



Juridisk fakultet

Oppdragsgiveres adgang til å stille miljøkrav i offentlige anskaffelser

Herunder hvilke miljøkrav som kan stilles, hva som ligger i disse kravene og hvordan de må utformes for å være i tråd med lov og forskrift

Sondre Leiros Bendiktsen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, vår 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Presentasjon av emnet – rettslig plassering og aktualitet	1
1.2	Kort om metodiske særpreg og rettskildesituasjon.....	2
1.3	Hva menes med «miljøkrav»?	5
1.4	Avgrensninger og videre fremstilling.....	6
2	Begrepsavklaring, grunnleggende prinsipper og samfunnshensyn	6
2.1	Begrepsavklaring	6
2.1.1	Innledning.....	6
2.1.2	Offentlige oppdragsgivere.....	7
2.1.3	Anskaffelsesprosedyrer	7
2.1.4	Konkurransesgrunnlaget og dets innhold	8
2.2	Anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper	9
2.2.1	Innledning.....	9
2.2.2	Konkurransesprinsippet	9
2.2.3	Likebehandlingsprinsippet	9
2.2.4	Prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet	10
2.2.5	Forholdsmessighetsprinsippet	11
2.3	Samfunnshensyn – herunder miljøhensyn – i anskaffelsesregelverket	11
2.3.1	Innledning.....	11
2.3.2	Anskaffelseslovens § 1 – formålet med regelverket	12
2.3.3	Anskaffelsesloven § 5	15
2.3.4	Anskaffelsesforskriften § 7-9.....	18
3	Oppdragsgivers adgang til å stille miljøkrav på ulike stadier av anbudsprosessen	19
3.1	Kort om kapitlets tema og oppbygning	19
3.2	Miljøkrav som kravspesifikasjoner	20
3.2.1	Innledning.....	20

3.2.2	Hvilke miljøkrav kan stilles til ytelsens egenskaper?	21
3.2.3	Hvordan utforme krav om ytelsens miljøegenskaper?	24
3.3	Miljøkrav som kvalifikasjonskrav	28
3.3.1	Innledning	28
3.3.2	Hvilke miljøkrav kan stilles til leverandørens kvalifikasjoner?	28
3.3.3	Hvordan utforme miljørelaterte kvalifikasjonskrav?	33
3.4	Miljøhensyn som tildelingskriterier	35
3.4.1	Innledning	35
3.4.2	Hvordan vektlegge miljøhensyn gjennom tildelingskriterier?	37
3.4.3	Hvordan utforme miljørelaterte tildelingskriterier?	39
3.5	Miljøkrav som kontraktsvilkår	41
3.5.1	Innledning	41
3.5.2	Hvilke miljørelaterte kontraktsvilkår kan stilles?	42
3.5.3	Hvordan utforme miljørelaterte kontraktsvilkår?	45
4	Leverandørers rett til å støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle krav om miljøledelse	46
4.1	Generelt om retten til å støtte seg på andre virksomheter	46
4.1.1	Innledning	46
4.1.2	Rettslig utgangspunkt i lys av EU-domstolens praksis	47
4.2	Kan oppdragsgiver nekte en leverandør å støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle krav om miljøledelse?	51
5	Oppsummering og konklusjon	53
	Referanseliste	56

1 Innledning

1.1 Presentasjon av emnet – rettslig plassering og aktualitet

Tema for avhandlingen er hvilken adgang offentlige oppdragsgivere har til å stille miljøkrav på de ulike stadiene av en anskaffelsesprosess. Herunder vil det analyseres hvilke krav som kan stilles, hva som ligger i disse kravene og hvordan de må utformes for å være i tråd med lov og forskrift. I forlengelse av dette vil avhandlingen se særskilt på spørsmålet om en leverandør kan støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle krav om miljøledelse.

Avhandlingen er en rettsdogmatisk analyse av gjeldende rett på området, de lege lata.

Offentlig sektor i Norge kjøper inn varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider for om lag 520 milliarder kroner årlig.¹ Offentlige myndigheter står for de fleste investeringer i infrastruktur som vei, jernbane og flyplasser, i tillegg til å være storforbrukere av tjenester.² Gjennom sine anskaffelser foretar forvaltningen disposisjoner med fellesskapets ressurser. Det offentlige anskaffelser er ofte betydelige i omfang og varighet, og reguleringen av disse anskaffelsene er således av stor samfunnsmessig betydning.

Regulering av det offentlige disposisjoner kan fungere som et virkemiddel for å realisere politiske målsettinger. Et konkret eksempel på en slik målsetting er den miljøpolitiske. Gjennom å stille miljøkrav til leverandører kan det offentlige sørge for at gjennomføringen av en kontrakt skjer på en mer miljøvennlig måte og generelt stimulere til at bedrifter implementerer tiltak som gjør virksomheten sin mer miljøvennlig. Oppdragsgivers handlingsrom for å trekke inn slike samfunnshensyn er likevel ikke ubegrenset.

Anskaffelsesregelverket skal først og fremst fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dette innebærer i utgangspunktet at en kontrakt skal tildeles den leverandør som gir det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Også grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet står sentralt og legger føringer for hvordan oppdragsgiver kan gå frem. Norge er også bundet av EØS-reglene om offentlige innkjøp, som har til målsetting å legge forholdene til rette for utveksling av varer og tjenester over landegrensene, etableringsfrihet og bevegelighet av arbeidskraft. Det er heller ikke til å komme unna at rent praktiske vurderinger og faktiske omstendigheter, som

¹ <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-/id2511781/> (sist besøkt 06.02.20)

² Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utg., Oslo 2018 s. 308.

kontraktens størrelse og administrative byrder, også vil kunne påvirke i hvilken grad samfunnsmessige hensyn kan vektlegges i en konkret anskaffelse.

I 2013 var nærmere 11,9 millioner tonn CO₂-ekvivalenter knyttet til offentlige anskaffelser, noe som utgjør 14 % av Norges totale klimafotavtrykk.³ Fokuset på å redusere skadelig miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger blir stadig mer fremtredende, og er en uttalt målsetting fra lovgivers side også i sammenheng med offentlige anskaffelser. Norge har i utgangspunktet forpliktet seg til å redusere sine utslipp med 40 % innen 2030 sammenlignet med 1990 og å bli et lavutslippssamfunn innen 2050.⁴ Regjeringen meldte 07.02.20 at målet vil skjerpes til minst 50 prosent, med mulighet for ytterligere skjerping til opp mot 55 prosent.⁵ EU-kommisjonen er også godt i gang med arbeidet med den såkalte «European Green Deal» som har som målsetting at Europa skal nå null netto utslipp innen 2050.⁶

Norske myndigheter er etter Grunnloven⁷ § 112 første ledd forpliktet til å sikre at «enhver har rett til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevares», og videre sikre at «naturens ressurser skal disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterleken». Formålet med avhandlingen er å belyse hvordan det offentlig reelt sett kan ivareta miljøhensyn gjennom sine anskaffelser.

1.2 Kort om metodiske særpreg og rettskildesituasjon

I den grad anskaffelsesretten kan sies å ha metodiske særpreg, relaterer dette seg hovedsakelig til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Anskaffelsesdirektivene og EU-domstolens praksis er sentrale kilder når anskaffelsesregelverket skal tolkes.⁸

For EFTA-landene er det kontrollorganet ESA og EFTA-domstolen som kontrollerer om medlemsstatene oppfyller sine forpliktelser etter EØS-avtalen, herunder om EØS-lovgivningen er fulgt opp på riktig måte i nasjonal rett og håndheves av de nasjonale myndighetene. ESA har både mulighet til å ta opp saker på eget initiativ eller etter klager,

³ Rapport fra Asplan Viak om offentlige anskaffers klimafotavtrykk for årene 2008 til 2013: https://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser/files/klimafotavtrykk_for_offentlig_virksomhet.pdf, s. 1.

⁴ <https://www.anskaffelser.no/samfunnsansvar/klima-og-miljo/miljobelastning-ved-offentlige-anskaffelser> (sist besøkt 06.02.20).

⁵ <https://www.vg.no/nyheter/i/3JgWnL/norge-skjerper-klimamaalet> (sist besøkt 07.02.20).

⁶ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en (sist besøkt 06.03.20).

⁷ Kongeriket Norges Grunnlov 17 mai 1814 (Grunnloven, Grl.).

⁸ Prop. 51 L (2015-2016). *Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)*, s. 84.

men vedtakene kan kun rettes mot statene, ikke den enkelte oppdragsgiver.⁹ Da det er et poeng å få avklart brudd på anskaffelsesreglene før kontrakt inngås, er ESA gitt adgang til å benytte en raskere prosedyre enn på andre områder. Dersom feilen ikke rettes opp innen den fastsatte fristen, kan saken bringes inn for EFTA-domstolen. EFTA-domstolen kan også avgi uttalelser om tolkningen av EØS-rettslige spørsmål på forespørsel fra nasjonale domstoler. Uttalelsene er av rådgivende art. For å oppnå en ensartet fortolkning av EØS-lovgivningen har domstolen plikt til å følge opp rettspraksis fra EU-domstolen.¹⁰ Innenfor anskaffelsesretten er det hovedsakelig saker om traktatbrudd og prejudisielle avgjørelser som behandles av EU-domstolen. Adgangen til å få prejudisielle avgjørelser behandlet av EU-domstolen anses viktig for å sikre en ensartet rettsutvikling i EU-statene. I disse sakene vil nasjonal rett og bevisbedømmelse falle utenfor domstolens kompetanse. Uttalelsene fra EU-domstolen vil være bindende for de nasjonale domstolene.¹¹

Anskaffelsesloven¹² trådte i kraft 01.01.17, og er hovedsakelig en fullmaktslov som gir departementet myndighet til å vedta forskrifter til utfylling og gjennomføring av loven. Det finnes en rekke forskrifter som regulerer offentlige anskaffelser. Denne avhandlingen vil kun se på reguleringen i anskaffelsesforskriften.¹³

Anskaffelsesforskriften består av seks deler, hvorav del I og del III er relevante for denne avhandlingen. Del I inneholder alminnelige bestemmelser som gjelder for alle anskaffelser med en verdi på 100 000 kroner eller mer, mens del III gjelder for kontrakter med en anslått verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene, jf. § 5-1 tredje ledd. Det er verdien på en kontrakt som er avgjørende for om den er under eller over «EØS-terskelverdiene». Det vil variere basert på kontraktstype. De någjeldende verdiene følger direkte av FOA § 5-3 første og annet ledd, og vil ikke behandles nærmere her. Forskriftens del III er, til forskjell fra de øvrige delene, utformet med direkte utgangspunkt i anskaffelsesdirektivet.¹⁴ Forarbeidene sier derfor lite om denne delen av forskriften, og vil i all hovedsak være relevante for avhandlingen når det kommer til bestemmelser etter lov eller forskriftens del I.

⁹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, protokoll 2.

¹⁰ Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser: Regelverk, praksis og løsninger*, Oslo 2013, s. 57.

¹¹ Dragsten (2013) s. 57-58.

¹² Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven, LOA).

¹³ Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften, FOA).

¹⁴ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC (Directive 2014/24/EU on public procurement).

Norske domstoler kan tilsidesette beslutninger som er i strid med lov eller forskrift inntil kontrakt er inngått, jf. LOA § 8 annet ledd, i tillegg til å kunne behandle begjæringer om midlertidig forføyning, jf. § 9 første ledd. Retten kan i utgangspunktet ikke overprøve oppdragsgiver innkjøpsfaglige skjønn, men det er adgang til å prøve saksbehandlingen, om riktig faktum er lagt til grunn og om skjønnet er vilkårlig, sterkt urimelig eller bygger på usaklige hensyn, og om skjønnet er i strid med grunnleggende prinsipper. Prøvelsesretten er følgelig lik den i forvaltningsrettslige saker.¹⁵ Når kontrakt først er inngått, kan domstolene verken sette til side ulovlige beslutninger eller treffe beslutning om midlertidig forføyning.¹⁶ Domstolen har likevel adgang til å idømme erstatning, kjenne en kontrakt uten virkning, ilegge overtredelsesgebyr eller avkorte en kontrakt.

Norge har en egen klagenemnd for offentlige anskaffelser som ble etablert 1. januar 2003. Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er et rådgivende organ som behandler potensielle brudd på anskaffelsesloven og de forskriftene som har hjemmel i loven.¹⁷ Klagenemndsforordningen¹⁸ regulerer klagenemndens virksomhet. Formålet med opprettelse av organet var å få en mer effektiv behandling av klagesaker, da terskelen for å anlegge sak for domstolene er høy.¹⁹ En klage til klagenemnda vil ikke stoppe en anbudsprosess på lik linje med en midlertidig forføyning, og oppdragsgiver står dermed fritt til å inngå kontrakt til tross for en eventuell klage.²⁰ KOFA har myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser.

Nærings- og fiskeridepartementet har utarbeidet en veileder med offentlige innkjøpere som den primære målgruppen. *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser* er omfattende og tar for seg de fleste reglene i loven og anskaffelsesforordningen. Departementets vurderinger er av rådgivende karakter.²¹ Veilederen er et godt verktøy ved anvendelse og tolkning av bestemmelsene i forskriftens del III, da det ikke er forarbeidet å støtte seg på for disse. Videre

¹⁵ Dragsten (2013) s. 851.

¹⁶ Prop. 51 L (2015-2016) s. 59.

¹⁷ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforordningen) punkt 44.3.1, s. 350.

¹⁸ Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 (klagenemndsforordningen).

¹⁹ Ot.Prp.Nr.3 (2000-2001). *Lov om endringer i lov 16. Juli 1999 nr. 69 om offentlig anskaffelser*, s. 15.

²⁰ KOFA-2008-17 premiss 50.

²¹ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforordningen) punkt 1, s. 19.

vil Difis veileder om miljøkrav og miljødokumentasjon være relevant i sammenheng med behandling av enkelte av spørsmålene som reises i denne avhandlingen.²²

1.3 Hva menes med «miljøkrav»?

Denne avhandlingen skal se på oppdragsgivers adgang til å stille «miljøkrav» på de ulike trinnene av anskaffelsesprosessen. Nøyaktig hva som ligger i begrepet «miljøkrav» sier ikke seg selv, og begrepet er ikke definert i lov eller forskrift. I denne avhandlingen vil begrepet brukes som en samlebetegnelse for de krav og kriterier offentlige oppdragsgivere kan stille med det formål å minimere miljøbelastning og fremme klimavennlige løsninger.

Miljøkrav kan, etter del III av anskaffelsesforskriften, stilles i form av kravspesifikasjoner, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier eller kontraktvilkår. Samtlige av disse vil behandles.

Det finnes en rekke overordnede kategorier av miljøkrav. Det kan eksempelvis kreves at den aktuelle ytelsen skal være miljømerket gjennom en merkeordning, eller det kan stilles krav om at leverandøren skal oppfylle visse krav om miljøledelse. Miljømerker sier noe om miljøegenskapene ved en vare, en tjeneste eller et bygg- og anleggsarbeid, for eksempel om produktet oppfyller de krav merkeordningen stiller til økologisk produksjon eller gjenvinning. Med miljøledelsessystemer eller -tiltak siktes det til en systematisk prosess hvor en virksomhet gjennomfører, leder, måler og kontinuerlig begrenser sin miljøpåvirkning.²³ Miljøledelsessystemer bidrar til at organisasjoner jobber mot miljørelaterte målsettinger, både gjennom rutiner og tiltak internt i virksomheten og gjennom måten leverandøren produserer eller leverer sin ytelse.²⁴ Oppdragsgiver kan også stille detaljerte og spissede krav, som utelukkende er tilpasset den konkrete anskaffelsen.

Leverandører kan dokumentere at de oppfyller bestemte miljøkrav gjennom fremleggelse av sertifikater, attester, testrapporter, teknisk dokumentasjon, beskrivelser, egenerklæringer, mv.

Når oppdragsgivere skal utforme miljøkrav vil de normalt ta utgangspunkt i en overordnet strategi eller interne målsettinger og retningslinjer for sin anskaffelsespraksis. Hvordan disse målene utformes og hvordan de lagres eller publiseres vil variere ut fra hvilken type offentlig

²² <https://www.anskaffelser.no/verktoy/veiledere/miljokrav-og-miljodokumentasjon-veileder> (sist besøkt 06.05.20).

²³ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 22.2.8.7, s. 178.

²⁴ <https://www.anskaffelser.no/verktoy/veiledere/miljokrav-og-miljodokumentasjon-veileder> (sist besøkt 06.05.20).

oppdragsgiver man står overfor, enten det er snakk om myndigheter, organer eller sammenslutninger. For en kommune vil det eksempelvis kunne foreligge et politisk vedtak eller program som legger føringer for kommunens anskaffelsesstrategier og hvordan ulike hensyn skal vektlegges i en anskaffelsesprosess.

1.4 Avgrensninger og videre fremstilling

Formålet med avhandlingen er å belyse oppdragsgiveres reelle adgang til å stille miljøkrav i sammenheng med offentlige anskaffelser. Målsettingen har vært å analysere og drøfte hva som er gjeldende rett, heller enn å beskrive og redegjøre for regelverket. For å kunne gå mer i dybden på de ulike typene miljøkrav som kan stilles, har det vært nødvendig å avgrense mot andre forskrifter enn anskaffelsesforskriften, selv om også disse kunne vært interessante å se nærmere på. Anskaffelsesforskriften er så omfattende i seg selv, at det også innenfor denne måtte avgrenses til en bestemt del.

Årsaken til at det fokuseres på akkurat del III i denne avhandlingen er for det første at en stor andel av offentlige kontrakter vil overstige EØS-terskelverdiene. For det andre er del III interessant å analysere i lys av EU/EØS-retten, da den gjennomfører anskaffelsesdirektivets bestemmelser på området. For det tredje inneholder del III den tilsynelatende mest vidtfavnende og detaljerte reguleringen av offentlige anskaffelser, noe som gjør at regelverket kan virke uoversiktlig og være krevende å sette seg inn i.

Kapittel 2 behandler grunnleggende begreper, prinsipper og hensyn leseren vil være tjent med å ha innsikt i før avhandlingens hovedproblemstilling behandles nærmere i kap. 3. Kapittel 4 behandler en mer spisset problemstilling som har til hensikt å belyse temaet fra en annen vinkel. Det vil så foretas en sammenfatning og konklusjon i kap. 5.

2 Begrepsavklaring, grunnleggende prinsipper og samfunnshensyn

2.1 Begrepsavklaring

2.1.1 Innledning

Anskaffelsesretten kan umiddelbart oppleves som et omfattende og uoversiktlig rettsområde, og det anses derfor fordelaktig å gi en kort presentasjon av de mest grunnleggende begrepene som vil gå igjen gjennom avhandlingen. Herunder vil det gjøres rede for hvem som regnes

offentlige oppdragsgivere, hvilke ulike anskaffelsesprosedyrer som kan anvendes og til slutt hva som menes med konkurransegrunnlag, og hva som skal inngå i dette.

