

RETT OG PLIKT TIL Å STILLE MILJØKRAV VED OFFENTLIGE INNKJØP

Hvordan stille konkrete miljøkrav innenfor rammen av
regelverket for offentlige anskaffelser?

Kandidatnummer: 415

Veileder: Vigdis Myran

Leveringsfrist: 25. april 2006

Til sammen 17.801 ord

24.04.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	1
1.2	Avgrensning	3
<u>2</u>	<u>RETTLIG GRUNNLAG OG METODE</u>	<u>4</u>
2.1.	EØS/EU-reglene	4
2.1.1	Fellesskapsrettens grunnleggende prinsipper	7
2.1.2	Innkjøpsdirektivene	11
2.2.	Regulering i norsk rett	13
2.2.1.	Loven om offentlige anskaffelser	13
2.2.2.	Forarbeidene til LoA	14
2.2.3.	Forskriften om offentlige anskaffelser	15
2.3.	Rettspraksis i Norge	15
2.5.	Rettspraksis fra EF-domstolen	16
2.6.	Forholdet til forvaltningsretten	17
<u>3.</u>	<u>ADGANGEN TIL Å STILLE MILJØKRAV VED OFFENTLIGE INNKJØP</u>	<u>18</u>
3.1.	Historisk bakgrunn	18
3.2.	Rettskilder/metode i forhold til å stille miljøkrav	20
3.2.1	EF-traktaten	20
3.2.2.	EØS-regelverket	20
3.2.3.	Innkjøpsdirektivet – dir 2004/18/EF	21

3.2.4.	EU-kommisjonens tolkingsuttalelse om innkjøpsdirektivet	22
3.2.5.	Buying Green	23
3.2.6.	Forholdet til svensk og dansk praksis på området:	23
3.2.7.	LoA § 6. Ressurs- og miljøbevisste anskaffelser	24
3.2.8.	Forskriften for offentlige anskaffelser § 5-1	28
3.2.9.	Forarbeider og Stortingsmeldinger	29
3.2.10.	Grunnlovens § 110 b	29
3.2.11.	Nærings- og handelsdepartementets veileder til offentlige anskaffelser	31
3.3	Håndhevelse	31
3.4.	Noen viktige avgjørelser på området fra EF-domstolen	32
4.	<u>HVORDAN STILLE MILJØKRAV KONKRET?</u>	34
4.1.	På hvilket tidspunkt i prosessen kan man stille miljøkrav?	35
4.2.	Miljøhensyn ved planlegging og behovskartlegging	36
4.3.	Miljøkrav til produktet eller leveransen	36
4.3.1.	Spesifikasjon av kontraktsgjenstanden	36
4.3.2.	Tekniske spesifikasjoner	38
4.4.	Krav til leverandøren	49
4.4.1	Krav til økonomisk-, finansiell- og teknisk kapasitet	49
4.4.2	Avvisning av leverandører	52
4.5.	Tildelingskriterier	53
4.5.1	Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet	53
4.6	Miljøkrav i kontrakt	56
4.7.	Avslutning -en de lege ferenda betraktning	57
5.	Litteraturliste	60

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Jeg skal i denne oppgaven gjøre rede for det offentliges rett og plikt til å stille miljøkrav ved offentlige anskaffelser, og hvor langt man konkret kan gå i å stille miljøkrav innenfor rammen av regelverket. Det offentlige kjøper varer og tjenester for et betydelig beløp hvert år. I Norge utgjorde beløpet i 2004 ca 256 milliarder kroner.¹ Det vil si 15 % av bruttonasjonalproduktet,² og i tillegg antas det å være økende. Det er grunn til å anta at kombinasjonen av et effektivt regelverk og økt kompetanse på innkjøpsfronten kan gi store besparelser for det offentlige, noe som underbygges av flere undersøkelser som er gjort på feltet. EU-kommisjonen har gjort en studie som viser at regelverket for offentlige anskaffelser har bidratt til å redusere kostnadene for det offentlige på området med nesten 30 % i EU.³ En norsk undersøkelse kom til det samme resultatet som EU-kommisjonen, mens en annen kom til motsatt konklusjon.⁴ Et viktig samfunns mål er uansett at våre felles ressurser forvaltes på en riktig og effektiv måte, slik at det offentlige kan få mest mulig velferd (av ulike typer) ut av pengene. Dette fremgår også av lov om offentlige anskaffelser⁵ (heretter kalt LoA) § 1. Tatt i betraktning det store volumet av anskaffelser kan den potensielle innvirkning på miljøet sies å være stor dersom miljøhensyn vektlegges i gjennomføringen av anskaffelsen. Det offentlige er en svært viktig kunde for næringslivet. Hvis reglene blir anvendt på en riktig og konsekvent måte vil næringslivet i større grad kunne forutse hvilke varer og tjenester forvaltningen er ute etter, og innrette seg etter dette.

¹ Statistisk sentralbyrå

² Statistisk sentralbyrå

³ A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future av 03.02.04 s. 15.

⁴ Asplan Viak 2004 s. 9-10 og Offentlige anskaffelser på anbud - virkninger og erfaringer med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, NORUT Samfunnsforskning AS, 1996

⁵ Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69

En god og konsekvent bruk av regelverket vil også kunne bidra til større innovasjon på enkelte felter, se også senere i oppgaven under punkt 3.2.7. om formålet med LoA § 6. For å oppnå disse målene trenger man et regelverk som er enkelt for innkjøperne å håndtere og for leverandørene å forholde seg til.

Det offentlige har en plikt til å stille miljøkrav ved anskaffelser, samtidig som regelverket ikke angir noen presis anvisning på hvordan dette kan gjøres. I tillegg opererer det samme regelverket med svært strenge krav til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvbare. Alle vurderinger skal være forutberegnelige for leverandørene og etterprøvbare. Dette skaper en stor utfordring for oppdragsgivere siden miljøkrav må være objektive og målbare for å kunne benyttes. I og med at prosessen ved offentlige anskaffelser er lang og kompleks vil en såpass uklar angivelse av miljøkrav som følge av gjeldende rett lett kunne føre til at offentlige instanser som skal sette kontrakter ut på anbud dropper ytterligere komplikasjoner ved å stille miljøkrav, selv om man etter LoA og forskriften om offentlige anskaffelser⁶ (heretter kalt FoA) er pålagt å stille slike.

Offentlige innkjøp er et område der det er mulig å påvirke miljøet i riktig retning samtidig som dette er økonomisk gunstig, gjennom at det velges produkter som har lav livsløpskostnad, høyere kvalitet, lavere energiforbruk etc. Dette er uttalt i Ot.prp. nr. 71, som viser til Stortingsmelding nr. 58 (1996-97), der det er uttalt at: *”Offentlig sektor skal være en drivende kraft og gå foran i arbeidet for et økologisk bærekraftig samfunn, noe som også må reflekteres i offentlig sektors drift av egen virksomhet.”*

Denne oppgaven skal omhandle hvor langt det offentlige kan gå i å stille miljøkrav ved offentlige anskaffelser, og hvordan det konkret kan gjøres, det vil si hvordan slike krav kan utformes, dokumenteres og anvendes. Offentlig anskaffelsesvirksomhet generelt, er i dag underlagt et omfattende, detaljert og komplisert regelverk, bl.a. som følge av innføringen

⁶ Forskriften om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616

av EØS-regelverket⁷ for offentlige anskaffelser i norsk rett. Det er således ikke bare nasjonale regler man må se hen til når man foretar et offentlig innkjøp. Et sentralt spørsmål som også skal behandles i denne oppgaven er hvordan de norske reglene skal tolkes i forhold til EØS/EU regler,- fellesskapsretten.

1.2 Avgrensning

Jeg skal i denne oppgaven innledningsvis se på den rettslige rammen for offentlige anskaffelser generelt, siden dette må legges til grunn når man skal stille miljøkrav. Jeg skal deretter ta for meg i hvilken grad det offentlige har rett og plikt etter LoA og FoA til å stille miljøkrav i innkjøpsprosessen, og fremgangsmåten for dette. Det siste vil utgjøre hoveddelen av oppgaven. Jeg skal primært se på samspillet mellom norsk rett og fellesskapsretten⁸, siden annen rett som Norge har forpliktet seg til å følge, slik som WTO-reglene (GPA⁹), presumeres å stemme overens med fellesskapsretten. Jeg vil derfor ikke behandle disse reglene mer utførlig her. Jeg vil for øvrig i denne sammenheng vise til at det i Nielsen, 2002¹⁰, er uttalt følgende, ” *Uanset at formuleringen i direktiverne ikke er ordret den samme, kan det efter tilpasningen av direktiverne til GPA¹¹ ikke antages , at retsstillingen efter EU retten er forskjellig fra GPA-regelen.*” Dessuten finner jeg ikke at det vil tilføre oppgaven noe ekstra hvis jeg skriver om andre regler på området, siden temaet der har blitt behandlet mindre grundig enn i fellesskapsretten. I tillegg avgrenser jeg mot Forsyningsdirektivet¹² og tar således kun for meg klassisk sektor. Videre avgrenser jeg

⁷ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidet (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27.november 1992 nr.109. Ikraftttredelse 1. januar 1994, samtidig med EØS-avtalen.

⁸ EF-retten og EØS-retten.

⁹ Agreement on government procurement av 15.04.1994 (GPA).

¹⁰ Nielsen, Ruth, Udbud af offentlige kontrakter, 2. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2002, s.240.

¹¹ Direktiv 97/52/EF

¹² Rådets direktiv 2004/17/EF.

oppgaven mot reglene om statsstøtte. Dette gjør jeg for å kunne gå dypere inn i de problemstillingene jeg har valgt å behandle.

2 Rettslig grunnlag og metode

Rettskildesituasjonen på området for offentlige anskaffelser må sies å være relativt kompleks. Jeg vil i denne delen ta for meg de viktigste kildene når det gjelder offentlige anskaffelser generelt. Dette er faktorer som man må hensynta også når man skal stille miljøkrav. I kapittel 3 vil jeg behandle rettskildene spesielt relatert til miljøkrav, etter samme metode som i dette kapittel.

2.1. EØS/EU-reglene

Direktivene om offentlige anskaffelser er gitt i medhold av EF-traktatens art. 95 for å realisere den grunnleggende målsetningen for EF; å skape et indre marked med effektiv konkurranse og fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital, samt etableringsfrihet.¹³ I preambelen til Traktaten om den Europeiske Union er det slått fast følgende overordnede mål: *”at fremme økonomiske og sociale fremskridt for deres folk under hensyn til prinsippet om bæredygtig utvikling og som led i gjennomførelsen af det indre marked samt i tilvejebringelsen af øget samhørighed og miljøbeskyttelse, og på at gennemføre politikker, der sikrer, at fremskridt med hensyn til økonomisk integration ledsages af parallelle fremskridt på andre områder,..”* Formålet med offentlige anskaffelser er effektiv ressursbruk gjennom effektiv konkurranse. Dette vil dermed føre til mer velstand, slik som det er uttrykt over. Nevnte mål skal nås gjennom fri handel og like vilkår for alle aktørene i markedet. Samme formål er også nedfelt i preambelene til flere

¹³ Rådets direktiv 93/37/EØF preambelens første avsnitt.

direktiver om offentlige anskaffelser. Reglene skal dessuten sikre en åpen og gjennomiktig prosedyre for gjennomføring av konkurransen, noe som igjen vil styrke muligheten for fri konkurranse og ikke-diskriminering.

Norge har gjennom EØS-loven forpliktet seg til å til å følge EU's direktiver og forordninger på områder som er omfattet av EØS-avtalen, og implementere regler i tråd med disse.¹⁴ EØS-avtalens fortale punkt 16 slår videre fast at det er en målsetting at man skal ha ensartede regler i EØS-området.

EU-direktivene om offentlige anskaffelser har ikke noen egne formålsbestemmelser, men kommer som regel inn på formålet i fortalene eller innledningene, som er inntatt innledningsvis i alle direktiver. Når det gjelder formålsbestemmelsene vil EF- og EFTA-domstolene komme inn som tolkere av direktivene og formålet med disse. Det er vanlig å ha en funksjonell(tverrdisiplinær) synsvinkel og bruke en objektiv formålstolking. Dette ble klart uttalt i Beentjes saken¹⁵, der EF-domstolen uttalte: *"Begrebet stat i denne bestemmelses forstand skal fortolkes formålsbestemt."* Det kan være vanskelig å følge en slik formålstolking når det gjelder fellesskapsretten, siden formålene ofte ikke er klart uttalt, men disse gir likevel muligheter til å foreta en dynamisk tolking av domstolen i forhold til den alminnelige rettsoppfatning og evt. øvrige samfunnsforhold. Man må videre gå på tvers av flere juridiske områder, noe som kan føre til at formålene til en viss grad kan være motstridende. Når det gjelder miljø- og frihandelshensyn, er dette områder der hensynene bak reglene ofte har stått mot hverandre. Prinsippet om frihandel og de grunnleggende prinsippene må alltid vurderes (se om prinsippene under 2.1.1). Tolkinger som går ut over disse grunnleggende prinsippene, vil kun unntaksvis bli godtatt. Når det gjelder mer "politiske" aspekter, slik som for eksempel miljø eller sosiale forhold, kan det være stor uenighet om hvor langt man kan integrere slike i konkurranseprosessen som konkurransekriterier eller om slike aspekter kan holdes helt utenfor.

I EØS-avtalens § 6 heter det: *"ved gjennomføringen og anvendelsen i denne avtale, og med forbehold for den fremtidige utvikling av rettspraksis, skal bestemmelsene.....fortolkes*

¹⁴ Se EF-traktatens artikkel 95

¹⁵ Sak 31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Holland, premiss 11 i den danske versjonen.

i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale". I praksis er det også godtatt at rettspraksis som har tilkommet etter dette tidspunkt skal iakttas.¹⁶ Dette for å få en enhetlig utvikling av regelverket i EØS-området. Det samme fremgår også av ODA-avtalen artikkel 3. Dette innebærer at de EØS-rettslige reglene må fortolkes i samsvar med EF-domstolens praksis. Lov og forskrift om offentlige anskaffelser må derfor alltid ses i lys av rettskildene fra EU/EFTA-landene. Vår nasjonale lovgivning er utformet med basis i de ulike innkjøpsdirektivene, og EØS-avtalens artikkel 3 slår fast følgende: *"Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale."* Dette innebærer at norsk rett skal tilpasses fellesskapsretten på en lojal måte.

Man presumerer at norsk rett er i overensstemmelse med fellesskapsretten, slik at evt. motstrid tolkes bort. Dette er kalt presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet var temaet i Finnanger-saken¹⁷, hvor Høyesterett var satt i plenum. En passasjer ble skadet i bilulykke der bilføreren hadde vært alkoholpåvirket. Passasjeren visste at føreren var påvirket og i henhold til bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b skal passasjeren i utgangspunktet ikke ha erstatning.

Etter uttalelse fra EFTA-domstolen ble det av retten lagt til grunn at bilansvarslovens ordning med erstatningsbortfall var uforenlig med EØS-retten. Motstridsspørsmålet måtte iht. retten løses på bakgrunn av alminnelige tolkningsprinsipper, herunder presumsjonsprinsippet, som følger av EØS-rettens lojalitets- og konformitetskrav. Høyesterett la likevel til grunn at § 7 måtte følges da det var opp til lovgiver å bringe loven i overensstemmelse med EØS-retten. Det var dissens 10-5.¹⁸

¹⁶ Løten kommunesaken Rt 1997 s. 1954, og Nemkosaken Rt 1999 s. 997.

¹⁷ Finnangersaken Rt 2000 s. 1811. Om presumsjonsprinsippet se også KRL-saken, Rt 2001s. 1006, Bøhlersaken, Rt 2000 s. 996, eller Kvinnefengselsaken Rt 1994 s. 1244.

¹⁸ Les mer om dette temaet her: Norsk lov i møte med internasjonal rett : EØS-avtalen og politiske og statsrettslige aspekter ved Høyesteretts dom i Finnanger-saken av Frode Veggeland eller Finnanger av Ola

2.1.1 Fellesskapsrettens grunnleggende prinsipper

De grunnleggende prinsippene som EF-domstolen har utledet av EF-traktaten¹⁹, også kalt primærretten, vil komme til anvendelse, jf. Punkt 2.1. Dette er også kalt primærrett. Alle fellesskapsrettslige regler må tolkes i overensstemmelse med disse, da prinsippene, selv om de ikke er selvstendig hjemmel for en forpliktelse, kan ha stor betydning for forståelsen og tolkingen av en konkret regel, herunder for hvordan reglene i direktivene om offentlige anskaffelser skal fortolkes.

De viktigste prinsippene er nedfelt i loven og forskriften om offentlige innkjøp siden disse er basert på innkjøpsdirektivene²⁰. I tillegg vil fellesskapsrettens grunnleggende prinsipper komme til anvendelse selv om innkjøpene skulle falle utenfor området til innkjøpsdirektivene. Dette ble fastslått i Telaustria saken²¹, som handlet om en konsesjon på en tjenesteytelse, noe som faller utenfor innkjøpsdirektivene. Retten uttalte her i premiss 60: *"..er de ordregivende myndigheter, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag av nationalitet i særdeleshed"*. Dette går jeg imidlertid ikke nærmere inn på.²²

De viktigste prinsippene og grunnleggende bestemmelser er:

- **Proporsjonalitetsprinsippet**

Stemshaug. Dokumentet er en artikkel/bok-kapittel i Heidersskrift til Kåre Elstad / redigert av Tove Bull og Anton Fjeldstad.

