

Krav på märkning i offentlig upphandling

Rapport för Miljömärkning Sverige
och Naturskyddsföreningen



Miljömärkning Sverige representerar märkningarna
Svanen och EU Ecolabel. Naturskyddsföreningen
representerar märkningen Bra miljöval

Krav på märkning i offentlig upphandling

Rapport för Miljömärkning Sverige (MISAB)¹ och Naturskyddsföreningen

Innehåll

Krav på märkning i offentlig upphandling.....	1
Rapport för Miljömärkning Sverige (MISAB) och Naturskyddsföreningen	1
1. Uppdraget.....	2
2. Bestämmelserna om märkning i LOU	2
3. Anknytningskravet	5
4. Lämplighetskravet	7
5. <i>MAX HAVELAAR</i>	8
6. Märkning enligt Direktiv 2024/14/EU	11
7. RSPO-certifiering.....	13
8. EU Ecolabel	14
9. Anknytningskravet enligt artikel 42, 67 respektive 70	15
10. Avslutande kommentarer.....	17

¹ Miljömärkning Sverige representerar både Svanen och EU Ecolabel.

1. Uppdraget

Miljömärkning Sverige (MISAB), som ansvarar för Nordens officiella miljömärkning Svanen samt EU:s officiella miljömärkning EU Ecolabel i Sverige, och Naturskyddsföreningen, som ansvarar för miljömärkningen Bra Miljöval, har gett författaren i uppdrag att analysera upphandlande myndigheters möjligheter att kräva märkning, till exempel att rengöringsmedel/kemiska produkter är försedda med Svanen-, EU Ecolabel- eller Bra Miljöval-märkning.

Bakgrunden till uppdraget är att Upphandlingsmyndigheten (UHM) i sina nya hållbarhetskriterier för städkemikalier har tagit bort hänvisningen till miljömärkena Svanen, EU Ecolabel och Bra Miljöval. Detta torde i sin tur bero på en PM från Moll Wendén Advokatbyrå (Moll Wendén) som gör gällande att RSPO:s certifiering² av palmolja innehåller krav som saknar anknytning till det som ska anskaffas. I samtliga nyss nämnda märkningar finns hänvisningar till RSPO.³

Enligt Moll Wendén uppfyller en certifiering som innehåller företagsgenerella krav inte anknytningskravet i 9 kap. 13 § LOU. Moll Wendén har vidare identifierat ett antal sådana företagsgenerella krav i RSPO:s certifieringar.⁴

2. Bestämmelserna om märkning i LOU

I lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) finns bestämmelser om märkning. Enligt 9 kap. 13 § första stycket LOU får upphandlande myndigheter kräva att varor, tjänster eller byggtreprenader är försedda med en märkning som bevis på att det som anskaffas uppfyller vissa krav. Enligt samma bestämmelse får krav på märkning ställas i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet.

Bestämmelserna i 9 kap. 12 – 15 §§ LOU är ett genomförande av artikel 43 i EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (Direktiv 2014/24/EU). De innebär en förenkling eftersom de innebär att det numera är möjligt att kräva en viss märkning i stället för att, som tidigare, behöva räkna upp alla de bakomliggande märkningskraven (i LOU: ”kraven för märkningen”).

Enligt 9 kap. 13 § LOU behöver visserligen den upphandlande myndigheten godta en märkning som är likvärdig den som hänvisas till i upphandlingen, men den upphandlande myndigheten behöver inte - som utgångspunkt - godta andra bevis än just en märkning. Även detta är en förenkling i förhållande till vad som gällde tidigare då

² RSPO står för Roundtable on Sustainable Palm Oil.

³ I kriterierna för Svanenmärkning av rengöringsmedel version 6.15, finns följande krav: *”Palmolja, palmkärnolja, palmoljederivat och palmkärnoljederivat i råvaror ska vara certifierade enligt RSPO. Som spårbarhetssystem godkänns Mass Balance, Segregated, eller Identity Preserved.”* I kriterierna för Bra Miljövals märkning av kemiska produkter, 2018:2, finns följande krav: *”Ingredienser som innehåller råvara som utvunnits ur oljepalmen (Elaeis guineensis), och som inte omfattas av krav 1.24, ska vara certifierade enligt RSPO Mass Balance, Segregated eller Identity Preserved.”*

⁴ Moll Wendén Advokatbyrå, PM Märkning i offentlig upphandling, 28 december 2021 och uppdaterad den 21 mars 2022.

upphandlande myndigheter måste pröva också annan bevisning än en märkning, till exempel teknisk dokumentation.

Alla märkningar godtas emellertid inte. För att kunna kräva en viss märkning måste märkningen uppfylla följande sex rekvisit:

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

En upphandlande myndighet, som inte kräver att det som ska anskaffas uppfyller alla bakomliggande märkningskraven, får enligt 9 kap. 13 § andra stycket LOU ange vilka krav för märkningen som ska uppfyllas.

Enligt 9 kap. 13 § tredje stycket LOU får en upphandlande myndighet inte kräva en viss märkning om det bland de bakomliggande märkningskraven finns krav som saknar anknytning till det som ska anskaffas. Den upphandlande myndigheten får i stället i den tekniska specifikationen ta med de bakomliggande märkningskrav som har anknytning men inte kräva märkningen som sådan. För det fall märkningen innehåller krav som saknar anknytning måste alltså den upphandlande myndigheten förfara på det sätt som gällde innan införandet av de nuvarande bestämmelserna om märkning.

En brist är att det i LOU inte anges att bestämmelserna om märkning även omfattar sociala och andra märkningar än miljömärkningar. Det framgår emellertid av artikel 43(1) i Direktiv 2014/24/EU enligt vilken en märkning får avse *”särskilda miljömässiga eller sociala egenskaper eller andra kännetecknande egenskaper”*.

Bestämmelserna om märkning i LOU innebär en förenkling i förhållande till vad som gällde enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (äldre LOU, ÄLOU) som genomförde EU:s tidigare direktiv 2004/18.

Enligt 6 kap. 7 § ÄLOU fick visserligen den upphandlande myndigheten i den tekniska specifikationen ställa prestanda- eller funktionskrav som var hämtade från en miljömärkning som uppfyllde vissa kriterier. Vidare fick den upphandlande myndigheten godta en märkning som bevis på att kraven uppfylldes. Det var emellertid inte tillåtet att kräva märkningen i sig och den upphandlande myndigheten var skyldig att godta alla lämpliga bevis på att kraven uppfylldes, inte bara en märkning utan också annan

bevisning som teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ. I ÄLOU nämndes dessutom endast miljömärkning.