2.1.2 Offentlige oppdragsgivere

Reglene om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse når «offentlige oppdragsgivere» inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter, eller gjennomfører plan- og designkonkurranser, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskludert merverdiavgift, jf. LOA § 2 første ledd og FOA § 1-1. Anskaffelser med lavere verdi enn 100 000 kroner faller utenfor anskaffelsesregelverket.

Det følger av LOA § 2 at loven gjelder for a) statlige myndigheter, b) fylkeskommunale og kommunale myndigheter, c) offentligrettslige organer, og d) sammenslutninger med en eller flere oppdragsgivere som nevnt i bokstav a til c. Listen er uttømmende, og angir hvem som regnes som «offentlige oppdragsgivere». Tilsvarende gjelder etter FOA § 1-2 første ledd.

2.1.3 Anskaffelsesprosedyrer

Det finnes flere måter å gjennomføre en anbudsprosess på. Hvilken prosedyre som velges vil påvirke hvilke faser anskaffelsesprosessen består av og potensielt også rekkefølgen på disse.²⁵ En «åpen anbudskonkurranse» er en anskaffelsesprosedyre som gir alle interesserte leverandører mulighet til å be om å få tilsendt konkurransegrunnlaget og inngi tilbud. En «begrenset anbudskonkurranse» er derimot en prosedyre som kun tillater leverandører som er inviterte av oppdragsgiver til å inngi tilbud. Hvilke leverandører som får delta i konkurransen bestemmes da gjennom «prekvalifisering».²⁶ Det følger av FOA § 13-1 første ledd at det alltid er adgang til å bruke disse anskaffelsesprosedyrene for anskaffelser under del III.

Det er også mulig å gjennomføre en «konkurranse med forhandling». Det skilles her mellom konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring, jf. § 13-1 annet ledd, og uten forutgående kunngjøring, jf. fjerde ledd. FOA § 13-1 tredje ledd åpner for bruk av «konkurranse om innovasjonspartnerskap», mens femte ledd åpner for anskaffelser uten konkurranse. Dersom noen av disse anskaffelsesprosedyrene skal benyttes må nærmere bestemte vilkår i §§ 13-2 til 13-4 være oppfylt.

²⁵ Dragsten (2013) s. 278-282.

²⁶ Dragsten (2013) s. 280.

2.1.4 Konkurransesgrunnlaget og dets innhold

Utgangspunktet for enhver anskaffelse er at oppdragsgiver har et behov som skal dekkes. Det er dette behovet som må beskrives for at potensielle leverandører skal forstå hva de skal gi tilbud på og hvilke krav og kriterier som gjelder.²⁷

Med «konkurransesgrunnlag» menes de dokumenter oppdragsgiveren «utfører eller henviser til for å beskrive eller fastlegge elementene i anskaffelsen eller konkurransen», med unntak av selve kunngjøringen og ESPD-skjemaet (se punkt 3.3.3), jf. FOA § 4-2 første ledd bokstav a første punktum. Hva som ligger i dette følger av annet punktum i bestemmelsen, hvor det fremgår at konkurransesgrunnlaget skal inneholde dokumenter som beskriver hva som skal anskaffes, kontraktsvilkårene og hvordan oppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen, kvalifikasjonsgrunnlag og eventuelle supplerende dokumenter og tilleggsopplysninger.

Forskriftens del III inneholder en egen, mer detaljert bestemmelse om konkurransesgrunnlaget og dets innhold, jf. § 14-1 tredje ledd. Mest sentralt for denne avhandlingen er det at konkurransesgrunnlaget skal inneholde opplysninger om; hva som skal anskaffes, jf. bokstav a, hvilke kontraktsvilkår som gjelder for oppdraget, jf. bokstav b, samt hvilke kvalifikasjonskrav leverandørene må oppfylle og hvilke tildelingskriterier som gjelder, jf. bokstav d nr. 3 og 4.

«Kvalifikasjonskrav» er de minimumskravene leverandøren må oppfylle for å kunne delta i konkurransen. Kravene må knytte seg til leverandørens generelle egnethet til å gjennomføre kontrakten.²⁸ De krav som stilles til egenskapene til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene omtales i forskriften som «kravspesifikasjoner». «Tildelingskriterier» er de kriterier som inngitte tilbud evalueres etter. Kontraktsvilkår, også omtalt som kontraktskrav og kontraktsgjennomføringskrav, kan benyttes for å sikre at de stilte krav og kriterier opprettholdes eller bedres i løpet av kontraktsperioden.²⁹ Samtlige av disse kravene skal fremgå av konkurransesgrunnlaget.

²⁷ Morten Goller m.fl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall, Nøtteskallserien*, 2. utg., Oslo 2017, s. 147.

²⁸ Dragsten (2013) s. 51-52.

²⁹ <https://www.anskaffelser.no/verktoy/veiledere/miljokrav-og-miljodokumentasjon-veileder> (sist besøkt 06.05.20).

2.2 Anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper

2.2.1 Innledning

Det norske anskaffelsesregelverket bygger på prinsipper som er utledet fra EØS-avtalen, anskaffelsesdirektivene og prinsippet om forsvarlig saksbehandling i forvaltningsretten. De grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet er nedfelt i LOA § 4, og har i all hovedsak to funksjoner; de kan danne et selvstendig grunnlag for oppdragsgiveres og leverandørers rettigheter og plikter, eller de kan fungere som momenter ved tolkningen av den enkelte bestemmelse i regelverket.³⁰ Det er særlig når spørsmål er nærmere regulert i loven og/eller forskriftene at prinsippene nedfelt i lovens § 4 først og fremst er relevante som retningslinjer for tolkningen av de aktuelle bestemmelsene.³¹

Hva som ligger i de enkelte prinsippene og rekkevidden av dem må fastlegges i samsvar med EØS-retten. De ulike prinsippene vil gjennomgå i det følgende. Samtlige av prinsippene vil behandles nærmere i løpet av avhandlingen, og redegjørelsen vil derfor holdes kort.

2.2.2 Konkurransesprinsippet

Konkurranser brukes aktivt som virkemiddel for å sikre en mest mulig effektiv ressursbruk i det offentlige. Gjennom kunngjøring av konkurranser har oppdragsgiveren mulighet til å nå ut til et større marked og motta tilbud fra alle aktuelle leverandører. Dette gir oppdragsgiver et sterkere grunnlag for å kunne velge tilbudet med best pris og kvalitet. Hovedregelen er at konkurranse skal avholdes, selv om det kan tenkes unntak, for eksempel hvis det kun finnes én aktuell leverandør i markedet. For anskaffelser etter forskriftens del III er utgangspunktet at oppdragsgiver skal kunngjøre anbudskonkurransen.³² Konkurransesprinsippet vil i all hovedsak ha betydning for anskaffelser hvor det ikke er pålagt å kunngjøre konkurransen.³³

2.2.3 Likebehandlingsprinsippet

I forarbeidene trekkes likebehandlingsprinsippet frem som det viktigste av prinsippene, da grunnlaget for en velfungerende konkurranse er at alle leverandører i markedet gis like muligheter til å delta.³⁴ Likebehandlingsprinsippet innebærer at like tilfeller skal behandles

³⁰ Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

³¹ KOFA-2017-84 premiss 33.

³² Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 7.3, s. 56.

³³ Prop. 51 L (2015-2016) s. 83.

³⁴ Prop. 51 L (2015-2016) s. 83.

likt, og ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet.³⁵ I praksis innebærer prinsippet også et forbud mot diskriminering av utenlandske leverandører. Det er uten betydning om diskrimineringen skjer på en direkte eller indirekte måte, så lenge forskjellsbehandling reelt sett har funnet sted. Det finnes grenser for hvor langt forbudet strekker seg. Eksempelvis kreves det ikke at norske oppdragsgivere utformer konkurransegrunnlaget på engelsk. Så lenge det foreligger en saklig grunn for det, kan oppdragsgiver stille krav om lokalt nærvær eller responstid.³⁶

2.2.4 Prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet

Det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet i anbudprosesser springer ut av gjennomsiktighetsprinsippet i EU/EØS-retten, og er ment å sikre åpenhet om alle stadier i prosessen. Ved at oppdragsgiver sikrer at prosessen foregår på en forutsigbar måte, blir det lettere for leverandører å vurdere deltakelse i konkurransen.³⁷ Rent praktisk vil prinsippet ofte spille inn på hvordan et konkurransegrunnlag utformes. Det følger for eksempel av praksis fra KOFA at kravet til forutberegnelighet medfører at oppdragsgiver ikke på et senere tidspunkt kan gå bort fra de konkurranseregler som ble fastsatt i kunngjøringen.³⁸

Forutberegnelighetsprinsippet kommer ofte til uttrykk som et klarhetskrav. At de krav og kriterier som stilles er klare og entydige vil ha stor praktisk betydning for leverandørene, da det ofte påløper kostnader i sammenheng med utarbeidelse av et tilbud. Dersom leverandøren ser at de ikke vil kvalifisere seg til å delta i konkurransen kan de spare seg disse kostnadene. De unngår også å bli avvist eller ikke gis god uttelling av grunner som ikke fremgikk klart av konkurransegrunnlaget, og som kunne vært unngått.

Også kravet om etterprøvnbarhet springer ut av EU/EØS-rettens gjennomsiktighetsprinsipp, og er ment å ivareta leverandørers rettssikkerhet gjennom å gjøre det mulig å kontrollere om oppdragsgiver har overholdt de anskaffelsesrettslige konkurransereglene.³⁹ Kravet innebærer at oppdragsgiver må kunne dokumentere hva som har skjedd i løpet av prosessen og hvilke vurderinger og avgjørelser som er foretatt. I dette ligger det et krav om at dokumentasjonen

³⁵ KOFA-2015-102 premiss 18.

³⁶ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 7.4.1, s. 57-58.

³⁷ Prop. 51 L (2015-2016) s. 83.

³⁸ KOFA-2004-53 premiss 26.

³⁹ Prop. 51 L (2015-2016) s. 83.

skal være skriftlig og tilstrekkelig utfyllende og klar til at et klageorgan i ettertid kan sette seg inn i saken og forstå oppdragsgivers vurderinger og fremgangsmåte.⁴⁰

2.2.5 Forholdsmessighetsprinsippet

De ovennevnte prinsippene må ses i lys av forholdsmessighetsprinsippet. Hovedpoenget med dette prinsippet er at alle sider av anskaffelsesprosessen skal stå i forhold til anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet. Oppdragsgiver skal ikke stille strengere krav enn det som er nødvendig for å realisere formålet med anskaffelsen. Prinsippet kommer i lov og forskrift til uttrykk som at de krav som stilles «skal ha tilknytning til og stå i forhold til» leveransen, se eksempelvis FOA § 15-1 annet ledd.

Kravet om forholdsmessighet skal altså ofte ses i sammenheng med tilknytningskravet, som tilsier at kravene som stilles må være relevante for den konkrete anskaffelsen. Hvor stor miljøbelastning en kontrakt kan medføre, er et eksempel på en forholdsmessighetsvurdering oppdragsgiver kan bli nødt til å foreta. Dette vil variere ut fra anskaffelsens art og omfang. Det kan være mer aktuelt å stille strenge miljøkrav i sammenheng med en stor bygg- og anleggskontrakt, som innebærer betydelige inngrep i naturen eller utslipp av miljøgifter, enn det vil være for en enkel varekontrakt.⁴¹

Prinsippet påvirker både hvilke krav oppdragsgiver kan stille til leverandører og de krav som kan stilles til oppdragsgivers gjennomføring av konkurransen, herunder hvilke miljøkrav som kan stilles. Rent praktisk vil det få særlig betydning i de tilfeller regelverket gir oppdragsgiver rom for å ta egne vurderinger.⁴²

2.3 Samfunnshensyn – herunder miljøhensyn – i anskaffelsesregelverket

2.3.1 Innledning

Det anses nødvendig for den videre fremstillingen av temaet å vie plass til en gjennomgang av hvordan samfunnshensyn, også omtalt som ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, vektlegges av lovgiver både på nasjonalt plan og i EU-retten. I denne avhandlingen er det miljøhensyn som er av særlig interesse, men disse behandles ofte i «bolk» med andre samfunnshensyn, som

⁴⁰ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 7.4.1, s. 61-62.

⁴¹ <https://www.anskaffelser.no/verktoy/veiledere/miljokrav-og-miljodokumentasjon-veileder> (sist besøkt 06.05.20).

⁴² Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 7.4.1, s. 55-56.

hensynet til arbeidsforhold eller sosiale forhold, noe som gjennomgående gjør det lite hensiktsmessig å skille ut miljøhensyn.

Hovedformålet med EUs regulering av offentlige anskaffelser er, som tidligere nevnt, å fjerne handelsrestriksjoner og derigjennom oppnå økonomiske fordeler for medlemsstatene. Dette formålet anses i norsk anskaffelsesrett ivaretatt gjennom blant annet inkluderingen av «konkurransen» som ett av de grunnleggende prinsippene i LOA § 4.⁴³ I fortalen til anskaffelsesdirektivet av 2014 uttales følgende:

«Med sikte på en hensiktsmessig integrering av miljømessige, sosiale og arbeidsmarkedsmessige krav i framgangsmåtene ved tildeling av offentlige kontrakter, er det særlig viktig at medlemsstatene og de offentlige oppdragsgiverne treffer relevante tiltak for å sikre oppfyllelse av miljø-, sosial- og arbeidsrettslige forpliktelser som gjelder de stedene der bygge- og anleggsarbeid utføres eller tjenesteytingen foregår, og som er resultatet av lover, bestemmelser, forordninger og beslutninger på både nasjonalt plan og unionsplan samt kollektive avtaler, forutsatt at disse reglene og anvendelsen av dem er i samsvar med unionsretten.»⁴⁴

I sammenheng med utarbeidelse av direktivet var det altså en uttalt målsetting å utvide mulighetene til å ivareta samfunnshensyn som miljø, sosiale forhold, innovasjon. Dette fremgår også av de norske forarbeidene til anskaffelsesloven, hvor departementet gir sin støtte til disse målsetningene.⁴⁵

2.3.2 Anskaffelseslovens § 1 – formålet med regelverket

Det fremgår av formålsbestemmelsen i LOA § 1 at loven skal fremme «effektiv bruk av samfunnets ressurser», i tillegg til å bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at «allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte». Det faktiske innholdet i disse uttalte målsetningene kan vanskelig utledes av en naturlig språklig forståelse av ordlyden, men lovens forarbeider går langt i å fastslå hva som ligger bak dem.

Det såkalte «forenklingsutvalget» som utarbeidet NOU 2014: 4 ble nedsatt i 2012 med et mandat som blant annet omfattet vurderinger av «behovet for, eventuelt omfang av og innhold

⁴³ Prop. 51 L (2015-2016) s. 38.

⁴⁴ Directive 2014/24/EU on public procurement, fortale premiss 37.

⁴⁵ Prop. 51 L (2015-2016) s. 5.

i særnorske prosedyreregler for offentlige anskaffelser». Om bakgrunnen for arbeidet uttalte utvalget selv at: «Mange aktører mener at anskaffelsesregelverket er for detaljert, komplisert og formalistisk, samt at kostnadene og ressursbruken som forutsettes benyttet ved gjennomføringen av konkurranser, oppleves som høye, særlig [i] forhold til anskaffelsenes verdi.»⁴⁶

Utvalget foreslo en rekke endringer fra den dagjeldende formålsbestemmelsen i sammenheng med utarbeidelsen av 2016-loven, inkludert flere kuttforslag. Spørsmålet om hvordan formålsbestemmelsen skulle utformes splittet forenklingutvalget. Flertallet foreslo at «effektiv bruk av samfunnets ressurser» og «konkurranse om offentlige kontrakter» skulle angis som et todelt formål med det norske anskaffelsesregelverket. De var av den oppfatning at formålsbestemmelsen måtte tydeliggjøres og forenkles, men mente ikke at forslaget ville innebære store realitetsendringer.⁴⁷ Flertallet foreslo blant annet å kutte punktet om at lov og forskrift skulle «bidra til at det offentlige opptre med stor integritet slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte», men punktet ble tatt inn igjen etter høringsrunden.⁴⁸

Mindretallet i Forenklingutvalget mente at anskaffelsesreglementets formål måtte ses i en større samfunnsmessig sammenheng enn flertallets forslag tilsa, og viste blant annet til en pressemelding fra EU-kommisjonen i sammenheng med revidering av anskaffelsesdirektivet, hvor følgende ble uttalt:

«The new rules seek to ensure greater inclusion of common societal goals in the procurement process. These goals include environmental protection, social responsibility, innovation, combating climate change, employment, public health and other social and environmental considerations.»⁴⁹

Mindretallet viste også til fortalen til det nye anskaffelsesdirektivet som utvidet formålet til også å omfatte «støtte til felles samfunns mål».⁵⁰ Formålene med anskaffelsesregelverket strakk seg altså lengre enn til effektiv ressursbruk og konkurranse. Anskaffelsesregelverket

⁴⁶ NOU 2014: 4. *Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket*, s. 37-38.

⁴⁷ NOU 2014: 4 s. 68.

⁴⁸ Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.1.4 s. 38.

⁴⁹ NOU 2014: 4 s. 71.

⁵⁰ Directive 2014/24/EU on public procurement, fortale premiss 2.

skulle – ifølge mindretallet – være et viktig verktøy for å nå samfunnspolitiske mål.⁵¹ Dette synet samsvarer med uttalelser Fornyings- og administrasjonsdepartementet kom med i St.meld. nr. 36 (2008-2009) *Det gode innkjøp* i sammenheng med utarbeidelsen av de foregående versjonene av lov og forskrift, hvor det blant annet ble uttalt at:

«Offentlege verksemdar skal òg gå føre i arbeidet med å ivareta sosiale og miljømessige omsyn. Klimaendringane er den største utfordringa i vår tid. Gjennom å vere ein krevjande og konstruktiv innkjøpar, kan det offentlege medverke til at det vert utvikla meir miljø- og klimavennlege varer og tenester.»⁵²

Forenklingsutvalgets mindretall uttrykte bekymring for at flertallets forslag kunne skape uklarheter og tvil om innholdet i begrepet «effektiv ressursbruk». De fremholdt at «effektiv ressursbruk» må vurderes ut fra de totale kostnadene og gevinstene for både oppdragsgivere, leverandører og brukere eller mottakere av ytelsene som anskaffes, samtidig som det ses i en større samfunnsmessig sammenheng. I forlengelse av dette ble det poengtert at effektiviteten ikke kan vurderes ved å se isolert på enten offentlig pengebruk, næringslivets interesser, varen eller tjenestens kvalitet eller mottakerens interesser. Videre var mindretallet uenig i flertallets forslag om å fjerne fra formålsbestemmelsen at «allmennheten skal ha tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte».⁵³ Et syn tilsvarende mindretallets fremkom også under stortingsbehandlingen av lovforslaget, hvor næringskomiteen uttalte følgende:

«Komiteen har merket seg at det i den åpne høringen i næringskomiteen var flere som tok til orde for at formålsparagrafen må ses i en større samfunnsmessig sammenheng enn det regjeringen har foreslått, og at flere hensyn må inntas i formålsparagrafen. Det ble bl.a. fra ulikt hold tatt til orde for at oppdragsgivers plikt og mulighet til å ta samfunnsansvar må fremgå tydeligere av regelverket.

