

# MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Johannes Dalen Giske

## Klimakrav i offentlige anskaffelser

Anskaffelsesrettslige virkemidler for å fremme  
lavkarbonprodukter



# Klimakrav i offentlige anskaffelser

Anskaffelsesrettslige virkemidler for å  
fremme lavkarbonprodukter

Johannes Dalen Giske



MarIus No. 538  
Sjørettsfondet  
Nordisk institutt for sjørett  
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2021

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet  
University of Oslo  
Scandinavian Institute of Maritime Law  
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5  
N-0130 Oslo  
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-post: [sjorett-adm@jus.uio.no](mailto:sjorett-adm@jus.uio.no)

Internet: [www.jus.uio.no/nifs](http://www.jus.uio.no/nifs)

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: [trond.solvang@jus.uio.no](mailto:trond.solvang@jus.uio.no)

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen  
– The Norwegian Booktown

Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>

E-mail: [post@bokbyen.no](mailto:post@bokbyen.no)

Print: 07 Media AS

# Forord

Denne artikkelen ble til mens jeg var ansatt som vitenskapelig assistent på NCCS-prosjektet ved Nordisk institutt for sjørett på Universitetet i Oslo, og skrev masteravhandling om klimakrav i offentlige anskaffelser. Foruten enkelte mindre språklige endringer og korrektur, er innholdet i artikkelen det samme som i avhandlingen.

Til tross for at en god porsjon av engasjementet ble tilbrakt på hjemme-kontor på grunn av utbruddet av covid-19 våren 2020, har jeg både verdsatt og dratt stor nytte av mange gode samtaler med kolleger på instituttet, av både faglig og mer hverdagslig karakter. Jeg vil særlig rette en stor takk til professor Finn Arnesen for at han tok seg tid til å svare på de helt banale spørsmålene til en nyansatt vit.ass som ikke hadde jobbet med anskaffelsesrett tidligere, og til å gi mange og gode tilbakemeldinger underveis. Det bidro kraftig til å løfte avhandlingen til et nivå som jeg var komfortabel med å levere fra meg.

Jeg vil også takke veilederen min, Catherine Banet, som har vært en viktig premissleverandør for mitt prosjekt. Det var hun som tilbød meg stillingen som vit.ass, og som i samarbeid med aktørene i NCCS identifiserte behovet for en masteravhandling om klimakrav i offentlige anskaffelser. Å få kombinere det å fullføre utdanningen min med å (forhåpentligvis) bidra til å utvikle kunnskap som kan gjøre oss bedre rustet til å forebygge klimaendringer har vært utrolig meningsfylt, og det er Catherine sin fortjeneste at jeg fikk den muligheten. Vi har også hatt en kontinuerlig dialog om avhandlingens form og innhold gjennom det som til tider har vært en veldig spesiell arbeidssituasjon. Avhandlingen ville vært en helt annen uten hennes veiledning.

En masteravhandling er ingenting uten gode kilder. Få har vært så viktige for kildetilfanget til masteravhandlingen min som Inger Hamre. Hennes kjennskap til litteraturen, god kildesøkspraksis, og ikke minst hennes hjelp til å forstå den helt usannsynlig kompliserte papirlabyrinten som er EUs forarbeidsregistre, har vært uvurderlig. Jeg vil også takke Cecilie Hagby i Norsk Betongforening, som ga tilgang til foreningens publikasjon om lavkarbonbetong, og Simon Roussanaly hos SINTEF,

for tilgang til byggforsksbladet om det samme. Jeg vil takke Ane Torkildsen Nytrøen, på det tidspunktet min kommende leder i Omsorgsbygg Oslo KF, som etter å ha ansatt meg også tok seg tid til å lese gjennom avhandlingen og komme med viktige og oppbyggende innspill på oppløpssiden. Takk også til «svigerfar» Lars-Erik, for skikkelig grundig korrekturlesing helt til slutt.

Å skrive master er en relativt ensom kamp, men som vitenskapelig assistent er man heldigvis ikke alene. Å gå gjennom prosessen sammen, eller i det minste parallelt, har gjort den mye lettere enn den ellers ville vært. At våre gode og dårlige dager ikke var synkroner, gjorde at vi kunne løfte hverandre når det trengtes. Muligheten til å prøve ut mer eller mindre gjennomtenkte resonnementer på hverandre, bidro også til å skjerpe både den som snakket og den som lyttet. Jeg vil takke Vinh Tran, Maren Lervik og Simen Gundersen for et hyggelig kontorfellesskap, og Beate Kathrine Berge og Marte Brathovde for ekstra god faglig og moralsk støtte. En ekstra takk til Heidi Egeland, som jeg har delt kontor, prosjekt og veileder med, og som bidro med friske øyne og gode perspektiver på avhandlingen i en periode der jeg virkelig trengte det.

