-59/00, *Vestergaard*, EU:C:2001:654.
C-62/00, *Marks & Spencer*, EU:C:2002:435.
C-280/00, *Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg*, EU:C:2003:415.
C-243/01, *Gambelli m.fl.*, EU:C:2003:597.
C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) mot Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, EU:C:2003:651.
C-448/01, *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike*, EU:C:2003:651.
C-352/01, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien*, EU:C:2002:648.
C-21/03 och C-34/03 *Fabricom mot Belgien*, EU:C:2005:127.
C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, EU:C:2005:5.
C-234/03, *Contse*, EU:C:2005:644.
C-323/03, *EU-kommissionen mot Spanien*, EU:C:2006:159.
C-458/03, *Parking Brixen*, EU:C:2005:605.
C-507/03 *An Post*, EU:C:2007:676.
C-260/04 *Kommissionen mot Italien*, EU:C:2007:508.
C-331/04, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio SnC and Others v ACTV Venezia SpA and Others*, EU:C:2005:718.
C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE mot Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y.KRITIS)*, EU:C:2007:337.
C-341/05, *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan och Svenska Elektrikerförbundet*, EU:C:2007:809.
C-346/06, *Dirk Ruffert mot Land Niedersachsen*, EU:C:2008:189.
C-347/06, *AM Brescia*, EU:C:2008:416.
C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, EU:C:2008:351.

C-213/07, *Michaniki AE v Ethniko Simvoulío Radiotileorasis and Ipourgos Epikratias*, EU:C:2008:731.
C-538/07, *Assitur*, EU:C:2009:317.
C-91/08, *Wall*, EU:C:2010:182.
C-101/08 *Audiolux m.fl.*, EU:C:2009:626.
C-451/08, *Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, EU:C:2010: 168.
C-81/09 *Idryma Typou*.EU:C:2010:622.
C-226/09, *Kommissionen mot Irland*, EU:C:2010:697.
C-368/10, *Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar)*, EU:C:2012:284.
C-218/11 *Hochtief Ungern*, EU:C:2012:643.
C-465/11, *Forposta SA och ABC Direct Contact sp.zo.o. v Pozta Polska SA*, 13.12.2012.
C-194/12, *Concepción Maestre García v Centros Comerciales Carrefour SA*, 10.5.2012
EFTA Surveillance Authority, Decision of 21 June 2010, Case number 66111 and 66744,
EU:C:2013:102.
C-396/13, *Spolka Akcyjna*, EU:C:2015:86.
C- 538/13, *eVigilo*, EU:C:2015:166.
C-549/13, *Bundesdruckerei*, EU:C:2014:2235.

Finska rättsfall

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 1997:126, liggare 2867
HFD 1998:39, liggare 1619
HFD 2002:41, liggare 1494
HFD 2003:89, liggare 3202
HFD 22.4.2004, liggare 1008
HFD 16.2.2005, liggare 322
HFD 2007:83, liggare 3078
HFD 20.5.2009, liggare 709
HFD 29.1.2010, liggare 174
HFD 2010:35, liggare 1240
HFD 2010:69, liggare 2805
HFD 24.10.2011, liggare 3040
HFD 8.3.2013, liggare 862
HFD 2013:19, liggare 343
HFD 2013:144, liggare 2828
HFD 9.6.2015/1611
HFD 11.12.2015, liggare 3660
HFD 5.9.2016, liggare 3670

Marknadsdomstolen

Marknadsdomstolen 16/I/02
Marknadsdomstolen 27/I/02
Marknadsdomstolen 86/I/02

Marknadsdomstolen 133/I/02
Marknadsdomstolen 48/04
Marknadsdomstolen 92/04
Marknadsdomstolen 176/04
Marknadsdomstolen 85/05
Marknadsdomstolen 210/05
Marknadsdomstolen 290/05
Marknadsdomstolen 17/06
Marknadsdomstolen 22/06
Marknadsdomstolen 421/08
Marknadsdomstolen 442/08
Marknadsdomstolen 84/09
Marknadsdomstolen 212/09, 11.5.2009
Marknadsdomstolen 230/09, 20.5.2009
Marknadsdomstolen 294/09, Dnr 361/08/JH, 22.6.2009
Marknadsdomstolen 607/09
Marknadsdomstolen 485/10
Marknadsdomstolen 6/11, Dnr: 171/09/JH, 4.1.2011
Marknadsdomstolen 162/11
Marknadsdomstolen 399/12
Marknadsdomstolen 412/12
Marknadsdomstolen 49/13
Marknadsdomstolen 548-549/13
Marknadsdomstolen 17/14
Marknadsdomstolen 138/14
Marknadsdomstolen 629/14
Marknadsdomstolen 771/14
Marknadsdomstolen 276/15
Marknadsdomstolen 50/16
Marknadsdomstolen 129/16
Marknadsdomstolen 669/17

Justitieombudsmannen

JO 2013-03-07, dnr 809/4/11
JO 2014-09-09, dnr 3032-2011

Svenska rättsfall

HFD/Regeringsrätten

RÅ 2002 ref. 50
RÅ 2007, ref. 28
RÅ 2010 ref. 78
RÅ 2010 ref. 79

HFD 2013 ref. 61
HFD 2015, mål nr 6331-14
HFD 2015, ref. 55
HFD 2015, ref. 63

Kammarrätter

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3859-1999
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3969-02
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 926-09
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2216-2221-10 och 2921-2922-10
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 4471-1997
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 549-07
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1247-13
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3204-13
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3367-13
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1713-1995
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6065-04
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6280-05
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7138-10
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6215-11
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1583-13
Kammarrätten i Sundsvall, yttrande 2009-11-30
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11

Förvaltningsrätter

Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 12256-15

Länsrätter

Länsrätten i Blekinge län, mål nr 44-07
Länsrätten i Hallands län, mål nr 2434-05
Länsrätten i Skåne, mål nr 5538-09
Länsrätten i Västmanlands län, mål nr 1264-05

Justitieombudsmannen

JO 2014-09-09, dnr 3032-2011

Nämnden för offentlig upphandling

NOU info december 2003

NOU dnr 2005/0088-29

NOU, dnr 2006/0162-29