Det var også flere som pekte på at formålsparagrafen vil være viktig i den praktiske forståelsen av regelverket, og at samfunnsansvar må formuleres tydeligere.

⁵¹ NOU 2014: 4 s. 71-72.

⁵² St.meld. nr. 36 (2008-2009), *Det gode innkjøp*, s. 5.

⁵³ NOU 2014: 4 s. 71-72.

Komiteen støtter forslaget om at ordet 'samfunnstjenlig' tas inn i formålsparagrafen, noe som vil kunne ivareta hensyn til bl.a. konkurranse, arbeidslivskriminalitet, miljø, klima og sosiale forhold.».⁵⁴

Uttalelsen må tolkes dithen at samfunnshensyn kan leses inn i lovens formålsbestemmelse gjennom inkluderingen av punktet om at anskaffelsene skal skje på en «samfunnstjenlig måte». Som næringskomiteen påpekte vil formålsparagrafen være viktig for forståelsen av regelverket. Et naturlig spørsmål i forlengelse av dette er om bestemmelsen pålegger oppdragsgiver en absolutt plikt til å ivareta samfunnshensyn.

Problemstillingen har vært oppe i KOFA, som la til grunn at formålsbestemmelsen er relevant ved tolkning av lovens øvrige bestemmelser, men at det ikke kan utledes konkrete handleplikter av den.⁵⁵ Det ble vist til at det i forarbeidene til 2016-loven er uttalt at endringen av formålsbestemmelsen var ment å klargjøre innholdet, ikke å endre det materielle innholdet,⁵⁶ og at det uttrykkelig fremgår av de tidligere forarbeidene at formålsbestemmelsen ikke «isolert sett [er] egnet til å utlede plikter og rettigheter».⁵⁷ Oppsummert taler dette for at samfunnshensyn skal vektlegges ved tolkningen av anskaffelsesregelverkets bestemmelser.

2.3.3 Anskaffelsesloven § 5

Anskaffelsesloven inneholder en egen bestemmelse om hvordan samfunnshensyn skal ivaretas i en anskaffelsesprosess i LOA § 5. Det følger av bestemmelsen at offentlige oppdragsgivere «skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant», og at dette blant annet skal skje «ved at oppdragsgiveren tar hensyn til livssyklus kostnader».

En lignende bestemmelse var å finne i § 6 i den foregående loven, selv om innholdet var ulikt formulert. Forenklingutvalgets flertall foreslo at den nye loven ikke skulle inneholde en slik bestemmelse, men de fikk ikke gjennomslag for dette.⁵⁸ De begrunnet forslaget med at regelverket ikke burde inneholde regler av rent motiverende art. Flertallet uttalte at det nasjonale anskaffelsesregelverket kun burde ivareta «andre hensyn» når disse ikke kom i

⁵⁴ Innst. 358 L (2015-2016), *Innstilling fra næringskomiteen om lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)*, s. 16.

⁵⁵ KOFA-2017-84.

⁵⁶ Prop. 51 L (2015-2016) s. 80.

⁵⁷ Ot.Prp.Nr.71 (1997-1998), *Om lov om offentlige anskaffelser*, s. 66.

⁵⁸ Prop. 51 L (2015-2016), punkt 6.5 s. 35.

konflikt med lovens formål om å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter, noe de mente blant annet miljøkrav, HMS-krav, skatteinndrivelse og krav om antall lærlinger ofte ville gjøre. De viste også til at livssyklus kostnader og universell utforming heller burde bli ivaretatt gjennom annen og mer presis lovgivning. Dette fordi slike krav ikke nødvendigvis vil være like relevante for alle anskaffelser.⁵⁹ Flertallet viste også til at det såkalte Tronslin-utvalget la til grunn et tilsvarende syn i sin utredning i 1997.⁶⁰ Flertallet understrekte at forslaget om å fjerne bestemmelsen ikke skulle hindre oppdragsgiver fra å kunne ta slike hensyn.

Et mindretall på to medlemmer mente at de ikke-anskaffelsesfaglige hensynene var viktige og måtte ivaretas generelt i anskaffelsesregelverket, enten i lov eller i forskrift. De viste til at gjeldende regelverk på tidspunktet inneholdt viktige sosiale- og miljødimensjoner som burde videreføres. Herunder ble det poengtert at bestemmelsen skapte en bevissthet hos oppdragsgiver om hva som burde prioriteres i planleggingen og at den retter oppmerksomhet mot livssyklus kostnadene. Videre viste de til at det var en uttalt politisk målsetting å bidra til utviklingen og bruken av miljøvennlige løsninger og teknologier.⁶¹

Departementet sendte ut et høringsnotat med forslag til en ny bestemmelse som skulle erstatte § 6. Bestemmelsen la hovedvekt på arbeidet med å løse miljø- og klimautfordringene, kampen mot arbeidslivskriminalitet og ivaretagelse av menneskerettighetene. Flere høringsinstanser var skeptiske til å videreføre det lovpålagte kravet om å ivareta samfunnshensyn, men forslaget ble likevel vedtatt.⁶²

I forarbeidene til dagens LOA § 5 første ledd første punktum fremgår det at oppdragsgiver kan redusere skadelig miljøpåvirkning, for eksempel ved å stille utslippskrav eller ved å satse på innovasjonsfremmende anskaffelser. Innenfor rammene av forholdsmessighetsprinsippet stiller bestemmelsen overordnede krav til oppdragsgivers samlede anskaffelsespraksis. Den miljømessige effekten av miljøkrav vil altså måtte veies opp mot blant annet kostnader og administrative byrder som oppdragsgiveren og leverandøren påføres. Oppdragsgiver må selv

⁵⁹ NOU 2014: 4 s. 87.

⁶⁰ NOU 1997: 21, *Offentlige anskaffelser*, s. 38.

⁶¹ NOU 2014: 4 s. 87.

⁶² Prop. 51 L (2015-2016) s. 47 og 51.

vurdere hvilke anskaffelser som utgjør en vesentlig miljøbelastning slik at det er relevant å stille miljøkrav, og ha utformet rutiner for hvordan disse anskaffelsene skal følges opp.⁶³

Av bestemmelsens første ledd annet punktum fremgår det at oppdragsgiveren blant annet skal ta hensyn til livssyklus kostnader. Med «livssyklus kostnader» menes alle de kostnadene anskaffelsen genererer i hele levetiden, jf. FOA § 4-5 første ledd bokstav d). Dette innebærer at alle faser i hele varens, tjenestens eller bygge- og anleggsarbeidets levetid, fra anskaffelsen av råvarer eller opparbeidingen av ressurser, til avhendingen, kasseringen eller opphøret omfattes. Dette inkluderer blant annet forskning og utvikling, produksjon, handel, transport, bruk og vedlikehold. Ved å planlegge og ha fokus på hele anskaffelsens levetid (livssyklus) når du skal anskaffe, vil du totalt sett både kunne spare penger og oppnå miljøgevinster.⁶⁴

Av annet ledd i bestemmelsen følger det at oppdragsgiver «kan stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen, slik at offentlige kontrakter gjennomføres på en måte som fremmer hensyn til miljø, innovasjon, arbeidsforhold og sosiale forhold, forutsatt at kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen». Annet ledd regulerer med andre ord hvordan oppdragsgiver kan følge opp sine plikter etter første ledd. I forarbeidene uttales det uttrykkelig at samfunnshensyn kan trekkes inn på de ulike trinn i anskaffelsesprosessen, forutsatt at dette gjøres riktig og innenfor de begrensninger regelverket ellers setter. Det uttales også at de nye direktivene fra EU «utvider og tydeliggjør» adgangen til å trekke inn samfunnshensyn i en anskaffelsesprosess.⁶⁵

Til forskjell fra formålsbestemmelsen vil LOA § 5 kunne pålegge oppdragsgiver en handleplikt. Det fremgår av forarbeidene at spørsmålet om oppdragsgivers samlede anskaffelsespraksis er overholdt i den enkelte anskaffelse, er underlagt rettslig kontroll. Dersom en oppdragsgivers overordnede strategi eller rutiner ikke gjenspeiles i de konkrete anskaffelsene, vil det kunne foreligge brudd på LOA § 5. Hvordan hensynene kommer til uttrykk vil derimot være underlagt oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.⁶⁶

⁶³ Prop. 51 L (2015-2016) s. 82-83.

⁶⁴ <https://www.anskaffelser.no/anskaffelsesprosessen/anskaffelsesprosessen-steg-steg/avklare-behov-og-forberede-konkurransen/lage-kontraktstrategi/livssyklus-kostnader-icc> (sist besøkt 06.03.20)

⁶⁵ Prop. 51 L (2015-2016) s. 84.

⁶⁶ Prop. 51 L (2015-2016) s. 83.

2.3.4 Anskaffelsesforskriften § 7-9

Den eneste bestemmelsen om miljøkrav i anskaffelsesforskriften første del, og som altså gjelder for alle anskaffelser over 100.000 kroner eks. mva., er § 7-9 om minimering av miljøbelastning. Bestemmelsen pålegger oppdragsgiver en plikt til å vektlegge minimering av miljøbelastning og å fremme klimavennlige løsninger. I tillegg åpner den for at det kan stilles miljøkrav og -kriterier på alle steg av anskaffelsesprosessen, dog innenfor rammen av tilknytningskravet. Det følger av annet punktum at miljøhensyn bør vektlegges med minimum 30 prosent der det brukes som tildelingskriterium.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med LOA § 5, og tilsier at oppdragsgivere som ikke har vurdert miljøbelastningen ved sine anskaffelser og utarbeidet rutiner for hvordan miljø- og klimahensyn skal ivaretas, risikerer å handle i strid med anskaffelsesregelverket. Det samme gjelder hvis miljøhensyn ikke er tilstrekkelig vektlagt i en konkret anskaffelse, enten ved at oppdragsgiver ikke har stilt relevante miljøkrav eller ikke har fulgt opp de krav og kriterier som ble stilt i konkurransegrunnlaget ved valg av leverandør.⁶⁷ Det er lagt til grunn i litteraturen at det særlig er i de tilfeller hvor det kan oppnås stor miljøeffekt uten vesentlige konsekvenser for konkurransen, men oppdragsgiver likevel har avstått fra å stille miljøkrav eller kriterier, at det vil foreligge brudd på FOA § 7-9.⁶⁸

Spørsmålet vil særlig komme på spissen i de tilfeller en leverandør klager inn oppdragsgiver fordi han ikke har hensyntatt miljøbelastning eller fulgt opp egne interne rutiner. Det kan for eksempel tenktes at oppdragsgivers manglende ivaretagelse av miljøhensyn medførte at en annen leverandør fikk kontrakten.⁶⁹ Den forbigåtte leverandøren kan da angripe avgjørelsen ved å begjære midlertidig forføyning, slik at konkurransen stoppes midlertidig mens retten tar stilling til om avvisningen var urettmessig. Dersom konkurransen løper videre uten at leverandøren får deltatt i konkurransen, vil det være mulig å fremme et erstatningskrav. Det er da antatt at de alminnelige vilkårene for erstatning må foreligge.⁷⁰

⁶⁷ Anders Thue og Mona Søyland, Gyldendals Rettsdata kommentar til «Lov om offentlige anskaffelser», note 131 (sist besøkt 15.03.20).

⁶⁸ Thue og Søyland, Gyldendals Rettsdata kommentar til «Lov om offentlige anskaffelser», note 131 (sist besøkt 15.03.20).

⁶⁹ Thue og Søyland, Gyldendals Rettsdata kommentar til «Lov om offentlige anskaffelser», note 131 (sist besøkt 15.03.20).

⁷⁰ Dragsten (2013) s. 822.

Vurderingstemaet for rettslig behandling etter FOA § 7-9 blir gjerne hva oppdragsgivers anskaffelsesstrategi og rutiner generelt sett går ut på, og om disse er fulgt opp i den enkelte anskaffelse. Nøyaktig hvordan oppdragsgiver velger å la miljøhensyn komme til uttrykk i de enkelte anskaffelsene er underlagt det innkjøpsfaglige skjønn.⁷¹ Det innkjøpsfaglige skjønn kan bare overprøves hvis det virker usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig, eller det bygger på uriktig faktisk grunnlag eller om det er i strid med lov og forskrift.⁷²

3 Oppdragsgivers adgang til å stille miljøkrav på ulike stadier av anbudsprosessen

3.1 Kort om kapittelets tema og oppbygning

Oppdragsgiver har altså i utgangspunktet rett til å stille miljøkrav og -kriterier på ulike stadier av anskaffelsesprosessen, jf. LOA § 5 annet ledd og FOA § 7-9 første ledd første punktum. Nøyaktig hva som ligger i denne adgangen sier ikke seg selv, og det fremgår ikke alltid uttrykkelig av lov eller forskrift. Kapittel 2 illustrerer at de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten, og de krav som kan utledes fra disse, vil sette grenser for oppdragsgivers adgang til å stille miljøkrav. I de tilfeller et forhold er regulert i forskriften vil de grunnleggende prinsippene hovedsakelig tillegges vekt som tolkningsmomenter.

I dette kapittelet vil oppdragsgivers adgang til å stille miljøkrav på de ulike stegene av anskaffelsesprosessen analyseres i lys av relevante bestemmelser i forskriften, norsk og internasjonal rettspraksis og de grunnleggende prinsippene. De ulike punktene under kapittel 3 vil ta for seg hvilke krav og kriterier det er adgang til å stille og hva som ligger i disse kravene, for så å se på hvordan dette må gjøres – altså hvordan de skal utformes.

Selv om avhandlingen tar sikte på i størst mulig grad å behandle miljøkrav spesielt, vil det også være nødvendig å gå inn på den «generelle» reguleringen av kravspesifikasjoner, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og kontraktsvilkår. Adgangen til å stille miljøkrav vil bare unntaksvis være særskilt regulert utover de generelt utformede bestemmelsene. Eksemplene som benyttes vil spisses inn mot miljørelaterte krav og hensyn. Det samme gjelder bruk av rettspraksis, i den grad det lar seg gjøre.

⁷¹ Prop. 51 L (2015-2016) s. 83.

⁷² TOBYF-2018-82807.

3.2 Miljøkrav som kravspesifikasjoner

3.2.1 Innledning

Krav til egenskapene til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som skal anskaffes omtales som «kravspesifikasjoner» i forskriften.⁷³ Kravspesifikasjonene angir altså de bestemte egenskaper som etterspørres ved den konkrete leveransen.⁷⁴ Kapittel 15 i anskaffelsesforskriften regulerer kravspesifikasjoner, og gjennomfører art. 42, 43 og 44 i anskaffelsesdirektivet. EU-domstolens praksis vil være relevant ved tolkningen av bestemmelsene under kapittel 15. Bestemmelsene om kravspesifikasjoner i den nye forskriften er for det meste en videreføring av tidligere rettstilstand.⁷⁵

Kravspesifikasjoner skal normalt utformes som ytelses- eller funksjonskrav, som detaljerte tekniske spesifikasjoner, eller som en kombinasjon av disse, jf. § 15-1 tredje ledd. Det er også adgang til å formulere kravene sånn at leverandørene selv kan komme med forslag til løsninger. Dragsten forklarer at en ytelse «kan beskrives enten ved en behovsspesifikasjon, ved funksjonskrav eller ved detaljerte tekniske spesifikasjoner». En behovsspesifikasjon sier hvilket behov som skal dekkes, uten å legge føringer for hvordan dette skal gjøres. Likeledes vil funksjonskrav si noe om hvilke funksjoner ytelsen skal ha, uten å gi en konkret anvisning på hvordan funksjonene skal oppfylles. Tekniske spesifikasjoner vil derimot beskrives i detalj.⁷⁶ Dersom det stilles krav som ikke er absolutte, kan det være fordelaktig å kombinere disse med tildelingskriterier, slik at det er graden av kravoppfyllelse som er avgjørende for evalueringen. Denne typen krav omtales gjerne som «bør-krav» eller «evalueringskrav».⁷⁷

Dette delkapitlet vil først se på hvilke krav oppdragsgiver har adgang til å stille til varenes, tjenestenes eller bygge- og anleggsarbeidenes miljøegenskaper, før det går nærmere inn på hvordan kravene kan utformes i tråd med forskriften og de grunnleggende prinsippene.

⁷³ Goller m.fl. (2017) s. 148-149.

⁷⁴ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 20.1, s. 157.

⁷⁵ Thue og Søyland, Gyldendals Rettsdata kommentar til «Lov om offentlige anskaffelser», note 273 (sist besøkt 15.03.20).

⁷⁶ Dragsten (2013) s. 346.

⁷⁷ Goller m.fl. (2017) s. 148-149.

3.2.2 Hvilke miljøkrav kan stilles til ytelsens egenskaper?

Rettslig grunnlag følger av anskaffelsesforskriften § 15-1, som regulerer hvilke krav som kan stilles til «egenskapene til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiveren skal anskaffe», jf. første ledd.

Det følger av FOA § 15-1 annet ledd første punktum at «kravene skal ha tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi». Oppdragsgiver må følgelig vurdere om de krav som stilles er relevante for den aktuelle anskaffelsen og sørge for at kravene ikke er urimelig tyngende for leverandøren. Bestemmelsen gir uttrykk for prinsippet om forholdsmessighet, og pålegger oppdragsgiver å ta hensyn til anskaffelsens art, omfang, verdi, kompleksitet, mv. når kravene skal fastsettes. Effekten av kravene som stilles må også veies opp mot de kostnader og administrative byrder som både oppdragsgiver og leverandør påføres som følge av disse kravene ved gjennomføring av kontrakten.⁷⁸

Egenskapene kan «vise til alle sider av og trinn i livssyklusen til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder, inkludert faktorer som inngår i produksjonsprosessen, leveringen av eller handelen med dem, eller en annen prosess i livssyklusen», jf. annet ledd annet punktum. Dette gjelder selv om «slike faktorer ikke påvirker varenes, tjenestenes eller bygge- og anleggsarbeidenes egenskaper», jf. tredje punktum. Faktorene må ikke knytte seg til en konkret del av sluttproduktet.⁷⁹ Bestemmelsen er ny i både direktiv og forskrift, og er en kodifisering av EU-domstolens praksis.⁸⁰

At egenskapene det stilles krav om kan vise til «alle sider av og trinn i livssyklusen» tilsier at tilknytningskravet vil være oppfylt selv hvor kravene knytter seg til for eksempel forskning og utvikling, produksjon, handel, transport, bruk og vedlikehold, jf. FOA § 4-5 første ledd bokstav d. Denne «utvidelsen» av tilknytningskravet vil kunne gi oppdragsgiver mer fleksibilitet og et bedre grunnlag for å legge en helhetlig strategi for anskaffelsene sine. Det vil eksempelvis kunne stilles krav om reduksjon av skadelige utslipp under frakt av varer.