Til slutt vil jeg takke Sunniva, som jeg er så fantastisk heldig å få være samboer med. Hun har bidratt på uendelig mange måter til at jeg kom i mål. Det har vært veldig godt å ha noen å spise frokost med om morgenen og komme tilbake til om kvelden, som levde et liv utenfor masterboba og trakk meg ut av den en gang iblant, men som også tok seg tid til å høre på og la meg forbli i den når det var nødvendig. Hun har også lest og gitt nyttige tilbakemeldinger på avhandlingen i flere omganger, og når vi gikk fra å jobbe på hvert vårt kontor til å tilbringe uker i strekk i hvert vårt hjørne av stua, var det samlivet med Sunniva som til tider var avgjørende for at det gikk bra til slutt. Tusen, tusen takk for det.

Johannes Dalen Giske

Oslo, 30. november 2020.

Denne utgivelsen har blitt produsert med støtte fra NCCS-senteret, et forskningssenter under Forskningsrådets forskningsprogram Forskningscentre for Miljøvennlig Energi (FME). Forfatteren anerkjener følgende partnere for deres bidrag: Aker Solutions, Ansaldo Energia, CoorsTek Membrane Sciences, EMGS, Equinor, Gassco, Krohne, Larvik Shipping, Lundin, Norcem, Norwegian Oil and Gas, Quad Geometrics, Total, Vår Energi, og Forskningsrådet (257579/E20).

# Innhold

FORORD.....	3
1 INNLEDNING.....	9
1.1 Artikkelen tema og formål .....	9
1.2 Bakgrunn .....	10
1.3 Begrepsavklaringer.....	12
1.4 Case – sement og betong.....	14
1.5 Avgrensninger .....	16
1.6 Rettskildebildet og metode.....	18
1.6.1 Norsk anskaffelseslovgivning og forholdet til EU-direktivene ...	18
1.6.2 Rettspraksis og forvaltningspraksis – særlig om KOFA .....	20
1.6.3 Juridisk teori.....	23
1.6.4 Særlig om dokumenter fra EU-kommisjonen .....	23
1.7 Fremstillingen videre .....	26
2 ANSKAFFESESRETTENS FORMÅL OG SYSTEM.....	28
2.1 Innledning .....	28
2.2 Anskaffelsesregelverkets formål .....	28
2.2.1 Effektiv bruk av offentlige midler .....	28
2.2.2 Utvikling av EUs indre marked .....	29
2.2.3 Prinsippene i anskaffelsesloven § 4.....	31
2.3 Offentlige anskaffelser som virkemiddel for politikk .....	32
2.3.1 Anskaffelser som verktøy for miljøpolitiske mål – særlig om GPP.....	34
2.4 Reglens virkeområde .....	36
2.4.1 Personelt virkeområde: anskaffelsesrettens pliktsubjekter .....	36
2.4.2 Materielt virkeområde: særlig om terskelverdier .....	37
2.5 Den åpne (og den begrensede) anbudskonkurransen.....	39
2.5.1 Forberedelser før en anskaffelse .....	40
2.5.2 Offentlig kunngjøring.....	41
2.5.3 Konkurranses grunnlaget.....	41
2.5.4 Avslutning av konkurransen .....	43
3 KRAVSPESIFIKASJONER .....	45
3.1 Innledning .....	45
3.2 Hva kravspesifikasjoner kan gå ut på .....	46