De nya reglerna innebär alltså en förenkling eftersom det numera är möjligt för upphandlande myndigheter

1) att kräva en viss märkning utan att behöva ange de bakomliggande kriterierna för märkningen och

2) att, i vart fall som utgångspunkt (se nedan), bara behöva godta en märkning,⁵ som bevis på att produkterna uppfyller kravet.

De innebär också en utvidgning eftersom de nya reglerna även omfattar sociala och andra märkningar.

2.1. Annan likvärdig märkning

Enligt 9 kap. 14 § LOU måste den upphandlande myndigheten visserligen godta andra likvärdiga märkningar som bevis (enligt UHM ska emellertid begreppet "*likvärdig*" inte betyda "*exakt samma*", dvs. ett märkningarna "*inte nödvändigtvis behöver uppfylla exakt samma krav för att anses som en likvärdig märkning*"⁶). Bevisbördan för att en annan märkning är likvärdig får dock anses ligga på anbudsgivaren.

I analogi med vad EU-domstolen anför i C-14/17 *Var srl* torde den upphandlande myndigheten dessutom kunna kräva att anbudsgivaren redan i anbudet redovisar tillräckliga bevis för att den andra märkningen är likvärdig. Den upphandlande myndigheten behöver emellertid, som utgångspunkt, inte godta andra bevis än den märkning man krävt eller en annan likvärdig märkning. Den upphandlande myndigheten behöver alltså inte pröva teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ, vilket var fallet enligt det tidigare direktivet 2004/18.⁷

2.2. Annan lämplig utredning

Den upphandlande myndighetens rätt att avvisa annan bevisning än en märkning är emellertid inte absolut. Enligt 9 kap. 15 § LOU, måste den upphandlande myndigheten godta "*annan lämplig utredning*" om leverantören inte getts tillräckligt med tid till att få tillgång till den i angivna märkningen eller en annan likvärdig märkning.

Tidsbristen får visserligen inte bero på leverantören. Bestämmelsen innehåller emellertid ingen vägledning om när tidsfristen ska anses vara för kort eller när den för korta tidsfristen inte ska anses bero på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida. Det saknas så vitt känt vidare rättspraxis som bringar ytterligare klarhet i dessa avseenden.

En upphandlande myndighet torde dock enkelt kunna undvika att leverantörer på grund av tidsbrist åberopar annan bevisning än en märkning. Detta gör den upphandlande

⁵ Antingen den märkning som anges i upphandlingsdokumentet eller en annan likvärdig märkning.

⁶ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/frageportalen/1983808/eu-ecolabel-2014350eu/>.

⁷ MAX HAVELAAR, p. 65.

myndigheten genom att utforma kravet på märkning som ett villkor för fullgörande av kontrakt. Den uppenbara fördelen med detta är att villkor för fullgörande av kontrakt inte behöver uppfyllas av leverantören redan under upphandlingen utan först vid en senare tidpunkt.

3. Anknytningskravet

LOU:s bestämmelse om när leverantörer på grund av tidsbrist har rätt att åberopa andra bevis än märkningar behöver alltså inte vara ett hinder för upphandlande myndigheter att kräva märkning. Det som i Sverige däremot har blivit ett hinder är tolkningen av anknytningskravet i 9 kap. 13 § första stycket p. 1 LOU. Anknytningskravet innebär alltså att kraven för märkningen måste ha anknytning till det som ska anskaffas.

Moll Wendén, som analyserat LOU:s märkningsregler i ett antal PM för UHM, tolkar anknytningskravet lika strängt oavsett hur kravet på märkning är utformat i den enskilda upphandlingen. Enligt Moll Wendén får en märkning inte innehålla krav som är *”företagsgenerella”*,⁸ (se vidare nedan). Med *”företagsgenerella krav”* avser Moll Wendén krav som ställs på företaget som helhet i stället för föremålet för kontraktet.⁹

Moll Wendén, som har tagit fram en *”repetierbar metodik”* för att analysera om märkningar uppfyller kraven i 9 kap. 13 § LOU, tar i denna metodik inte hänsyn till var i upphandlingen kravet på en märkning ställs. Moll Wendén gör nämligen gällande att *”[a]llt i LOU tyder... på att även en hänvisning till märkning i villkoren för fullgörandet ska följa samma regler som för hänvisning i den tekniska specifikationen och i tilldelningskriterierna”*.¹⁰

Enligt Moll Wendén ska alltså rekvisiten i 9 kap. 13 § LOU tillämpas lika strängt oavsett om kravet på märkning är ett tekniskt krav, ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet. Detta gäller inte minst anknytnings- och lämplighetskravet i 9 kap. 13 § LOU. Moll Wendén grundar detta på en läsning av reglerna i LOU.

Så som framgår av diskussionen nedan är detta en otillräcklig metod. Eftersom LOU är ett genomförande av Direktiv 2014/24/EU ska bestämmelserna i LOU tolkas mot bakgrund av vad som står i detta direktiv. Av till exempel skäl 97 i Direktiv 2014/24/EU framgår att möjligheterna att ställa krav är större i tilldelningskriterierna och villkoren för fullgörandet av kontraktet än i den tekniska specifikationen (se vidare nedan). Krav som inte får ingå i den tekniska specifikationen kan många gånger vara tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av kontraktet.

Av skäl 97 framgår också att detta även gäller krav på att produkter är försedda med en märkning. Utrymmet att kräva märkning är alltså större om kravet är ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet.

⁸ Moll Wendén Advokatbyrå, PM Märkning i offentlig upphandling – Analys av märkning, 28 december 2021 (uppdaterad den 21 mars 2022).

⁹ Se Moll Wendén, PM Märkning i offentlig upphandling – Analys av märkningar, 30 december 2020, s. 2.

¹⁰ Moll Wendén, PM Märkning i offentlig upphandling – Del 2, 31 januari 2019, s. 19.

Enligt EU-domstolen i *MAX HAVELAAR* fick krav som avser en varas handelsprocess inte ingå i den tekniska specifikationen (se nedan). EU-domstolens mål *MAX HAVELAAR* avsåg visserligen bestämmelserna i det tidigare direktivet. Samma sak torde emellertid gälla också idag. Det är alltså inte heller enligt Direktiv 2014/24/EU möjligt att ha tekniska krav som avser en varas handelsprocess. Det är därmed inte heller möjligt att ha ett tekniskt krav att varor ska vara rättvisemärkta eftersom rättvisemärkning innehåller kriterier som avser varors handelsprocess.