⁷⁸ <https://www.anskaffelser.no/verktoy/veiledere/miljokrav-og-miljodokumentasjon-veileder> (sist besøkt 06.05.20).

⁷⁹ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 20.3.5, s. 158.

⁸⁰ Goller m.fl. (2017) s. 150.

Paragraf 15-1 inneholder konkrete bestemmelser om hvordan slike egenskaper kan kreves dokumentert fra leverandørene. Disse bestemmelsene illustrerer også hvilke miljøkrav som kan stilles. I det følgende vil det særlig ses på adgangen til å stille krav om miljømerker.

Oppdragsgiver har adgang til å kreve «en bestemt merkeordning som dokumentasjon for at varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene har miljømessige [...] egenskaper som angitt i kravspesifikasjonene, tildelingskriteriene eller kontraktsvilkårene», jf. FOA § 15-3 første ledd første punktum. Med merkeordninger menes «dokumenter, sertifikater eller attester som bekrefter at varene, tjenestene, bygge- og anleggsarbeidene, prosessene eller prosedyrene oppfyller etterspurte merkekrav», jf. annet punktum.

FOA § 15-3 første ledd stiller fem kumulative vilkår for at oppdragsgiver skal kunne stille krav om «en bestemt merkeordning». Etter bokstav a må samtlige merkekrav ha tilknytning til leveransen og være egnet til å beskrive de etterspurte egenskapene. Bestemmelsen viser til at faktorer som de som nevnes i FOA § 15-1 annet ledd også er omfattet. Tilknytning og egnethet må vurderes konkret i forbindelse med den aktuelle anskaffelsen. Av bokstav b til e følger det at merkekravene må være «basert på etterprøvbare og ikke-diskriminerende kriterier», at merkeordningen skal være «utviklet i en åpen og gjennomiktig prosedyre hvor alle relevante interessenter kan delta», at merkeordningen skal være «tilgjengelig for alle interesserte parter» og at den skal være «fastsatt av en tredjepart som leverandøren som søker om merkeordningen, ikke utøver bestemmende innflytelse over». Vilråene gir altså mer eller mindre direkte uttrykk for de grunnleggende prinsippene om konkurranse, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og likebehandling.

Selv når alle vilråene etter første ledd er oppfylt, vil det kunne gjøres unntak fra når oppdragsgiver kan stille krav om «bestemte merkeordninger». Av annet ledd bokstav a fremgår at oppdragsgiver må godta «andre merkeordninger» som bekrefter at leveransen oppfyller tilsvarende merkekrav som den merkeordningen oppdragsgiver i utgangspunktet stilte krav om. Tilsvarende følger det av bokstav b at oppdragsgiver må godta «annen dokumentasjon» for at merkekravene er oppfylt, dog forutsatt at leverandøren «ikke har mulighet til å delta i merkeordningen eller en tilsvarende merkeordning innen fristen og dette ikke skyldes leverandøren selv». Dette vil blant annet være aktuelt dersom den satte tilbudsfristen er kortere enn den tiden det tar å bli sertifisert under merkeordningen. I slike tilfeller vil oppdragsgiver måtte godta for eksempel teknisk dokumentasjon fra produsenten.

Det finnes flere måter å gå frem på for å stille miljøkrav gjennom miljømerkeordninger. For det første er det mulig å plukke ut spesifikke underliggende krav fra merkeordningen og kreve at leverandørene oppfyller disse. Dette følger av § 15-3 første ledd in fine, og kan være en hensiktsmessig fremgangsmåte hvis ikke samtlige av de underliggende kravene i merkeordningen oppfyller vilkårene etter § 15-3. For det andre er det mulig å kreve at leverandøren er sertifisert med et spesielt miljømerke, altså at man krever en merkeordning «som sådan». Siden en merkeordning inneholder et sett med på forhånd definerte merkekrav vil det ikke være nødvendig for oppdragsgiveren å ramse opp eller spesifisere alle de underliggende kravene som stilles i disse tilfellene.⁸¹ For det tredje kan miljømerker brukes som tildelingskriterium ved at oppdragsgiver vektlegger hvorvidt ytelsen er miljømerket opp mot tilbudet for øvrig.⁸²

Det finnes en rekke miljørelaterte merkeordninger med varierende grad av omfang, hvorav eksempelvis Debio, Nyt Norge og Grønt punkt trolig vil være lett gjenkjennelige for de fleste nordmenn. Debio er en ikke-statlig medlemsorganisasjon som kontrollerer og godkjenner økologisk produksjon i Norge – som i tillegg har et eget merke for bærekraft for fisk og fangst. Nyt Norge-merket tilsier at varen skal være produsert i Norge og inneholde norske råvarer – altså at kjøtt, egg og melk skal være hundre prosent norsk. Grønt punkt stiller krav om material- og energigjenvinning av emballasje.⁸³

Miljømerker utarbeidet i henhold til ISO 14024-standarden omtales gjerne som type I-miljømerker og har alltid flere krav. Disse oppfyller de generelle vilkårene i forskriften. Disse miljømerkene er frivillige uavhengige tredjepartssertifiseringer, og de underliggende kravene bygger på objektiv informasjon om de mest vesentlige miljøbelastningene i produktens livssyklus. Type I-miljømerkene er de mest brukte i offentlige anskaffelser. De mest kjente merkene er EU-blomsten og Svanemerket.⁸⁴

Det er verdt å merke seg at det er organisasjonen som utsteder miljømerket som står for kontrollen av varen, tjeneste eller bygge- og anleggsarbeidet. Dette medfører på den ene siden

⁸¹ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 21.1, s. 165.

⁸² <https://www.anskaffelser.no/verktoy/veiledere/miljokrav-og-miljodokumentasjon-veileder> (sist besøkt 06.05.20).

⁸³ <https://www.huseierne.no/hus-bolig/tema/miljo/miljomerkenes-kjenner-du-dem/> (sist besøkt 14.05.20).

⁸⁴ <https://www.anskaffelser.no/verktoy/veiledere/miljokrav-og-miljodokumentasjon-veileder> (sist besøkt 06.05.20).

mindre arbeid for oppdragsgiver og de leverandørene som allerede merkesertifiserte ytelser. På den andre siden vil slike krav kunne medføre kostnader for leverandørene, noe som igjen kan medføre høyere pris på ytelsen. Oppdragsgiver må derfor foreta en vurdering hvor den miljømessige påvirkningen veies opp mot pris og den potensielle konkurransebegrensende effekten kravet medfører.⁸⁵ Forholdsmessighetsprinsippet vil altså måtte ligge til grunn ved vurderingen, selv om § 15-3 ikke eksplisitt oppstiller et forholdsmessighetskrav.

Men det er ikke utelukkende i form av miljømerker oppdragsgiver kan stille krav om dokumentasjon for at ytelsen har bestemte miljøegenskaper. FOA § 15-4 åpner for at oppdragsgiver kan kreve testrapporter, attester og annen passende dokumentasjon på at de stilte kravspesifikasjonene er oppfylt. Difis veileder for miljøkrav og miljødokumentasjon viser særlig til to eksempler på «annen dokumentasjon», henholdsvis egendeklarasjoner og «EPDer». Egendeklarasjoner kan i mange tilfeller være egnet dokumentasjon på ett enkelt miljøkrav. Disse har internasjonal standard ISO 14021 og er relevante for blant annet bransjespesifikke merker med miljømerkedesign. EPD står for Environmental Product Declaration og utvikles i tråd med ISO 14025. Dette er en objektiv beskrivelse av en komponents, et produkts eller en tjenestes miljøprofil. EPDer skiller seg dermed fra miljømerker ved at de ikke inneholder konkrete krav som skal være oppfylt. Dette medfører at oppdragsgiver selv må vurdere om de aktuelle produktene møter de krav som er satt, basert på beskrivelsen. EPDer brukes primært i sammenheng med byggevarer.⁸⁶

Selv om oppdragsgiver har adgang til å stille krav til ytelsens miljøegenskaper, er det ikke dermed sagt at disse kan utformes helt fritt. Hvordan kravene formuleres kan være avgjørende for om det foreligger brudd på forskriftens bestemmelser eller på de grunnleggende prinsippene etter LOA § 4. I det følgende vil det derfor ses nærmere på hvordan krav om ytelsens miljøegenskaper rent faktisk kan utformes i tråd med rammeverket.

3.2.3 Hvordan utforme krav om ytelsens miljøegenskaper?

Det følger av FOA § 14-1 tredje ledd bokstav a at kravspesifikasjoner skal fremgå av konkurransegrunnlaget. Etter bestemmelsens ordlyd skal konkurransegrunnlaget inneholde opplysninger om «hva som skal anskaffes, inkludert eventuelle kravspesifikasjoner og

⁸⁵ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 21.1, s. 165.

⁸⁶ <https://www.anskaffelser.no/verktoy/veiledere/miljokrav-og-miljodokumentasjon-veileder> (sist besøkt 06.05.20).

merkekrav [...], og absolutte krav som alle leverandørene må oppfylle», med mindre de allerede er tilstrekkelig beskrevet i kunngjøringen. Det er oppdragsgiveren som har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. femte ledd. Høyesterett har presisert at vurderingen av innholdet i et konkurransegrunnlag skal fortolkes objektivt.⁸⁷ Ved motstrid vil følgelig den naturlige språklige forståelsen av ordlyden i konkurransegrunnlaget måtte legges til grunn foran det oppdragsgiver har ment å uttrykke gjennom sine formuleringer.

KOFA behandlet i sak 2008/66 spørsmålet om hva som ligger i at konkurransegrunnlaget skal inneholde opplysninger om «hva som skal anskaffes» etter § 17-1 i den gamle forskriften. Saken gjaldt anskaffelse av tjenester vedrørende tømning og transport av slam fra private slamavskillere og tette tanker i Trysil kommune. Det ble uttalt at «leverandørene ut fra konkurransegrunnlaget klart skal kunne vurdere hva oppdragsgiver ønsker å anskaffe, slik at det kan utarbeides et tilbud som har reell mulighet til å nå opp i konkurransen».⁸⁸ Dette vil også gjelde for praktiseringen av § 15-1, jf. § 14-1 tredje ledd bokstav a, i den nye forskriften.

Saken LH-2012-12587 gjaldt krav om tilsidesettelse av beslutning om å avvise et tilbud fra konkurransen for en kontrakt om rammeavtale for levering av medisinsk utstyr. Ett av de sentrale spørsmålene i saken var om minstekravene i konkurransegrunnlaget var fastsatt i samsvar med reglene for offentlige anskaffelser, herunder om kravene var presist nok formulert. Lagmannsretten påpekte at forskriftens bestemmelser skulle utfylles av «de prinsippene som anskaffelsesregelverket bygger på», med henvisning til § 5 i den dagjeldende anskaffelsesloven, som svarer til § 4 i dagens lov. Det ble presisert at det «avgjørende for om formuleringen er i samsvar med anskaffelsesregelverket er [...] om kravspesifikasjonen rent faktisk ivaretar kravene som fremgår av anskaffelsesloven § 5».⁸⁹

Selv om anskaffelsesforskriften inneholder bestemmelser som regulerer utformingen av kravspesifikasjoner, vil det altså måtte vurderes om formuleringen oppdragsgiver har benyttet rent faktisk ivaretar prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet, jf. LOA § 4. Et naturlig spørsmål blir dermed hvordan oppdragsgiver kan formulere krav om en ytelses miljøegenskaper innenfor disse rammene.

⁸⁷ Rt-2005-1638 premiss 43.

⁸⁸ KOFA-2008-66 premiss 68.

⁸⁹ LH-2012-12587.

Prinsippet om forutberegnelighet pålegger oppdragsgiver å utforme kravspesifikasjoner på en klar og entydig måte. Tydelige krav vil gi leverandøren den nødvendige informasjonen til å vurdere om de kan delta i konkurransen og til å utarbeide et tilbud i tråd med kravene, og sikre at oppdragsgiver får inn tilbud som faktisk svarer til hans behov.⁹⁰

Det følger av EU-domstolens sak C-42/13 *Cartiera dell'Adda* at klarhetskravet vil være oppfylt dersom «alle rimelig velinformerte og normalt omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måte, og for det andet således at den ordregivende myndighet behørigt kan kontrollere, om de bydendes bud oppfyller kriterierne for den pågældende kontrakt».⁹¹ I KOFA sak 2015/102, som gjaldt innkjøp av en gravemaskin, ble det i kravspesifikasjonen stilt et minimumskrav om motor i «høyeste tilgjengelige miljøklasse». Nemnda kom under dissens til at konkurransen skulle vært avlyst da det var uklart hva som lå i kravet, og at det følgelig var i strid med kravet om forutberegnelighet for leverandørene.⁹²

Klarhetskravet springer også ut av etterprøvbarhetsprinsippet. I sak C-368/10 *Max Havelaar* peker EU-domstolen på at klarhetskravet «på den anden side gives den ordregivende myndighed mulighed for effektivt at efterprøve, om de afgivne bud oppfyller de kriterier, der regulerer den pågældende kontrakt».⁹³ At kravene som stilles er klare og entydige er ikke bare av betydning for leverandørene, men også for de myndigheter som eventuelt skal vurdere kravets rettmessighet ved en eventuell sak.

Det følger av anskaffelsesdirektivet art. 42 nr. 2. at «[d]e tekniske spesifikasjoner giver de økonomiske operatører mulighed for lige adgang til udbudsproceduren, og må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at offentlige udbud åbnes for konkurrence.» Hvordan kravspesifikasjoner utformes kan også være avgjørende for om det foreligger brudd på likebehandlingsprinsippet. Det er derfor viktig at oppdragsgiver har et bevisst forhold til konkurransesituasjonen på markedet når kravene formuleres. Kravene må ikke være diskriminerende eller konkurransebegrensende, med mindre dette kan begrunnes på en saklig måte. Det avgjørende er da om kravene reelt sett er diskriminerende.⁹⁴

⁹⁰ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 19.2, s. 144.

⁹¹ Dom av 6. november 2015, sak C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, premiss 44.

⁹² KOFA-2015-102 premiss 20.

⁹³ Dom av 12. mai 2012, sak C-368/10, *Max Havelaar*, premiss 109.

⁹⁴ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 20.1, s. 156-157.

FOA § 15-1 tredje ledd må kunne anses som et utslag av likebehandlingsprinsippet. Ved å gi fortrinn til nasjonale standarder som gjennomfører europeiske eller internasjonale standarder unngår man at standardene det henvises til virker diskriminerende overfor utenlandske tilbydere.⁹⁵ Reglene i tredje, femte og sjette ledd åpner for at oppdragsgiver kan utvise skjønn, på samme tid som det stenges for potensielt problematisk konkurransebegrensning. Et konkret eksempel er at det i bokstav b pålegges oppdragsgiver å ta med uttrykket «eller tilsvarende» ved henvisning til standarder. Det sentrale blir dermed ikke nøyaktig hvilken standard som følges, men at leverandøren oppfyller de kravene oppdragsgiver etterspør.

Likebehandlingsprinsippet kommer også klart til uttrykk i § 15-1 fjerde ledd, som forbyr oppdragsgiver å vise til «bestemte fabrikanter, prosesser, varemerker, patenter eller typer til en bestemt opprinnelse eller produksjon som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes», med mindre ett av to unntak gjør seg gjeldende. Kravene kan vise til bestemte merker, mv., dersom det er «nødvendig utfra anskaffelsens formål», jf. bokstav a, eller «det ikke er mulig for oppdragsgiver å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist og forståelig etter tredje ledd», jf. bokstav b. Det kan nok tenkes at beskrivelsen av de ønskede miljøegenskapene ved en ytelse vil kunne bli så detaljerte og omfattende, at bruk av et miljømerke som omfatter de samme egenskapene vil være både mer presis og forståelig for leverandørene.

Den sentrale vurderingen i praksis synes å ha vært hvorvidt slike henvisninger er konkurransebegrensende.⁹⁶ Hva som ligger i ordlyden «nødvendig utfra anskaffelsens formål» vil være skjønnsmessig og må tolkes i lys av praksis. Utgangspunktet er at bestemmelsen bør tolkes restriktivt. Det vil også være høy terskel for at unntaket etter bokstav b skal komme til anvendelse.⁹⁷

Det kan være utfordrende å utforme kravspesifikasjoner i tråd med disse prinsippene. Særlig bruk av detaljerte tekniske spesifikasjoner (minstekrav) vil kunne føre til at flere potensielle leverandører ikke får deltatt i konkurransen. Til forskjell vil behovsspesifikasjoner og funksjonskrav lettere kunne bidra til større konkurranse og ellers fremme innovative

⁹⁵ Goller m.fl. (2017) s. 152.

⁹⁶ Thue og Søyland, Gyldendals Rettsdata kommentar til «Lov om offentlige anskaffelser», note 277 (sist besøkt 15.03.20).

⁹⁷ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 20.3.5, s. 161-162.

løsninger, da disse i større grad åpner for at leverandørene selv finner løsninger som oppfyller de fastsatte kravene.⁹⁸

3.3 Miljøkrav som kvalifikasjonskrav

3.3.1 Innledning

Oppdragsgiver kan stille minstekrav til leverandørens kvalifikasjoner som må oppfylles for at de skal få delta i konkurransen. Det er disse kravene som i lov og forskrift omtales som «kvalifikasjonskrav». Til forskjell fra kravspesifikasjoner retter disse kravene seg mot leverandøren, ikke selve ytelsen. Formålet med denne typen krav er å se om tilbyderer er egnet og har evne til å levere den aktuelle ytelsen.⁹⁹ Med unntak av det obligatoriske kravet om skatteattest etter FOA § 7-2, er bruk av kvalifikasjonskrav frivillig. Oppdragsgiveren har, innenfor rammene av lov og forskrift, betydelig skjønnsfrihet knyttet til hvilke kvalifikasjonskrav som skal stilles.¹⁰⁰

Dette delkapittelet vil ta for seg hvilke miljørelaterte minstekrav oppdragsgiver kan stille til leverandørers kvalifikasjoner. Det vil så ses nærmere på hvordan slike miljøkrav kan utformes i tråd med lov og forskrift.