3.2.1	Innledning.....	46
3.2.2	Ytelses- eller funksjonskrav.....	47
3.2.3	Tekniske spesifikasjoner og standarder.....	49
3.2.4	Merkeordninger.....	52
3.2.5	Forhold som ikke gir utslag i leveransens materielle innhold....	56
3.3	Krav til kravspesifikasjonene.....	58
3.3.1	Tilknytning til leveransen.....	58
3.3.2	Inngrep i konkurransen og likebehandling.....	62
3.3.2.1	Innledning.....	62
3.3.2.2	Prinsippenes innhold og bakgrunn.....	63
3.3.2.3	Uforholdsmessige inngrep i konkurransen – likebehandlingsperspektivet.....	65
3.3.2.4	Forhold som ikke gir materielt utslag for oppdragsgiver.....	67
3.3.2.5	Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen når det stilles klimakrav.....	69
3.3.2.6	Inngrep i konkurransen – hvorvidt nasjonale hensyn tilsier strengere krav.....	71
3.3.3	Konkurransesvridende henvisninger.....	73
3.3.3.1	Innledning.....	73
3.3.3.2	Forbud – ett eller flere.....	75
3.3.3.3	Unntak – ett eller to.....	78
3.3.3.4	Unntak – Behovet for en mer systematisk tilnærming... ..	81
3.3.4	Oppsummering: hvilke krav gjelder for kravspesifikasjonene..	85
3.4	Kravspesifikasjonene som virkemiddel for å stille klimakrav.....	86
3.4.1	Sement og betong.....	86
3.4.1.1	Hvordan formulere krav om lavkarbonbetong.....	86
3.4.1.2	Hvor strenge krav kan stilles.....	88
3.4.1.3	Krav om CCS-betong i offentlige byggeprosjekter.....	89
3.4.2	Når bør klimakrav stilles i kravspesifikasjonene?.....	92
4	TILDELINGSKRITERIER.....	94
4.1	Innledning.....	94
4.2	Modellene for å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet..	95
4.2.1	Innledning.....	95
4.2.2	Lavest pris.....	96
4.2.3	Lavest kostnad.....	98
4.2.4	Det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet.....	100
4.3	Nærmere om kravene til de kvalitative kriterienes innhold.....	101



4.3.1	Innledning .....	101
4.3.2	Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet .....	102
4.3.3	Tilknytning til leveransen.....	105
4.3.4	Konkurransavidende henvisninger .....	108
4.4	Krav til kriterienes utforming.....	108
4.4.1	Presisjon .....	109
4.4.2	Objektivitet.....	110
4.4.3	Dokumentasjon.....	111
4.4.4	Angivelse av kriterienes relative vekt .....	111
4.4.5	Oppsummering.....	112
4.5	Oppdragsgivers frihet til å fastsette kriterienes vekt .....	113
4.5.1	Innledning .....	113
4.5.2	Slutninger fra rettspraksis og juridisk teori .....	114
4.5.3	Poengberegningsmetoder for evaluering av tilbud.....	116
4.5.4	Reell betalingsvillighet som alternativt vurderingstema.....	121
4.5.5	Oppsummering.....	123
4.6	Tildelingskriterier som virkemiddel for å fremme klimahensyn ....	124
4.6.1	Når bør tildelingskriterier brukes for å fremme klimahensyn?...	125
4.6.2	Sement og betong.....	126
5	KONKLUSJONER OG ANBEFALINGER.....	128
5.1	Rettslige skranker for å stille klimakrav i kravspesifikasjoner og tildelingskriterier .....	128
5.1.1	Kravspesifikasjonene må ikke utgjøre en uforholdsmessig begrensning i konkurransen.....	129
5.1.2	Tildelingskriteriene bør vurderes ut fra oppdragsgivers uttrykte betalingsvilje.....	131
5.1.3	Det kan ikke henvises på en konkurransevidende måte i kravspesifikasjoner eller tildelingskriterier .....	132
5.2	Når bør hvilket virkemiddel velges? .....	133
5.2.1	Kravspesifikasjoner .....	134
5.2.2	Tildelingskriterier.....	136
5.3	Avsluttende betraktninger.....	137
6	KILDER .....	140
6.1	Internasjonale kilder .....	140
6.1.1	Konvensjoner og multilaterale avtaler .....	140
6.1.2	Direktiver og forordninger .....	140
6.1.3	Avgjørelser fra EU-domstolen.....	141
6.1.4	Forslag til avgjørelse fra generaladvokaten .....	143

6.1.5	Avgjørelser fra EFTA-domstolen .....	143
6.1.6	Forarbeider, tolkningsuttalelser og andre dokumenter fra kommisjonen.....	143
6.2	Norske kilder .....	147
6.2.1	Lover, forskrifter og Kongelige resolusjoner .....	147
6.2.2	Lov- og forskriftsforarbeider .....	147
6.2.3	Stortingsmeldinger og rundskriv.....	148
6.2.4	Rettspraksis .....	149
6.2.5	Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) .....	149
6.3	Litteratur .....	150
6.4	Andre kilder.....	154

# 1 Innledning

## 1.1 Artikkelen tema og formål

Temaet for denne artikkelen er offentlige aktørers adgang til å stille klimakrav i sine anskaffelser. Formålet er å klargjøre hvilke skranker som gjelder for oppdragsgivers adgang til å stille klimakrav, og derigjennom å vise hvilket handlingsrom som er tilgjengelig for en offentlig aktør som ønsker å gjøre klimavennlige innkjøp.