Enligt *MAX HAVELAAR* fick emellertid *tilldelningskriterier* och *villkor för fullgörande av kontraktet* avse en varas handelsprocess.¹¹ Krav som inte var tillåtna i den tekniska specifikationen var tillåtna som tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av kontraktet. Av skäl 97 framgår att detta även gäller enligt Direktiv 2014/24/EU. Skillnaden är ett det numera även är tillåtet att kräva en märkning som avser varors handelsprocess, till exempel rättvisemärkning, om kravet är ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet.

3.1. Strider företagsgenerella krav mot proportionalitetsprincipen?

Moll Wendéns huvudantagande är att anknytningskravet i 9 kap. 13 § LOU utesluter varje form av företagsgenerella krav.¹² Med *”företagsgenerella krav”* syftar alltså Moll Wendén på *”krav på företaget som helhet”*.¹³ Enligt Moll Wendén strider krav på företaget i dess helhet mot proportionalitetsprincipen. Moll Wendén motiverar detta med att företagsgenerella krav sträcker sig förbi det upphandlade kontraktet. Att ställa krav på en *”leverantörs agerande, dess policyer eller vilken politik de bedriver är... inte krav som är tillåtna enligt nu gällande lagstiftning”* enligt Moll Wendén.¹⁴

Moll Wendéns slutsats att företagsgenerella krav strider mot proportionalitetsprincipen är inte invändningsfri. Enligt 15 kap. 14-15 §§ LOU får upphandlande myndigheter kräva att leverantörer följer vissa kvalitets- och miljöledningsstandarder. Bestämmelserna i LOU är ett genomförande av artikel 62 i Direktiv 2014/24/EU. Krav att leverantörer följer vissa kvalitets- eller miljöledningsstandarder är företagsgenerella krav. Det är inte begränsade till det upphandlande kontraktet vare sig i omfattning (eftersom det omfattar hela företaget och inte bara den del som utför kontraktet) eller i tid (inte begränsat till avtalets varaktighet).

Proportionalitetsprincipen gäller i synnerhet för vilka krav som får ställas på leverantören. Enligt 14 kap. 1 § andra stycket LOU måste krav på leverantören *”ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta”*. Men uppenbarligen

¹¹ *MAX HAVELAAR*, p. 75 och p. 91.

¹² *”I förhållande till miljökrav och sociala krav torde det vara av särskild vikt att analysera de krav som kan och får ställas mot anknytningskravet i 9 kap. 13 § LOU första stycket, första punkten samt mot proportionalitetsprincipen. De krav som ställs måste ha anknytning till Kontraktsföremålet... Hindret som kan uppstå är när märkningarna innehåller generella krav på företags agerande även utanför den framtida avtalsrelationen”* (Moll Wendén, PM Märkning i offentlig upphandling – Del 1, 31 januari 2019, s. 14).

¹³ Moll Wendén, PM Märkning i offentlig upphandling – Analys av märkningar, 30 december 2020, s. 2.

¹⁴ Moll Wendén, PM Märkning i offentlig upphandling – Del 1, 31 januari 2019, s. 14-15.

kan leverantörskrav vara företagsgenerella utan att detta kommer i konflikt med proportionalitetsprincipen.

Kammarrätten i Stockholm ansåg i mål 5914-20 att ett krav på att leverantören skulle vara certifierad enligt en viss standard, ISO 9001:2015 och ISO 14001:2015, stred mot proportionalitetsprincipen eftersom *”det inte kommit fram något som tyder på att andra certifieringar inte skulle kunna fylla samma funktion”*. Kammarrätten såg emellertid inget hinder i sig mot att *”ställa upp ett obligatoriskt krav på att leverantören ska ha ett system för kvalitets- och miljöledning”* eftersom kravet bedömdes *”vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet”*.¹⁵

Moll Wendéns grundantagande att företagsgenerella krav strider mot proportionalitetsprincipen rimmar alltså inte med bestämmelser i LOU, i direktivet eller med rättspraxis. Moll Wendén medger också att *”det saknas praxis”* som bekräftar advokatbyråns tolkning.¹⁶

I *MAX HAVELAAR* (nedan) ansåg EU-domstolen att den nederländska provinsens krav att anbudsgivaren skulle iaktta *”kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar”* stred mot bestämmelserna i det dåvarande direktivet 2004/18. Anledningen var att kravet om företagens sociala ansvar inte fanns med i direktivets lista över tillåtna leverantörskrav. EU-domstolen noterade nämligen att kravet avsåg leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet och inte ingick i den uttömmande uppräkningsenligt direktiv 2004/18 över vilka krav som får ställas i detta avseende.

Även artikel 60 och bilaga XII till Direktiv 2014/24/EU ska tolkas som en uttömmande uppräknings över vilka bevis och därmed vilka krav den upphandlande myndigheten får ställa på anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Det torde därför alltså inte vara tillåtet att kräva att anbudsgivaren ska ha en policy för socialt ansvar. Detta gäller i vart fall om det är en direktivstyrd upphandling.¹⁷

Det kan emellertid påpekas att detta avser vilka krav som får ställas på *anbudsgivaren* i en upphandling. Det avser inte vilken anknytning som ska gälla för produktkrav som ställs i upphandlingen, till exempel krav att produkter ska vara försedda med en märkning.

4. Lämplighetskravet

Enligt 9 kap. 13 § LOU ska kraven för märkningen också vara *”lämpliga för att definiera egenskaperna hos den vara, tjänst eller byggentreprenad som ska anskaffas”* (lämplighetskravet). Lämplighetskravet är centralt för vilka krav som får ingå i den tekniska specifikationen. Tekniska krav måste nämligen vara lämpliga för att definiera egenskaperna hos det som upphandlas. Dessa egenskaper ska antingen avse en varas tillverkning, förpackning eller användning. Man skulle kunna beskriva lämplighetskravet

¹⁵ Kammarrätten i Stockholm, dom den 21 januari 2021, mål 5914-20, s. 3-4.

¹⁶ Moll Wendén, PM Märkning i offentlig upphandling – Del 1, 31 januari 2019, s. 15.

¹⁷ Se Proposition 2016/16:195, s. 775. Med ”direktivstyrd” upphandling avses normalt upphandlingar som omfattas av direktivets regler (med undantag för de som gäller för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster), dvs. upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader över tröskelvärdena.

som ett förstärkt anknytningskrav eftersom det endast omfattar egenskaper som är direkt knutna till produkten.