¹⁹ Traktat om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF-traktaten) av 25.03.57 med senere endringer (Romatraktaten)

²⁰ Rådets direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF.

²¹ Sak C-324/98 Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG

²² Les mer om dette i NHD's veileder "Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser, kapittel 8.

Det skal være proporsjonalitet mellom målene man ønsker å nå og de virkemidlene man tar i bruk for å nå disse. På området for offentlige anskaffelser vil dette innebære at krav som stilles i anskaffelsesprosessen må stå i rimelig sammenheng med det som skal anskaffes, og ikke virke mer begrensende enn det som er nødvendig når man ser hen til formålet med innkjøpet. Man skal ikke stille strengere krav til leverandøren eller leveransen enn det som er nødvendig for å skaffe den riktige varen med de riktige egenskapene. Kravene til ikke-diskriminering, likebehandling, gjennomsiktighet (herunder åpenhet), forutberegnelighet og overprøvbarhet inngår i kravet til proporsjonalitet og kan fravikes. En fravikelse vil innebære en restriksjon og må derfor være egnet, nødvendig og tilstrekkelig tungtveiende for å bli godtatt etter fellesskapsretten.²³

- **Ikke-diskrimineringsprinsippet**

Prinsippet fremgår av Romatraktaten art. 6 og gjelder både direkte og indirekte diskriminering på grunn av nasjonalitet. Dette er et av de mest sentrale prinsippene i fellesskapsretten når det gjelder offentlige anskaffelser. Direkte diskriminering vil være bestemmelser som er vedtatt kun for å ramme utlendinger. Dette var et tema i Storebælt saken²⁴. Et annet eksempel er hvis man ved spesifiseringen av et produkt kun stiller krav om at produktet skal være Svanemerket. Dette vil være diskriminerende overfor land utenfor Norden.

Prinsippet skal ikke tolkes innskrenkende. Dette fremgår av Unitron Skandinavia saken²⁵ premiss 31:” *It should be noted, however, that the principle of non-discrimination on grounds of nationality cannot be interpreted restrictively. It implies, in particular, an obligation of transparency in order to enable the contracting authority to satisfy itself that it has been complied with.*” Når det gjelder indirekte diskriminering vil dette dreie seg om foranstaltninger som gjelder både for nasjonale og utenlandske tilbydere, men som reelt sett har ufordelaktige virkninger for de utenlandske aktørene. Indirekte diskriminering er ikke alltid forbudt, da medlemslandene noen ganger vil kunne gjøre unntak på grunn av

²³ Graver I: LogR 2004 s. 233.

²⁴ Sak C-243/89, også kalt Kommissjonen mot Danmark, Saml 1993 I 3353.

²⁵ Sak C-275/98

allmenne hensyn, se mer om dette under punktet om unntak fra de grunnleggende prinsippene på side 12.

- Prinsippet om gjensidig anerkjennelse

Dette er et viktig prinsipp for å sikre fri flyt av varer og tjenester, og derfor viktig når det gjelder offentlige innkjøp. En sentral dom fra EF-domstolen på dette felt er, den såkalte Cassis de Dijon-saken²⁶.

Domstolen slo i denne saken fast at en solbærlikør, Cassis de Dijon som var produsert og godkjent i Frankrike, også skulle bli tillatt importert og solgt i andre land som var medlem av frihandelssonen. Dette skulle kunne skje uten at det kreves ekstra testing eller godkjenning. Domstolen uttalte at det er en formodning for at varer som er lovlig markedsført i et EU-land oppfyller de kravene som stilles i importlandet. Man kan ut av dette lese at EF-landene må godkjenne dokumentasjon og sertifikater som er godkjent i et annet medlemsland. Dommen slo imidlertid også fast at nasjonale myndigheter kan ta forhåndsregler. Dette kan skje ved å forby eller begrense importen av et produkt som det er grunnlag for å si skader miljøet, liv og helse til mennesker, dyr eller planter. Regelen om gjensidig anerkjennelse er derfor ikke absolutt.

- Gjennomsiktighet og åpenhet

Gjennomsiktighet er nødvendig for å kunne kontrollere om vilkåret om likebehandling er overholdt.²⁷ Ved å sikre en passende grad av offentlighet til fordel for enhver potensiell tilbyder, blir det mulig å åpne markedet og kontrollere at anskaffelsesprosedyrene er upartiske.²⁸

Prinsippet om gjennomsiktighet innebærer at oppdragsgiver i størst mulig utstrekning gir innsyn i dokumenter og fremgangsmåte i hele anskaffelsesprosessen, og henger nøye

²⁶ Sak 120/78 Rewe Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein

²⁷ C-275/98 Unitron Saml. 1999 s. I-08291 premiss 31 og C-92/00 HI mot Stadt Wien Saml. 2002 s. I- 05553 premiss 45 samt C-324/98 Saml. 2000 s. I-10745 premiss 61.

²⁸ C-324/98 Telaustria Saml. 2000 s. I-10745 premiss 62.

sammen med kravet til etterprøvnbarhet. Dette sikrer tilbyderne og allmennheten en adgang til å følge med på at oppdragsgiver foretar sine anskaffelser iht. regelverket.

- Prinsippet om likebehandling

Dette prinsippet er svært viktig ved offentlige anskaffelser, da det er en grunnleggende forutsetning for en fri konkurranse at alle tilbyderne blir behandlet likt. EF-domstolen har lagt vekt på dette prinsippet i flere saker. I Concordia bus saken²⁹ uttalte retten følgende: *”Det bemerkes at princippet om likebehandling af de bydende der- som domstolen gentagne gange har fastslået- ligger til grund for direktivene om fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige, for det første betyder, at de bydende skal behandles lige både, når de udarbejder deres bud, og når den ordregivende myndighed vurderer buddene”.*

- Fri flyt

Forbud mot hindring av fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og arbeidskraft er hjemlet i EF-traktatens artikler 28, 49, 56, 39. Dette er et av de viktigste målene med fellesskapsretten. Dersom det skjer brudd på dette forbudet vil EU-kommisjonen, som har ansvaret for overvåkingen av fri handel, peke på dette og evt. klage det aktuelle rettssubjektet inn for domstolen. Prinsippet om fri etableringsrett er hjemlet i EF-traktatens artikkel 43, og er ett av de prinsippene som EF-domstolen har lagt mye vekt på.

- Unntak fra de grunnleggende prinsippene og reglene om fri flyt på grunn av allmenne hensyn

Medlemslandene har i en viss utstrekning anledning til å ta enkelte forhåndsregler når det gjelder fri flyt av varer og tjenester som kan være potensielt skadebringende. Rekkevidden av dette er nærmere omtalt i Cassis de Dijon saken, hvor det i dommen nevnes varer som skader miljøet, liv og helse til mennesker, dyr eller planter. Selv om dette unntaket er en mulighet må restriksjonen som nevnt over jf. proporsjonalitetsprinsippet være egnet, nødvendig og tilstrekkelig tungtveiende for å bli godtatt etter fellesskapsretten.³⁰Når

²⁹ Sak C-513/99

³⁰ Graver I: LogR 2004 på s. 233.

det gjelder offentlige anskaffelser ville dette unntaket kunne komme til anvendelse hvis det man skulle kjøpe måtte ha spesielle egenskaper som gjorde at kun tilbydere fra Norge kunne oppfylle kontrakten.

2.1.2 Innkjøpsdirektivene³¹

Innkjøpsdirektivene utfyller reglene om fri bevegelighet i EF-traktaten, og er den viktigste rettskilden på området for offentlige anskaffelser. Det norske regelverket for offentlige anskaffelser bygger på de fire direktivene³² om offentlige innkjøp. Nå har disse imidlertid blitt slått sammen slik at det i dag kun er to direktiver:

-Anskaffelsesdirektivet, Rådets direktiv 2004/18/EF, dekker den såkalte "klassiske" sektoren, dvs. innkjøp av varer tjenester og bygg- og anleggskontrakter. Det vil være dette direktivet som vil ha mest betydning for denne oppgaven. Se mer om dette under punkt 3.2.3.

-Rådets direktiv 2004/17/EF, forsyningsdirektivet, om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av kontrakter innenfor vann- og energiforsyning, transport samt posttjenester.

Som et resultat av endringene har den norske forskriften om offentlige anskaffelser også blitt endret.³³

Direktivene og EF-domstolens tolking av dem er svært viktig for hvordan man tolker det norske regelverket. Man kan ikke anvende det nasjonale regelverket om offentlige anskaffelser uten å se hen til disse direktivene.

³¹ Rådets direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF.

³² Tjenestedirektivet, dir 92/50/EØF av 18.juni 1992. Varedirektivet, dir 93/36/EØF av 14. juni 1993. Bygge- og anleggsdirektivet, dir 93/37/EØF av 14. juni 1993. Forsyningsdirektivet, dir 93/38/EØF av 14. juni 1993.

³³ Endringer av 12. januar 2006 nr.25.

Direktivenes fortaler er ofte veldig generelt formulert i form av formålsbetraktninger. På denne bakgrunn blir EF-domstolens tolkninger helt avgjørende for forståelsen av disse. Direktivenes fortaler har ikke selvstendig rettslig betydning, men brukes når man skal tolke direktivene. Gjennom rettspraksis³⁴ har domstolen fremhevet at de viktigste formålene med direktivene til å være samordning av nasjonale regler, effektiv overholdelse av fellesskapsretten, kontroll av oppdragsgiverne, effektiv konkurranse og beskyttelse av tilbyderne overfor vilkårlighet fra oppdragsgiverne. Norge har gjennom EØS-loven forpliktet seg til å implementere alle nye direktiver som måtte komme på de aktuelle områdene.

Forarbeidene til direktivene blir sjelden nevnt av EF-domstolen. Som resten av fellesskapsretten er disse et resultat av kompromisser og forhandlinger. Dessuten er det ikke tradisjon for å gå til forarbeidene i mange europeiske land. Dette kan også bidra til at forarbeidene ikke er så flittig brukt.³⁵ Unntak fra hovedregelen finnes imidlertid også her. I *Telaustria* saken³⁶ gikk domstolen til forarbeidene. Saken handlet bl.a. om tjenstedirektivet, og hvorvidt dette dekket tjenstekonsesjoner. Ut ifra direktivets forarbeider kom domstolen frem til at tjenstekonsesjoner faller utenfor virkeområdet til direktivet. Sejersted m flere hevder at denne dommen kan tas til inntekt for at domstolen nå går oftere til forarbeidene når de skal tolke direktivene.³⁷ Om dette er en klar utvikling er imidlertid ikke sikkert. Forarbeidene forblir derfor, i motsetning til direktivene selv, en rettskilde med liten vekt og relevans.

³⁴ Sak 31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Holland*, sak 21/88 *Du Pont de Memours Italiana SpA mot Unità sanitaria locale no 2 di Carrara*, sak C-433/93 *Kommisjonen mot Tyskland*.

³⁵ Sejersted m. flere, s. 54

³⁶ Sak C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*

³⁷ Sejersted m flere, s. 213.

2.2. Regulering i norsk rett

2.2.1. Loven om offentlige anskaffelser

Formålet med LoA fremgår av § 1. " *Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling.*" Dette grunnleggende formålet fremgår også av forarbeidene³⁸.

LoA § 5 oppstiller noen hovedprinsipper for anskaffelsesprosessen, som er svært sentral i regelverket om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen får anvendelse på alle anskaffelser som omfattes av loven, selv om disse eksempelvis pga. anskaffelsens verdi kan gjennomføres uten at FoA kommer til anvendelse. § 5 oppstiller krav om at anskaffelser i størst mulig grad skal baseres på konkurranse, og at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk. Dette gjelder for hele anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiver skal videre sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas, og dette behandles mer nedenfor. Utvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Se mer om kvalifikasjon av leverandører under punkt 4.4.

- Prinsippet om likebehandling

Likebehandling av tilbydere er helt grunnleggende for en rettferdig konkurranse. Dette prinsippet henger nøye sammen med kravet til gjennomsiktighet. Et eksempel her er Hospital Ingenieure saken³⁹. Retten uttalte der at " *Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprinsippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, indebærer en forpligtelse til gennemsikuelighet, således er det mulig at fastslå, at princippet er blevet overholdt*".

Et annet eksempel på at prinsippet om likebehandling og forholdet til prinsippet om gjennomsiktighet henger nøye sammen er Telaustria saken premissene 60, 61 og 62, se note 18.

³⁸ Ot.prp.nr.71 (1997-98) s.65

³⁹ Sak C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Plannungs-GmbH mot Stadt Wien. Premiss 45.

- Forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet

For å sikre at prinsippene om likebehandling og fri konkurranse blir fulgt er det krav til at prosessen skal være gjennomsiktig og etterprøvbare. Gjennomsiktighetsforpliktelsen er omtalt i Telaustria saken premiss 62: ”..sikre en passende grad av offentlighet til fordel for enhver potensiell tilbyder..”. Retten uttaler videre at dette vil åpne for konkurranse og kontroll med upartiskhet i prosessen. Prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling gjelder for alle offentlige kontrakter, og synliggjøres ved at man har rett til innsyn i saksbehandlingen, for eksempel ved at man har rett til å få vite hvilken tilbyder som vant og hvorfor. Ser man at en tilbyder har blitt behandlet mer fordelaktig enn en annen kan man evt. klage.

2.2.2. Forarbeidene til LoA

Siden loven må sies å være av ganske generell karakter, er det naturlig å se hen til forarbeidene, særlig mht. formålet med regelverket. De opprinnelige forarbeidene er:

NOU 1997:21

Ot.prp.nr.71 (1997-98)

Inst.O.nr. 27 (1998-99)

Besl.O.nr. 35 (1998-99)

Videre finnes det forarbeider til endringer i regelverket. Dette er:

Ot. Prp. Nr.3 (2000-2001)

Inst.O. nr. 26 (2000-2001)

Besl.O. nr. 37 (2000-2001).

Forarbeidene har forholdsvis stor relevans og vekt og er ganske omfattende. FoA vil likevel veie tyngre enn forarbeidene siden denne har større trinnhøyde, og er mer detaljert og konkret utformet.

2.2.3. Forskriften om offentlige anskaffelser

Iht. lov om offentlige anskaffelser § 11, kan Kongen ved forskrift gi bestemmelser til utfylling og gjennomføring av loven. Iht. EØS-avtalens Art. 65 og vedlegg XVI, kan det gis bestemmelser om offentlige anskaffelser. Forskriften⁴⁰ har blitt revidert i og med de nye anskaffelsesdirektivene, og endringene trådte i kraft 12. januar 2006. Siden loven om offentlige anskaffelser er såpass generell må man i ganske stor grad støtte seg til forskriften som er mer detaljert. Forskriften består av fem deler. I første del, kapittel 3 oppstilles det en del alminnelige prinsipper. Disse er en slags saksbehandlingsregler, lignende forvaltningslovens saksbehandlingsregler.⁴¹ Del to gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdiene og del tre for anbud under disse verdiene. Del fire gjelder for en del andre prosedyrer som designkonkurranser etc. Siste del gjelder kun ikrafttreddelsen. Det er de tre første delene som vil bli mest aktuelle for denne oppgaven. § 1-1 slår fast at forskriften gjelder for kontrakter omfattet av § 1-3, og for oppdragsgivere som nevnt i § 1-2. Forskriften er snevrere enn lov om offentlige anskaffelser, sml. loven § 3 og forskriftens § 1-3. § 1-3 inneholder en hel del unntaksregler. Hvilke kontrakter FoA ikke gjelder for er ramset opp under § 1-3 (2).

Et eksempel på dette er anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 123, jf. FoA § 1-3 (2) a. Disse omfattes ikke av verken loven eller forskriften. Dette er kontrakter som er erklært hemmelige eller som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med lov av 20. mars 1998 nr. 10 (sikkerhetsloven) eller beskyttelsesinstruksen av 17. mars 1972 nr. 3352. Jeg kommer nærmere tilbake til forskriften senere i oppgaven, når jeg skal gå inn på miljøkravenes omfang.

2.3. Rettspraksis i Norge

Det er svært lite rettspraksis i Norge på området for offentlige innkjøp og det er derfor lite veiledning å få fra norske dommer. Norsk rettspraksis, som normalt er en viktig kilde når

⁴⁰ Forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr 616

⁴¹ Eksempler er § 3-2 om offentlighet i saksbehandlingen, § 3-3 om taushetsplikt, og § 3-4 om habilitet.

man skal tolke norsk lov, vil derfor ikke være en veldig viktig kilde før det kommer flere avgjørelser på området.

2.4. Klagenemda for offentlige anskaffelser

Som et ledd i å gjennomføre grunnkravene om offentlige anskaffelser samt reglene fra fellesskapsretten i norsk rett ble det 1. januar 2003 opprettet et klageorgan som skal behandle saker om offentlige anskaffelser, Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA). Håndhevelsesdirektivene⁴² stiller krav til klageorgan på området for offentlige anskaffelser. På bakgrunn av de mange klage til ESA⁴³ kom man frem til at regelverket for offentlige anskaffelser ikke var effektivt nok gjennomført i norsk rett.⁴⁴ Selv om det ikke er stilt krav om et særskilt tvisteløsningsorgan valgte man dette for å få en mer effektiv implementering og etterlevelse av regelverket i Norge. KOFA avgir kun rådgivende uttalelser. Antallet saker har vært sterk økende i løpet av de tre årene KOFA har eksistert.⁴⁵ Eksistensen av et eget klageorgan kan være grunnen til at rettspraksis ellers er såpass beskjeden. Det er likeledes grunn til å anta at tidsfaktoren bidrar til at domstolsbehandling er lite egnet på dette området, siden kontrakter allerede vil være signert når saken kommer opp, hvis man ikke får midlertidig forføyning i namsretten. De rådgivende uttalelsene fra KOFA antas å være av stor betydning, siden det finnes såpass få dommer fra de ordinære nasjonale domstoler.