3.3.2 Hvilke miljøkrav kan stilles til leverandørens kvalifikasjoner?

Rettslig grunnlag følger av FOA § 16-1 første ledd første punktum, hvor det fremgår at «oppdragsgiveren kan stille krav til leverandørens kvalifikasjoner». I annet punktum presiseres det at oppdragsgiveren «bare» kan stille kvalifikasjonskrav som gjelder registrering, autorisasjoner mv. (§ 16-2), økonomisk og finansiell kapasitet (§ 16-3) og tekniske og faglige kvalifikasjoner (§ 16-5). Listen er uttømmende, og miljøegenskaper nevnes ikke eksplisitt i noen av disse bestemmelsene. I lys av LOA § 5 og FOA § 7-9 er det likevel naturlig at miljøkrav skal innfortolkes i en av de overordnede kategoriene.

Etter forskriftens system og en naturlig språklig tolkning av ordlyden i de ulike kategoriene, vil det være mest naturlig å plassere miljøkrav under § 16-5 om krav til «tekniske og faglige kvalifikasjoner». Av § 16-5 første ledd følger det at det kan stilles krav som er «relevante» for å sikre at leverandøren har de tekniske og faglige kvalifikasjonene som skal til for å utføre

⁹⁸ Goller m.fl. (2017) s. 149.

⁹⁹ Goller m.fl. (2017) s. 130.

¹⁰⁰ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 22.1, s. 169.

kontrakten. I dette ligger det et tilknytningskrav. Det følger også av FOA § 16-1 første ledd in fine at kvalifikasjonskrav «skal ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen».

KOFA sak 2017/84 gjaldt anskaffelse av IT-/arbeidsplattform og teknisk utstyr for institusjon, omsorgsboliger og hjemmetjeneste. Nemnda uttalte her at tilknytningskravet «innebærer at det ikke kan oppstilles kvalifikasjonskrav som representerer en uforholdsmessig begrensning av konkurransen». Videre ble det påpekt at oppdragsgiver «råder over et betydelig innkjøpsfaglig skjønn ved vurderingen av om et kvalifikasjonskrav kan sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontrakten, og om kravet står i forhold til den ytelse som skal leveres». ¹⁰¹ Domstolen og klagenemndas kompetanse er, som ellers, begrenset til å prøve om oppdragsgivers skjønnsutøvelse er usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig.

FOA § 16-6 første og annet ledd inneholder en uttømmende liste over hvilken dokumentasjon oppdragsgiver kan kreve fremlagt for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. I tråd med prinsippene om etterprøvbarehet og forutberegnelighet må kvalifikasjonskrav samsvare med de dokumentasjonskrav som stilles i konkurransegrunnlaget. Listen over mulige dokumentasjonskrav etter FOA § 16-6 sier på denne måten noe om hvilke kvalifikasjonskrav som kan stilles etter § 16-5. Når det fremgår av § 16-6 første ledd bokstav g at oppdragsgiver kan kreve fremlagt «en beskrivelse av miljøledelsestiltak» vil det nødvendigvis tilsi at oppdragsgiver kan stille kvalifikasjonskrav relatert til miljøledelsestiltak.

Beskrivelsen skal dokumentere hvordan leverandøren gjennomfører, leder, måler og kontinuerlig begrenser sin miljøpåvirkning. Den kan for eksempel gis som dokumentasjon på sertifisering i nasjonale ordninger eller miljøstandarder opprettet av bransjeorganisasjoner. Det vil også være mulig at leverandøren gir en beskrivelse av de enkelte tiltak som iverksettes knyttet til miljøledelsen ved utførelsen av leveransen. ¹⁰² Herunder kan det plukkes ut underliggende rutiner og tiltak som er viktige for den aktuelle anskaffelsens miljømål.

Dersom anskaffelsens karakter tilsier det, åpner FOA § 16-7 annet ledd første punktum for at oppdragsgiver kan kreve fremlagt attester fra uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren oppfyller visse miljøledelsesstandarder. Annet punktum pålegger oppdragsgiver da å vise til EMAS, andre anerkjente miljøledelsessystemer i forordning (EF) nr. 1221/2009

¹⁰¹ KOFA-2017-84 premiss 39-40.

¹⁰² Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 22.2.8.7, s. 178.

art. 45 eller andre miljøledelsesstandarder som bygger på relevante europeiske eller internasjonale standarder fra akkrediterte organer. Tredje punktum pålegger oppdragsgiver å godta tilsvarende attester utstedt av organer i andre EØS-stater.

Paragraf § 16-7 gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 62, og innebærer en endring fra tidligere rettsstilling. Tidligere lovgivning regulerte ikke oppdragsgivers rett til å kreve denne typen attester/sertifikater.

Tredje ledd i § 16-7 regulerer i hvilke tilfeller oppdragsgiver må godta annen dokumentasjon for tilsvarende miljøledelsestiltak. Dette vil kun pålegges oppdragsgiver i de tilfeller leverandøren ikke har mulighet til å skaffe den etterspurte attesten innen fristen og dette ikke skyldes forhold på leverandørens side. Leverandøren må da dokumentere at tiltakene deres tilsvarer de etterspurte miljøledelsessystemene eller standardene.

For norske oppdragsgivere som ønsker å stille krav til leverandører om tredjepartssertifisering for miljøledelse, vil det være naturlig å vise til EMAS eller Miljøfyrtårn. Sistnevnte er Norges mest brukte sertifikat innen miljøledelse, og har som formål å gi virksomheter konkrete verktøy for å kunne jobbe målrettet med å forbedre sine miljøprestasjoner innen områdene arbeidsmiljø, avfallshåndtering, energibruk, innkjøp og transport. Miljøfyrtårn har tilpassede kriterier for mer enn 80 ulike bransjer, og over 6600 virksomheter er sertifisert. Denne sertifiseringen er anerkjent av myndighetene ved offentlige innkjøp, og godkjent som miljødokumentasjon i anbudskonkurranser, i tillegg til å være den første nasjonale ordningen i Europa som er blitt anerkjent av EU.¹⁰³

Saken LB-2017-46281 gjaldt krav om midlertidig forføyning for å hindre kontraktsinngåelse om utleie av areal til flybuss ved Bergen Lufthavn Flesland. Avinor AS var oppdragsgiver, og Taxi 1 AS var den avviste tilbydereren. Lagmannsretten tok stilling til om avvisingen av Taxi 1 var rettmessig, og ett av de sentrale forholdene var at Avinor hadde stilt krav om «miljøsertifisering, ISO 14001, Miljøfyrtårn eller tilsvarende». Selv om saken falt utenfor anskaffelsesforskriften er følgende uttalelse av interesse:

«Lagmannsretten bemerker at det vil kunne være saklige grunner for en oppdragsgiver til å stille et slikt krav. Blant annet vil det redusere noe av behovet for ytterligere

¹⁰³ <https://www.miljofyrtarn.no/virksomhet/om-oss/dette-er-miljofyrtarn/> (sist besøkt 19.05.20).

undersøkelser fra oppdragsgivers side av om tilbyder har en virksomhet som i tilstrekkelig grad ivaretar miljøhensyn. Det vil også kunne virke generelt miljøfremmende at aktører som ønsker å konkurrere innenfor transportsektoren må oppfylle krav om miljøsertifisering allerede på tilbudstidspunktet. [...] Basert på at Taxi 1 ikke oppfylte kravet til miljøsertifisering, er det ikke grunnlag for å anse avvisningen som urettmessig.».¹⁰⁴

Disse poengene er interessante. FOA § 16-1 første ledd in fine oppstiller et tilknytningskrav som tilsier at de krav som stilles må være relevante for den konkrete kontrakten. Det skal altså vurderes særskilt om miljøsertifisering er av betydning for utførelsen av kontrakten. Lagmannsrettens vurdering synes å tale for at slike krav på generell basis vil være relevante, i alle fall innenfor transportsektoren. I den påfølgende erstatningssaken mellom partene ga lagmannsretten sin støtte til tingrettens vurdering, og siterte:

«Retten kan heller ikke se at et krav om miljøsertifisering – selv om sertifiseringen ikke dekker alle relevante miljøhensyn i den enkelte kontrakt – i seg selv kan anses å være et uforholdsmessig, usaklig eller upåregnelig krav i den type konkurranse som det her er snakk om. Retten er for så vidt enig med Taxi 1 i at også andre typer miljøkrav var høyst relevante for kontrakten. Også slike krav var imidlertid tatt inn i tilbudsinnbydelsen, både som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterier, og det er etter rettens [vurdering] verken usaklig eller urimelig å kreve at det ligger en miljøsertifisering «i bunn». Det var ikke første gang krav om miljøsertifisering ble stilt av Avinor i denne type konkurranse, og retten ser ikke holdepunkter for at kravet var tatt med i den hensikt å favorisere Tide.».¹⁰⁵

Kravet om miljøsertifisering ble ansett saklig og forholdsmessig, og det medførte heller ikke forskjellsbehandling av leverandørene, selv om andre miljøkrav også ble stilt. Også her presiseres det at rettens vurdering gjelder «i den type konkurranse det her er snakk om». Lagmannsrettens synspunkter er interessante, men kan ikke anvendes ukritisk i ethvert tilfelle.

Lagmannsrettens vurdering i de ovennevnte sakene står i kontrast til uttalelser om tilknytningskravet for krav om miljøledelse i litteraturen. Dragsten fremholder at:

¹⁰⁴ LB-2017-46281.

¹⁰⁵ LB-2018-39460.

«Krav til miljøledelsessystemer kan kun kreves dersom det er relevant for kontrakten og kravene som stilles må stå i forhold til ytelsen som skal presteres [...]. Det kan dermed ikke stilles et generelt krav om miljøstyringssystem, men det må i hvert enkelt tilfelle foretas en konkret vurdering av om et miljøledelsessystem vil ha innflytelse på ytelsen som skal leveres.»¹⁰⁶

Et tilsvarende syn legges til grunn av Sue Arrowsmith. Om krav til miljøledelse uttaler hun at:

«It is clear, however, that such measures can be called for only to the extent relevant for performing obligations under the contract that relate to the works or services to be supplied. [...] Thus it is not permitted to call for evidence of environmental management measures that concern the business as a whole, going beyond activities under the contract, and/or to reject economic operators because the contracting authority is not satisfied with the environmental management of the business in a way that does not affect obligations under the specific contract.»¹⁰⁷

Selv om begge uttalelsene relaterer seg til bestemmelsene etter tidligere forskrift og direktiv, vil synspunktene fortsatt være relevante for spørsmålet. De eneste endringene som ble gjennomført i 2014-direktivet i sammenheng med krav om miljøledelse var at det ble åpnet for å stille slike krav i vareanskaffelser og at det ble åpnet for å kunne stilles krav om at miljøledelsessystemene skulle være tredjepartssertifisert. Samlet gir uttalelsene til Dragsten og Arrowsmith uttrykk for at krav om miljøledelse må være relevant for å sikre at leverandørene har tilstrekkelig evne til å gjennomføre den aktuelle kontrakten.

Også § 16-6 annet ledd bokstav b kan tolkes som en selvstendig åpning for å stille miljøkrav etter § 16-5. Av bestemmelsen fremgår det at oppdragsgiver ved vareanskaffelser kan kreve «attester utstedt av kompetente offisielle organer for kvalitetskontroll som kan bekrefte at varene oppfyller tekniske spesifikasjoner eller standarder». Selv om miljøegenskaper ikke nevnes spesifikt, virker det etter den øvrige begrepsbruken og systemet i §§ 16-5 til 16-7 nærliggende at «tekniske spesifikasjoner og standarder» vil kunne omfatte hvorvidt varen er produsert på en miljøvennlig måte. I sitt innhold har denne bestemmelsen klare likhetstrekk med dokumentasjonsreglene for kravspesifikasjoner, selv om reguleringen ikke er like

¹⁰⁶ Dragsten (2013) s. 342.

¹⁰⁷ Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement: Regulation in the eu and uk*, Vol. 1, 3rd ed., London 2014, s. 1227.

omfattende. Paragraf 16-6 fjerde ledd slår fast at de dokumentasjonskrav som stilles «skal stå i forhold til anskaffelsens karakter, omfang, betydning og planlagte bruk».

Leverandørene kan fremlegge attest på registrering i offisiell liste over godkjente leverandører som alternativ dokumentasjon for at de aktuelle kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier er oppfylt, jf. § 17-2. Attesten må være utstedt fra godkjent myndighet eller sertifiseringsorgan. Oppdragsgiver skal akseptere slike attester. Tiltak som dette kan redusere arbeidsbyrden for både oppdragsgiver og leverandør.¹⁰⁸

3.3.3 Hvordan utforme miljørelaterte kvalifikasjonskrav?

Det følger av FOA § 16-1 tredje ledd at oppdragsgiver skal angi kvalifikasjonskravene og de tilhørende dokumentasjonskravene i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Bestemmelsen må ses i sammenheng med FOA § 14-1 tredje ledd bokstav d nr. 3, hvor det fremgår at konkurransegrunnlaget skal inneholde opplysninger om hvordan oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen, inkludert hvilke kvalifikasjonskrav og utvelgelseskriterier leverandørene må oppfylle. Som med kravspesifikasjoner må også kvalifikasjonskrav utformes i tråd med LOA § 4.

Det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) er en erklæring fra tilbyderne som vil delta i anbudskonkurransen om at de oppfyller de kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier oppdragsgiver har stilt, og at det ikke foreligger avvisningsgrunner. For anskaffelser etter del III av anskaffelsesforskriften er det obligatorisk å bruke dette skjemaet, jf. FOA § 17-1. Det følger av bestemmelsens første ledd at oppdragsgiver skal fylle ut egenerklæringsskjemaet elektronisk i et standardformat som er fastsatt av departementet. Skjemaet skal gjøres tilgjengelig sammen med kunngjøringen av konkurransen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 59, og hensikten med ordningen var å gjøre gjennomføringen av anskaffelsene enklere ved å redusere administrasjonsbyrden.¹⁰⁹

ESPD-skjemaets del IV omhandler kvalifikasjonskrav. Del IV er inndelt i egne seksjoner om egnethet, økonomisk og finansiell kapasitet, tekniske og faglige kvalifikasjoner og kvalitetssikrings- og miljøledelsessystemer, og det er opp til oppdragsgiver å angi hvilke

¹⁰⁸ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 22.2.3, s. 172.

¹⁰⁹ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 22.2.2, s. 171.

punkter leverandøren skal besvare i skjemaet. Det er mulig å åpne for at leverandørene gir en samlet angivelse av om de oppfyller samtlige kvalifikasjonskrav, da inkludert miljøkrav. Det følger av § 17-1 femte ledd at oppdragsgiver skal kreve at den valgte leverandøren straks leverer oppdaterte dokumentasjonsbevis før tildeling av kontrakten.

I sak LB-2018-147988 behandlet Borgarting lagmannsrett spørsmålet om oppdragsgivers plikt til avklaring av tilbud fra leverandør som var blitt avvist fordi leverandøren ikke hadde dokumentert at de oppfylte kvalifikasjonskravet med hensyn til «Ytre miljø». Saken gjaldt tilbyder Presis Vegdrift AS' krav om midlertidig forføyning om å avstå fra å inngå kontrakt i en anbudskonkurranse som gjaldt driftskontrakt med Statens vegvesen.

Et sentralt vurderingstema for lagmannsretten var hvorvidt det aktuelle kvalifikasjonskravet og det tilhørende dokumentasjonskravet var utformet tilstrekkelig klart, i henhold til forutberegnelighetsprinsippet. Det aktuelle kvalifikasjonskravet besto i at «leverandøren skal ha et godt og velfungerende miljøstyringssystem, basert på ISO 14001 (2015), EMAS (EU Eco-Management and Audit Scheme for environmental management) eller tilsvarende» samt at «systemet skal være gjenstand for jevnlig revisjon».

Lagmannsretten kom til at kravet til miljøstyringssystemet gjennom konkret henvisning til ISO-standarder og miljøledelsessystemet EMAS var «tilstrekkelig klart og presist til at enhver rimelig opplyst og sedvanlig påpasselig tilbyder klart og fullstendig kan forstå innholdet, jf. EU-domstolens sak C-368/10 avsnitt 109». Dokumentasjonskravet, som var utformet i samsvar med FOA § 16-7 andre ledd, ble ansett tilstrekkelig klart «når det som utgangspunkt kreves formell attest for at leverandøren oppfyller krav i konkretiserte og navngitte miljøledelsessystemer og -standarder». Oppdragsgiver hadde oppstilt et alternativt dokumentasjonskrav i tråd med FOA § 16-7 tredje ledd. Også dette ble ansett tilstrekkelig klart. I forlengelse av dette uttalte retten at:

«Lagmannsretten kan ikke se at det ut fra hensynet til forutberegnelighet eller andre anskaffelsesrettslige prinsipper kunne stilles krav til oppdragsgiveren om at det i konkurransegrunnlaget skulle redegjøres nærmere for hvordan det alternative kravet kunne oppfylles. Det alminnelige utgangspunktet om at leverandøren har risikoen for innholdet i tilbudet, herunder for innholdet i dokumentasjonen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, tilsier at det var PVDs ansvar og risiko at tilstrekkelig dokumentasjon ble fremlagt. [...]

En alminnelig opplyst og påpasselig tilbyder ville forstå at uttrykket «annen dokumentasjon for tilsvarende [...] miljøledelsestiltak» sikter til dokumentasjon om tilbyderens eksisterende miljøstyringssystem som gir SVV et forsvarlig grunnlag for å ta stilling til om kvalifikasjonskravet om et «godt og velfungerende miljøstyringssystem» er oppfylt. Det fremsto som klart at en slik oppdragsbekreftelse som PVD la frem, ikke var tilstrekkelig.»¹¹⁰

Leverandøren påberopte seg at selskapet hadde blitt kvalifisert i flere andre konkurranser, basert på samme dokumentasjon, og pekte videre på at oppdragsgiver i tidligere anskaffelser hadde gjennomført flere avklaringer. Til dette slo lagmannsretten fast at det har begrenset vekt hva som er lagt til grunn i andre konkurranser, da spørsmålet må vurderes konkret i den enkelte konkurranse. Dette begrunnes særlig med hensynet til forutberegnelighet og likebehandling for leverandørene som deltar i den enkelte konkurranse.¹¹¹

3.4 Miljøhensyn som tildelingskriterier

3.4.1 Innledning

Tildelingskriterier er konkurransekriteriene som oppdragsgiveren skal vurdere tilbudene etter. Til forskjell fra kravspesifikasjoner og kvalifikasjonskrav vil oppdragsgiver vurdere hvorvidt og i hvilken grad tildelingskriterier er oppfylt først i tildelingsfasen. Kravspesifikasjoner og kvalifikasjonskrav vil derimot vurderes i kvalifikasjonsfasen og være avgjørende for eventuell deltakelse i konkurransen. Felles for samtlige typer krav og kriterier er likevel at de skal fremgå av konkurransegrunnlaget.