Exempel på märkningskrav som inte är lämpliga att ställa i den tekniska specifikationen är rättvisemärkning. Det beror på att kriterierna för rättvis handel avser varans handelsprocess, dvs. under vilka handelsvillkor som leverantören anskaffat varorna från tillverkaren. Krav på en varas handelsprocess avser inte varans tillverkning, förpackning eller användning. I varken artikel 42 eller i bilaga VII, som anger vilka krav som får ställas i den tekniska specifikationen, finns en varas handelsprocess med i uppräkningslistan över möjliga tekniska krav.

En märkning som bygger på kriterierna för rättvis handel kan således inte vara ett tekniskt krav. Enligt skäl 97 i Direktiv 2014/24/EU får emellertid en varas handelsprocess, eller en märkning som avser en varas handelsprocess som rättvisemärkning, vara ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontrakt.

Skillnaden mellan vilka krav som får ingå i den tekniska specifikationen och vilka som kan vara tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av kontraktet är central i EU-domstolens dom i *MAX HAVELLAR*. Även om *MAX HAVELAAR* har några år på nacken är rättsfallet fortfarande relevant.

5. *MAX HAVELAAR*

EU-domstolen dom i mål C-368/10 Kommissionen mot Nederländerna, *MAX HAVELAAR*, avsåg visserligen tillämpning av det tidigare direktivet 2004/18 men har fortfarande relevans. I skäl 97 i Direktiv 2014/24/EU hänvisar EU till *”rättspraxis från Europeiska unionens domstol”*.¹⁸ Ett svar på frågan om vilken möjlighet upphandlande myndigheter har att kräva märkning bör därför ta avstamp i detta rättsfall för att därefter gå vidare till bestämmelserna om märkning i Direktiv 2014/24/EU.

MAX HAVELAAR rörde en upphandling av kaffeautomater som gjordes av den nederländska provinsen Noord-Holland. I upphandlingen ingick att leverantören också skulle fylla på kaffeautomaterna med kaffe, te, mjölk, socker och kakao.

I upphandlingen hade provinsen ställt krav som enligt kommissionen stred mot det dåvarande direktivet. Dessa krav var:

1. Att Kaffe och te skulle vara försett med 1) märket EKO, som är ett märke som drivs av en nederländsk stiftelse vars syfte är att befrämja ekologiskt jordbruk, och 2) märket MAX HAVELAAR, som i Sverige motsvaras av Fairtrade (tidigare Rättvisemärkt), vilken märker produkter som uppfyller fyra handelskriterier: kostnadsstäckande minimipris, påslag på världsmarknadspriset, förfinansiering och långsiktiga handelsrelationer mellan producenten och importören.
2. Att också socker, kakao och mjölkpulver borde vara försett med dessa märkningar vilket i så fall gav pluspoäng i utvärderingen.

¹⁸ Härmed åsyftas helt säkert *MAX HAVELAAR*.

3. Att anbudsgivarna skulle *”iaktta kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar, bland annat genom att bidra till en mer hållbar kaffemarknad och en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion.”*

Enligt EU-domstolen stred kravet att kaffe och te skulle vara försett med EKO-märkning mot den upphandlande myndighetens skyldighet enligt reglerna i artikel 23(3)(b) i direktiv 2004/18 att på ett detaljerat sätt ange alla de bakomliggande kraven som en produkt måste uppfylla för att få EKO-märkningen. Den nederländska provinsen hade nämligen utformat detta krav som ett tekniskt krav. Enligt EU-domstolen måste tekniska krav vara *”så specifika att anbudsgivarna kan bilda sig en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen”*. Det var därför inte tillåtet att bara hänvisa till märkningen och låta leverantörerna själva ta reda på vad den innehöll. Genom att bara hänvisa till märket EKO utan att i detalj ange vilka kriterier en produkt måste uppfylla för att få märkningen hade provinsen brutit mot artikel 23(6) i Direktiv 2004/18 och den EU-rättsliga öppenhetsprincipen.¹⁹

Det sätt som miljökrav måste utformas i upphandlingar enligt Direktiv 2004/18 innebar alltså att kravställningen blev tungrodd. Kriterierna bakom en viss märkning kan vara mycket omfattande. Som exempel är kriterierna Svanens märkning för rengöringsmedel ett dokument på ca 40 sidor. Den förändring som Direktiv 2014/24/EU innebär i detta avseende är därför välkommen. Till skillnad från Direktiv 2004/18 tillåter ju Direktiv 2014/24/EU upphandlande myndigheter att kräva en märkning som sådan utan att också behöva räkna upp alla de bakomliggande märkningskraven.

EU-domstolen slog också ned på att provinsen krävt att kaffe och te skulle vara försett med märket MAX HAVELAAR, dvs. rättvisemärkning. Även detta krav stred mot Direktiv 2004/18 eftersom det var utformat som ett tekniskt krav. Tekniska krav måste nämligen avse *”varornas egenskaper som sådana deras tillverkning, förpackning och användning”*. Kriterierna för rättvisemärkning avsåg inte kaffets eller teets egenskaper som sådana utan *”under vilka villkor leverantören anskaffat varorna från tillverkaren”*.²⁰ Krav på rättvisemärkning var därför inte ett lämpligt krav i den tekniska specifikationen.

Krav på rättvis handel fick alltså inte ingå i den tekniska specifikationen. Enligt EU-domstolen gällde emellertid inte samma stränga ordning för krav som var utformade som tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av kontraktet. Här var det möjligt att kräva att varor finansierades i enlighet med kriterierna för rättvis handel eftersom tilldelningskriterier och villkor för fullgörande av kontrakt inte måste ha samma koppling till produkten.²¹

¹⁹ MAX HAVELAAR, p. 62 och p. 70.

²⁰ MAX HAVELAAR, p. 74.

²¹ MAX HAVELAAR, p. 75-76 och p. 91.

Generaladvokaten,²² noterade att kriterierna för rättvis handel visserligen avsåg anbudsgivarnas ”inköbspolitik”.²³ Den omständigheten att kriterierna för rättvis handel avsåg företaget, dvs. var ett företagsgenerellt krav, innebar emellertid inte att kriterierna för rättvis handel saknade anknytning till produkten i den mening som anknytningskravet ska tillämpas på tilldelningskriterier och villkor för fullgörande av kontraktet.