Med «å stille klimakrav» siktes det i denne sammenhengen til å bruke de virkemidlene en oppdragsgiver har tilgjengelig ved utformingen av en anskaffelse for å gi den et mer klimavennlig resultat. Det omfatter klart nok å stille krav til hvilke klimavennlige egenskaper som en leveranse må oppfylle for å bli vurdert som en aktuell kandidat, men også å utforme kriterier som belønner disse egenskapene når det skal avgjøres hvilket tilbud som har vunnet konkurransen.

Den mest nærliggende begrunnelsen for en oppdragsgivers valg om å stille klimakrav er at den ønsker å redusere sitt eget karbonfotavtrykk. I tillegg kan økt etterspørsel fra det offentlige etter klimavennlige varer og tjenester gjøre disse mer konkurransedyktige generelt. En annen motivasjon for å stille slike krav kan derfor være at man ønsker å bruke det offentlige innkjøpsmakt som et verktøy for å støtte opp om en utvikling mot en mer klimavennlig økonomi.

Anskaffelseslovgivningen gir detaljerte regler om hvordan det offentlige skal gå frem ved anskaffelser av varer og tjenester. Formålet er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og legge til rette for rettferdig konkurranse mellom potensielle leverandører på tvers av europeiske landegrenser. For å oppnå disse målsetningene er handlefriheten til offentlige oppdragsgivere underlagt enkelte begrensninger.

Emnet for denne artikkelen er hvordan disse begrensningene i oppdragsgivers handlefrihet påvirker muligheten for å gå til anskaffelse av klimavennlige produkter. Fremstillingen tar utgangspunkt i anskaffelsesprosedyren anbudskonkurranse, og ser på hvilke rammer som gjelder for

å henholdsvis stille krav om lavkarbonprodukter i kravspesifikasjonene og belønne bruk av lavkarbonprodukter i tildelingskriteriene. Underveis vil det også gis anbefalinger om hvordan en oppdragsgiver som ønsker å stille slike krav bør gå frem for å oppnå sitt mål om klimavennlige produkter, uten å begrense konkurransen på en uforholdsmessig måte.

## 1.2 Bakgrunn

Gjennom Parisavtalen, den siste og kanskje viktigste avtalen under FNs klimakonvensjon,<sup>1</sup> har Norge sluttet seg til<sup>2</sup> målet om at global oppvarming skal begrenses til «godt under 2° C» sammenlignet med før-industrielt nivå,<sup>3</sup> og at en oppvarming på maksimum 1,5° C skal tilstrebes. Dette målet blir ansett som avgjørende for å unngå de mest katastrofale følgene av klimaendringene. Hvis verden skal nå 1,5-graders-målet, må klimagassutslippene sannsynligvis mer enn halveres innen 2030,<sup>4</sup> som innebærer årlige kutt i globale utslipp på ca. 7,6 prosent.<sup>5</sup> Til sammenligning har det blitt anslått at konsekvensene av at strenge smittevernstiltak etter utbruddet av COVID-19 beholdes ut året, vil medføre et utslippskutt for 2020 på ca. 7,5 prosent.<sup>6</sup> Skal man finne muligheter for videre utslippskutt uten en enda større negativ effekt på verdensøkonomien, må alle sektorer i økonomien utsettes for sterke og riktige insentiver til å redusere egne utslipp.

Tiltak som reduserer utslipp kan ofte fordyre produksjonen av varer og tjenester, fordi klimagassutslipp i utgangspunktet ikke anses som en kostnad av den enkelte økonomiske aktør. Dette er et godt eksempel på det som i økonomisk teori kalles en «negativ eksternalitet»: En aktørs virksomhet har negative konsekvenser som bæres av noen andre enn aktøren selv.<sup>7</sup> For at økonomiske aktører skal gjøre klimavennlige valg, er

---

<sup>1</sup> FNs rammekonvensjon om klimaendring.

<sup>2</sup> Kgl.res 17. juni 2016.

<sup>3</sup> Parisavtalen art. 2.

<sup>4</sup> IPCC (2018) s. 14.

<sup>5</sup> UNEP (2019) s. 26.

<sup>6</sup> Le Quéré (2020).