Tildelingskriteriene som stilles skal være objektive, saklige og for øvrig i samsvar med grunnleggende prinsipper. Leverandøren som leverer tilbudet som scorer høyest på de fastsatte kriteriene skal tildeles kontrakten. Det er oppdragsgiver som vurderer hvilken leverandør som scorer høyest.¹¹²

Grensedragningen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier kan være vanskelig å vurdere rettslig sett, men skillet er av betydning da oppdragsgiver i utgangspunktet ikke kan vurdere forhold ved leverandørens egnethet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene i

¹¹⁰ LB-2018-147988.

¹¹¹ LB-2018-147988.

¹¹² Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 19.3, s. 147.

tildelingsfasen. Å skille mellom kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen kan eksempelvis være utfordrende for tjenesteytelse. Leverandørens erfaring og kompetanse vil kunne være av betydning for at leverandøren er kvalifisert for oppdraget, og for forventet kvalitet på den tilbudte tjenesteytelse.¹¹³ Det ble poengtert i EU-domstolen sak C-31/87 *Beentjes* at «[s]elv om direktivet [...] ikke udelukker, at etterprøvingen av de bydendes kvalifikasjoner og tildelingen av kontrakten kan finne sted samtidig, er de to processer omfattet af forskjellige regler».¹¹⁴

KOFAs sak 2008/136 gjaldt krav om erstatning etter påstått brudd på anskaffelsesregelverket i sammenheng med kontrakt om avfallsinnsamling i Oslo kommune. Ett av spørsmålene var om evalueringen av tildelingskriteriet «miljø» var i samsvar med regelverket. Nemnda uttalte på generelt grunnlag at «kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører ikke kan gjentas som tildelingskriterier», og at «vurderingstemaet under de angitte tildelingskriterier ikke være det samme som under kvalifikasjonskravene, og dette må fremgå klart av konkurransegrunnlaget».¹¹⁵ KOFA foretok så en vurdering av om kvalifikasjonskravet om «god gjennomføringsevne» hadde samme vurderingstema som tildelingskriteriet «miljø». I konkurransegrunnlagets punkt om «miljø» ble det oppgitt at oppdragsgiver ville evaluere «støynivå (utvendig) ved kjøring og tømning, bruk av hydraulikkolje/vann, drivstoff, partikkelfilter, Euro 475 biler, miljøvaskehall, alkolås, type dekk og andre forhold som kunne anses relevante for utførelsen av kontrakten». Nemnda kom til at vurderingstema her var graden av forurensing ved utførelse av kontrakten, og ikke leverandørens evne til å oppfylle kontrakten. Tildelingskriteriet var dermed ikke i strid med dagjeldende forskrift.¹¹⁶

Det følger av någjeldende § 16-6 femte ledd i anskaffelsesforskriften at «[d]okumentasjonen som oppdragsgiveren bruker i evalueringen av kvalifikasjonskravene, kan også brukes i evalueringen av tildelingskriteriene dersom vurderingstemaet er et annet». Det kan legges til grunn at en vurdering av § 16-6 femte ledd vil foretas på tilsvarende vis som KOFA vurderte tildelingskriteriet «miljø» i sak 2008/136.

¹¹³ Thue og Søyland, Gyldendals Rettsdata kommentar til «Lov om offentlige anskaffelser», note 332 (sist besøkt 15.03.20).

¹¹⁴ Dom av 20. september 1988, sak C-31/87, *Beentjes*, premiss 16.

¹¹⁵ KOFA-2008-136 premiss 80.

¹¹⁶ KOFA-2008-136 premiss 86.

Hvilke kvalifikasjonskrav og tilhørende dokumentasjonskrav som stilles vil således virke inn på hvilke tildelingskriterier som kan stilles. Spørsmålene i det følgende blir dermed hvordan oppdragsgiver rent faktisk kan bruke tildelingskriterier som et verktøy for å vektlegge miljøhensyn, og hvordan miljørelaterte tildelingskriterier kan utformes i tråd med regelverket. Avhandlingen tar i utgangspunktet ikke sikte på å behandle oppdragsgivers evaluering av mottatte tilbud, utover det som anses hensiktsmessig for å besvare de aktuelle problemstillingene.

3.4.2 Hvordan vektlegge miljøhensyn gjennom tildelingskriterier?

Rettslig grunnlag følger av FOA § 18-1 første ledd, hvor det fremgår at oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av a) den laveste prisen, b) den laveste kostnaden eller c) det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av ordlyden i den nye forskriften er det sikker rett at det overordnede kriteriet for tildeling av en kontrakt er at «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet» får kontrakten.¹¹⁷ Dette kommer blant annet til uttrykk i EU-domstolens sak C-532/06 *Lianakis*, hvor følgende uttales om det foregående direktivet:

«[...] denne bestemmelse overlader det til de ordregivende myndigheter at vælge, hvilke kriterier for tildeling af kontrakten de vil anvende, kan de dog kun vælge kriterier, som har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.»¹¹⁸

Ved valg av tilbud på grunnlag av «det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet» kan det stilles tildelingskriterier relatert til miljøegenskaper. Dette følger direkte av FOA § 18-1 tredje ledd bokstav a. Bestemmelsen gjennomfører direktivets artikkel 67 nr. 2 første ledd bokstav a som uttrykkelig slår fast at oppdragsgiver kan legge vekt på miljømessige og innovative karakteristikker, noe som må tolkes som en ganske vid åpning for å vektlegge miljø i tildelingskriteriene.

Tilknytningskravet legger også føringer for de tildelingskriterier som benyttes ved tildeling av kontrakten, jf. FOA § 18-1 fjerde ledd første punktum. Det følger av annet punktum at tildelingskriteriene har tilknytning til leveransen når de «relaterer seg til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder». EU-domstolen har i flere saker

¹¹⁷ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt 26.2, s. 202.

¹¹⁸ Dom av 24. januar 2008, sak C-532/06, *Lianakis*, premiss 29.

kommet til at samfunns- og miljøhensyn har tilstrekkelig tilknytning til leveransen. I sak C-513/99 *Concordia Bus* uttalte domstolen følgende:

«[...] artikkel 36, stk. 1, litra a), i direktiv 92/50 skal fortolkes således, at når den ordregivende myndighet i forbindelse med en offentlig kontrakt vedrørende utførelse af bybustransportytelser beslutter at tildele en kontrakt til den bydende, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, kan den tage hensyn til miljøkriterier, såsom bussenes nitrogenoksidemissioner eller støjniveau, for så vidt som disse kriterier er forbundet med kontraktens genstand, ikke tillægger den nævnte ordregivende myndighet et ubetinget frit valg, er udtrykkelig nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen og overholder alle de grunnleggende prinsipper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskjelsbehandling.»¹¹⁹

Utover å slå fast at kriterier knyttet til bussers utslipp av nitrogenoksidgasser (NOx-utslipp) vil kunne ha tilstrekkelig tilknytning til leveransen, illustrerer uttalelsen at EU-domstolen bruker de grunnleggende prinsippene aktivt i sine vurderinger.

EU-domstolen har også slått fast at samfunnsøkonomiske kostnader kan hensyntas. I sak C-448/01 *Wienstrom*, som gjaldt en rammeavtale for levering av elektrisitet, godtok domstolen tildelingskriterier knyttet til bruk av fornybar energi, under den forutsetning at kriteriene var formulert på en slik måte at vurderingen var knyttet til kontraktens gjenstand og tilfredsstilte de øvrige kravene til tildelingskriterier.¹²⁰

Paragraf 13-2 annet ledd første punktum i forskriften av 2006 inneholdt en bestemmelse som svarer til dagens § 18-1 fjerde ledd, hvor det fremgikk at det skulle benyttes «kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden». Det ble så ramset opp eksempler på slike kriterier i annet punktum, herunder «kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, miljøegenskaper, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice, teknisk bistand, eller tid for levering eller ferdigstilling». Det følger av departementets veileder at

¹¹⁹ Dom av 13. desember 2001, sak C-513/99, *Concordia Bus*, premiss 69.

¹²⁰ Dom av 18. desember 2008, sak C-448/01, *Wienstrom*, premiss 34.

bestemmelsen i § 18-1 i all hovedsak er en videreføring av tidligere rettstilstand, og de ovennevnte eksemplene vil således fortsatt være illustrerende.

I § 18-1 fjerde ledd tredje punktum presiseres det at tilknytningskravet gjelder alle sider av og trinn i varenes, tjenestenes eller bygge- og anleggsarbeidenes livssyklus (produksjonen, leveringen, handelen, etc.), også når slike faktorer ikke påvirker deres egenskaper.

Oppdragsgiver er ikke pliktig å beregne livssyklus kostnadene ved ytelsene de anskaffer, men dersom disse skal beregnes må oppdragsgiver angi hvilke opplysninger leverandørene skal innge og hvilken beregningsmetode som skal brukes, jf. FOA § 18-2 første ledd. Dersom livssyklus kostnader beregnes skal kostnader som skyldes miljøbelastninger knyttet til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene gjennom livssyklusen inngå i beregningen, forutsatt at disse er relevante, jf. annet ledd bokstav b. I dette ligger blant annet kostnader ved utslipp av klimagasser og andre forurensende utslipp, samt eventuelle andre klimatiltakskostnader, jf. artikkel 68 nr. 1 bokstav b i anskaffelsesdirektivet.

3.4.3 Hvordan utforme miljørelaterte tildelingskriterier?

Det følger av FOA § 14-1 tredje ledd bokstav d nr. 4 at konkurransegrunnlaget skal inneholde opplysninger om hvilke tildelingskriterier som gjelder, jf. kapittel 18. I den grad forskriften ikke inneholder særskilte bestemmelser relatert til utformingen av tildelingskriterier, vil de grunnleggende prinsippene og den omfattende praksisen knyttet til tolkningen av disse, være av avgjørende betydning.

EU-domstolen har i sak C-19/00 *SIAC Construction* trukket frem betydning av at prinsippet om likebehandling etterleves både i sammenheng med utformingen av tildelingskriterier og i oppdragsgivers evaluering av tilbudene. Det vises til EU/EØS-rettens formål om å beskytte næringsdrivendes interesser gjennom å fjerne restriksjoner i den frie utvekslingen av varer og tjenester. Retten viser også til betydningen av at kriteriene fremgår på en klar måte av konkurransegrunnlaget, slik at alle «rimeliglyt opplyste og normalt påpasselige bydere» kan fortolke dem på samme måte. Videre vises det til at kravet om gjennomsiktighet, eller etterprøvbarehet, skal muliggjøre kontroll av oppdragsgivers overholdelse av prinsippet om likebehandling. Domstolen uttalte at:

«Denne gjennomsiktighetsforpliktelse innebærer også, at den ordregivende myndighet skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele

udbuddet [...] Endelig skal kriterierne for tildeling i forbindelse med vurderingen af buddene anvendes på en objektiv og ensartet måde over for alle bydende.».¹²¹

KOFA har i forlengelse av dette presisert at klarhetskravet blant annet innebærer at tildelingskriterier skal formuleres så klart at «rimelig aktsomme leverandører kan forstå hva som vil bli vektlagt ved evalueringen».¹²²

Det fremgår av FOA § 18-1 sjette ledd at oppdragsgiver skal angi «tildelingskriterienes relative vekt» ved valg av tilbud etter det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver *kan* angi vekten av kriteriene innenfor «en ramme med et passende maksimalt utslag». Dersom objektive grunner tilsier at det ikke er mulig å vekte kriteriene på denne måten *skal* oppdragsgiver angi kriteriene i prioritert rekkefølge. Bestemmelsen bør ses i sammenheng med FOA § 7-9 annet punktum, som gjelder for alle anskaffelser med en verdi over kr. 100.000, hvor det slås fast at miljøhensyn *bør* vektas med minimum 30 prosent der det brukes som tildelingskriterium. Bestemmelsen er nok bare veiledende for praktiseringen av FOA § 18-1 sjette ledd. Fastsettelsen av kriterienes vekt ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

I KOFA sak 2020/242 behandlet nemnda spørsmål om brudd på regelverket ved evalueringen av tilbudene på tildelingskriteriet «Miljø» etter en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for levering av badeartikler til svømmehaller. Tildelingskriteriet «Miljø» var vektet 10 prosent basert på oppdragsgivers ønske om å premiere klimavennlige leveranser. Leverandørene ble bedt om å legge ved dokumentasjon «dersom deler/hele leveransen vil skje ved bruk av nullutslippskjøretøy (herunder elbil, el-lastesykkel, hydrogen brenselcelle og tilsvarende)». Klager anførte at oppdragsgiver blandet inn beskrivelser som er knyttet til kvalifikasjonskravet miljøledelsestiltak. KOFA mente anskaffelsesdokumentene måtte leses som at tildelingskriteriet kun ble vurdert ut fra leverandørenes bruk av nullutslippskjøretøy, og konkluderte med at oppdragsgiver ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser.¹²³

Paragraf 18-1 niende ledd pålegger oppdragsgiver å angi dokumentasjonskrav for hvert tildelingskriterium. I HR-2019-1801-A poengterte Høyesterett, med henvisning til praksis fra

¹²¹ Dom av 18. oktober 2001, sak C-19/00, *SIAC Construction*, premiss 43 og 44.

¹²² KOFA-2012-17 premiss 40.

¹²³ KOFA-2020-242.

EU-domstolen,¹²⁴ at ethvert tildelingskriterium må være etterprøvbart på en objektiv måte. De viste til at prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet forutsetter at oppdragsgiveren må kunne vurdere om et tildelingskriterium er oppfylt ut fra de opplysninger som følger av tilbudet. Et tildelingskriterium som ikke inneholder et dokumentasjonskrav som muliggjør effektiv kontroll av tilbudene vil følgelig være i strid med EU/EØS-retten.¹²⁵

Tildelingskriterier kan brukes alene eller i kombinasjon med andre krav til miljøegenskaper. Det kan for eksempel være aktuelt å kombinere tildelingskriterier med kravspesifikasjoner. Rent praktisk vil kombinasjonen bestå i at det stilles et minimumskrav til miljøprestasjon, med kriterier som premierer de tilbud som scorer bedre.

Oppdragsgiver hadde i KOFA sak 2019/712 forsøkt å utforme en slik kombinasjon av kravspesifikasjoner og tildelingskriterier. Anskaffelsen besto i en rammeavtale for levering av kontorinnredning og andre møbler. De kvalitative tildelingskriteriene var «Kvalitet/levetid», «Service, oppfølging og leveringstid» og «Miljøhensyn». Kravspesifikasjonene var delt inn i A-, B- og C-krav, hvorav A-kravene var «absolutte krav som må tilfredsstilles». Tilbud som ikke tilfredsstilte alle absolutte krav ville bli avvist. B-kravene ble beskrevet som «viktige krav som bør tilfredsstilles, men det er ikke et absolutt krav. Svar vil ha stor betydning for evaluering av tilbudet. Kravet tillegges høyere vekt enn C-krav».

KOFA påpekte at anskaffelsesregelverket ikke var til hinder for at kravspesifikasjonen og tildelingskriteriene kunne utformes på denne måten, så lenge skillet fremgikk tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget. I dette konkrete tilfellet var det likevel uklart hvordan tildelingskriteriene ville bli bedømt, og hvorvidt A-kravene inngikk i bedømmelsen av tildelingskriteriene. Klagenemnda kom derfor til at tildelingskriteriene var ulovlig uklare.¹²⁶

3.5 Miljøkrav som kontraktvilkår

3.5.1 Innledning

Til forskjell fra kvalifikasjonskrav og kravspesifikasjoner trenger ikke kontraktvilkår å være oppfylt allerede på tilbudstidspunktet, men først ved selve gjennomføringen av kontrakten.

¹²⁴ Sak C-448/01, *Wienstrom*.

¹²⁵ HR-2019-1801-A premiss 90.

¹²⁶ KOFA-2019-712 premiss 31-37.

Kontraktsvilkår kan benyttes for å sikre at de anvendte krav og kriterier opprettholdes eller forbedres i løpet av kontraktsperioden.

Hva som ligger i det anskaffelsesrettslige kontraktsvilkårbegrepet sier ikke nødvendigvis seg selv. I den danskspråklige versjonen av anskaffelsesdirektivet brukes «betingelser vedrørende kontraktens gjennomførelse» på tilsvarende måte som vi i norsk anskaffelsesrett bruker «kontraktsvilkår». Det finnes eksempler i litteraturen på at «kontraktsgjennomføringskrav» brukes som et alternativt begrep til «kontraktsvilkår».¹²⁷ I § 3-11 annet ledd i den foregående anskaffelsesforskriften ble uttrykket «særlige vilkår for gjennomføringen av en kontrakt» brukt med samme meningsinnhold. Ordlyden «særlige kontraktsvilkår» tilsa at standardvilkår falt utenfor bestemmelsen. Departementet presiserte i høringsnotat av 17. mars 2015 at den nye bestemmelsen medførte en endring, da både standardvilkår og spesielle kontraktsvilkår nå omfattes av reguleringen.¹²⁸

Spørsmålet i det følgende er hvordan oppdragsgiver kan bruke kontraktsvilkår for å stille miljøkrav eller ivareta miljøhensyn. Herunder vil det ses på hvilke kontraktsvilkår som kan stilles og hvordan disse kan utformes i tråd med lov og forskrift.

3.5.2 Hvilke miljørelaterte kontraktsvilkår kan stilles?

Rettslig grunnlag følger av FOA § 19-1 første ledd første punktum, hvor det fremgår at «oppdragsgiveren kan fastsette kontraktsvilkår, for eksempel om økonomi, innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn». Mest sentralt for denne problemstillingen er oppdragsgivers adgang til å fastsette kontraktsvilkår om «miljø», selv om også krav knyttet til «innovasjon» vil kunne være relevante. Ordlyden i bestemmelsen er vag og gir oppdragsgiver en vid adgang til å anvende sitt innkjøpsfaglige skjønn ved utformingen av vilkårene. Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet art. 70, som har en tilsvarende vag ordlyd.

Det følger av annet punktum i bestemmelsen at «kontraktsvilkårene skal ha tilknytning til leveransen og fremgå av anskaffelsesdokumentene». Artikkel 70 inneholder et lignende tilknytningskrav, men viser også til regelen i art. 67 nr. 3, som tilsier at kontraktsvilkåret kan angå «ethvert aspekt og ethvert trin i» livssyklusen til ytelsen. Da bestemmelsen i forskriften

¹²⁷ Goller m.fl. (2017) s. 180.