Generaladvokaten noterade visserligen att kriterierna för rättvis handel avsåg anbudsgivarnas ”inköbspolitik”.²⁴ Enligt generaladvokaten var emellertid ett sådant krav tillåtet, trots att det avsåg företaget, om det var begränsat till:

*”föremålet för det offentliga varukontraktet och... inte... den ekonomiska aktörens inköbspolitik i allmänhet. Den upphandlande myndigheten får således inte kräva att potentiella anbudsgivare uteslutande har rättvisemärkta produkter i sitt sortiment utan enbart att de produkter som konkret ska levereras inom ramen för ett offentligt kontrakt är rättvisemärkta. Provinsen Noord-Holland har emellertid inte föreskrivit något annat i förevarande fall.”*²⁵

Också EU-domstolen slog fast att det ”i princip, [finns] inga hinder för att använda ett kriterium som innebär att en vara ska komma från rättvis handel”²⁶.

Både EU-domstolens dom och generaladvokatens förslag till avgörande i *MAX HAVELAAR* talar för att Moll Wendéns analys i två avseenden är för långtgående. Detta gäller:

- 1) att samma stränga bedömning ska göras oavsett var i upphandlingen ett krav på märkning ställs, och
- 2) att inga företagsgenerella krav får ingå i krav på det som ska anskaffas även om kravet är ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet.

Enligt EU-domstolen i *MAX HAVELAAR* fanns det ”i princip, inga hinder för att använda ett kriterium som innebär att en vara ska komma från rättvis handel ” så länge tilldelningskriteriet ”endast avser de ingredienser som ska levereras inom ramen för kontraktet och att det inte på något sätt berör anbudsgivarnas allmänna inköspolicy”.²⁷

Under det tidigare direktivet gällde alltså en tydlig skiljelinje beroende på var i en upphandling ett produktkrav ställdes. Anknytnings- och lämplighetskravet skulle inte

²² Generaladvokater vid Europeiska unionens domstol har en särskild roll som innebär att de ger opartiska och oberoende yttranden i de mål som de tilldelas. Generaladvokaten deltar emellertid inte i själva dömmandet. Deras uppgift är att föreslå en lösning på de rättsfrågor som målet väcker, vilket domarna sedan kan ta hänsyn till när de fattar sina beslut.

²³ *MAX HAVELAAR*, förslag till avgörande, p. 79.

²⁴ *MAX HAVELAAR*, förslag till avgörande, p. 79.

²⁵ *MAX HAVELAAR*, förslag till avgörande, p. 88.

²⁶ *MAX HAVELAAR*, p. 91.

²⁷ *MAX HAVELAAR*, p. 90-92.

tillämpas lika strängt på tilldelningskriterier och villkor för fullgörande av kontraktet som för de tekniska kraven.

Moll Wendéns analys innebär att anknytnings- och lämplighetskraven numera ska tillämpas lika strängt också om kravet på märkning är ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet. Detta skulle i så fall innebära en åtstramning i förhållande till det synsätt som gällde i Direktiv 2004/18 vilket knappast överensstämmer med EU:s syfte att göra det enklare och mer tillåtande att kräva märkning.

I *MAX HAVELAAR* slog EU-domstolen även fast att provinsens krav att leverantören skulle *"iaktta kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar..."* stred mot direktiv 2004/18. Enligt EU-domstolen utgjorde kravet ett leverantörskrav, dvs. det avsåg leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet och ingick inte i den uttömmande uppräkningslistan över vilka krav som får ställas på anbudsgivaren/leverantören. EU-domstolen konstaterade också att kravet var otydligt och därmed även stred mot öppenhetsprincipen.

6. Märkning enligt Direktiv 2014/24/EU

Av *MAX HAVELAAR* framgår att kravet på anknytning och lämplighet inte skulle tolkas lika strängt för tilldelningskriterier och villkor för fullgörande av kontraktet som för de tekniska kraven. *MAX HAVELAAR* avsåg visserligen det förra direktivet om offentlig upphandling. Inget tyder emellertid på att principerna för vilka krav som får ingå i en teknisk specifikation har ändrats i Direktiv 2014/24/EU. Av artikel 42 och bilaga VII i Direktiv 2014/24/EU framgår att tekniska krav ska avse *produkten*, till exempel produktens prestanda eller funktion.

Enligt 9 kap. 1 § LOU och artikel 42(1) i Direktiv 2014/24/EU får tekniska krav också avse *"processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla varan, tjänsten eller byggentreprenaden"*. Detta gäller även om produktionsprocessen eller metoden inte ger upphov till några synbara egenskaper hos kontraktsföremålet.

Ett tekniskt krav får alltså avse tillverkningen av en vara. Ett tekniskt krav kan, till exempel, vara att miljön och vattendrag i närheten av fabriken där varan tillverkas inte smutsas ner även om detta inte ger någon synbar eller mätbar egenskap hos slutprodukten. Enligt propositionen är det till exempel tillåtet att kräva att produktionsprocessen av papper ska vara klorfri eller att vissa miljöfarliga ämnen inte får användas vid tillverkningen av textilier.²⁸

Det torde sannolikt också vara ett tillåtet tekniskt krav att de arbetare som tillverkar de varor som ska anskaffas har tillräcklig skyddsutrustning och en tillfredsställande arbetsmiljö i övrigt eftersom de är sociala krav som anknyter till produktionsprocessen. Även andra sociala krav är möjliga i den tekniska specifikationen, till exempel att en vara

²⁸ Proposition 2015/16:195, s. 1041.

eller tjänst ska vara tillgänglig för personer med funktionsnedsättning eftersom det rör produktens användning.²⁹

Enligt författaren kan det inte uteslutas att tekniska krav som avser varors tillverkning även får ha en utformning som är företagsgenerell, till exempel att ett företags eller en fabriks produktion av pappersmassa ska vara klorfri eller att företaget iakttar grundläggande ILO-konventioner i tillverkningen. EU Ecolabels kriterier för hygienprodukter antyder att tekniska krav får ha en företagsgenerell utformning (se nedan).

Med detta sagt så bör företagsgenerella krav användas med försiktighet i den tekniska specifikationen. Detta gäller även tekniska krav på märkningar där märkningen innehåller företagsgenerella märkningskriterier. För att undvika juridiska komplikationer bör tekniska krav inte avse sådana märkningar.

Av Direktiv 2014/24/EU framgår emellertid att kravet på anknytning inte är detsamma för tilldelningskriterier och villkor för fullgörande av kontraktet som för de tekniska kraven.³⁰ Detta gäller även märkningar. Utrymmet att kräva märkningar är därför större om det används som ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet.