2.5. Rettspraksis fra EF-domstolen

Uansett er avgjørelsene fra EF-domstolen en sentral og viktig rettskilde. EF-domstolen har eksklusiv rett til å tolke direktivene og resten av EU-retten. Nasjonale domstoler plikter å legge EF-domstolens avgjørelser til grunn, jf. over punkt 2.1. Dette er en av de viktigste rettskildene siden alle reglene springer ut av EU's grunnleggende prinsipper og direktiver på området. EF-domstolen har dømt i over hundre saker om offentlige anskaffelser. Det er

⁴² Dir 89/665 og dir 92/13.

⁴³ European Surveillance Authority, EFTA,s kontrollorgan.

⁴⁴ NOU 1997:21 s.70 og Ot.prp. nr 71(1997-1998) s. 36

⁴⁵ www.kofa.no

derfor større mulighet for å finne svar på aktuelle rettsspørsmål der, enn i norsk rettspraksis. Det har ikke blitt behandlet veldig mange saker som omhandler retten til å stille miljøkrav, men både Beentjes saken, Nordpas de Calais saken, Wienstrom saken og Concordia Bus saken omhandler adgangen til å stille miljøkrav ved offentlige anskaffelser, og må anses som viktige saker for å avklare rettsstillingen på området. Jeg vil under 3.4. gå igjennom hovedpunktene i disse sakene, og også komme tilbake til disse utover i oppgaven. EF-domstolen legger en objektiv formålsrettet tolking til grunn, der den i stor grad har lagt vekt på aktuelle og potensielle tilbyders rettssikkerhet, dette ble blant annet omtalt i Beentjes saken⁴⁶. I andre saker som omhandler offentlige anskaffelser har domstolen ellers vektlagt bl.a. effektiv gjennomføring av etableringsretten og fri flyt av tjenester, effektiv konkurranse, samordning av nasjonale regler, effektiv overholdelse av EU-reglene, kontroll, effektiv konkurranse, samt å beskytte tilbyder overfor vilkårlighet fra oppdragsgivers side.

Dissensene til EF-domstolen er ikke åpne. Dette gjør domstolens avgjørelser mer ugjennomsiktige. Det er derfor umulig å si hvor store dissensene har vært, noe som kunne antydnet i hvilken retning en mulig utvikling vil gå.

2.6. Forholdet til forvaltningsretten

Man kan si at offentlige anskaffelser ligger et sted i grenselandet mellom offentlig og privat rett. Det er en blanding av kontraktsrett og forvaltningsrett, samt fellesskapsretten. Spørsmålet her blir om de forvaltningsrettslige saksbehandlingsreglene skal gjelde ved offentlige innkjøp, eller om det kun skal baseres på alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Det vanlige vil være at et offentlig organ er omfattet av saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, jf. forvaltningslovens § 1. I de tilfellene denne loven strider imot LoA, skal LoA gå foran, som et utslag av lex specialis-prinsippet. Dette støttes i Klubben-dommen inntatt i Rt 1998 side 1951. Det forvaltningsrettslige utgangspunktet om at forvaltningen skal opptre saklig og upartisk og de ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper vil i tillegg få anvendelse når forvaltningen utøver sin myndighet. Når det ikke

⁴⁶ Sak 31/87, Saml 1988 s. 4635.

er motstrid vil forvaltningsloven gjelde jf. utgangspunktet om at forvaltningsloven gjelder der et offentlig organ bedriver forvaltning.

3. Adgangen til å stille miljøkrav ved offentlige innkjøp

3.1. Historisk bakgrunn⁴⁷

I 1987 la statsminister Gro Harlem Brundtland frem FN-rapporten "Vår felles fremtid". Den slo fast behovet for en bærekraftig utvikling bl.a. når det gjaldt miljø.

Under FN-konferansen i Rio de Janeiro i 1992 ble det laget en global handlingsplan for det kommende århundre, "Agenda 21". Ett av delmålene i denne handlingsplanen var at landene som deltok på konferansen skulle gjennomgå forvaltningens innkjøpspolitikk, for å snu denne i en mer bærekraftig retning. Et av de viktigste kapitlene omtaler vårt produksjons- og forbruksmønster, der verdens regjeringer oppfordres til å utvise lederskap gjennom offentlige innkjøp.

Dette var starten på en prosess som siden den gang har utviklet seg i retning av å ta mer hensyn til miljøet. Allerede før dette hadde flere land satt i gang et arbeid for å bidra til et bedre miljø, gjennom "grønnere" offentlige innkjøp. Danmark, Sverige og Finland lovfestet i 1995-96 muligheten til å ta miljøhensyn ved offentlige anskaffelser.

OECD vedtok samtidig en anbefaling om hvordan miljøadferden i det offentlige skulle forbedres. Innkjøpspolitikken ble trukket frem som et sentralt virkemiddel.

I 1997 kom NOU 1997:21 som la vekt på at planleggingsfasen er viktig. Flertallet i utvalget som gjennomførte utredningen gikk etter dette inn for at Norge skulle få en egen miljøparagraf i lov om offentlige anskaffelser.

⁴⁷ Miljøkrav i offentlige innkjøp – ingen vei utenom. Artikkel av Øystein Sætrang, rådgiver GRIP-senter og NOU 1997:21 kapittel 7.6.2.

Videre ble det i 1999 i Traktat om den Europeiske Union slått fast at: *”Unionen har som mål at fremme økonomiske og sociale fremskridt og et højt beskæftigelsesniveau og opnå en afbalanceret og bæredygtig udvikling, ..”*

I 2000 avsa EF-domstolen dom i en fransk sak⁴⁸ der myndighetene var innklaget fordi de hadde stilt krav om at det skulle brukes langtidsledige arbeidere i en byggekontrakt. EU-kommisjonen støttet klageren i at innkjøperen hadde overtrådt prinsippet om ”subject matter of the contract”- kontraktens gjenstand. EF-domstolen mente derimot at kravet ikke var diskriminerende. Denne saken var ikke en miljøsak, men påvirket likevel EU-kommisjonens arbeid med et tolkingsdokument, som de offentliggjorde i 2001. Dokumentet⁴⁹ åpner i større grad for muligheten til å stille miljøkrav ved offentlige innkjøp, ved at miljøkravene ikke trenger å være så nært knyttet til kontraktens gjenstand som tidligere antatt. 15 juni 2001⁵⁰ vedtok Norge miljøparagrafen (§6) i LoA. Det å ta hensyn til miljøaspekter ved offentlige innkjøp gikk dermed over fra å være en mulighet til å bli et krav i norsk rett.

I 2002 kommer Concordia Bus saken⁵¹ opp til doms. Denne dommen åpnet ytterligere for å stille miljøkrav da Helsinki kommune fikk medhold i at kriteriene ikke trenger å være snevert forbundet med kontraktens gjenstand, eller kun gi en økonomisk fordel for innkjøperen. Se mer om denne dommen senere i oppgaven.

Nærings- og handelsdepartementet utgir i 2004 en egen veileder kalt ”Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser”. Samme år kommer EU-kommisjonens ”Buying Green!”, som er et lignende dokument. Se nærmere omtale av disse dokumentene i punkt 3.2.5. og 3.2.11. nedenfor.

⁴⁸ Sak C-225/998, saml 2000 I-7445, Nordpas Calais saken.

⁴⁹ Komm (2001) 274 endelig

⁵⁰ 15 juni 2001 nr. 80 (i kraft 1 juli 2001 iflg. res. 15 juni 2001 nr. 617).

⁵¹ Sak C-513/99

Videre ble nye innkjøpsdirektiver vedtatt i EU. Gjennom disse ble muligheten til å stille miljøkrav ved offentlige innkjøp ytterligere utvidet. Se mer om dette under punkt 3.2.3.

3.2. Rettskilder/metode i forhold til å stille miljøkrav

3.2.1 EF-traktaten⁵²

Tradisjonelt har man innenfor EU-systemet beskjeftiget seg svært lite med miljøspørsmål. Dette har imidlertid gradvis endret seg over tid og ved endringen av Romatraktaten i 1986 ble det foretatt endringer som gjorde det rettslig mulig for EU å ha en miljøpolitikk. Dette gjenspeiler seg også i EØS-avtalens fortale og innkjøpsdirektivene⁵³, se under. I Romatraktaten er miljøhensyn i offentlige innkjøp ikke omhandlet. Her må man støtte seg til de grunnleggende artiklene, først og fremst 2, 3 og 6. Artikkel 3 slår fast at det er forbudt med slike tiltak som kan gripe inn i det indre markedes frie flyt. Artikkel 6 slår på sin side fast at: *”Miljøbeskyttelseskrav skal integreres i udformningen og gjennomførelsen af Fællesskabets politikker og aktioner..”* Dette kan tolkes som et tydelig signal på at man skal ta hensyn til miljø ved offentlige innkjøp og utvikling av regelverket om disse. Ordlyden gir ingen selvstendige rettsvirkninger, men vil mer ha samme status som Grunnlovens § 110 b når det gjelder retten til å påberope seg bestemmelsen Det vil si mer som et uttalt mål og et tilleggsargument der det allerede finnes klarere hjemmel i for eksempel FoA § 5-1 (1) eller § 12-1 (1) for å legge vekt på miljø i en innkjøpsprosess.

3.2.2. EØS-regelverket

EØS-regelverket begrenser til en viss grad mulighetene for å stille miljøkrav ved offentlige innkjøp gjennom konkurransereguleringen. I preambelen til EØS-avtalen er følgende uttalt som et mål: *”.. bevare, verne og forbedre miljøets kvalitet og sikre en forsiktig og fornuftig utnyttelse av naturressursene, særlig på grunnlag av prinsippet om en bærekraftig utvikling samt føre var-prinsippet og prinsippet om forebyggende tiltak,..”*

⁵² Traktat om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF-traktaten) av 25.03.57 med senere endringer (Romatraktaten)

⁵³ Se punkt 3.2.2.

Denne delen av preambelen synes å slå klart fast at miljøet skal være et satsingsområde for samarbeidet. Utsagnet har ingen selvstendig rettsvirkning, siden preambelen ikke er rettslig bindende i seg selv. Den ligner mer en formålsbestemmelse, og kan være et støtteargument når man skal tolke EØS-avtalen eller innkjøpsdirektivene som man har godtatt gjennom EØS-loven. Når man i tillegg vet at EF-domstolen har en dynamisk tilnærming til fellesskapsretten, som i seg selv er ganske generelt formulert, åpner dette for at retten kan bruke denne type støtteargumenter eller uttalte mål når de skal tolke regelverket. EU-kommisjonen har tolket bestemmelsene i EU-regelverket slik at man bare kunne ta hensyn til miljø ved vurderingen av et tilbud dersom det var relevant i forhold til å avgjøre hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Her har det kommet noe nyere praksis fra EF-domstolen som jeg skal behandle senere under kapittel 4. Videre har EU-kommisjonen uttalt at det ikke er anledning til å ta hensyn til hverken produksjonsprosessen eller transportmetode. Dette vil jeg også komme tilbake til under kapittel 4.

3.2.3. Innkjøpsdirektivet – dir 2004/18/EF

Direktiv 2004/18/EF ble offentliggjort i Den Europeiske Unions Tidende 30.04.04. Tidsfrist for medlemsstatenes gjennomføring av direktivet ble fastsatt til 31. januar 2006.⁵⁴ Preambelen, punkt 5, i innkjøpsdirektivet har blitt forandret slik at den viser til art 6 i EF-traktaten, hvor det slås fast at miljø skal integreres i alle beslutningsprosesser, særlig i forhold til å fremme en bærekraftig utvikling, se over i punkt 3.2.1. I preambelen til innkjøpsdirektivet⁵⁵, punkt 6, er det uttalt at direktivet ikke er til hinder for å gjennomføre ”nødvendige” tiltak for å beskytte ”menneskers og dyrs liv og plantesundheden, navnlig med henblikk på en bæredygtig utvikling forudsat at disse foranstaltninger er i overensstemmelse med traktaten.”

Noen artikler i innkjøpsdirektivet kan man anvendes til å sikre miljøhensyn. Dette er i hovedsak artikkel 26 og artikkel 48 b, c, e og f.

Eksempler fra artikkel 48 er:

⁵⁴ Jfr. direktivets artikkel 80 nr. 1.

⁵⁵ Rådets direktiv nr. 2004 /18/EF

- Oversikt over teknisk utstyr som står til rådighet for tilbyder ved utførelse av kontrakten
- Beskrivelse av leverandørens tekniske evne, undersøkelses- og forskningsfasiliteter, samt de tiltak som er truffet for kvalitetskontroll.
- Opplysninger om involverte teknikere og tekniske organisasjoner som tilbyder kan benytte i forbindelse med oppfyllelse av kontrakten, herunder vedkommende med ansvar for kvalitetskontroll.
- Angivelse av de miljøstyringssystemer (eks: ISO 14001) som skal brukes ved utførelsen av kontrakten.

Videre angir direktivet noen eksempler på kriterier som kan brukes til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Eksempelene er ikke uttømmende for hvilke kriterier man kan bruke. Direktivet spesifiserer i stor grad hvordan offentlige innkjøp skal foregå, og er en av de rettskildene som har mest vekt når det gjelder innkjøp, sammen med domstolens tolking av det.

3.2.4. EU-kommisjonens tolkingsuttalelse om innkjøpsdirektivet⁵⁶

EU-kommisjonens tolkingsuttalelse analyserer de eksisterende innkjøpsdirektivene, og hvordan man i forhold til disse kan stille miljøkrav ved offentlige innkjøp.

Dokumentet viser til de grunnleggende prinsippene, se punkt 2.1.1, og slår fast at alle kriteriene som stilles skal vedrøre arten av varen eller tjenesten eller måten varen eller tjenesten skal utføres på. Det er bl. a. uttalt at krav må kunne relateres direkte til kontraktens formål.

Nevnte uttalelse har ingen selvstendig rettsvirkning, da uttalelser fra EU-kommisjonen kun er en orientering om hvordan direktivene fortolkes, og er mao. ikke bindende. Man kan altså ikke legge veldig stor vekt på EU-kommisjonens uttalelser, men se dem mer som et syn på saken.

⁵⁶ Komm (2001) 274 endelig

3.2.5. Buying Green⁵⁷

”Buying Green” er en veiledning fra EU-kommisjonen om hvordan man kan gjøre miljøvennlige offentlige innkjøp. Dokumentet er også kalt Grønnboken. Dette kan sies å være uttrykk for EU’s miljømål på innkjøpsområdet siden EU-kommisjonens syn i hovedsak kan forventes å ligge innenfor rammen av fellesskapsretten. EU-kommisjonen er likevel ganske restriktiv når det gjelder å stille miljøkrav ved offentlige innkjøp, og går inn for en ganske snever tolking av reglene i forhold til det kommersielle aspektet DG Markt⁵⁸ sin primærarbeidsoppgave har vært og er å beskytte det indre markedes frie flyt. Det er derfor mulig at de vil være mindre mottagelige for hensynet til miljø dersom dette kommer i konflikt med hensynet til prinsippet om fri flyt. Rettskildemessig antas veilederen derfor ikke å ha noen særlig tyngde.

3.2.6. Forholdet til svensk og dansk praksis på området:

Det kan være hensiktsmessig å se hen til svensk og dansk praksis på området siden reglene om offentlige anskaffelser er der basert på de samme direktivene fra EU som norsk rett. Normalt vil andre lands rettspraksis eller nemdspraksis være en rettskilde nesten uten vekt når vi skal komme frem til norske reglers innhold. På området for miljøkrav i offentlige anskaffelser vil man muligvis ha større anvendelse særlig for svensk og dansk praksis enn på mange andre områder, siden vi har så lite rettspraksis angående offentlige anskaffelser i Norge.

Nämnden for offentlig upphandling overvåker offentlige innkjøp i Sverige⁵⁹. Praksis derfra finner man i Nämnden for offentlig upphandling’s nyhetsbrev, som utgis kvartalsvis. Praksis herfra er ikke bindende.

I Danmark er det Klagenævnet for udbud⁶⁰ som behandler tvister på området for offentlige anskaffelser. Disse kjennelsene er bindende.

⁵⁷ Kommisjonen, Grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner,

⁵⁸ Den avdelingen hos kommisjonen som overvåker at det frie markedet fungerer.

⁵⁹ www.nou.se

Det kan være interessant å se et par eksempler på hvordan Klagenævnet har tolket reglene om offentlige anskaffelser. Disse to sakene omhandler ikke miljøkrav direkte, men krav om bl.a. arbeidsmiljø, som også vil være et kriterium det er vanskelig å måle i kroner og øre.

I saken Danske Vognmænd mot Stevns Kommune⁶¹ dreide seg om en kommune som hadde ute anbud om innsamling av dagrenovasjon(søppel) etter tjenstedirektivet. Kommunen hadde her som tildelingskriterium valgt det økonomisk mest fordelaktige tilbud ut ifra en helhetsvurdering av pris, kvalitet, optimal utforming mht. arbeidsmiljø, erfaring, referanser etc. Klagenævnet kom til at kommunen ikke hadde handlet i strid med anskaffelsesregelverket gjennom å stille krav som var begrunnet i arbeidsmiljøhensyn.