¹²⁸ Nærings- og fiskeridepartementets høringsnotat knyttet til ny forskrift om offentlig anskaffelse: <https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf> se punkt 2.6.2.

ikke går like langt eller lengre enn EU-lovgivningens «minstekrav» på dette punktet, vil det være mest nærliggende å tolke § 19-1 i samsvar med direktivbestemmelsen på dette punktet.

Det forhold at samfunnshensyn som innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn nevnes som konkrete eksempler på hva det kan stilles kontraktsvilkår om, gjør det naturlig å se til LOA § 5 og de overordnede krav bestemmelsen stiller til oppdragsgivers etterlevelse av disse hensynene. Herunder at oppdragiver skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant, jf. første ledd første punktum.

EU-domstolen behandlet i sak C-368/10 *Max Havelaar* spørsmålet om bruk av fair trade-merket Max Havelaar som krav falt inn under reglene om kravspesifikasjoner (tekniske spesifikasjoner) eller kontraktsvilkår (betingelser vedrørende kontraktens utførelse).

Domstolen viste til at kravspesifikasjoner «udelukkende vedrører egenskapene ved selve produktene, deres fremstilling, emballering eller anvendelse og ikke betingelserne, under hvilke leverandøren har kjøpt dem fra produsenten», mens kontraktsvilkår kan inneholde «betingelserne vedrørende kontraktens utførelse navnlig handle om sosiale hensyn».

Grensedragning er av betydning for hvilke regler lovligheten av kravet skal prøves etter.¹²⁹

I sammenheng med miljøkrav kan det stilles spørsmål om Max Havelaar-dommen har overføringsverdi til tilfeller hvor oppdragsgiver stiller krav om at de produkter leverandøren kjøper fra en produsent har et bestemt miljømerke.

For en kontrakt om kantinedrift kan det eksempelvis tenkes at oppdragsgiver ønsker at leverandøren skal bruke økologisk produserte råvarer. Dersom oppdragsgiver da stiller krav om at minst 20 % av råvarene leverandøren kjøper inn skal ha miljømerket Debio eller tilsvarende, og begrunner dette med at den økologiske produksjonsmetoden er mer bærekraftig enn andre produksjonsmetoder, vil det være naturlig etter Max Havelaar-dommen at dette kravet faller inn under kategorien kontraktsvilkår. Dette fordi råvarene ikke er det leverandøren leverer til oppdragsgiver, men heller utgjør en del av det leverandør må anskaffe for å kunne levere sin ytelse.

¹²⁹ Sak C-368/10, *Max Havelaar*, premiss 73-76.

Annerledes ville det derimot vært om oppdragsgiver selv sto for kantinedrift, og de skulle inngå kontrakt om mat- og drikkeanskaffelse med en leverandør, for eksempel i form av råvarer som ville brukes til smørbrød, bagetter eller lignende. Dersom oppdragsgiver da stilte krav om at minst 20 % av råvarene skulle ha miljømerket Debio eller tilsvarende, ville dette vært en kravspesifikasjon. Kravet ville da vært relatert til «egenskaper ved varene» i selve vareanskaffelsen.

FOA § 19-1 annet ledd gjennomfører direktivets art. 72 nr. 1 bokstav a, og åpner for at det kan fastsettes endringsklausuler. Plasseringen av bestemmelsen i § 19-1 tilsier at også endringsklausuler faller under betegnelsen «kontraktsvilkår». Det fremgår av annet punktum at «endringsklausulene skal angis i anskaffelsesdokumentene, og det skal fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår.» Bestemmelsen fastsetter her et konkret klarhetskrav som er ment å sikre forutberegnelighet for leverandørene. Tredje punktum fastslår at endringsklausulene ikke kan åpne for at anskaffelsens «overordnede karakter» blir endret. Denne bestemmelsen sier noe om hvor langt en endringsklausul kan gå, og vil bidra til opprettholdelse av tilknytnings- og forholdsmessighetsprinsippene gjennom kontraktsperioden.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med forbudet mot å gjøre vesentlige endringer av kontrakten i løpet av kontraktsperioden.¹³⁰ Når kontraktsperiodene ofte er av betydelig varighet vil det kunne være behov for å ta med vilkår om særskilte forhold allerede i konkurransegrunnlaget.¹³¹ Eksempelvis kan det tenkes at en oppdragsgiver som har undersøkt markedet registrerer at få eller ingen av de potensielle leverandørene vil oppfylle et krav om tredjepartssertifisering for miljøledelse. Oppdragsgiver kan da, innenfor rammene av LOA § 4, utforme kontraktsvilkår som pålegger leverandøren å implementere tiltak i sin virksomhet gjennom kontraktsperioden, som på sikt vil medføre at slik sertifisering kan innvilges.

Goller m.fl. fremholder at det er få kilder som angir de nærmere grenser for hvilke kontraktsvilkår som kan stilles, utover det som følger uttrykkelig av lov og forskrift.

¹³⁰ Anders Thue og Mona Søyland, Gyldendals Rettsdata kommentar til «Lov om offentlige anskaffelser», note 344 (sist besøkt 15.03.20).

¹³¹ <https://www.anskaffelser.no/verktoy/veiledere/miljokrav-og-miljodokumentasjon-veileder> (sist besøkt 06.05.20).

Utgangspunktet bør, etter deres syn, være at oppdragsgiver kan stille slike krav så lenge de er saklige, objektive og for øvrig i tråd med EØS-avtalens bestemmelser.¹³²

3.5.3 Hvordan utforme miljørelaterte kontraktsvilkår?

Av FOA § 14-1 tredje ledd bokstav b fremgår det at konkurransegrunnlaget skal inneholde opplysninger om hvilke kontraktsvilkår som gjelder for oppdraget, jf. § 19-1. Kravet i § 19-1 annet punktum om at vilkårene skal fremgå av konkurransegrunnlaget samsvarer med prinsippene om klarhet, forutberegnelighet og likebehandling av leverandørene, jf. LOA § 4.

Betydningen av overholdelse av de grunnleggende prinsippene ved utformingen av kontraktsvilkår ble også tatt opp i EU-domstolens sak C-31/87 *Beentjes*, hvor oppdragsgiver hadde stilt et kontraktsvilkår om sysselsetting av langtidsledige. Domstolen slo fast at:

«en sådan betingelse for at være forenelig med direktivet skal være i overensstemmelse med alle fællesskabsrettens relevante bestemmelser, navnlig de forbud, der følger af de i Traktaten fastslåede principper om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser. [...] Det tilkommer den nationale ret under hensyntagen til alle foreliggende omstændigheder at tage stilling til, om en sådan betingelse har en direkte eller indirekte diskriminerende betydning.»¹³³

På tilsvarende vis vil prinsippene om fri etableringsrett og fri utveksling av varer og tjenester være av betydning i sammenheng med utformingen av miljørelaterte kontraktsvilkår.

Herunder må det vurderes om vilkåret reelt sett er diskriminerende.

Det er viktig at alle potensielle leverandører får de nødvendige opplysningene for å vite om det er aktuelt for dem å delta i konkurransen. Å utarbeide tilbud er ofte tidkrevende og kostbart for leverandørene, og det er derfor av betydning at kontraktsvilkår er utformet på en entydig og klar måte i konkurransegrunnlaget. Departementet uttalte følgende i høringsnotatet av 17. mars 2015:

«Når det gjelder kravet om at kontraktsvilkår skal angis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, innebærer en slik utvidelse at oppdragsgivere fremover blir forpliktet til å angi både eventuelle standardvilkår og spesielle kontraktsvilkår. Dette

¹³² Goller m.fl. (2017) s. 181.

¹³³ Sak C-31/87, *Beentjes*, premiss 29 og 30.

vil sikre gjennomsiktigheten om vilkårene som ligger til grunn for konkurransen, og gi større forutsigbarhet for leverandørene.».¹³⁴

Det følger av § 19-1 tredje punktum at oppdragsgiver som skal benytte «fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder» der disse finnes. Denne bestemmelsen må anses som et utslag av prinsippene om konkurranse og likebehandling.

4 Leverandørers rett til å støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle krav om miljøledelse

4.1 Generelt om retten til å støtte seg på andre virksomheter

4.1.1 Innledning

Også leverandørene har rettigheter og plikter etter lov og forskrift. Blant disse står retten til å støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskrav. Denne retten har stor betydning, særlig for små, mellomstore eller nyetablerte virksomheter, da det vil muliggjøre deltakelse i offentlige kontrakter de ellers ikke vill hatt mulighet til å involvere seg direkte i. Å tilrettelegge for markedstilgang for slike virksomheter er i tråd med EU-rettsens målsetting om etableringsfrihet og fri utveksling av ytelser.¹³⁵

Leverandørens rett til å støtte seg på andre virksomheter gjelder likevel ikke ubegrenset, og må veies opp mot hensynet til oppdragsgivers behov. Oppdragsgivers fremste interesse ligger i at den aktuelle leveransen oppfyller de krav som stilles, og vil dermed ønske å ha størst mulig kontroll over hvem som presterer realytelsen i kontrakten. Det er for eksempel ikke i oppdragsgivers interesse at en kvalifisert leverandør setter bort store deler av anskaffelsen til en underleverandør som er mindre egnet. På den andre siden vil det kunne være positivt for oppdragsgiver at flere leverandører kvalifiserer seg til å delta i konkurransen, da det igjen kan bety at de får inn flere og potensielt bedre tilbud.¹³⁶

Retten til å støtte seg på andre virksomheter åpner for noen interessante spørsmål, særlig i sammenheng med kvalifikasjonskrav om miljøledelse. Dette er kvalifikasjonskrav som retter

¹³⁴ <https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf> se punkt 2.6.2.

¹³⁵ Dom av 7. april 2016, sak C-324/14, *Partner Apelski*, premiss 34.

¹³⁶ Kristian Jåtog Trygstad og Espen Bakken, *Offentlige kontrakter: Aktuelle tema*, 1. utgave., Oslo 2020 s. 72-73.

seg mot systematiske prosesser som er implementert i virksomheten til en leverandør, og som er ment å regulere virksomheters innvirkning på ytre miljø.

Formålet med et krav om tredjepartssertifisering for miljøledelse kan være at oppdragsgiver vil inngå kontrakt med en leverandør som gjennomfører, leder, måler og kontinuerlig begrenser sin miljøpåvirkning. Det kan for eksempel tenkes at det foreligger et politisk vedtak som sier at «X kommune skal, i den grad det er mulig, inngå kontrakter med bedrifter som er sertifiserte som Miljøfyrtårn eller tilsvarende». Hva blir da konsekvensen av at leverandøren utøver sin rett til å støtte seg på andre for å oppfylle kvalifikasjonskrav? Må oppdragsgiver akseptere at kontraktsparten ikke er miljøsertifisert, eller er det mulig for oppdragsgiver å nekte en leverandør å støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle et slikt krav?

Dette er spørsmål som vil drøftes under punkt 4.2. For å kunne besvare problemstillingen er det først nødvendig å se på reguleringen av retten til å støtte seg på andre virksomheter.

4.1.2 Rettslig utgangspunkt i lys av EU-domstolens praksis

Anskaffelsesforskriften § 16-10 regulerer leverandørers adgang til å støtte seg på «andre virksomheter» for å oppfylle ett eller flere av kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget. Flertallsformen «virksomheter» tilsier at leverandøren kan støtte seg på mer enn én annen virksomhet. Bestemmelsen setter ikke en øvre grense for antall virksomheter det er adgang til å støtte seg på for gjennomføringen av en bestemt kontrakt. Kvalifikasjonskravene må være knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet (§ 16-3) eller tekniske og faglige kvalifikasjoner (§ 16-5), jf. første ledd.

EU-domstolen har i sak C-27/15 *Pizzo*, som gjaldt tildeling av en offentlig servicekontrakt for håndtering av avfall fra skip som anløper havner i Messina, Italia, anerkjent at en leverandør «kan udnytte sin egen samt en anden eller flere andre aktørers formåen med henblik på at oppfylde de fastsatte mindstekrav, som den pågældende aktør ikke kan oppfylde fuldt ud på egen hånd».¹³⁷ Tilsvarende er lagt til grunn i sak C-94/12 *Monnocchi Luigino*.¹³⁸

¹³⁷ EUs generaladvokats uttalelse knyttet til sak C-27/15, *Pizzo*, premiss 26.

¹³⁸ Dom av 10. oktober 2013, sak C-94/12, *Swm Costruzioni 2*, premiss 33.

Spørsmålet blir så om dette vil si at oppdragsgiver alltid må godta at leverandører støtter seg på andre virksomheter, eller om det finnes tilfeller hvor oppdragsgiver kan kreve at leverandøren selv oppfyller kvalifikasjonskravet.

Paragraf 16-10 gjennomfører anskaffelsesdirektivets art. 63 nr. 1. Direktivbestemmelsen inneholder et forbehold eller vilkår som ikke er tatt med i den norske forskriftsbestemmelsen:

«Med hensyn til kriterierne vedrørende økonomisk og finansiell formåen i henhold til artikkel 58, stk. 3, og kriterierne vedrørende teknisk og faglig formåen i henhold til artikkel 58, stk. 4, kan økonomiske aktører *i givet fald* og i forbindelse med en bestemt kontrakt basere seg på andre enheders kapasitet, uanset den rettlige karakter af forbindelserne med dem.» (min kursivering)

At retten til å støtte seg på andre gjelder «i givet fald», eller «where appropriate» som det heter i den engelske direktivteksten, eller «vid behov» i den svenske, taler for at det må vurderes særskilt om leverandøren skal ha rett til å støtte seg på andre, herunder om det er hensiktsmessig eller formålstjenlig. Når den norske forskriften ikke sier noe om en slik vurdering, skal § 16-10 i utgangspunktet tolkes direktivkonformt på dette punkt. På den andre siden virker det ikke som at hverken nasjonale domstoler eller EU-domstolen faktisk foretar slike vurderinger i praksis, men heller bygger på utgangspunktet om at leverandøren har denne retten, og at det kun er i særlige tilfeller det kan gjøres begrensninger i den.

EU-domstolens praksis åpner for at det i særlige eller ekstraordinære tilfeller (unntakstilfeller) vil være mulig å gjøre begrensninger i retten til å støtte seg på andre virksomheter. I sak C-94/12 *Swm Costruzioni 2*, som gjaldt bygg- og anleggsarbeider, uttalte retten følgende:

«Det kan ikke udelukkes, at der findes bygge- og anlægsarbejder, som har særlige kendetegn, der medfører et behov for en vis formåen, som ikke kan opnås ved at samle ringere formåen fra flere økonomiske aktører. I et sådant tilfælde kan den ordregivende myndighed kræve, at en enkelt økonomisk aktør skal opfylde minimumsniveauet for den pågældende formåen, eller i givet fald at et begrænset antal økonomiske aktører opfylder disse.»¹³⁹

¹³⁹ Sak C-94/12, *Swm Costruzioni 2*, premiss 35.

Uttalelsen må forstås slik at det kan være tilfeller hvor konkrete aspekter ved bygg- og anleggsarbeider tilsier at leverandøren må ha spesifikke egenskaper eller spesiell kompetanse for å kunne utføre arbeidet. Det vil da ikke være tilstrekkelig å samle eller kumulere flere virksomheters enkeltvis utilstrekkelige kompetanse for å utføre arbeidet. I et slikt ekstraordinært tilfelle vil det kunne være adgang til å kreve at hovedleverandøren selv, eller en annen bestemt virksomhet, skal utføre den delen av arbeidet.

Tilsvarende er lagt til grunn i *Pizzo*. Det ble med henvisning til *Svm Construzioni 2* uttalt at:

«Domstolen har ikke desto mindre bemærket, at det ikke kan udelukkes, at der findes bygge- og anlægsarbejder, som har særlige kendetegn, der medfører et behov for en vis formåen, som ikke kan opnås ved at samle ringere formåen fra flere økonomiske aktører. Domstolen har således anerkendt, at den ordregivende myndighed i et sådant tilfælde kan kræve, at en enkelt eller et begrænset antal økonomiske aktører skal opfylde minimumsniveauet for den pågældende formåen, eftersom dette krav er forbundet med og afpasset efter den pågældende kontrakts genstand.»¹⁴⁰

Dommene gir uttrykk for at det i særlige tilfeller kan være behov for at én enkelt (eller et begrenset antall) virksomhet oppfyller minimumskravet. Dette vil kunne innebære at leverandøren selv må være kvalifisert. Det sentrale er at den som utfører kontrakten eller spesielle oppgaver under denne, har de nødvendige kvalifikasjoner for å utføre dette arbeidet.

FOA § 16-10 sjette ledd inneholder en tilsvarende regel for vareanskaffelser som inkluderer monterings- og installasjonsarbeid, og for tjenester og bygge- og anleggsarbeider.

Avgrensningen her må forstås som at kontrakter om enkle vareanskaffelser faller utenfor de tilfeller hvor unntaket kan komme til anvendelse. Oppdragsgiver kan for de nevnte ytelsene stille krav om at bestemte kritiske oppgaver skal utføres av leverandøren selv eller en bestemt deltaker i felleskap. Hva som faller inn under ordlyden «kritiske oppgaver» må vurderes særskilt for den konkrete anskaffelsen, men de må uansett være tydelig definerte, jf. sak C-298/15 *Borta*.¹⁴¹

Sak C-324/14 *Partner Apelski* oppstiller et annet unntak fra hovedregelen om at leverandører har rett til å støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskrav. Saken gjaldt

¹⁴⁰ Dom av 2. juni 2016, sak C-27/15, *Pizzo*, premiss 28.

¹⁴¹ Dom av 5. april 2017, sak C-298/15, *Borta*, premiss 39.

en kontrakt om vinter- og sommervedlikehold av veiene i Warszawa. Leverandøren støttet seg her på en virksomhet som hadde erfaring med slike tjenstester, men som ikke skulle delta i selve utføringen av kontrakten. De skulle derimot bidra med rådgivning og utdanning.

Domstolen uttalte med henvisning til konklusjonen i *Swm Construzioni 2* at:

«Ligeledes ville det ikke kunne udelukkes, at den formåen, som en anden enhed råder over, og som er fornøden for en given kontrakts opfyldelse, under hensyntagen til en given kontrakts karakter og formål under særlige omstændigheder ikke kan overføres til tilbudsgiveren. Under sådanne omstændigheder kan en tilbudsgiver derfor kun basere sig på denne formåen, hvis den anden enhed direkte og personligt deltager i udførelsen af den omhandlede kontrakt.»¹⁴²

I de tilfeller det ikke er mulig å overføre den særlige kompetansen eller kunnskapen fra en støttevirksomhet til leverandøren, vil støttevirksomheten altså måtte stå for utførelsen av kontrakten. Det sentrale poenget er at den som utfører arbeidet faktisk har de nødvendige kvalifikasjonene til å gjennomføre oppgavene på en tilfredsstillende måte.