Den svenska lagstiftaren har väsentligen genomfört bestämmelserna om märkning i enlighet med innehållet i artikel 43 i Direktiv 2014/24/EU. Syftet med dessa regler är, som sagt, att göra det enklare att ta hållbarhetshänsyn i upphandlingar. Detta bekräftar även Moll Wendén. Enligt Moll Wendén är syftet *”att betona hänsynen till miljöaspekter och sociala aspekter, att förenkla för upphandlande myndigheter att ta sådana hänsyn och att minska de upphandlande myndigheternas administrativa börda i dessa sammanhang.”*³¹

Moll Wendéns tolkning av anknytningskravet innebär emellertid att detta syfte förfelas. Enligt Moll Wendén ska nämligen anknytningskravet i 9 kap. 13 § LOU tillämpas lika strängt om kravet på märkning är ett tilldelningskriterium, ett villkor för fullgörande av kontraktet som om det är ett tekniskt krav. Detta antagande motsägs inte bara av EU:s syfte utan också av innehållet i bestämmelser i Direktiv 2014/24/EU.

Ett bevis på att anknytningskravet inte ska tillämpas lika är artikel 70 enligt vilken villkor för fullgörande av kontraktet ska vara *”kopplade till kontraktsföremålet i den mening som avses i artikel 67.3 [författarens understrykning]”*. Enligt artikel 70 ska alltså graden av anknytning för villkor för fullgörande av kontraktet vara densamma som enligt artikel 67(3) gäller för tilldelningskriterier. I artikel 70 görs inte en hänvisning till artikel 42 som avser tekniska krav.

Moll Wendéns uppfattning att kravet på anknytning ska vara detsamma oavsett var i en upphandling krav på märkning ställs motsägs också av skäl 97 som avser

²⁹ Artikel 42(1) i Direktiv 2014/24/EU.

³⁰ Se artikel 67(3) och artikel 70.

³¹ Moll Wendén, Märkning i offentlig upphandling, Del 1: Upphandlingslagstiftningens bestämmelser om märkning i förhållande till andra relevanta bestämmelser och rättspraxis, 31 januari 2019, s. 5.

tilldelningskriterier och villkor för fullgörande av kontraktet (de tekniska specifikationerna behandlas i skäl 74 – 81). Rättvisemärkning får inte ingå i den tekniska specifikationen eftersom rättvisemärkning saknar anknytning till produkten som sådan.

Enligt skäl 97 är det emellertid möjligt att kräva rättvisemärkning som tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet:

”...I enlighet med rättspraxis från Europeiska unionens domstol omfattar detta också tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av ett kontrakt som avser leverans eller användning av rättvisemärkta varor vid fullgörandet av det kontrakt som ska tilldelas...”

Rättvisemärkning innehåller företagsgenerella krav, till exempel kravet på långsiktiga handelsrelationer mellan producent och importör.

Av skäl 97 framgår också motsatsvis att företagsgenerella krav får ingå i tilldelningskriterier eller ett villkor för fullgörande av kontraktet om de avser faktorer *”som karakteriserar den specifika produktions- eller tillhandahållandeprocessen”*.³²

7. RSPO-certifiering

Enligt Moll Wendén är det inte möjligt att kräva någon av RSPO:s tre certifieringar i offentliga upphandlingar eftersom märkningen *”innehåller företagsgenerella krav som går utöver vad som synes vara tillåtet enligt LOU, då dessa krav saknar anknytning till möjliga föremål för kontrakt.”*³³

UHM förefaller dela Moll Wendéns analys.

Som framgår av diskussionen ovan motsägs Moll Wendéns uppfattning av bestämmelser i Direktiv 2014/24/EU. Moll Wendéns och UHM:s tolkning medför att den förenkling som är avsedd med bestämmelserna om märkning i Direktiv 2014/24/EU förfelas. Upphandlande myndigheter kan inte kräva märkningar utan måste använda sig av samma omständliga arbetssätt som gällde enligt det tidigare direktivet.

Enligt författaren ska anknytnings- och lämplighetskravet i 9 kap. 13 § LOU inte tillämpas lika strängt på märkningar som används som tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av kontraktet. Detta förefaller också vara kommissionens uppfattning.

Den danska konkurrensmyndigheten³⁴, ställde i en skrivelse den 6 juli 2021 frågor till kommissionen rörande tolkningen av lämplighetskravet i artikel 43 i Direktiv 2014/24/EU. I sitt svar anför kommissionen att lämplighetskravet inte ska ges samma innehåll om krav på märkning är ett tekniskt krav eller ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet. Enligt kommissionen finns det nämligen situationer där *“label*

³² Skäl 97 andra stycket.

³³ RSPO har en producentmärkning, en småbrukarmärkning och en handelsmärkning.

³⁴ Konkurrens- og forbrugerstyrelsen.

*requirements are not suitable to be used in technical specifications, but may be used in award criteria and/or contract performance conditions”.*³⁵

Kommissionens svar till Konkurrens- og forbrugerstyrelsen visar att inte heller kommissionen delar Moll Wendéns uppfattning att kraven i 9 kap. 13 § LOU ska tillämpas på samma sätt om kravet på märkning är ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet som om det är ett tekniskt krav.

8. EU Ecolabel

På kommissionens hemsida för miljöanpassad upphandling finns information om EU:s egen miljömärkning EU Ecolabel som enligt kommissionen *”meets the conditions for being used as means of proof outlined in European Union legislation ([Article 43 of Directive 2014/24](#) and [Article 61 of Directive 2014/25](#))”*.³⁶

En av de produktgrupper som omfattas av miljömärkningen EU Ecolabel är rengöringsmedel för hårda ytor enligt kommissionens beslut 2017/1217. Bland EU Ecolabels kriterier för rengöringsmedel finns ett krav att rengöringsmedel som innehåller ämnen som framställs av palmolja ska

”komma från odlingar som uppfyller kraven enligt ett certifieringssystem för hållbar produktion som baseras på organisationer som inbegriper flera olika parter och som har ett brett medlemskap, t.ex. icke-statliga organisationer, näringslivet och staten, och som inriktas på miljökonsekvenser för bl.a. mark, biologisk mångfald, organiska kollager och bevarande av naturresurser.”

Detta ska vidare styrkas genom intyg från tredje part. Exempel på intyg är, enligt EU Ecolabel, RSPO:s certifiering:

”De intyg som godtas ska inbegripa RSPO (Roundtable for Sustainable Palm Oil) (enligt metod som bygger på bevarande av identitet, åtskillnad eller massbalans) eller en likvärdig eller striktare ordning för hållbar produktion.”