Også i saken Blåvandshuk Kommune⁶² kom Klagenævnet til at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for å utelukke arbeidsmiljø som et kriterium. Samtidig uttalte Klagenævnet at også kvalitet og service kunne være egnede kriterier for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Relevant erfaring derimot ble avvist som tildelingskriterium, da dette ble ansett å være et utvelgelseskriterium. Likevel ble tildelingsbeslutningen annullert, da Klagenævnet mente at kriteriene skulle ha vært oppstilt i prioritert rekkefølge. Se mer om de ulike typene kriterier under punkt 4.

3.2.7. LoA § 6. Ressurs- og miljøbevisste anskaffelser

Loven om offentlige anskaffelser fikk 15. juni 2001 (trådte i kraft 1. juli 2001) en egen § 6 om ressurs- og miljøbevisste anskaffelser. Bakgrunnen for denne endringen var at man i større grad ville snu samfunnsutviklingen i en mer miljøvennlig retning på anskaffelsesområdet. Man forsøkte å ta inn miljøkrav også før denne bestemmelsen ble vedtatt⁶³, men formålet var at en egen bestemmelse skulle føre til "en enhetlig og systematisk miljøpraksis for alle offentlige anskaffelser"⁶⁴. Dette skulle bidra til at

⁶⁰ www.klfu.dk

⁶¹ Kjennelse av 16. oktober 1996, se www.klfu.dk

⁶² Kjennelse av 27. september 2000, Svend B Thomsen mod Blåvandshuk Kommune, se www.klfu.dk

⁶³ NOU 1997:21 Kap. 7.6.6.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 3 s. 30

regelverket ble enklere å praktisere både for oppdragsgivere og for oppdragstakere, herunder annet kommunene, og næringslivet. § 6 slår fast følgende:

”Statlige, kommunale og fylkeskommunale organer samt rettssubjekter som nevnt i § 2 første ledd bokstav b skal under planleggingen av den enkelte anskaffelse ta hensyn til livssyklus kostnader og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen.”

Ordlyden i § 6 er ganske generell, og gir liten praktisk veiledning for oppdragsgiverne i forhold til hvordan dette skal gjøres. Bestemmelsen fremstår etter sin ordlyd derfor mer som en formålsbestemmelse. Et viktig poeng er imidlertid å se § 6 i sammenheng med formålsbestemmelsen i § 1 som slår fast at offentlige innkjøp først og fremst skal *” bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk..”*.

Hvis man ser disse to bestemmelsene i sammenheng er det interessant å reise spørsmålet om hva slags verdier § 1 refererer til. *”Økt verdiskapning”* tyder på at det er snakk om økonomisk verdiskapning, mens når man snakker om miljøet vil dette ha en egenverdi som ikke alltid er like lett å måle i penger. Måten⁶⁵ man beregner livsløpskostnader på tyder likevel på at man her snakker om økonomiske størrelser. Jeg kommer nærmere tilbake til konklusjonen på dette under punkt 4.5.1.

Formålet med loven:

Formålet med § 6 er å følge opp målsettingen om bærekraftig utvikling, ved å påvirke både det offentlige og næringslivet til innkjøp og produksjon som på både kortere og lengre sikt kan gi et bedre miljø. En bærekraftig utvikling blir definert som en utvikling som tilfredsstillende dagens generasjons behov uten at det går på bekostning av framtidige generasjoners muligheter for å tilfredsstille sine behov. Bestemmelsen pålegger oppdragsgiver å vurdere hva varen koster gjennom hele bruksperioden. Dette vil kunne gi store besparelser på lang sikt. Behov og tilbud henger sammen, og siden staten er en svært

⁶⁵ Se mer om dette under *”Hva betyr livssyklus kostnader?”* nedenfor side 28.

stor kunde hos næringslivet, jf. innledningen, kan dette være en effektiv måte å påvirke miljøet. Loven inneholder et krav til at det offentlige skal ta miljøhensyn ved planleggingen av innkjøp. Forutsatt at dette kravet etterleves vil dette på lengre sikt, foruten et bedre miljø, også skape større forutberegnelighet for næringslivet og dermed bedre produkter og økt konkurranseevne. Videre kan det offentliges spesifisering og krav til mer miljøvennlige varer føre til at produsenter av ulike varer og tjenester blir oppfordret til å vise større oppfinnsomhet og kreativitet til å yte mer miljøvennlige varer og tjenester.

Når kommer § 6 til anvendelse og hvem er omfattet av loven?

LoA § 2 slår fast hvem som er omfattet av loven, og angir samtidig flere unntak fra dette. Organene som er nevnt under § 2 a) og b) er omfattet av § 6. Dette er statlige, fylkeskommunale og kommunale organer, jf. a), og rettssubjekter som er kontrollert av det offentlige. Noen innkjøp til forsvaret er unntatt, jf. artikkel 123 i EØS-avtalen, se punkt 2.2.3.

Rettssubjekter som faller inn under § 2 c) og d) er omfattet ikke. Dette er private foretak, som til en viss del er styrt eller støttet av det offentlige. Hvorfor det er avgrenset mot disse står det ikke noe om i forarbeidene. Muligvis er det slik at det kan virke for byrdefullt overfor private aktører å bli pålagt et krav til å ta miljøhensyn siden dette i noen tilfeller kan være mer kostnadskrevenne, da man evt. må bruke flere ressurser på å spesifisere ytelsen enn hvis man bare vil ha det produktet som er billigst. Gevinsten tilfaller i det store og hele først og fremst det offentlige, eller fellesskapet generelt, og derfor også må være deres ansvar å gjennomføre.

Videre er det et spørsmål på hvilket tidspunkt i anskaffelsesprosessen bestemmelsen kommer til anvendelse.

Iht. ordlyden skal man "*under planleggingen*" ta miljøhensyn. Det vil si i den fasen det offentlige bestemmer seg for hvilket produkt eller hvilken tjeneste de skal ha og hvordan produktet skal være utformet, hvilken funksjon eller hvilket bruksområde det skal være egnet til. Også FoA § 5-1, § 5-2, § 5-6 og samt § 12-1, § 12-2 og § 12-6 slår fast at alle

kriterier må fremkomme av kvalifikasjonsgrunnlaget eller konkurransegrunnlaget. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 4.1.

Hva betyr ”livssyklus-kostnader”?

En grunn til at regelverket synes problematisk å anvende på en forutsigbar og etterprøvbar måte, er de noe upresise begrepene ”livssyklus-kostnader” og ”miljømessige konsekvenser”. Det var et ønske fra noen av høringsinstansene ved høringsrunden til LoA § 6 at et eventuelt krav om å ta miljøhensyn måtte gjøres mye klarere i loven, slik at bestemmelsen ville bli lettere å praktisere. Dette fikk ikke gjennomslag. Man må derfor ta utgangspunkt til den noe upresise ordlyden for å fortolke seg frem til hvordan dette er å forstå.

Definisjonen på livssyklus-kostnader vil være den samlede kostnaden et produkt eller en tjeneste utgjør gjennom hele levetiden for et produkt eller en tjeneste. Dette kan altså innbefatte kostnaden ved selve anskaffelsen, prosjektering, design, produksjon, prøver, materialer, transport, vedlikehold, opplæring, levetid, driftskostnader, herunder hva det koster å kvitte seg med avfallet når levetiden er over, samt andre kostnader som er påregnelige for oppdragsgiveren.⁶⁶ Et produkt som resulterer i spesialavfall når levetiden er over, vil kunne få en høy livsløpskostnad selv om det var relativt billig å kjøpe inn. Et produkt med lave livsløpskostnader vil derfor ofte være bra for miljøet. Behandling av avfall er altså relevante livssyklus-kostnader⁶⁷. Har en vare eller en tjeneste lav livsløpskostnad, oppfyller dette § 1 i lov om offentlige innkjøp, nemlig økt verdiskapning for samfunnet. Videre er det spørsmål om man kan ta med visse aspekter ved produksjonsprosessen. Kostnader som innkjøpet ellers måtte ha for samfunnet kan ikke tas i betraktning.⁶⁸ Dette gjelder for eks. kostnadene ved utslipp. Dette kommer jeg tilbake til senere, under kapittel fire.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) Kapittel 9.4.

⁶⁷ NOU 1997:21 kap 5.2.5 (s.116)

⁶⁸ Ot.prp. nr. 71 (1997-98) kap 9.4.

Hva betyr ”miljømessige konsekvenser”?

Miljømessige konsekvenser vil være alle forhold som kan få konsekvenser for miljøet. Eksempler på dette kan være råvarebruken, energiforbruket, utslipp av miljøskadelige stoffer, håndtering av avfall, muligheten til å resirkulere produktet, transport, etc. Et praktisk eksempel på et innkjøp som fikk dårlige miljømessige konsekvenser er innkjøpet av tunneltetningsmiddelet Rocagil, som ble brukt i forbindelse med byggingen av tunneler gjennom Romeriksåsen og Hallandsåsen (i Sverige). I begge disse tilfellene ble det bygd tunneler der det ble brukt et tetningsmiddel kalt Rocagil. Middelet viste seg å inneholde det giftige stoffet akrylamid, og forurenset både vann og jord rundt der det ble brukt.⁶⁹

3.2.8. Forskriften for offentlige anskaffelser § 5-1

Det er § 5-1 og § 12-1 i forskriften som regulerer hva som skal være med i konkurransegrunnlaget som ligger til grunn for konkurransen, og som konkret omhandler miljø. Dette kan være en behovsspesifikasjon, funksjonskrav eller detaljerte kravspesifikasjoner.

I forskriften § 5-1(1)a som er likelydende med § 12-1(1)a, heter det at ved: *”..utformingen av kravene skal det legges vekt på livssyklus kostnader og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen..”* samt at det *”..skal så langt det er mulig stilles konkrete miljøkrav til produktets ytelse eller funksjon.”* Stiller man konkrete krav til miljø er det i juridisk teori⁷⁰ uttalt at oppdragsgiveren for ikke å komme i konflikt med likebehandlingsprinsippet må kontrollere at leverandøren oppfyller de kravene som har blitt fastsatt. Dette er ett av de grunnleggende prinsippene når det gjelder offentlige anskaffelser. Når det gjelder livssyklus kostnader og miljømessige konsekvenser ellers, se punkt 3.2.7.

Det er i konkurransegrunnlaget ganske vid adgang til å stille ulike miljøkriterier når det gjelder ytelsens funksjon og innhold. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i kapittel fire i oppgaven.

⁶⁹ www.valfarden.se/notis_visar, <http://tux1.www.aftenposten.no/nyheter/uriks/d22433.htm>,
<http://tux1.www.aftenposten.no/nyheter/iriks/d22798.htm>

⁷⁰ Dragsten, Offentlige anskaffelser, Kommentartutgave s.752, note 1238.

Videre skal man iht. forskriftens § 5-1(2)(h) opplyse om man stiller spesielle kontraktsbetingelser, for eks. når det gjelder miljø, ved oppfyllelsen av kontrakten. Også dette vil jeg komme nærmere tilbake til i kapittel fire, nærmere bestemt under punkt 4.6

3.2.9. Forarbeider og Stortingsmeldinger

Det er flere steder i forarbeidene slått fast at offentlig sektor skal ta hensyn til miljøet når de gjør innkjøp. Forarbeidene er ganske omfattende på dette punktet. I Ot. prp. nr. 71 (1997-1998) er det bl.a. uttalt om LoA § 6 at: *”Hensikten med bestemmelsen er å få oppdragsgiver til ikke bare å se på hva anskaffelsen vil koste i kroner og øre, men hva anskaffelsen vil koste oppdragsgiver gjennom hele bruksperioden til avhending/kassering. Bestemmelsen tar særlig sikte på å få oppdragsgiver til å ta hensyn til miljømessige faktorer helt fra planleggingsfasen”*. Det er i de samme forarbeidene vist til Stortingsmelding nr. 46 (1988-89) om miljø og utvikling som slår fast at *”hensynet til bærekraftig utvikling skal innarbeides i all samfunnsplanlegging og sektorpolitikk”*, og at *”offentlige innkjøpsordninger skal rettes mot miljøvennlige produkter”*. Det vises også i Ot.prp.71 (1997-1998) til Stortingsmelding nr. 58 (1996-97) om Miljøvernpolitikk for en bærekraftig utvikling, der det er uttalt at: *”Regjeringen vil integrere hensynet til miljø i offentlig forvaltnings virksomhet. Offentlig sektor skal være en drivende kraft og gå foran i arbeidet for et økologisk bærekraftig samfunn, noe som også må reflekteres i offentlig sektors drift av egen virksomhet. En viktig utfordring framover vil derfor bli å integrere miljøhensyn i virksomheten til det offentlige, både knyttet til rollen som forbruker, produsent, byggherre og eiendomsforvalter”*. Forarbeidene uttrykker sin støtte til disse Stortingsmeldingene og har således på en klar måte uttrykt at offentlig sektor skal ta miljøhensyn ved innkjøp av varer og tjenester.

3.2.10. Grunnlovens § 110 b

Miljøområdet er et område der lovgivningen har utviklet seg de senere år, et eksempel bortsett fra lov om offentlige anskaffelser § 6, er Grunnlovens § 110 b. Denne forholdsvis nye bestemmelsen slår fast at:

”Enhver har Ret til et Milieu som sikrer Sundhed og til en Natur hvis Produktionsævne og Mangfold bevares. Naturens Ressourcer skulle disponeres ud fra en langsiktig og alsidig Betragtning, der ivaretager denne Ret ogsaa for Efterslægten.

For at ivaretage deres Ret i Henhold til foregaaende Led, ere Borgerne berettigede til Kundskab om Naturmilieuets Tilstand og om Virkningerne af planlagte og iværksatte Indgreb i Naturen.

Statens Myndigheder give nærmere Bestemmelser til at gennemføre disse Grundsætninger.”⁷¹

Denne bestemmelsen er et grunnleggende prinsipp i norsk lovgivning. I kraft av å være utformet som en formålsbestemmelse har den ikke selvstendig rettsvirkning, men vil kunne være et fortolkningsmoment i anvendelse av miljøkrav for øvrig i lovgivningen. Dette var tilfellet i Lunner Pukkverk-dommen.⁷² I denne dommen som handlet om miljøforurensning i form av støy fra lastebiler, ble bestemmelsen brukt som et avgjørende argument når man skulle tolke om forurensningsloven omfattet andre miljøulemper enn rent forurensningsmessige. Retten kom til at det gjorde den. Bestemmelsen utgjør likevel et bakteppe for videre utvikling av samfunnet, som et klart uttalt mål. Som det står i tredje ledd skal målene gjennomføres via lovgivning. Selv om bestemmelsen ikke gir grunnlag for å vedta en lov som gir borgerne rett til et rent miljø, kan bestemmelsen likevel stå som en skranke i forhold til å vedta lover som ville medføre en klar forverring av miljøet. I forhold til loven om offentlige anskaffelser vil således bestemmelsen kun være et fortolkningsmoment for å stille miljøkrav ved offentlige anskaffelser. Videre vil den fungere som en skranke for å sikre at regelverket om offentlige anskaffelser ikke blir dårligere når det gjelder miljø.

⁷¹ Tilføyd ved Grl best. 19. juni 1992 nr. 463.

⁷² Rt. 1993 s. 528

3.2.11. Nærings- og handelsdepartementets veileder til offentlige anskaffelser

Veilederen er tuarbeidet av NHD som opprinnelig hadde ansvaret for regelverket om offentlige anskaffelser. Dette er nå flyttet over til Fornyings- og administrasjonsdepartementet. Denne veilederen har begrenset verdi som rettskilde, men er likevel et praktisk hjelpemiddel som blir brukt i forvaltningen til den praktiske gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Jeg vil komme nærmere tilbake til veilederen i kapitel fire der jeg tar for meg den praktiske muligheten til å stille miljøkrav.

3.3 Håndhevelse

Det uttales i forarbeidene⁷³ at det ikke er ønskelig at kravet i § 6 i lov om offentlige anskaffelser skal være et pålegg som skal sanksjoneres. Dette fordi det er svært vanskelig, og kanskje heller ikke ønskelig, å formulere miljøkrav som kan brukes i alle saker. Problemet er at man på enkelte områder har gode muligheter til å stille miljøkrav på en måte som både kan dokumenteres og etterprøves slik at de blir forutberegnelige, mens det på andre områder ikke er like lett, hverken å dokumentere eller å etterprøve. I Ot.prp. nr.71 (1997-98), sluttet Nærings- og handelsdepartementet seg til uttalelsene i NOU'en⁷⁴ om at det ikke var ønskelig å sanksjonere kravet i § 6. De uttaler at regelen i lov om offentlige anskaffelser § 6 er først og fremst en instruks til det offentlige. Innkjøperen blir således ikke pålagt å gå ytterligere inn på beregning av miljømessige konsekvenser av innkjøpet. Formålet synes å være at innkjøpere skal øke fokuset på miljø ved innkjøpene, og at dette skal bli en vanlig fremgangsmåte ved alle offentlige innkjøp. Det kan imidlertid oppfattes som noe motstridende at kravet til å stille miljøkrav i offentlige anskaffelser samtidig er et skal-krav. Selv om et slik krav ikke kan sanksjoneres, kan det likevel være et klagegrunnlag for leverandører. Trolig vil det sjelden være aktuelt for leverandører å klage over at miljøkrav ikke er stilt. Likevel kan man tenke seg at en leverandør som har en miljømessig god vare og fremstillingsprosess ønsker at miljøkrav kan stilles i den grad dette kan favorisere ham i forhold til andre leverandører.