I generaladvokatens forslag presiseres det at oppdragsgiver for å ivareta prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet, må «angive dette på forhånd i udbudsbekendtgørelsen og/eller udbudsbetingelserne».¹⁴³ Det må fremgå av konkurransegrunnlaget om det kreves at den som innehar den særlige kompetansen også skal utføre arbeidet.¹⁴⁴

FOA § 16-10 femte ledd bygger på prinsippet fra *Partner Apelski*, og slår fast at dersom en leverandør skal støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle krav til utdanning og faglige kvalifikasjoner (§ 16-6 første ledd bokstav f) eller krav om faglig erfaring, så er det disse virksomhetene som skal utføre tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som krever slike kvalifikasjoner.

En leverandør som støtter seg på kapasiteten til en eller flere andre virksomheter plikter å dokumentere at han råder over de nødvendige ressursene, jf. § 16-10 annet ledd. Som eksempel trekker bestemmelsen frem muligheten til å fremlegge en forpliktelseserklæring fra

¹⁴² Sak C-324/14, *Partner Apelski*, premiss 41.

¹⁴³ EUs generaladvokats uttalelse knyttet til sak C-324/14, *Partner Apelski*, premiss 40.

¹⁴⁴ Sak C-324/14, *Partner Apelski*, premiss 58.

den eller de virksomhetene leverandøren vil støtte seg på. Det sentrale er at leverandøren reelt disponerer over disse virksomhetenes ressurser.¹⁴⁵

Oppdragsgiver skal kontrollere at virksomhetene leverandøren vil støtte seg på oppfyller de «relevante kvalifikasjonskravene», jf. tredje ledd. Med «relevante kvalifikasjonskravene» virker det nærliggende at det siktes til de konkrete kvalifikasjonskravene hovedleverandøren støtter seg på andre for å oppfylle. Når det skal vurderes om kvalifikasjonskravene er oppfylt for en leverandør som støtter seg på andre virksomheter, skal det ses hen til deres samlede kvalifikasjoner.¹⁴⁶

På generell basis kan det slås fast at retten til å støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskrav ikke gjelder ubegrenset, og at det finnes særlig tilfeller hvor oppdragsgiver kan kreve at leverandøren selv oppfyller kravet. Oppdragsgiver kan i visse tilfeller stille krav om at virksomheten leverandøren støtter seg på, og som innehar en bestemt kompetanse eller kunnskap som ikke lar seg overføre til leverandøren, selv skal utføre arbeidet.

4.2 Kan oppdragsgiver nekte en leverandør å støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle krav om miljøledelse?

Det følger av FOA § 16-10 første ledd at leverandører har rett til å støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskrav som faller inn under kategorien «tekniske og faglige kvalifikasjoner», jf. § 16-5. Krav om miljøledelse er omfattet av denne bestemmelsen, jf. § 16-6 første ledd bokstav g. Hovedregelen er altså at leverandører har adgang til å støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle slike krav.

Spørsmålet i det følgende er om noen av unntakene etter forskriften eller EU-domstolens praksis vil kunne komme til anvendelse for krav om tredjepartssertifisering for miljøledelse. Det forutsettes, som under punkt 4.1.1, at leverandøren har hatt som formål å inngå kontrakt med en bedrift som nettopp kan vise til at de gjennomfører, leder, måler og kontinuerlig begrenser sin miljøpåvirkning i tråd med internasjonale standarder. Oppdragsgiver vil trolig motsette seg at leverandøren støtter seg på en annen virksomhet, som ikke er kontraktspart, for å oppfylle dette kravet.

¹⁴⁵ Dom av 2. desember 1999, sak C-176/98, *Holst Italia*, premiss 29.

¹⁴⁶ Sak C-176/98, *Holst Italia*, premiss 28.

Miljøledelsessertifisering er en form for kompetanse som faller utenfor forskriftens regulering av krav om utdanning og faglige kvalifikasjoner eller erfaring, og FOA § 16-10 femte ledd kommer dermed ikke direkte til anvendelse for krav om miljøledelse.

Etter *Partner Apelski* er vurderingstemaet om den aktuelle kompetansen eller kunnskapen lar seg overføre fra en virksomhet til en annen. Dersom den ikke lar seg overføre, typisk fra støttevirksomhet til hovedleverandør, vil den som besitter kompetansen eller kunnskapen være den som må utføre arbeidet.

Sertifisering for miljøledelse er noe en virksomhet kan kvalifisere seg til dersom de påviser at de gjennomfører, leder, måler og begrenser sin miljøpåvirkning i tråd med de krav som stilles i internasjonale standarder. Sertifiseringen er et bevis på at den aktuelle virksomheten har slike prosesser innarbeidet i sin virksomhet, og denne kompetansen eller kvalifikasjonen er ikke overførbart. Dersom leverandøren vil støtte seg på en annen virksomhet for å oppfylle krav om miljøledelse, så må denne virksomheten også utføre arbeidet. Oppdragsgiver vil da – så lenge det er uttrykkelig presisert i konkurransegrunnlaget – kunne kreve at virksomheten med miljøsertifisering gjennomfører kontrakten, i den grad det er relevant og forholdsmessig.

En konsekvens av unntaket er også at en hovedleverandør som selv er sertifisert for miljøledelse, men som av en eller annen grunn må støtte seg på en annen virksomhet for å gjennomføre deler av kontrakten, kan ende opp med å ikke være kvalifisert for deltakelse i konkurransen fordi støttevirksomheten ikke er sertifisert.

FOA § 16-10 sjettede ledd om «kritiske oppgaver» kan trolig komme til anvendelse i sammenheng med et krav om miljøledelse. Hvorvidt en virksomhet har et innarbeidet miljøledelsessystem eller ikke, vil ha betydning for virksomhetens påvirkning på ytre miljø. For kritiske oppgaver som innebærer en særlig risiko for skadelig miljøpåvirkning, kan det dermed tenkes at det kan stilles krav om at den virksomheten som besitter denne kompetansen, altså er sertifisert for miljøledelse, også er den som skal gjennomføre de kritiske oppgavene. Etter *Swm Costruzioni 2* er det da en forutsetning at de kritiske oppgavene tilsier at det ikke er tilstrekkelig å samle eller kumulere kompetansen til flere alene utilstrekkelig kvalifiserte virksomheter. Videre må oppdragsgiver angi presist hva de kritiske oppgavene består i.

5 Oppsummering og konklusjon

Hovedproblemstillingen for denne avhandlingen er hvilken adgang oppdragsgivere har til å stille miljøkrav på de ulike stadiene av en offentlig anskaffelsesprosess. Dette kapittelet vil sammenholde og drøfte de mest sentrale momentene som er gjennomgått i de foregående kapitlene for å komme til en konklusjon på problemstillingen.

Oppdragsgiver er pålagt å ivareta miljøhensyn i sine anskaffelser, jf. LOA § 5 og FOA § 7-9. Hvilke miljøkrav det er adgang til å stille og hvordan disse kan utformes er likevel underlagt en omfattende regulering i anskaffelsesforskriften. Forskriftens bestemmelser skal tolkes og praktiseres i samsvar med de grunnleggende prinsippene i LOA § 4, formålsbestemmelsen LOA § 1 og LOA § 5. I tillegg skal reglene tolkes i samsvar med direktivbestemmelsene de gjennomfører og EU-domstolens tolkning av disse. Hvilke krav som rent faktisk kan stilles og hva som kan ligge i disse kravene, vil måtte vurderes konkret fra anskaffelse til anskaffelse.

Utgangspunktet er at det kan stilles miljøkrav på de ulike stadiene av anskaffelsesprosessen, da i form av kravspesifikasjoner, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier eller kontraktsvilkår. Felles for samtlige miljøkrav som kan stilles er at de skal fremgå av konkurransegrunnlaget og være i samsvar med de grunnleggende prinsippene. Prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet er sentrale ved utformingen av kravene. Likeledes vil tilknytnings- og forholdsmessighetskravene ofte være avgjørende for hvilke krav som kan stilles for og omfanget av disse kravene.

Kravspesifikasjoner og kvalifikasjonskrav skal være oppfylt allerede i kvalifikasjonsfasen av prosessen, mens tildelingskriterier vil vurderes i tildelingsfasen og kontraktsvilkår først skal oppfylles under gjennomføringen av kontrakten.

Oppdragsgiver kan stille krav om miljøegenskapene til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene, jf. FOA § 15-1. Slike kravspesifikasjoner kan utformes som ytelses- eller funksjonskrav, tekniske spesifikasjoner eller behovsspesifikasjoner. Slike krav vil kunne være relevante og forholdsmessige selv om de ikke relaterer seg direkte til det sluttproduktet som ytes. Ofte vil det være hensiktsmessig for både oppdragsgiver og leverandør at det stilles krav om miljømerker. Krav om at ytelsen må ha et bestemt miljømerke er likevel underlagt en forholdsvis streng regulering, da det fort vil være i strid med likebehandlingsprinsippet. Selve utformingen av kravspesifikasjoner er også betydelig regulert. Kjernen i reguleringen kan sies å bestå i at kravene skal være så klart og entydig formulerte at normalt aktsomme tilbydere vil

fortolke dem likt, at de skal være etterprøvbare, og for øvrig ikke være konkurransebegrensende. Det samme gjelder for utformingen av kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og kontraktsvilkår, dog i noe varierende utstrekning.

Det er adgang til å stille miljørelaterte krav til leverandørens kvalifikasjoner, jf. FOA § 16-1, jf. § 16-5. Disse kravene vil hovedsakelig knytte seg til miljøledelsestiltak, jf. § 16-6 første ledd bokstav g. Herunder kan det både stilles krav om tredjepartssertifisering og mer konkrete krav som er relevante for den aktuelle kontrakten. Det følger direkte av forskriften at kravene skal ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen. Utenfor anskaffelsesforskriftens område har det i rettspraksis blitt fremholdt at det kan foreligge saklige grunner til å stille krav om miljøledelse på mer generell basis, ved at det vil kunne virke «generelt miljøfremmende».¹⁴⁷ Det finnes ingen klare holdepunkter for en tilsvarende vid adgang til å stille krav om miljøledelse etter anskaffelsesforskriften § 16-1, hverken i rettspraksis eller i litteraturen. Det nye anskaffelsesdirektivet inneholdt riktig nok to utvidelser av oppdragsgivers adgang til å stille krav om miljøledelse, så det kan ikke utelukkes at utviklingen vil gå lengre i den retningen ved senere revideringer.

Leverandører har som hovedregel adgang til å støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskrav om miljøledelse, jf. § 16-10, jf. § 16-5. Oppdragsgiver har i noen særlige tilfeller adgang til å fastsette unntak fra denne regelen. Dersom oppgaver under kontrakten forutsetter en viss kompetanse som ikke lar seg overføre fra en virksomhet til en annen, kan oppdragsgiver kreve at den som oppfyller kvalifikasjonskravet gjennomfører arbeidet. Miljøledelse vil trolig kunne være en slik form for kompetanse. Tilsvarende kan bli tilfellet dersom kontrakten innebærer at det må gjennomføres kritiske oppgaver som medfører en særlig risiko for skadelig miljøpåvirkning. I slike tilfeller vil det trolig være relevant å stille krav om at den som utfører oppgavene skal være miljøsertifisert.

Det kan stilles miljørelaterte tildelingskriterier når oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet, jf. FOA § 18-1 første ledd bokstav c. Selv om det avgjørende vil være at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet blir tildelt kontrakten, følger det av EU-domstolens praksis at også samfunnsøkonomiske kostnader kan hensyntas. Forskriften åpner også for at livsykluskostnadene ved anskaffelsen

¹⁴⁷ Se sitat fra LB-2017-46281 og LB-2018-39460 under punkt 3.3.2.

kan tas med i beregningen, herunder kostnader ved utslipp og andre klimatiltakskostnader. Oppdragsgiver er pliktig å angi kriterienes relative vekt. Tildelingskriterier kan også brukes i kombinasjon med andre minimumskrav til miljøegenskaper. Når det kommer til utformingen og evalueringen av tildelingskriterier, er det viktig at vurderingstemaet er tydelig og ikke blir det samme som for stilte kvalifikasjonskrav. Høyesterett har også understreket betydningen av at tildelingskriterier skal være etterprøvbare på en objektiv måte.

Det fremgår av § 19-1 første ledd at det kan fastsettes kontraktsvilkår om miljø. Disse kravene kan anvendes for å sikre at øvrige krav og kriterier opprettholdes eller forbedres i løpet av kontraktsperioden. Herunder kan det fastsettes endringsklausuler. Denne typen kontraktsvilkår er underlagt et strengt klarhetskrav og skal ikke medføre endring av anskaffelsens overordnede karakter. Kontraktsvilkår er den typen miljøkrav som i minst grad er regulert i forskrift og praksis, og oppdragsgiver har dermed en større adgang til å anvende sitt innkjøpsfaglige skjønn ved utformingen av slike krav. De grunnleggende prinsippene vil likevel legge føringer for hvilke krav som kan stilles, hvor det sentrale er at kravene er saklige, objektive og i tråd med EU/EØS-retten.¹⁴⁸

Det er åpenbart at oppdragsgiver *i utgangspunktet* er ment å ha en vid adgang til å stille miljøkrav på de ulike stadiene av anskaffelsesprosessen. De er faktisk pliktig å ivareta miljøhensyn i sine anskaffelser. Forskriftens omfattende regulering av hvilke krav som kan stilles og hvordan de skal utformes, sammenholdt med de grunnleggende prinsippene, medfører likevel så betydelige begrensninger i oppdragsgivers frie skjønnsutøvelse at det kan være vanskelig for oppdragsgivere å vite hvordan miljøkrav faktisk stilles på lovlig måte.

Hensikten med revisjonen av anskaffelsesdirektivet var å forenkle regelverket og å gjøre det mer fleksibelt. Som denne avhandlingen illustrerer er miljøkrav fortsatt underlagt svært omfattende reguleringer i forskriften. Om norske myndigheter skal nå de klimamål de har satt seg,¹⁴⁹ må også offentlige anskaffelser bli mer miljøvennlige. For at dette skal skje må regelverket forenkles ytterligere og gjøres desto mer fleksibelt, slik at oppdragsgivere kan være trygge på hvilke krav som kan stilles uten at de risikere at konkurransen avlyses eller at de må betale erstatning til forbigåtte leverandører.

¹⁴⁸ Se punkt 3.5.2.

¹⁴⁹ Se punkt 1.1.

Referanseliste

Lovregister

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven, GrL.)

Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven, LOA)

Forskrifter

Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 (klagenemndsforordningen)

Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforordningen, FOA)

Forarbeider

NOU 1997: 21, *Offentlige anskaffelser*.

Ot.Prp.Nr.71 (1997-1998). *Om lov om offentlige anskaffelser*.

Ot.Prp.Nr.3 (2000-2001). *Lov om endringer i lov 16. Juli 1999 nr. 69 om offentlig anskaffelser*.

St.meld. nr. 36 (2008-2009), *Det gode innkjøp*.

NOU 2014: 4. *Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket*.

Innst. 358 L (2015-2016). *Innstilling fra næringskomiteen om lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)*.

Prop. 51 L (2015-2016). *Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)*.

Internasjonale rettskilder

Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA).

EUs generaladvokats uttalelse knyttet til sak C-27/15, *Pizzo*, premiss 26.

Rettspraksis

Høyesterett

Rt-2005-1638

HR-2019-1801-A

Lagmannsrett

LH-2012-12587

LB-2017-46281

LB-2018-147988

LB-2018-39460

Tingrett

TOBYF-2018-82807

Nemnder og utvalg

KOFA-2004-53

KOFA-2008-17

KOFA-2008-66

KOFA-2008-136

KOFA-2012-17

KOFA-2015-102

KOFA-2017-84

KOFA-2019-712

KOFA-2020-242

EU-domstolen

Dom av 20. september 1988, sak C-31/87, *Beentjes*

Dom av 2. desember 1999, sak C-176/98, *Holst Italia*

Dom av 18. oktober 2001, sak C-19/00, *SIAC Construction*

Dom av 13. desember 2001, sak C-513/99, *Concordia Bus*

Dom av 24. januar 2008, sak C-532/06, *Lianakis*

Dom av 18. desember 2008, sak C-448/01, *Wienstrom*

Dom av 12. mai 2012, sak C-368/10, *Max Havelaar*

Dom av 10. oktober 2013, sak C-94/12, *Swm Costruzioni 2*

Dom av 6. november 2015, sak C-42/13, *Cartiera dell'Adda*

Dom av 7. april 2016, sak C-324/14, *Partner Apelski*

Dom av 2. juni 2016, sak C-27/15, *Pizzo*

Dom av 5. april 2017, sak C-298/15, *Borta*

Juridisk teori (alfabetisk)

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement: Regulation in the eu and uk*:
Vol. 1, 3rd edition, (London 2014).

Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser: Regelverk, praksis og løsninger*, (Oslo 2013).

Goller, Morten, m.fl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall, Nøtteskallserien*, 2. utgave, (Oslo 2017).

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utg., (Oslo 2018).

Trygstad, Kristian Jåtog og Espen Bakken, *Offentlige kontrakter: Aktuelle tema*, 1. utgave, (Oslo 2020).

Elektroniske rettskilder

Rapport fra Asplan Viak om offentlige anskaffers klimafotavtrykk for årene 2008 til 2013:
https://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser/files/klimafotavtrykk_for_offentlig_virksomhet.pdf

Anders Thue og Mona Søyland, Gyldendals Rettsdata kommentar til «Lov om offentlige anskaffelser»:

<https://www.rechtsdata.no/> (sist besøkt 15.03.20).

Nærings- og fiskeridepartementets høringsnotat knyttet til ny forskrift om offentlig anskaffelse:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf>

Nettsider (alfabetisk)

<https://www.anskaffelser.no/anskaffelsesprosessen/anskaffelsesprosessen-steg-steg/avklare-behov-og-forberede-konkurransen/lage-kontraktstrategi/livssyklusluskostnader-lcc> (sist besøkt 06.03.20).

<https://www.anskaffelser.no/samfunnsansvar/klima-og-miljo/miljobelastning-ved-offentlige-anskaffelser> (sist besøkt 06.02.20).

<https://www.anskaffelser.no/verktoy/veiledere/miljokrav-og-miljodokumentasjon-veileder> (sist besøkt 06.05.20).

https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en (sist besøkt 06.03.20).

<https://www.huseierne.no/hus-bolig/tema/miljo/miljomerkenene-kjenner-du-dem/> (sist besøkt 14.05.20).

<https://www.miljofyrtarn.no/virksomhet/om-oss/dette-er-miljofyrtarn/> (sist besøkt 19.05.20)

<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/id2511781/> (sist besøkt 06.02.20).

<https://www.vg.no/nyheter/i/3JgWnL/norge-skjerper-klimamaalet> (sist besøkt 07.02.20).