Enligt kommissionen kan alltså EU Ecolabel användas i upphandlingar trots att EU Ecolabel innehåller krav på RSPO-certifiering.

I EU Ecolabels märkning avseende absorberande hygienprodukter och återanvändbara menckoppar finns krav på att tillverkningen vid *”slutmonteringsanläggningen”* (absorberande hygienprodukter) eller *”anläggningen för sluttillverkning”* (menckoppar) ska uppfylla krav i en rad ILO-konventioner³⁷ rörande till exempel barnarbete, tvångsarbete, arbetstider, minimilön etc.). Även dessa märkningskrav har en företagsgenerell utformning. *”[F]öretaget”... får till exempel inte ”förhindra arbetstagarna från att utveckla alternativa mekanismer för att uttrycka sitt missnöje och värna sina*

³⁵ Kommissionen svar den 17 september 2021 till Konkurrens- og forbrugerstyrelsen, Questions regarding the use of labels in public procurement.

³⁶ [Green Procurement - European Commission](#)

³⁷ ILO står för International Labour Organization.

rättigheter i fråga om arbetsförhållanden och anställningsvillkor". Uppfyllelsen av dessa krav ska styrkas genom att sökanden ger in senaste versionen av sin uppförandekod.³⁸

Det kan tilläggas att dessa krav avser tillverkaren av slutprodukten och inte en råvaruleverantör som befinner längre bak i leverantörskedjan.

Informationen på kommissionens hemsida för grön upphandling är en tydlig indikation på att UHM borde ha haft en dialog med kommissionen innan man ändrade kriterierna för städtjänster.

9. Anknytningskravet enligt artikel 42, 67 respektive 70

Krav som rör kontraktsföremålet (eller produktkrav) kan utformas som ett tekniskt krav men kan också utformas som ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet. Oavsett hur den upphandlande myndigheten väljer att utforma kravet så ska det ha anknytning till det som ska anskaffas. Vilken grad av anknytning som ska gälla beror på hur produktkravet är utformat. Är det utformat som ett tekniskt krav gäller artikel 42 och bilaga VII till Direktiv 2014/24/EU. Är det däremot utformat som ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet gäller å andra sidan artikel 67 respektive artikel 70 i Direktiv 2014/24/EU.

Vilken grad av anknytning som ska gälla för produktkrav i allmänhet bör rimligen också gälla för krav på att produkten ska vara försedd med en märkning.

Av diskussionen ovan framgår att proportionalitetsprincipen inte innebär ett absolut förbud mot att produktkrav avser företaget som helhet. Även krav som har en företagsgenerell utformning kan vara förenliga med proportionalitetsprincipen.

Moll Wendéns uppfattning att kravet på anknytning utesluter varje form av företagsgenerella krav kan bero på en feltolkning av *MAX HAVELAAR*. I *MAX HAVELAAR* anför EU-domstolen att krav på *anbudsgivaren* inte får innebära att anbudsgivaren ska ha fastställt viss politik för företags sociala och miljömässiga ansvar. Anledningen till att sådana leverantörskrav inte får ställas är emellertid inte att de i sig skulle sakna anknytning till kontraktsföremålet. Anledningen är att krav på socialt ansvar inte finns med i den uttömmande uppräkningslistan över vilka krav som får ställas på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Det går inte att därifrån dra slutsatsen att en märkning inte får innehålla några som helst krav som kan beskrivas som företagsgenerella. EU Ecolabels märkning av absorberande hygienprodukter och återanvändbara menskoppar, för att nämna ett exempel, innehåller krav på att företaget ska agera socialt ansvarfullt. Moll Wendén blandar så att säga ihop äpplen och päron.

³⁸ KOMMISSIONENS BESLUT (EU) 2023/1809 av den 14 september 2023 om fastställande av kriterier för EU-miljömärket för absorberande hygienprodukter och återanvändbara menskoppar, bilaga I, kriterium 11 och bilaga II, kriterium 9.

Även tilldelningskriterier och villkor för fullgörande av kontraktet ska visserligen vara *”kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet”*.³⁹ Detta gäller även kraven för en märkning som används som ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet. Det innebär till exempel att den upphandlande myndigheten inte får ställa krav på att också varor som köps av andra, till exempel av privata kunder eller andra upphandlande myndigheter/enheter, ska ha en märkning. Kraven får endast avse de produkter *”som ska tillhandahållas inom ramen för det offentliga kontraktet”*.⁴⁰ Det är alltså tillåtet att kräva att varor som ska levereras kommunen är rättvisemärkta, men inte att även de varor som levereras till andra kommuner, statliga myndigheter och till och med privata kunder också är det.

Kravet på anknytning är strängare för de tekniska kraven. Av *MAX HAVELAAR* samt artikel 42 och bilaga VII till 2014/24/EU framgår att de tekniska kraven måste avse produktens egenskaper som sådana, deras tillverkning, förpackning eller användning (funktion, prestanda etc.). Utrymmet att ställa tekniska krav på företaget som tillverkar eller säljer produkten torde vara mindre, i vart fall om de företagsgenerella kraven rör handelsvillkoren enligt vilka leverantören anskaffat produkterna från tillverkaren.⁴¹ Det innebär emellertid inte att tekniska krav inte får avse sociala hänsyn, till exempel vid tillverkningen av de varor som omfattas av kontraktet.

Det är inte heller uteslutet att tekniska krav skulle kunna ha en företagsgenerell utformning.

Väljer emellertid den upphandlande myndigheten att utforma produktkravet som ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet gäller inte samma begränsning. Av artikel 67(3) och artikel 70 framgår att kravet på anknytning inte är detsamma för tilldelningskriterier och villkor för fullgörande av kontraktet som för de tekniska kraven. Enligt skäl 97 får produktkrav som är tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av kontraktet också avse produktens *”produktions-, tillhandahållande- eller handelsprocess”*. Enligt *MAX HAVELAAR* får tilldelningskriterier och villkor för fullgörande av kontraktet avse att varor *”ska komma från rättvis handel”*.⁴² Av skäl 97 i Direktiv 2014/24/EU framgår att det numera är möjligt att kräva *”rättvisemärkta varor”*.

Moll Wendéns slutsats att kraven i 9 kap. 13 § LOU ska tillämpas lika strängt också när kravet på en märkning är ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet är alltså felaktig.