⁷³ NOU 1997:21

⁷⁴ NOU 1997:21

3.4. Noen viktige avgjørelser på området fra EF-domstolen

Wienstrom saken⁷⁵:

I denne saken gjaldt innkjøp av 'grønn' strøm. I kunngjøringen sto det at man skulle legge vekt på pris pr. kilowattime og på ” ytelsens innvirkning på miljøet jamfør konkurransegrunnlaget”. Altså skulle den som leverte strømmen sørge for at en del av den kom fra fornybare kilder, hvis dette var teknisk mulig. Strøm som stammet fra atomkraft var utelukket og dette ville være grunn for oppdragsgiveren til å bryte kontrakten. Dokumentasjon for at elektrisiteten kom fra fornybare kilder ble ikke krevd, da man anså dette for å være umulig å bevise. Oppdragsgiver bestemte at man ville gi poeng til dem som rådet over en så stor mengde strøm fra fornybare kilder som oppdragsgiveren ville forbruke i den aktuelle perioden. Dette tallet ble satt til 22,5 GWh, siden oppdragsgiver var sikker på at deres forbruk ville overstige dette. Vektingen av tildelingskriteriene ble satt til at prisen talte 55 %, mens miljøaspektet talte 45 %. Klageren hevdet at miljøaspektet hadde fått for stor vekt, og at det dessuten ikke kunne etterprøves og derfor ikke var lovlig.

Domstolen var ikke enig med klageren i dette, og slo fast at direktivet skulle tolkes slik at det var lovlig stilte tildelingskriterier både å ha med en preferanse for grønn strøm og vektleggingen av dette. En forutsetning for dette var imidlertid at kriteriene var forbundet med kontraktens gjenstand, ikke stred mot noen grunnleggende prinsipper i fellesskapsretten, ikke gav oppdragsgiver ubetinget fritt valg mellom leverandørene, samt var nevnt i utlysningens dokumentene og konkurransegrunnlaget. Domstolen sa også at det var opp til oppdragsgiveren å stille de kriteriene denne ville, så lenge dette var gjort i den hensikt å identifisere det økonomisk mest fordelaktige budet. Videre mente domstolen at det ville stride mot likebehandlingsprinsippet å stille kriterier som man ikke verken ville eller kunne etterprøve. Det ble videre uttalt at det i denne saken var stilt kriterier som det ikke var mulig å kontrollere, og at siden det heller ikke fra oppdragsgivers side var

⁷⁵ Sak C-448/01

spesifisert hvilken periode strømmen skulle stamme fra, ble det vanskelig å slå fast rekkevidden av kriteriene. Det å ikke spesifisere hvilken periode strømmen skulle stamme fra ville kunne være ulovlig i seg selv. Videre sa domstolen at kriteriet måtte være knyttet til kontraktens gjenstand. Med dette ville de påpeke at det at leverandøren omsatte mer 'grønn' strøm enn den fastsatte mengden på 22,5 GWh ikke kunne være tilstrekkelig dokumentasjon på at leveringen var fra fornybare kilder.

Beentjes saken⁷⁶:

Spørsmålet i saken var om oppdragsgiver kunne kreve at det skulle brukes langtidsarbeidsledige til å utføre en kontrakt. Domstolen uttalte her at det ikke var ulovlig å stille slike kriterier, så lenge man ikke direkte eller indirekte diskriminerte tilbydere fra andre land. Videre uttalte de at slike kriterier obligatorisk måtte nevnes i utlysningen eller konkurransedokumentene. EU-kommisjonen kom i 1989 med en meddelelse om regionale og sosiale aspekter ved offentlige kontrakter.⁷⁷ I denne ble Beentjes saken, se note 34, tatt til inntekt for at man kunne kreve at bruk av langtidsledige kunne stilles som kontraktskrav, men ikke som et tildelingskriterium. Denne fortolkningen av regelverket ble avvist av domstolen i Nordpas Calais saken, se mer om denne under.

Nordpas Calais saken⁷⁸:

Også i denne saken var det snakk om å bruke arbeidsledige til å gjennomføre en kontrakt. EU-kommisjonen gjorde her bl. a. gjeldende et punkt mot Frankrike som gjaldt et supplerende kriterium om arbeidsledighetsbekjempelse. EU-kommisjonen mente dette var traktatsbrudd, men domstolen var ikke enig. Domstolen gikk her ut ifra at reglene i det daværende bygge- og anleggsdirektivet om tildeling av kontrakten til det økonomisk mest fordelaktige budet ikke utelukket enhver mulighet for at man kunne stille et slikt kriterium. Det var imidlertid en forutsetning at de grunnleggende prinsippene i fellesskapsretten ikke ble brutt. Dette ble også senere sagt i Concordia Bus, se under.

Concordia Bus saken⁷⁹:

⁷⁶ Sak 31/87, Beentjes.

⁷⁷ KOM (89)400, EFT 1989 C 311

⁷⁸ Sak C-225/98, Saml 2000 I-7445

I denne saken var det Helsinki kommune som skulle kjøpe inn nye busser til bruk i kommunen. Tildelingskriteriene var pris for transporten, tjenesteyterens drift innenfor kvalitet og miljø, og kvaliteten på bussmateriellet, og prisen skulle veie tyngst. Helsinki kommune uttalte at de ville gi ekstrapoeng for selskaper som hadde busser med nitrogenoksidutslipp og støynivå under noen satte grenser. Concordia bus, som var en av de tapende tilbyderne, klaget over at disse kravene ikke var av økonomisk karakter eller relevant for anskaffelsen av tjenesten.

Domstolen ga Helsinki kommune rett i at man kunne stille slike delkriterier, og Concordia bus tapte saken. Direktivet skulle tolkes slik at oppdragsgiver fritt kunne velg kriteriene og hvilken vekt de skulle ha, så lenge dette ble gjort i den hensikt å identifisere det økonomisk mest fordelaktige budet. Også i denne saken gjentar retten at oppdragsgiver må overholde de grunnleggende prinsippene i fellesskapsretten samt prosedyrereglene ved offentlige innkjøp. Videre er det uttalt at objektivitet og gjennomsiktighet er nødvendig ved vurderingen av tilbudene for å sikre likebehandling. Det er derfor viktig at dokumentasjonen fra tilbyderne er utformet på en slik måte at det faktisk er mulig å vurdere om tilbudet oppfyller kriteriene som oppdragsgiveren har satt.

Jeg vil komme tilbake til disse sakene videre utover i oppgaven.

4. Hvordan stille miljøkrav konkret?

Denne delen av oppgaven er hovedsakelig delt inn i tre deler; miljøkrav i kravsspesifikasjonen, miljøkrav til leverandøren og miljøkrav i tildelingskriteriene. Jeg skal imidlertid innledningsvis si noe om på hvilket tidspunkt i prosessen man kan stille miljøkrav, og om å stille miljøkrav i planleggings- og behovskartleggingsfasen. Som en avslutning på oppgaven skal jeg si noe om miljøkrav ved oppfyllelse av kontrakten og hvilke tiltak som man burde gjennomføre for lettere å kunne stille miljøkrav.

⁷⁹ Sak C-513/99

4.1. På hvilket tidspunkt i prosessen kan man stille miljøkrav?

Det kan stilles miljøkrav på flere stadier av innkjøpsprosessen.⁸⁰ Det kan være krav til leverandøren, gjennom kravsspesifikasjonen, gjennom tildelingskriteriene eller til kontraktens oppfyllelse. Iht. § 6 i lov om offentlige anskaffelser har oppdragsgiver plikt til å ta hensyn til livssyklus- og miljømessige konsekvenser ved planleggingen. Dette innebærer at man må ta hensyn til miljø allerede når det kartlegges hvilket behov man har til det som skal anskaffes. Hvor mye man skal vektlegge miljøhensyn ved kvalifisering av leverandør, valg av tilbud eller ved utforming av krav i kontrakt er imidlertid usikkert. Kravet fremstår derfor mer som et ønske fra lovgivers side, selv om offentlige oppdragsgivere plikter å stille miljøkrav.

Det er videre mulig å ta hensyn til miljøkrav ved valg av konkurranseform. Dersom en ytelse på grunn av tekniske årsaker kun kan leveres av en leverandør, vil man kunne bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. FoA § 4-3(c) eller som et direkte kjøp med hjemmel i § 11-2 (1) b. Bevisbyrden på oppdragsgiver vil i så fall bli svært streng med bakgrunn i at hensynet til fri konkurranse står så sterkt. Dette var temaet i de forente sakene C-20/01 og C-28/01, EU-kommisjonen mot Tyskland. Domstolen slo i denne saken fast at: *“A contracting authority may take account of criteria relating to environmental protection at the various stages of a procedure for the award of public contracts ...Therefore it is not impossible that a technical reason relating to the protection of the environment may be taken into account in an assessment of whether the contract at issue may be awarded to a given supplier.”* I tillegg uttalte domstolen at man må ikke bryte grunnprinsippene i fellesskapsretten, se mer under punkt 2.1.1. EU-kommisjonen vant frem i den aktuelle saken da retten kom frem til at det ikke forelå noe bevis for at det fantes slike tekniske grunner som Tyskland hevdet. Man kan ut ifra denne dommen slutte at unntak fra hovedregelen kan godtas i en annen situasjon hvis det føres sterke nok beviser for at slike tekniske grunner foreligger. Det synes å ligge i formuleringen *“it is not impossible”* at vurderingen er streng.

⁸⁰ C-513/99 Concordia Bus Finland, premiss 57

Videre kan man stille krav til leverandørene. Dette må også gjøres før konkurransen starter, i kunngjøringen eller i konkurransedokumentene, noe som bl.a. er slått fast i forskriftens § 5-6 (1) og 12-6. Jeg kommer nærmere tilbake til dette under punkt 4.4.

Angivelse av kriteriene for kontraktstildelingen skal skje i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, altså før konkurransestart. Dette er regulert av FoA § 10-2 (2) og § 17-2 (2).

Kontraktsvilkårene bør også fremkomme på forhånd ut fra hensynet til forutberegnelighet og likebehandling.

4.2. Miljøhensyn ved planlegging og behovskartlegging

Utgangspunktet er at oppdragsgiveren står fritt med hensyn til å planlegge sine innkjøp. Likevel står det i lov om offentlige anskaffelser § 6 at man skal ta hensyn til miljø- og livssyklus kostnader, se punkt 3.2.7, ved planleggingen av den enkelte anskaffelse.

4.3. Miljøkrav til produktet eller leveransen

4.3.1. Spesifikasjon av kontraktsgjenstanden

Forskriftens § 5-1(1) a slår fast at spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget skal opplyse om den ytelsen som skal anskaffes. Det står videre at man bør spesifisere kontraktsgjenstanden gjennom generelle funksjonskrav eller beskrive behovet som skal dekkes, eller evt. beskrive kontraktsgjenstanden i detalj. Herunder stilles det krav til livssyklus kostnader og miljømessige konsekvenser. Altså skal oppdragsgiver angi hvilket behov som skal dekkes, eller hvilken funksjon anskaffelsen skal ha. Dette er kalt ”spesifisering av kontraktsgjenstanden”. Det blir deretter opp til leverandørene å tilby den løsningen som de mener vil være best for oppdragsgiveren. Er spesifikasjonen forholdsvis åpen, er det mindre mulighet for at noen leverandører blir utestengt fra konkurransen, samt at man dermed kan få flere relevante tilbud. Man kan ved kjøp av ulike produkter spesifisere slik at produktet eller tjenesten vil være miljøvennlig gjennom sin funksjon, eller sammenlignet med andre produkter være å foretrekke miljømessig fremfor andre kategorier produkter. Spesifikasjonene skal være objektive og målbare kriterier ved

kontraktsgjenstanden. Å stille krav om at et produkt skal være 'miljøvennlig' vil være en subjektiv måte å uttrykke seg på, og det vil være ulikt fra person til person hva man ser på som 'miljøvennlig'. I tillegg vil det åpne for at valg av leverandør ville bli overlatt til oppdragsgivers frie skjønn. Det ville også skape problemer når det gjelder prinsippet om etterprøvbarehet, i det man ville få store problemer med å anvende dette kriteriet på en forsvarlig og etterprøvbar måte.

Egenskapene skal være oppgitt i anbudsdokumentene eller i kunngjøringen, jf. forskriftens § 5-1. Kravspesifikasjonene må stilles slik at de angitte egenskapene tjener til å oppfylle det formålet som oppdragsgiveren har til hensikt å bruke produktet eller ytelsen til. Spesifikasjonene må ikke stilles på en slik måte at de oppstår ulovlige handelshindringer, det vil si brudd på noen av de ovennevnte grunnprinsippene, se punkt 2.1.1. Det er således viktig at spesifikasjonene som stilles er nøyaktige, klare og entydige. Hvis spesifikasjonene stilles på en slik måte vil også de grunnleggende kravene i lovens § 5 lettere være sikret. Når man ser på praksis fra KOFA, er det ofte brudd på § 5 i loven om offentlige anskaffelser klagene gjelder.⁸¹ Å stille spesifikasjonene på en slik nøyaktig, klar og entydig måte stiller blant annet store krav til utformingen av dokumentasjonskravene.

Spesifikasjonene kan omfatte flere ting, bl.a. miljøegenskaper, design, bruksegenskaper, sikkerhet, dimensjoner, kvalitetssikring og produksjonsmetoder. Når det gjelder offentlige bygge- og anleggskontrakter, vil også utprøvnings, kontroll- og leveringsvilkår samt byggetekniske forhold være relevante.

Videre er det adgang til å stille strengere miljøbeskyttelse enn den som er nedfelt i loven eller i standarder. En forutsetning er at dette ikke vil være diskriminerende eller hindre enkelte tilbydere adgang til kontrakten, jf. EU-kommisjonens tolkingsdokument⁸². Oppdragsgiver må videre overholde de nasjonale reglene hvis disse er strengere enn det som direktivet slår fast.⁸³ Hvis det skal være lovlig å stille krav til strengere miljøbeskyttelse enn det som er slått fast i direktivene, må dette ikke føre til at man

⁸¹ www.kofa.no

⁸² KOM (2001) 274 endelig

⁸³ NHD's veileder "Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser. Kapittel 4.3.

diskriminerer eller utestenger noen urettmessig. Dette ville utgjøre forskjellsbehandling som ville være konkurransevridende.

4.3.2. Tekniske spesifikasjoner

På tross av at utgangspunktet er at spesifikasjonene skal angis som behovs- eller funksjonskrav, kan det være mer hensiktsmessig å stille miljøkrav gjennom tekniske spesifikasjoner. På denne måten kan man mer detaljert angi krav som støtter miljøet. Tekniske spesifikasjoner vil være ganske konkrete, noe som kan være lettere å dokumentere enn spesifikasjoner gjennom funksjons- eller behovskrav som kan være mer løslig angitt. I den videre fremstillingen under punkt 4.3. er det derfor tekniske spesifikasjoner jeg omtaler når jeg skriver om spesifikasjoner.

Hva er tekniske spesifikasjoner og hva kan spesifiseres?

Hvis man krever oppfylt tekniske spesifikasjoner, setter FoA § 5-2 og 12-2 (2) begrensninger på hvordan de skal angis, og hvilke unntak som kan være tillatt. Hva som kan regnes som tekniske spesifikasjoner er definert i FoA § 1-4 (p). Spesifikasjonene er minstekrav som tilbudet må oppfylle. Hvis disse ikke er oppfylt, kan dette, avhengig av prosedyre medføre at tilbudet skal avvises. Spesifikasjonene skal stilles på en måte som ikke er diskriminerende, verken direkte eller indirekte, se punkt 2.1.1. Videre må spesifikasjonene være objektive og målbare karakteristika for å sikre at varen dekker det ønskede behovet og derfor må derfor være direkte knyttet til kontraktsgjenstanden. Dette er et av de punktene som er praktisk mest vanskelig å oppfylle for oppdragsgiver. Hvis man skal stille et miljøkrav gjennom spesifiseringen må oppdragsgiver ha tilgang på dokumentasjon som viser at kravene er objektive og målbare. Dette kan i mange tilfelle være problematisk. Samme problemstilling oppstår imidlertid ikke når det dreier seg om de produktene som er miljømerket. Disse er det utarbeidet dokumentasjon for, se nedenfor side 45.

Problemet med å skaffe dokumentasjon som viser at kravene man oppstiller er objektive og målbare oppstår når man ønsker å anskaffe noe det ikke er utarbeidet standarder for. Er det

ikke utarbeidet standarder krever det at innkjøperen har stor kunnskap om materialer og sammensetninger i et produkt, samt virkningene av dette på miljøet. Dessuten må at denne typen kunnskap kunne dokumenteres slik at den på en forutberegnelig og objektiv måte kan oppstilles som en teknisk spesifikasjon. Det vil være mulig å få en forskningsinstitusjon til å arbeide frem standarder, men dette vil være praktisk umulig ved det enkelte innkjøp. Siden grunnprinsippene om ikke-diskriminering, forutberegnelighet og etterprøvbarhet står så sterkt vil det være et absolutt krav at spesifikasjonene kan dokumenteres og etterprøves. Selv om produsenten kan hevde at produktet har en viss sammensetning, og at dette kan etterprøves ved å følge produksjonen, er det er ikke en praktisk mulighet å følge produksjonen av et produkt fra start til mål. Dette ville ha en svært stor kostnad som det ikke ville være hverken praktisk mulig eller prosessøkonomisk forsvarlig å ta.

I Norge er kravene til dokumentasjonen angitt i FoA § 5-2 (3) og (6). Del III i FoA har ikke tilsvarende bestemmelser. Etter direktiv 2004/18/EF artikkel 6 annet ledd må man akseptere enhver 'passende dokumentasjon'. Med 'passende dokumentasjon' menes teknisk dokumentasjon fra fabrikanten eller en prøvningsrapport fra et anerkjent organ er passende. Det kan imidlertid neppe være hensiktsmessig at teknisk dokumentasjon fra fabrikanten legges til grunn. Dette vil bli en form for egendeklarering som vil virke lite troverdig og lite objektiv og åpne opp for muligheter for omgåelser fra leverandørene uten at oppdragsgiver er i stand til å etterprøve dette. I teorien kan oppdragsgiver gå inn i produksjonen og undersøke om dokumentasjonen stemmer med det som er oppgitt, dette synes likevel ikke praktisk gjennomførbart. Det vil på denne bakgrunn lett kunne tenkes at forbigåtte tilbydere vil reise spørsmålsteget ved gyldigheten av dokumentasjonen, og dermed vil denne fremgangsmåten lett øke prosessrisikoen. Etter ordlyden i direktivets artikkel 6 kan det likevel synes som om dette er godtatt.

Hvordan skal de tekniske spesifikasjonene angis?

Hvordan de tekniske spesifikasjonene skal angis er slått fast i FoA § 5-2 og 12-2. Disse bestemmelsene bygger også på direktiv 2004/18/EF. Der er angitt mulige måter å spesifisere tekniske spesifikasjoner i punkt 29 i preambelen til innkjøpsdirektivet. Dette kan være en gitt produksjonsmetode, slik som for eksempel økologisk dyrking. Videre er

det mulig å bruke EF-miljømerket, multinasjonale miljømerker, eller andre merker som er vedtatt på riktig måte, se mer om miljømerker nedenfor, på side 45.

Man kan stille krav til hvilke grunnleggende materialer som skal brukes.⁸⁴ Materialet kan være tre, metall, plast, glass, resirkulert materiale etc. Krav til at resirkulert materiale brukes er et krav som lovlig kan stilles. Man kan videre kreve at hele eller deler av materialet er resirkulert. Slike gjenvinningskrav kan også gjelde for andre typer materialer. Kravet til det grunnleggende materialet vil alltid ha innvirkning på det endelige produktets karakter, eller med andre ord, kontraktens gjenstand.

Hvis man skal kjøpe bil kan man for eksempel kreve at denne er elektrisk fremfor bensindrevet. Dessuten kan man kreve at det er mulig å gjenvinne deler når man skal kvitte seg med den. Et slikt gjenvinningskrav vil også kunne gjelde andre produkter.

De tekniske spesifikasjonene skal være klart angitt slik at alle tilbydere kan ha tilgang til dem og er klar over hva de omfatter. Det er også viktig at man ikke stiller spesifikasjonene på en måte som går lenger enn det som er nødvendig for å dekke det behovet man har, da dette ville stride mot proporsjonalitetsprinsippet, se over punkt 2.2.1. Et eksempel her er bruk av 'grønn strøm', dvs strøm som kommer fra fornybare kilder slik som vind- og vannkraft. Hvis man har et behov som skal dekkes av 'grønn strøm' er det anledning til å kreve dette. Oppdragsgiveren kan imidlertid ikke kreve at strømmen skal komme fra vindmøller, når det er like miljøvennlig og man får dekket sitt behov med strøm fra solceller eller vannkraft. Krav om vindkraft vil kunne tenkes å favorisere enkelte land, slik som Nederland og Danmark. 'Grønn strøm' var temaet i Wienstrom saken⁸⁵ (se mer om denne saken under punkt 2.3.). Jeg kommer også nærmere tilbake til denne dommen under omtalen av tildelingskriterier nedenfor.

En sak som gjaldt spørsmålet om favorisering av enkelte foretak gjennom å stille miljøkrav er KOFA's sak 2003/93. Formålet med kontrakten i dette tilfellet var å få tømt slamtanker på en miljø- og kostnadseffektiv måte. Målselv kommune hadde utlyst anbud om kjemikaliefri slamtømming. Det var på det rene at det å stille miljøkrav gjennom å kreve

⁸⁴ NHD's veileder "Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser. Kapittel 4.4.

⁸⁵ Sak C-448/01, også kalt Østeriske 'grønn strøm' dommen eller 'Wienstrom GmbH' dommen.

kjemikaliefri slamtømming favoriserte enkelte bedrifter, og at den som var foretrukket tilbyder var deleid av kommunen. Det ble spørsmål om FoA § 12-2 om tekniske spesifikasjoner var overtrådt. Klagenemda kom imidlertid til at forskriften ikke var overtrådt, og at det ikke var grunn til å overprøve kommunens vurdering av om innbyggerne ønsket kjemikaliefri slamtømming. Selv om spesifikasjonene her favoriserte enkelte tilbydere, var det ikke fra kommunens side fremsatt for å favorisere noen spesiell, og dermed var det lovlig stilt spesifikasjon. Det andre spørsmålet i denne saken, var at klager anførte at kommunen ikke kunne dokumentere miljøeffekten av kjemikaliefri slamtømming og om kjemikaliefri slamtømming var nødvendig for å få systemet til å virke. Dette spørsmålet ble ikke nærmere behandlet enn at klagenemda uttalte at den ikke hadde noen nærmere holdepunkter for å si at dokumentene var feilaktige. Siden det er slik at KOFA kun består av jurister, og ikke personer med teknisk bakgrunn, kan de ikke ta stilling til om dokumentasjonen er teknisk korrekt. I denne KOFA-saken kom dokumentasjonen fra kommunen selv. Det kan være et problem at man godtar dokumentasjon som ikke kommer fra et helt eksternt organ, da dokumentasjonen ellers fremstår som en egendeclarering. Dette vil muligvis ikke fremstå som objektiv dokumentasjon for de ulike tilbyderne.

Oppdragsgiveren kan angi tekniske spesifikasjoner ved henvisning til nasjonale standarder til gjennomførelse av europeiske standarder, europeiske tekniske godkjenninger og internasjonale standarder, jf. FoA § 5-2 (3). Et problem her er at det finnes relativt få vedtatte europeiske standarder der miljømessige hensyn er en del av den vedtatte standarden. Derfor vil det også være vanskelig for oppdragsgiveren å stille miljøkrav som er objektive. Oppdragsgiveren kan ikke avvise et tilbud, der tilbyderen godtgjør på passende og tilfredsstillende måte, at de løsningene han har, oppfyller de krav som er fastsatt i den aktuelle tekniske spesifikasjonen. Vilåret er at det skjer på en tilsvarende måte som det oppdragsgiveren har krevd. En "passende måte" å godtgjøre at løsningene som tilbys oppfyller den tekniske spesifikasjonen, kan være teknisk dokumentasjon fra produsenten eller en prøvningsrapport fra et anerkjent organ (prøvningslaboratorier og inspeksjons- og sertifiseringsorganer). De tekniske spesifikasjonene må ikke angi et bestemt fabrikkat eller en bestemt fremstillingsprosess eller opprinnelse, og de må ikke

henvise til et bestemt merke, eller et bestemt patent. Dette vil være diskriminerende overfor noen tilbydere, dersom det er noen produsenter som vil bli favorisert fremfor andre. Som nevnt ovenfor er det et grunnleggende krav at spesifikasjonene ikke er diskriminerende, verken direkte eller indirekte. Likevel kan en direkte eller indirekte henvisning til visse merker eller typer være tillatt hvis man tilføyer ”eller tilsvarende” i konkurransegrunnlaget. Et vilkår for dette er at produktet ikke kan beskrives på en annen måte, jf. FoA § 5-2 (2) samt § 12-2 (2).

Må spesifikasjonen være tett knyttet til kontraktens gjenstand?

Spesifikasjonen skal beskrive egenskaper, ytelse og funksjon ved ”kontraktens gjenstand”, dvs det man vil kjøpe. Hovedregelen er at spesifikasjonene skal være knyttet til kontraktens gjenstand, jf. Concordia saken.⁸⁶ Dette vil si at spesifikasjonene må ha en direkte innvirkning på hvordan det ferdige produktet blir, for eksempel når det gjelder produktets utseende, funksjon eller sammensetning. Miljøhensyn i seg selv vil ikke alltid være knyttet direkte til kontraktsgjenstanden, men kanskje kun til hvordan et produkt blir til. Dette kan være ved bruk av ’grønn strøm’ etc.

Det er som hovedregel ikke anledning til å stille krav til produksjonsprosessen, hvis den ikke har en direkte innvirkning på produktet, som for eksempel kvaliteten. Det er i forarbeidene⁸⁷ uttalt at miljøkrav ikke kan være knyttet til produksjonen av gjenstanden, men kun direkte til selve gjenstanden. Grunnen til dette er at det å stille krav til produksjonsprosessen lett vil kunne virke diskriminerende. Man kan altså ikke kreve at produsenten skal bruke ’grønn strøm’ hvis dette ikke gjenspeiles i noen av det ferdige produktets egenskaper. Likevel er det tillatt å kreve at matvarer er produsert økologisk, selv om dette ikke vises på det ferdige produktet. Dette fordi det i denne sammenheng er alminnelig antatt at produksjonsprosessen gir produktet visse egenskaper eller en viss kvalitet. Produkter produsert gjennom en miljøvennlig produksjonsprosess må, for at det skal være tillatt å stille krav til prosessen, få andre egenskaper enn produkter fremstilt på en annen måte. Dermed er kravet knyttet til kontraktsgjenstanden.

⁸⁶ Sak C-523/99, premiss 59.

⁸⁷ Ot. Prp. Nr. 71 (1997-98)

Det kan videre eksempelvis være vanskelig å stille krav til støynivå ved produksjonen. Kravet er vanligvis oppfylt så lenge produsenten holder seg innenfor rammen av forurensningsloven⁸⁸. Det kan også være vanskelig å stille krav til lengden produktet må transporteres etter at det er ferdig produsert. Det er klart at varer som fraktes kortere distanser fører til mindre forurensning enn de som fraktes langt. Det er helt klart at man ikke kan kreve at varene er lokalprodusert ei heller at de kun skal transporteres en viss lengde, da slike krav ikke kan knyttes til kontraktens gjenstand. Mange kommuner har et ønske om å støtte lokalt næringsliv når de kjøper inn varer eller tjenester, og har derfor brukt transportlengde som et miljøkrav for å ekskludere tilbydere fra andre kommuner. Dette vil være brudd på prinsippet om likebehandling av leverandører. Her slår hensynet til frihandel og ikke-diskriminering igjennom overfor hensynet til miljø. Man kan imidlertid kreve at varene skal transporteres på en viss måte. Det er ikke tvil om at transporten utgjør en del av en varens miljømessige profil. Det kan derfor være et relevant krav at varene skal fraktes med tog.

Det har vært uenighet om hvor tett spesifikasjonen må være tett knyttet til kontraktens gjenstand. Et eksempel på dette er Nordpas Calais saken⁸⁹ som handlet om bygging av en skole. Oppdragsgiveren ville her at bygget skulle oppføres ved hjelp av arbeidsløse bygningsarbeidere. En av tilbyderne klaget saken inn for EF-domstolen, da de mente at denne spesifikasjonen ikke var direkte knyttet til kontraktens gjenstand. EU-kommisjonen var enig med den klagende part. EU-kommisjonen hadde i en meddelelse fra 1989 om regionale og sosiale aspekter ved offentlige kontrakter tatt Beentjes saken⁹⁰ til inntekt for at man kan tillate en sosial betingelse som et kontraktsvilkår, men ikke som et tildelingskriterium. EF-domstolen kom til at spesifikasjonen ikke var diskriminerende, og dermed lovlig. Denne saken gjaldt riktig nok ikke miljø, men sosiale kriterier. Likevel har det i etterkant blitt ansett at Nordpas Calais saken kan ha betydning for å stille

⁸⁸ Se mer om dette i Lunner Pukkverk dommen inntatt i Rt. 1993 s. 528.

⁸⁹ Sak C-225/98, Saml 2000 I-7445, premiss 52.

⁹⁰ Sak 31/87, Saml 1988 s. 4635.

miljøkriterier også, siden disse er i samme kategori av ikke-forretningsmessige kriterier som sosiale kriterier. Det har blitt økt adgang til å stille denne typen kriterier, i takt med at EU utvider sin politikk til også å gjelde områder som ikke er direkte knyttet til fri handel. Dommen ble som en illustrasjon på dette senere lagt til grunn da EU-kommisjonen kom med sitt veiledningsdokument om grønne innkjøp. Dommen er også omtalt i "Grønn stat". Det synes derfor som om hovedregelen om at spesifikasjonen må være tett knyttet til kontraktens gjenstand ikke er absolutt. Likevel har man ennå ikke en dom som kun dreier seg om miljøkriterier og "kontraktens gjenstand". Rettstilstanden synes derfor ikke å være helt avklart, men likevel på vei i retning av at man i større grad kan stille miljøkrav som ikke er strengt forbundet med kontraktens gjenstand.

Hvordan bruke alternative tilbud for å få de mest miljøriktige produktene?

Forskriften § 8-6 (2) slår fast følgende: " *Dersom tildeling av kontrakt skal skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, kan oppdragsgiver ta i betraktning alternative tilbud som oppfyller oppstilte minstekrav og krav til presentasjon i konkurransegrunnlaget.* " Oppdragsgiver kan altså via alternative bud innhente alternative løsninger i forhold til spesifikasjonen av kontraktsgjenstanden. Videre kan han velge dengjenstanden han finner mest miljøriktig innenfor rammen av de angitte minstekravene i konkurransegrunnlaget. Dette kan bidra til at man kan utnytte ny teknologi og nye løsninger. Dette ville føre til at lovens overordnede mål, at offentlige innkjøp skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet, i større grad ble oppfylt ved å styrke utviklingen av nye arbeidsplasser samtidig som man får et bedre miljø. Tilbudet må da likevel oppfylle oppstilte minstekrav, jf. forskriften § 8-6 (2). Dersom oppdragsgiveren ikke ønsker å vurdere alternative tilbud må dette fremkomme av kunngjøringen, jf. forskriftens § 8-6 (2). Et alternativt tilbud kan være et som er spesifisert på en annen måte enn det som står i konkurransegrunnlaget. Slike tilbud kan ikke uten videre avvises på grunn av spesifiseringsmåten. Det viktige er at den som kommer med det alternative tilbudet kan dokumentere produktets egenskaper. Det er klart at oppdragsgiveren ikke kan ha oversikt over hva som finnes tilgjengelig på markedet til enhver tid, særlig ikke når det gjelder helt nye oppfinnelser. Samtidig er det viktig at det finnes en adgang for leverandørene til å vise

frem de nye produktene sine selv om varen ikke er konkret etterspurt, noe de ikke kan være hvis det dreier seg om helt nye oppfinnelser. Her kommer man tilbake til viktigheten av å spesifisere behov eller funksjon fremfor å spesifisere produktet i detalj, jf. forskriftens § 5-1 (1) a. Dermed blir også oppdragsgiveren friere i sitt valg av produkt, så lenge kravet til forutberegnelighet likevel blir oppfylt.

Hvordan kan man bruke miljømerker til å spesifisere miljøkrav?

Når jeg omtaler miljømerker i denne delen er også økologiske merker inkludert.

I artikkel 23 nr. 6 første ledd i direktiv 2004/18/EF er det gitt regler om bruk av miljømerker som funksjonskrav eller funksjonelle krav. Det er angitt følgende fire krav for bruken av miljømerker.

1. Merkene skal være egnet til å definere egenskaper ved produktene eller ytelsen som kontrakten dreier seg om.
2. Kravene til miljømerket skal være basert på vitenskaplig informasjon.
3. Merkene skal være vedtatt gjennom en prosess der alle interessentene, slik som statlige institusjoner, forbrukere, produsenter, detaljister og miljøorganisasjoner kan bli hørt.
4. Miljømerkene skal være tilgjengelige for alle tilbydere.

Kan man kreve at varer eller tjenester skal være miljømerket med Svanemerket eller andre merker?

Mange innkjøpere har kjennskap til ulike miljømerker. Videre er de klar over at dette kan være en hensiktsmessig måte å stille miljøkrav på fordi produktet da vil ha tilgjengelig dokumentasjon som er objektiv og etterprøvbart. I Norden er det særlig Svanemerket som er kjent, og som er det offisielle miljømerket, godkjent av Nordisk Råd.

Det eksisterer mange typer miljømerker. På europeisk basis er det særlig Den Europeiske Blomsten som er vanlig å bruke. Dette er også et offentlig godkjent miljømerke som er

utarbeidet av EU-kommisjonen⁹¹. Det norske merket for økologisk godkjent mat heter Debio, eller Ø-merket, og er også et offentlig godkjent merke. Kriteriene til merket er laget i samsvar med det europarettslige regelverket.⁹²

I tillegg til disse finnes det mange miljømerker som er administrert av private organisasjoner. Disse kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor på side 47. Miljømerkene vil normalt gi uttrykk for livssyklusaspektene til et produkt. Det vil si både livssyklus kostnadene, type materiale, om det er resirkulerbart, samt produksjonsprosessen.

Det er i utgangspunktet klart at det ikke kan stilles som et absolutt krav at varen skal oppfylle et eller flere spesifikke miljømerker slik som f. eks. Svanemerket. Man kan heller ikke kreve at varen skal være miljødeklarerert. Begge disse kravene anses å være diskriminerende, da det ikke kan utelukkes at det finnes andre miljømerker som kan dokumentere tilsvarende egenskaper på annen måte. Hvis man vil henvise til et bestemt miljømerke er det derfor nødvendig å tillegge at også tilsvarende klassifikasjoner kan godtas, jf. FoA § 5-2 (2) samt 12-2 (2). Leverandøren kan dokumentere at han oppfyller de samme klassifikasjoner som ulike miljømerker representerer. Det kan gjøres ved at slike kan bli fastsatt gjennom tester av anerkjente organer.