Kriterierna för rättvis handel avser helt uppenbart företaget. Att det ska finnas långsiktiga handelsrelationer mellan producent och importör är uppenbart ett företagsgenerellt krav. Enligt EU-domstolen får det ändå ställas, om det är utformat som ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet. Det är alltså tillåtet att

³⁹ Direktiv 2014/24/EU, artikel 67(3).

⁴⁰ Direktiv 2014/24/EU, skäl 97.

⁴¹ *MAX HAVELAAR*, p. 74.

⁴² *MAX HAVELAAR*, p. 75 och p. 91.

kräva märkningar som innehåller företagsgenerella märkningskrav om kravet på märkning endast avser de produkter som ska levereras enligt kontraktet.

Även Moll Wendéns slutsats att det inte är tillåtet för en upphandlande myndighet att kräva en märkning som innehåller företagsgenerella krav är därmed felaktig. Det är tillåtet, i vart fall, om kravet på märkning är ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet.

I det tidigare direktivet 2004/18 som gällde när den nederländska provinsen genomförde upphandling i *MAX HAVELAAR* fanns ingen uttrycklig möjlighet i direktivbestämmelserna att kräva märkning, till exempel rättvisemärkning, som ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet. I artikel 43 i Direktiv 2014/24/EU finns numera en sådan bestämmelse.

Enligt skäl 97 får den upphandlande myndigheten inte ställa krav på att anbudsgivaren *”ska ha fastställt en viss politik för företags sociala eller miljömässiga ansvar.”*⁴³ Detta är emellertid inte ett klargörande av vad som avses med att produktkrav ska ha anknytning. Anledningen till krav att provinsen inte fick ställa detta krav var att det inte fanns med i den uttömmande uppräkningslistan över tillåtna krav som får ställas på leverantörens tekniska eller yrkesmässiga kapacitet.⁴⁴

10. Avslutande kommentarer

UHM:s beslut att inte längre rekommendera krav att rengöringsmedel/kemiska produkter ska vara försedda med Svanen- eller Bra Miljövalmärkning förtjänar kritik av flera skäl. Beslutet förefaller vila tungt på Moll Wendéns analys, särskilt en PM daterad den 28 december 2021, som avser RSPO:s certifieringar. Moll Wendéns analys har emellertid flera brister.

Dessa brister består i att:

1. anknytnings- och lämplighetskraven i 9 kap. 13 § LOU ska tolkas lika oavsett om kravet på märkning är ett tekniskt krav, ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet,
2. inga krav som avser företaget som helhet får ingå i en märkning.

Enligt Moll Wendén *”tyder... allt i LOU”* på *”att även en hänvisning till märkning i villkoren för fullgörandet ska följa samma regler som för en hänvisning i den tekniska specifikationen och i tilldelningskriterierna.”*⁴⁵ Detta antagande motsägs av bestämmelser i direktivet. Av särskilt skäl 97 framgår att utrymmet att kräva märkning som tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av kontraktet är större än om kravet på märkning finns i den tekniska specifikationen.

⁴³ Direktiv 2014/24/EU, skäl 97.

⁴⁴ Det är i vart fall inte ett tillåtet krav i en direktivstyrd upphandling.

⁴⁵ Moll Wendén, PM Miljömärkning i upphandling – Del 2, den 31 januari 2019, s. 19.

Av skäl 97 framgår vidare att krav får vara företagsgenerella om de är utformade som tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av kontraktet. Sådana krav får nämligen avse *”produktions-, tillhandahållande- eller handelsprocessen”*.

De får emellertid inte vara så generella att de även omfattar företagets hela sortiment. Det är alltså tillåtet att kräva att varor framställs enligt kriterierna för rättvis handel eller att de är försedda med rättvisemärkning. Det är emellertid inte tillåtet att kräva att anbudsgivaren bara säljer varor som framställs enligt kriterierna för rättvis handel eller är försedda med rättvisemärkning.

I offentliga upphandlingar i Sverige ställs det normalt inga krav på att leverantörens hela sortiment bara får bestå av produkter som har en viss märkning. Det normala är att kraven på märkning avser produkter som omfattas av kontraktet. Det ställs normalt inte heller krav på att anbudsgivare eller tillverkare ska ha RSPO-certifiering eftersom upphandlingen avser städtjänster eller städkemikalier och inte palmolja.

Av diskussionen ovan framgår att inte heller lämplighetskravet ska tillämpas på samma sätt om kravet på märkning är ett tilldelningskriterium eller ett villkor för fullgörande av kontraktet och inte ett tekniskt krav. Kommissionens svar till den danska konkurrensmyndigheten visar på detta. Enligt kommissionen kan en märkning, som inte är lämplig som ett tekniskt krav, vara lämplig att användas som tilldelningskriterium eller villkor för fullgörande av kontraktet.

Avslutningsvis förtjänar även det sätt UHM har valt att processa de nya hållbarhetskriterierna för städtjänster kritik. I de nya hållbarhetskriterierna är märkningar endast att av flera möjliga bevismedel vilket innebär en tillbakagång till det arbetssätt som gällde under det tidigare direktivet. Den förenkling som EU velat åstadkomma med märkningsreglerna i artikel 43 i Direktiv 2014/24/EU har därmed förfelats.

Av de totalt 13 märkningar som Moll Wendén granskat har nämligen endast en (1) märkning ansetts uppfylla samtliga krav i 9 kap. 13 § LOU. Nästa samtliga granskade märkningar diskvalificeras av Moll Wendén på grund av att de saknar anknytning. Moll Wendén godtar inte heller rättvisemärkning (Fairtrade) eftersom den *” innehåller företagsgenerella krav som går utöver vad som synes vara tillåtet enligt LOU ”*,⁴⁶ trots skäl 97 i Direktiv 2014/24/EU uttryckligen säger att tilldelningskriterier eller villkor för fullgörande av kontraktet får omfatta *”rättvisemärkta varor”*.

Innan UHM vidtar en så drastisk och bakåtsträvande åtgärd borde därför UHM ha haft en dialog med kommissionen. Informationen på kommissionens webb om miljöanpassad upphandling, innehållet i EU Ecolabels märkning av rengöringsmedel och hygienprodukter och de svar som kommissionen har gett till den danska konkurrensmyndigheten antyder att kommissionen tolkar direktivets bestämmelser om märkning på ett annat och mer tillåtande sätt än UHM. Någon sådan dialog har emellertid inte ägt rum. UHM har nöjt sig med en analys av en inhemsk advokatbyrå.

⁴⁶ Moll Wendén, PM den 30 december 2020, s. 8.

Stockholm den 28 februari 2025.

Mathias Sylvan