Adgangen til å kreve at en vare er svanegodkjent eller godkjent på annen tilsvarende måte, var temaet i en sak som kom opp for länsrätten (tingretten i Norge) i Örebro i Sverige. I denne saken hadde innkjøperen gått ut med åpent tilbud på leasing, leie eller kjøp av kopimaskiner, og satt som krav at produktet skulle være merket med "*Svanen, Blå Ängeln eller likvärdig märkning*". Dette ble ikke godtatt av länsretten som mente at man ikke kunne henvise til nasjonale miljømerker uten å klargjøre hvilke grenseverdier som gjelder samtidig. Denne dommen ble kritisert av professor i jus ved UiO Hans Petter Graver og GRIP-medarbeider Øystein Sætrang.⁹³ De mente at dommen ikke kunne være korrekt, og

⁹¹ www.svanemerket.no, se under "Om miljømerking".

⁹² Les mer om dette på www.debio.no

⁹³ Se artikkel av Professor Hans Petter Graver, Senter for europarett og rådgiver Øystein Sætrang, GRIP-senter på www.grip.no

at retten måtte ha misforstått hva som kreves av dokumentasjon ved bruk av miljømerker. Artikkelforfatterne mener at kriteriene for merkene ikke må tas inn i konkurransegrunnlaget da miljømerkeordningene har objektive og publiserte kriterier. Det anføres videre at så lenge vurderingene som miljømerket er basert på ikke er diskriminerende, må man kunne kreve at produkter skal oppfylle kriteriene til det nevnte merket eller likeverdig merking. De viser til EF-domstolens dom i en sak mellom EU-kommisjonen og Irland⁹⁴ der det ble slått fast at det er greit å vise til et visst miljømerke hvis man samtidig tilføyer ”eller lignende”. Slike henvisninger er dermed i overensstemmelse med fellesskapsretten. Dragsten⁹⁵ uttaler at det med hensyn til kravene om likebehandling, gjennomsiktighet og forutberegnelighet i anskaffelseslovens § 5 vil være nødvendig å ta inn hvilke krav som ligger til grunn for miljømerket i konkurransegrunnlaget. Dette synes å være en noe annerledes tolking av reglene enn det som kom frem av ovennevnte artikkel av Hans Petter Graver og Øystein Sætrang.

Hvis miljømerket man bruker inneholder kriterier som vil kunne være diskriminerende må man presisere at disse ikke trenger å være oppfylt. Det er imidlertid mulig å utforme kravsspesifikasjonene for miljømessige karakteristika som overensstemmer med kriteriene for miljømerker hvis man har et produkt som ikke er miljømerket.

Er private miljømerker like troverdige som offentlige?

De ovenfor omtalte miljømerkene er offentlige miljømerker, noe som innebærer at de er dokumenterte og dermed etterprøvbare. Disse nyter dermed stor tillit blant oppdragsgivere og leverandører, og har etter hvert blitt ganske vanlige å bruke. Det finnes imidlertid også en del andre miljømerker, og det er omdiskutert hvilken grad av troverdighet slike merkeordninger har. Et eksempel på dette er merket FSC (Forest Stewardship Council) som har vært brukt for å sikre at man ikke har kjøpt treverk fra skogbruk som ikke er miljømessig bærekraftig. Det er avdekket store svakheter ved ordningen når det gjelder produkter fra tropisk regnskog. Rapporten, ”Trading in Credibility” fra Regnskogfondet, dokumenterer at FSC-merket ikke lenger er en garanti for forsvarlig skogsdrift.

⁹⁴ Saml 1988 s. 4929

⁹⁵ Dragsten, Marianne, Offentlige anskaffelser, Kommentartutgave 2005, s.236-237.

Hovedproblemet er i følge rapporten at selskapene som sertifiserer skog har sterke økonomiske interesser i at skogen blir sertifisert, uavhengig av om skogsdriften oppfyller FSCs strenge prinsipper og kriterier.⁹⁶ Rapporten om FSCs praksis gjør at Regnskogfondet ikke lenger kan gå god for FSC-merkede produkter. Les mer om dette på www.grønnhverdag.no. På bakgrunn av ovennevnte problemstilling kan det synes noe tvilsomt om private merkeordninger er like egnet som offentlige.

Man må likevel kunne bruke andre miljømerker enn de offisielle. Oppgir man flere miljømerker i konkurransegrunnlaget, kan disse ha ulike krav til hvilke kriterier som kreves for å oppfylle kravene til merket. Noen kan ha svært strenge krav, mens andre kan ha mindre strenge krav til hva som kreves for å oppfylle kravene til merket. Man må derfor godta dokumentasjon som er likeverdig som det merket som har minst strenge krav. Noe annet være brudd på kravet til likebehandling av leverandører.

Må kriteriene angis ordrett eller er det tilstrekkelig å henvise til en nettside eller andre kilder?

I dommen som er omtalt ovenfor (fra Örebro länsrätt) mente retten at det ikke var klart nok å kreve at kopimaskinene ikke skulle inneholde visse kjemikalier, man burde også ha satt opp de aktuelle grenseverdiene i konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiveren hadde her vist til en liste med kjemikalier fra ”Kemikalieinspektionens författningssamling”, noe länsrätten uttalte at ikke var tilstrekkelig. Artikkelforfatterne⁹⁷ av ”Offentlige innkjøp og miljøkommentarer til dom i Sverige”, mente at det måtte være adgang til dette, da det ellers ville bli urimelig store krav til detaljkunnskap hos innkjøperne. Ut ifra en slik liste har man så muligheten til å enten kreve at produktet ikke inneholder mer enn en viss andel av kjemikaliene på listen, eller kreve at leverandørene skal oppgi hvor mye av de opplistede kjemikaliene deres produkt inneholder. På den sistnevnte måten kan oppdragsgiver ha mulighet til å gi plusspoeng til de produktene som er minst skadelig sett i forhold til

⁹⁶ Grønn hverdags artikkel ”Unngå alt tropisk trevirke.” Forfatter ikke oppgitt.

⁹⁷ Hans Petter Graver og Øystein Sætrang

forurensningspotensiale. Et stoff som det typisk kan kreves at skal utelates er PVC, som er kjent for at det har en miljøskadelig effekt.

Det er klart at det ville være enkelt for oppdragsgiverne å kun vise til en nettadresse der det sto noe om dokumenteringen av miljømerker, og hvilke kriterier som ligger til grunn for det aktuelle merket. Man kunne således spare seg for å ta inn all den informasjonen i konkurransegrunnlaget. Det ville her kunne være et problem at enkelte tilbydere ble avskåret fordi de ikke hadde tilgang på internett. Det er likevel slik at dokumentasjon som ligger på internett er offentliggjort og således burde være tilgjengelig for alle. Konklusjonen må derfor bli at det må angis på hvilken måte dokumentasjonskravet skal oppfylles. Oppdragsgiveren må derfor ta stilling til om henvisning til internettadresse er tilstrekkelig, eller om all dokumentasjon må angis i konkurransegrunnlaget. Det synes imidlertid klart at så lenge det dreier seg om opplysninger alle tilbydere har tilgang til, så trenger man ikke oppgi alle i konkurransegrunnlaget, men kun henviser til en kilde der dokumentasjonen finnes. Hvordan kriteriene skal angis er altså opp til oppdragsgiveren.

4.4. Krav til leverandøren

4.4.1 Krav til økonomisk-, finansiell- og teknisk kapasitet

Krav til leverandøren stilles gjennom kvalifikasjonskravene som fremkommer av FoA § 5-5 og § 12-5. Disse bestemmelsene er basert på lignende bestemmelser i innkjøpsdirektivet, som inneholder en liste over hvilke kvalifikasjonskrav som er lovlige å stille.⁹⁸ Listen er ikke uttømmende. I Beentjes saken⁹⁹ ble det fastslått at innkjøpsdirektivene skal tolkes slik at *”de ordregivende myndigheter kun kan foretage undersøgelsen af entreprenørens egnethed på grundlag af kriterier baseret på deres økonomiske, finansielle, og tekniske kapasitet”*, Premiss 17. Disse kravene, herunder miljørelaterte krav, stilles først og fremst gjennom kvalifikasjonskravene og skal sikre at leverandørene er godt nok egnet til å gjennomføre kontrakten.

⁹⁸ Dir 2004/18/EF art 44 tom 52.

⁹⁹ Sak 31/87, Beentjes

- **Økonomisk og finansiell stilling**

Kravet til leverandørens økonomiske og finansielle stilling skal sikre at leverandøren har tilstrekkelig økonomisk soliditet til å gjennomføre kontrakten eller leveransen. Vanligvis vil det være vanskelig å knytte dette kravet til miljø. Dette kan eventuelt være aktuelt hvis det må tas spesielt hensyn til miljøet ved et innkjøp, og man må være sikker på at leverandøren er i stand til å gjennomføre leveransen på en måte som tar spesielt hensyn til miljøet. Miljøhensyn kan da komme inn som et moment for å øke nivået på den økonomiske sikkerhetsstillelsen.¹⁰⁰

- **Tekniske kvalifikasjoner**

Kvalifikasjonskravene kan knyttes til leverandørens tekniske kapasitet. Alle tekniske krav som stilles må dokumenteres, jf. FoA § 5-11 til § 5-14 og 12-6 (1) andre setning.

Når det gjelder miljøkrav kan man her typisk kreve at leverandøren skal ha en viss erfaring eller kompetanse når det gjelder produksjon som tar hensyn til miljøet. Erfaringen kan bl.a. være dokumentert gjennom at de har miljøledelsessystem som er godkjent av EMAS (fellesskabsordningen for miljøstyring- og miljørevisjon), slik som for eks. ISO14000. EU's nye anskaffelsesdirektiv¹⁰¹ gir regler om slike standarder. I artikkel 48 nr. 2 (f) er det slått fast at man kan etterspørre om leverandøren har slike miljøledelsessystemer som kan brukes ved utføringen av kontrakten. Bestemmelsen gjelder kun for bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter. I artikkel 50 er det videre angitt at dersom man krever attester utstedt av uavhengige organer skal det vises til EMAS. EMAS utsteder attester som er i overensstemmelse med internasjonale standarder. Slike miljøledelsessystemer er en slags miljøkvalitetskontroll av bedriften. På samme måte som med miljømerker kan oppdragsgivere hen vise til slike miljøsertifiseringsordninger hvis de tar med tilføyelsen ”eller annen dokumentasjon”, for å sikre at alle tilbyderne blir behandlet likt.

Det at man har en slik miljøkvalitetskontroll er ikke en garanti for at man har en miljøriktig drift av produksjonen. Det er derimot dokumentasjon på at man har kontroll på produksjonen, og hvor mye denne forurenses, etc. Man kan på denne bakgrunn ikke si at et

¹⁰⁰ NHD, s veileder om miljø og regelverket om offentlige anskaffelser.

¹⁰¹ Dir 2004/18/EF

miljøledelsessystem i seg selv garanterer en miljøvennlig drift. Det kan synes som om leverandører i prinsippet kan ha et miljøledelsessystem selv om deres drift ikke er miljøvennlig. Videre kan det tenkes at disse får et fortrinn i konkurranse med andre bedrifter som kanskje har en mer miljøvennlig drift, men som ikke har innført et kontrollsystem. Det er likevel ikke slik at "miljøbanditter" kan skjule seg bak en miljøsertifisering, siden både ISO 14001 og EMAS krever "..en forpliktelse til å tilfredsstille relevante lover og forskrifter for miljø..". Videre er det et krav at det blir etablert prosedyrer for dette. Det har uansett formodningen for seg at en bedrift innfører et miljøledelsessystem for å vise at den har en miljøriktig produksjon, muligvis som ledd i markedsføringen av sine produkter.

Det er adgang til å kreve at leverandøren har kompetanse eller erfaring om miljøriktig produksjon hvis gjennomføringen av kontrakten fordrer dette. At man kan legge vekt på typen erfaring hos personalet i en bedrift ble slått fast av EF-domstolen i Beentjes saken¹⁰².

Domstolen uttalte her at det er lovlig å stille som et kriterium at man må ha spesiell erfaring i den type arbeid som skal utføres. Det må således være adgang til å stille krav til at personalet i en bedrift skal ha kompetanse eller erfaring med miljøriktig produksjon. En forutsetning her må være at gjennomføringen av kontrakten krever en viss miljøkunnskap eller teknisk kapasitet. Iht. kravet til proporsjonalitet er det kun adgang til å kreve den tekniske kapasiteten som er nødvendig i forhold til kontraktens formål, type og kompleksitet.

En mulighet er å stille krav til leverandørens utstyr. Kravet kan gå ut på at utstyret ikke skal slippe ut mer forurensning enn et visst nivå. Her vil prinsippet om at man skal bruke beste mulige tilgjengelige teknologi komme inn, også kalt BAT-prinsippet (Best Available Technology). Dette prinsippet vil trolig få stort gjennomslag i Europa gjennom forurensningsdirektivet IPPC¹⁰³ der prinsippet er nedfelt.¹⁰⁴ Siden direktivet er ganske

¹⁰² Sak 31/87, Beentjes.

¹⁰³ Rådsdirektiv 96/61/EF

¹⁰⁴ Se også www.sft.no

generelt utformet har EU-kommisjonen utarbeidet veiledere, såkalte BREF¹⁰⁵, til de ulike typene industri i Europa. Der er det tatt stilling til hvor mye som er anbefalt maksimumsutslipp for hver enkelt av industritypene, og hvilket utstyr som kan brukes for ikke å komme over de anbefalte grensene.

Den rettslige betydningen av disse veilederne er imidlertid uklar. I utgangspunktet er veilederne uten rettslig virkning. Det er likevel mulig at de over tid vil sette en slags veiledende standard for hvor mye utslipp det er greit å akseptere, forutsatt at BREFene blir allment kjent. I så fall vil dette kunne tenkes å få innvirkning på hvordan innkjøpere kan utforme krav til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner. Man vil da få en kjent standard som lett kan dokumenteres, og kan dermed lettere stille krav som ikke ville være diskriminerende.

Prinsippet om at man skal anvende den beste mulige tilgjengelige teknologi er også et prinsipp i norsk rett¹⁰⁶. Det er imidlertid klart at prinsippet heller ikke i norsk rett kan skape selvstendige rettsvirkninger. Det kan likevel være et fortolkingsmoment hvis man kommer i en tolkinssituasjon der det er uklart hvilket resultat man bør falle ned på.

4.4.2 Avvisning av leverandører

Adgangen for oppdragsgiver til å avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene er nedfelt i forskriften §§ 8-12 og 15-12. Det fremkommer videre av forarbeidene¹⁰⁷ at det er adgang til å avvise leverandører som gjør seg skyldig i brudd på miljølovgivningen og er dømt for en straffbar handling som reiser tvil om denne bedriftens faglige hederlighet, og i forbindelse med utøvelsen av arbeidet har begått en alvorlig feil. Dette kan for eks. være hvis leverandøren svikaktig har avgitt uriktige opplysninger.

¹⁰⁵ BREF- BAT Reference Documents

¹⁰⁶ Backer, Inge Lorange, Innføring i naturressurs- og miljørett, 4. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS, Oslo, 2002, side 68.

¹⁰⁷ Ot. Prp. Nr. 71 (1997-98)

4.5. Tildelingskriterier

Iht. FoA § 5-1 og § 12-1 skal det i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen angis hvilke kriterier som vil bli vektlagt ved tildeling av kontrakt. Det er disse kriteriene som vil bli avgjørende ved vurderingen av hvem som har det beste tilbudet og som skal dermed tildeles kontrakt.

Det finnes to ulike tilnærminger når det gjelder valg av tildelingskriterier, jf. forskriftens § 10-2(1) og § 17-2 (1). Man kan enten velge det tilbudet som er har den laveste prisen eller man kan ta det tilbudet som er det økonomisk mest fordelaktige. Når det gjelder anledningen til å stille miljøkrav må dette gjøres innenfor rammen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

4.5.1 Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet

Dersom tildeling av kontrakt skal skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal alle kriteriene man vil legge vekt på oppgis på forhånd, om mulig i prioritert rekkefølge, jf. § 10-2 (1) og § 17-2 (1). Kriteriene må være objektive og ikke-diskriminerende. I § 10-2 (1) og § 17-2 (1) er det oppramset en del mulige kriterier, slik som pris, kvalitet, estetiske egenskaper, service etc. Listen er ikke uttømmende, så selv om miljøhensyn ikke er eksplisitt nevnt er det klart at slike kriterier kan stilles, så lenge de oppfyller de generelle kravene til tildelingskriterier.

Når man avgjør hva som er det økonomisk mest fordelaktige kan man benytte miljøkrav som et tildelingskriterium, eksempelvis ved ta hensyn til livsløpskostnadene et produkt vil ha under hele bruksperioden. Hvilke utgifter man kan regne inn i livsløpskostnadene, er nærmere omhandlet ovenfor under punkt 3.2.7. Som nevnt i samme punkt vil det at et produkt har lave livsløpskostnader bety det samme som at produktet er bra for miljøet.

Et krav som kan stilles som spesifikasjonskrav kan i utgangspunktet også lovlig stilles som tildelingskriterium. Jeg behandler ikke dette på nytt her, men viser kun til punkt 4.3. Det er

imidlertid ikke anledning til å bruke samme krav som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium.

I den svenske loven om offentlige anskaffelser¹⁰⁸ § 12 2) er miljøhensyn nevnt som en omstendighet man skal ta hensyn til. I artikkel 53 nr.1 bokstav a, i det nye anskaffelsesdirektivet¹⁰⁹ fra EU, er miljø også nevnt som mulig tildelingskriterium. At dette er et relevant kriterium ble også slått fast i både Concordia Bus¹¹⁰ - og Wienstrom¹¹¹ sakene.

Det er noen punkter som iht gjeldende rett og rettspraksis er viktige å iaktta når man skal utforme tildelingskriteriene. Dette vil også gjelde for miljøkriterier.

- Kriteriene må knytte seg til kontraktens gjenstand, altså egne seg til å identifisere egenskaper ved ytelsen som skal kjøpes inn.
- Kriteriene må ikke være utformet på en slik skjønnsmessig måte at valg av leverandør er overlatt til oppdragsgiverens ubetingede frie skjønn.
- Kriteriene må fremgå av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.
- Kriterienes utforming må ikke medføre brudd på de grunnleggende fellesskapsrettslige prinsippene¹¹² eller prinsippene i anskaffelseslovens § 5.

Hvis man har utelatt noen kriterier i kunngjøringen eller i konkurransedokumentene kan disse ikke tillegges vekt ved utvelgelsen. Man kan derfor ikke legge vekt på at et produkt man får tilbud som har en spesiell miljøriktig egenskap, dersom man ikke på forhånd har angitt dette som et tildelingskriterium.

¹⁰⁸ Lag om offentlig upphandling 1992:1528

¹⁰⁹ Dir 2004/18/EF

¹¹⁰ Sak C-513/99

¹¹¹ Sak C 448/01

¹¹² Se mer om dette under punkt 2.1.1. og i Concordia Bus saken.

Det er flere problemstillinger knyttet tilidentifiseringen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet som ikke er avklart. Et spørsmål som reiser seg, er om det ved bruk av begrepet ”det økonomisk mest fordelaktige tilbudet” kreves at man for hvert enkelt tildelingskriterium skal kunne påvises at kriteriet har en direkte økonomisk verdi for oppdragsgiver. I Concordia Bus saken, premiss 55, (den svenske versjonen) er følgende uttalt om artikkel 36.1 a i direktiv 92/50 at: ” *Artikkel 36.1 a skall, för det andra inte tolkas så at att samtliga kriterier som den upphandlande myndigheten tillämpar för att fastställa det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet skall vara av rent ekonomisk art. Det kan nämligen inte uteslutas att faktorer som inte är av rent ekonomisk art kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten. Denna iakttagelse styrks även av det faktum at kriteriet avseende anbudets estetiska förtjänster uttryckligen omnämns i ifrågavarande bestämmelse*”. Denne uttalelsen synes å trekke i retning av at det ikke er et absolutt krav om at et tildelingskriterium må kunne påvises å ha en direkte økonomisk verdi. I dommen vises det dessuten til at det i regelverket eksplisitt nevnes ”estetiske egenskaper” (jf. FoA § 10-2 (2) og § 17-2 (2)). Estetikk og miljø er muligvis ikke helt sammenlignbart, siden miljøgevinster stort sett kan måles gjennom testing av verdier i luft, jord og utslipp, mens estetikk er en mer subjektiv kvalitet. Likevel er det ikke bevist hvilke kvaliteter for eks. økologiske matvarer har i forhold til matvarer som er produsert på annet vis. Det er imidlertid antatt at slike varer har visse egenskaper som tilfører produktet noe de ellers ikke ville hatt. Se også de to danske avgjørelsene som er omtalt under punkt 3.2.6.

Oppdragsgiveren bør, så langt mulig, angi, hvilken vekt denne tillegger de enkelte tildelingskriteriene i forhold til hverandre. Dette spørsmålet har vært oppe i flere saker, for eks. i Wienstrom saken¹¹³. I denne saken kom domstolen frem til at det i utgangspunktet var greit at miljøaspektet ble vektet 45 % i forhold til pris som ble vektlagt 55 %. Domstolen uttalte at det var opp til oppdragsgiveren å bestemme hvordan kriteriene skulle vektlegges.

Et annet uavklart forhold er hvorvidt man alltid må prioritere pris høyest når man skal velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette spørsmålet har ennå ikke vært

¹¹³ Sak C-448/01, se mer om denne saken under punkt 2.3.

gjenstand for domstolsbehandling. Det er imidlertid grunn til å anta at pris vil være en svært viktig faktor når man skal identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

4.6 Miljøkrav i kontrakt

Hvilke kontraktsvilkår som kan settes er ikke regulert gjennom rettsregler. Grunnen til dette er at kontraktskravene ikke berører hverken om spesifikasjonskravene er oppfylt, om tilbyderne har evne til å levere produktet, eller om kravene er nødvendige for vurderingen av tilbudene. Prinsippene om ikke-diskriminering og proporsjonalitet gjelder imidlertid når man skal stille miljøkrav i kontrakten, dette fremgår både av fellesskapsretten, jf. rettspraksis nevnt under punkt 3.4, og gjennom forskriften, jf. § 3-1 (2) og (3), § 5-5 (2) og (3), samt 12-5 (3). Der er det stilt krav til at leverandørene skal behandles likt, og at kravene som stilles skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres. Hensynet til forutberegnelighet krever at spesielle kontraktsvilkår må stilles i konkurransegrunlaget. Hvilke kontraktsvilkår som kan settes avhenger av avtalens art. Det er bl.a. mulig å kreve at leverandøren skal være medlem av en returordning for sine produkter. En forutsetning for dette er at den ordningen man krever at leverandøren skal være medlem av ikke er til større ulempe for utenlandske enn for norske leverandører. Dette ville stride mot ikke-diskrimineringsprinsippet. Kopi av medlemsbevis av den aktuelle ordningen holder som dokumentasjon på at man er medlem av en returordning.

NHD's tolkingsuttalelse¹¹⁴ om innkjøpsdirektivet har en liste med oversikt over mulige kontraktsvilkår som tar hensyn til miljøet. Her er det bl.a. følgende nevnt:

- varene kan leveres uten emballasje eller i gjenbrukscontainere,
- emballasjen må være av resirkulert materiale,
- evt at leverandøren må hente emballasjen hvis den ikke oppfyller noen av de vilkårene som er nevnt ovenfor,
- leverandøren vederlagsfritt skal besørge henting av kasserte elektriske produkter tilsvarende den mengde og type som er innkjøpt, samt bringe disse til godkjente behandlingsanlegg,

¹¹⁴ Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser, NHD 2004

-entreprenøren må dokumentere at virksomheten oppfyller lovkrav om eget eller kollektivt retursystem, som vederlagsfritt kan ta i retur kasserte produkter av samme type.

Videre kan man tenke seg andre kontraktsvilkår, slik som miljøvennlig transport ved tjenestekontrakter, krav om bruk av miljøvennlig vaskemiddel ved rengjøringskontrakter og krav om at leverandøren innfører en miljøpolitikk på byggeplassen etc.

4.7. Avslutning -en de lege ferenda betraktning

Jeg har nå gått igjennom det offentliges rett og plikt til å stille miljøkrav, og hvordan man kan stille konkrete miljøkrav innenfor rammen av regelverket om offentlige anskaffelser. Det synes det som om dette byr på store utfordringer. Dette hindrer muligvis at det store potensialet¹¹⁵ det offentlige har til å styrke miljøet gjennom miljømessig gode anskaffelser blir fullt utnyttet.

Regelverket er veldig generelt utformet, samtidig som man har lite rettspraksis eller praksis fra KOFA på området. Selve adgangen til å stille miljøkrav er uproblemetisk, og oppdragsgiver har, som jeg har vært inne på tidligere, plikt til å ta miljøhensyn. Det er selve den praktiske utformingen av kravene som er vanskelig å formulere uten at det strider mot noen av grunnprinsippene. Ofte er problemet at man ikke rent praktisk kan dokumentere kravene man kommer med, slik at kriteriene derfor ikke vil være objektive og etterprøvbare. Siden disse grunnkravene er så viktige må dokumentasjonskravet være strengt. Disse faktorene kan være medvirkende til at oppdragsgivere er tilbakeholdne med å stille miljøkrav, for ikke å øke prosessrisikoen ved gjennomføringen av anskaffelsen.

Som nevnt over kan det være hensiktsmessig å stille miljøkrav gjennom å bruke miljømerkeordningene i og med at kravene til produktene gjennom disse allerede er tilstrekkelig objektive og dokumenterbare. Problemet er imidlertid at mange produkter ikke er omfattet av miljømerkeordningene. Det er først og fremst disse det er et problem å

¹¹⁵ I Norge utgjorde beløpet i 2004 ca 256 milliarder kroner. Det vil si 15 % av bruttonasjonalproduktet.

utarbeide spesifikasjoner for uten å komme i konflikt med regelverkets grunnleggende prinsipper om forutberegnelighet, likebehandling og krav til objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Siden regelverket er så vanskelig å bruke på dette området, betyr dette også at en del av potensialet til å bedre miljøet går tapt.

En mulig tilnærming kunne tenkes å være at det ble utarbeidet statlige spesifikke miljøkrav for aktuelle produktgrupper. De mest aktuelle produktgruppene ville kunne være de som er mest solgt eller de som er potensielt mest skadebringende for miljøet. For produkter som ikke er omfattet av miljømerkeordninger burde man utvikle tilsvarende ordninger for å få en offentlig godkjent standard. Slike merkeordninger er under utvikling. Et eksempel på dette er at hus nå skal miljømerkes gjennom at de får et merke for hvor mye energi de bruker. Norges vassdrags- og energidirektorat, NVE, har i ett år forberedt en ordning med energimerking av bygg. Alle bygninger som bygges, selges eller leies ut skal utstyres med en energiattest med en karakter for byggets energieffektivitet. Loven som hjemler ordningen vil trolig tre i kraft fra januar 2007.

Videre kunne det være en mulighet å organisere for eksempel kommunenes innkjøp gjennom et sentralt innkjøpsorgan. Dette fordi mange små kommuner ikke har noen juridisk kompetanse å støtte seg til, ei heller ressurser til å lære opp personell på dette området. Dette ville lette innkjøpsprosessen generelt betraktelig for disse. Når det gjelder miljøkrav spesielt ville man kunne ha spesialister som var eksperter som jobbet bare med dette, og som kunne koordinere utarbeidelse av standarder på ulike områder ettersom nye produkter ble etterspurt. Muligvis ville det da også være lettere å følge med på utviklingen av nye produkter som kunne komme miljøet til gode. Dette ville føre til at næringslivet satset mer på miljø i utformingen av nye produkter, noe som i sin tur ville føre til at formålsbestemmelsen i LoA § 1 ble oppfylt.

I tillegg kan man støtte seg til lovgivning innen miljøretten ettersom denne utvikler seg. Et eksempel på dette kan finnes innenfor EU. En mulighet når det gjelder å skaffe

dokumentasjon kan finnes i BREFene¹¹⁶ som har blitt utviklet innenfor rammen av EU-systemet. Selv om disse i dag fungerer som veiledere uten rettslig virkning, har det i juridisk teori vært antydning at disse etter hvert vil utvikle seg til standarder som er rettslig bindende.

Utviklingen innen EU synes å gå i retning av at det blir mer og mer akseptert å bruke kriterier som ikke kun har en økonomisk verdi, slik som det ble gjort i sakene som er nevnt under punkt 3.4. Det er mulig at dette skjer på bakgrunn av at EU ikke lenger er fornøyd med kun å være en handelsallianse. Som nevnt under punkt 3.2.1. har EU gått i retning av å ta mer hensyn til miljøspørsmål. Dette støttes også av at EF-traktaten i artikkel 6. Normalt vil Norge følge utviklingen i EU. Det har derfor formodningen for seg at norske oppdragsgivere i større grad vil ta i bruk kriterier som i større grad tar miljøhensyn.

Det synes derfor som om loven i seg selv kan beholdes slik den er i dag, og at man fremfor å forandre ordlyden i denne, bør utnytte det potensialet den har gjennom å utvikle flere sertifiseringsordninger. Dessuten må man følge med på EF-domstolens utvikling av dette rettsområdet, og se om denne utviklingen åpner ytterligere for å stille miljøkrav ved offentlige anskaffelser.

Videre er det mulig at man kunne gjøre forskriften mer detaljert når det gjelder miljøkrav, slik at brukerne fikk mer veiledning på dette området.

¹¹⁶ BREF- BAT Reference Documents

5. Litteraturliste

Juridisk litteratur:

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, 2005, s. 1230-1291.

Backer, Inge Lorange, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 4. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS, Oslo, 2002. Lindalen/ Dragsten 2005: Lindalen, Esther *Offentlige anskaffelser: lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 med kommentarer* Esther Lindalen og Marianne H. Dragsten

Dragsten, Marianne og **Lindalen** Esther, *Offentlige anskaffelser, Kommentarutgave*, Universitetsforlaget, Oslo, 2005.

Forsberg, Nicklas, *Offentlig upphandling i praktiken*, Stockholm, 2001, s. 105-108.

Goyder, D.G, *EC Competition Law*, 3. utgave, Oxford, 1998.

Henze, Margareta, **Sylvén** Hans, *Offentlig Upphandling*, 2. utgave, Norstedts Juridik, Stockholm, 2003.

Nielsen, Ruth, *Udbud af offentlige kontrakter*, 2. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2002.

Nielsen, Ruth og **Treumer**, Steen, *The New EU Public Procurement Directives*, København, 2005.

Rudden, Bernard, **Wyatt**, Derrick, *Basic Community Laws*, 6. utgave, Oxford, 1996.

Sejerstad, Fredrik , [et.al] *EØS-rett*, (2. utg.) Oslo, 2004.

Artikler:

Graver, Hans Petter, *Miljøkrav og offentlige anskaffelser*, Norsk lysningsblads EØS-bilag, 27.mars 1998.

Graver, Hans Petter, *Konsesjoner og konkurranse – om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser I: Lov og rett nr. 4/5 2004 s. 224 flg.*

Graver, Hans Petter, **Sætrang**, Øystein, *Offentlige innkjøp og miljø – kommentarer til dom i Sverige*. www.grip.no (Sisert 15.01.06).

Stemshaug, Ola, *Finnanger*, Dokumentet er en artikkel/bok-kapittel i Heidersskrift til Kåre Elstad / redigert av Tove Bull og Anton Fjeldstad.

Sætrang, Øystein rådgiver GRIP-senter, *Miljøkrav i offentlige innkjøp – ingen vei utenom*. www.grip.no (sisert 15.01.06).

Rognstad, Ole-Andreas *EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkningen av EØS-avtalen*, I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 2001 s. 435 flg.

Veggeland, Frode, *Norsk lov i møte med internasjonal rett : EØS-avtalen og politiske og statsrettslige aspekter ved Høyesteretts dom i Finnanger-saken*

Web-sider:

[www.http://tux1.aftenposten.no/nyheter/uriks/d22433.htm](http://tux1.aftenposten.no/nyheter/uriks/d22433.htm) (sitert 01.03.06).

[www.http://tux1.aftenposten.no/nyheter/uriks/d22798.htm](http://tux1.aftenposten.no/nyheter/uriks/d22798.htm) (sitert 01.03.06).

www.curia.eu.int

www.efta.int

www.europa.eu.int

www.grip.no

www.europa.eu.int/comm/environment/ecolabel (sitert 15.03.06)

www.svanemerket.no

www.debio.no

www.gronnhverdag.no

www.aftenposten.no

www.nou.se

www.klfu.dk

www.kofa.no

www.odin.no

www.valfarden.se/notis visa, (sitert 01.03.06).

www.nve.no

www.ssb.no

Rapporter og undersøkelser

Evaluering av regelverket for offentlige anskaffelser. Sluttrapport. Juni 2004 for Nærings- og Handelsdepartementet av Asplan Viak, 2004

A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future av 03.02.04 s. 15

.

Offentlige anskaffelser på anbud - virkninger og erfaringer med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, NORUT Samfunnsforskning AS, 1996.

Regnskogfondet, *Trading in Credibility*, funnet på www.regnskogfondet.no (sisert 15.03.06).

6. Rettspraksis:

Høyesterettspraksis fra Norge:

Rt. 1993 s. 528, Lunner pukkverk.

Rt 1994 s. 1244, Kvinnefengselsaken.

Rt 1997 s. 1954, Løten kommunesaken.

Rt 1998 s. 1951, Klubben-dommen.

Rt 1999 s. 997, Nemkosaken.

Rt 2000 s. 996, Bøhlersaken.

Rt 2000 s. 1811, Finnangersaken.

Rt 20 01s. 1006, KRL-saken.

Rettspraksis fra EF-domstolen:

Sak C-120/78 Cassis de Dijon.

Sak C-31/87, Beentjes.

Sak C-21/88 Du Pont de Memours

Saml 1988 s. 4929 EU-kommisjonen mot Irland

Sak C-243/89, EU-kommisjonen mot Danmark
Sak C-433/93, EU-kommisjonen mot Tyskland.
Sak C-225/98, Nordpas Calais.
Sak C-275/98, Unitron Skandinavia
Sak C-324/98 Telaustria
Sak C-513/99, Concordia Bus.
Sak C-92/00 Hospital Igenieure
Sak C-448/01, Wienstrom.
Sak C-20/01, EU-kommisjonen mot Tyskland.
Sak C-28/01, EU-kommisjonen mot Tyskland.

Avgjørelser fra KOFA:

KOFA's sak 2003/93.

Avgjørelser fra Klagenævnet for offentlige udbud:

Kjennelse av 16. oktober 1996, Danske Vognmend mod Stevns Kommune.

Kjennelse av 27. september 2000, Svend B Thomsen mod Blåvandshuk Kommune