<sup>7</sup> Idsø (2017).

man derfor enten avhengig av at klimautslipp prissettes på en måte som gjør at utslippskostnaden «internaliseres» av den enkelte aktør, eller at andre insentiver gjør det mer lønnsomt å foreta handlinger som medfører mindre utslipp.

I dag handler flere av de viktigste klimapolitiske virkemidlene om internalisering av utslippskostnaden. Cirka 80 % av norske utslipp er underlagt en CO<sub>2</sub>-avgift og/eller kvoteplikt.<sup>8</sup> Dette innebærer at en stor andel aktører som vurderer å gjøre noe som slipper ut CO<sub>2</sub> må ta hensyn til kostnaden utslippene vil innebære for dem. Men disse virkemidlene er likevel bare effektive dersom merkostnaden for den økonomiske aktøren ved CO<sub>2</sub>-utslipp er så høy at å velge alternativet med lavere utslipp lønner seg for den enkelte aktøren. Men selv når dette vilkåret er oppfylt kan atferdsbarrierer hos de økonomiske aktørene føre til at avgifter ikke får ønsket effekt,<sup>9</sup> og det har blitt trukket frem at prisen på CO<sub>2</sub>-kvoter fortsatt er for lav til å rettfærdiggjøre større innovative klimainvesteringer uten annen offentlig støtte.<sup>10</sup> Å øke etterspørselen etter klimavennlige produkter til et nivå hvor en tilstrekkelig stor andel av merkostnadene ved produksjonen kan overføres til kjøperne av disse produktene, kan derfor være et viktig supplement til kvoter og avgifter.

Et virkemiddel for å øke etterspørselen er det offentlige innkjøpsmakt. Staten og kommunene kjøper årlig produkter og tjenester for 564 milliarder kroner.<sup>11</sup> I 2017 var det totale karbonfotavtrykket til offentlige anskaffelser i Norge 11,2 millioner tonn CO<sub>2</sub>.<sup>12</sup> Det tilsvarer ca. 14% av alle utslipp fra norsk økonomisk aktivitet i 2017.<sup>13</sup> Ved å etterspørre produkter og tjenester med lavere klimagassutslipp kan det offentlige dermed både redusere eget karbonfotavtrykk og legge til rette for en raskere utvikling mot et mer klimavennlig næringsliv.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Prop. 77 L (2016–2017), s. 17.

<sup>9</sup> Miljødirektoratet (2020) s. 44.

<sup>10</sup> Edenhofer (2017) s.6.

<sup>11</sup> Digitaliseringsdirektoratet (u.å).

<sup>12</sup> Asplan Viak (2019) s. 10.

<sup>13</sup> SSB.

<sup>14</sup> Chiappinelli (2017) s. 524.

Klimakrav i offentlige anskaffelser kan skape markeder for lavkarbonprodukter som på kort sikt ikke kan konkurrere mot billigere, mindre klimavennlige alternativer. Den økte etterspørselen fra det offentlige kan redusere risikoen for produsenter av lavkarbonprodukter ved å la dem skalere opp produksjonen og fordele innovasjonskostnadene over flere produkter. Dette kan dermed gjøre dem mer konkurransedyktig på pris. Dessuten kan grønne offentlige anskaffelser ha en signaleffekt som inspirerer flere private aktører til å gjøre mer klimavennlige innkjøp. På denne måten kan klimakrav i offentlige anskaffelser få positive ringvirkninger langt utenfor rammene av det offentliges egne budsjetter.<sup>15</sup>

### 1.3 Begrepsavklaringer

Artikkelens tema – og tittel – er klimakrav i offentlige anskaffelser. Det innebærer at andre miljøforhold, som luft- eller vannforurensning, areal- og ressursbruk eller biologisk mangfold i utgangspunktet ikke vil behandles nærmere. Regelverket gjør imidlertid ikke nødvendigvis noe skille mellom disse, og gjelder ofte for miljøkrav generelt. Siden samfunnets oppmerksomhet om ulike miljøproblemer varierer, kan det tenkes at terskelen for hvilke krav som kan stilles ligger på et annet nivå for andre forhold enn klima. At andre miljøeffekter ofte er mer lokale og umiddelbare enn effektene av klimagassutslipp kan også bidra til dette. I denne artikkelen vil jeg bruke termen miljø der regelverket legger opp til det, som uttrykk for et overordnet begrep som også omfatter klima.

Siden omtrent all menneskelig aktivitet har en viss påvirkning på klimaet, er det mulig å se for seg klimakrav i alle typer anskaffelser. Dette innebærer at det er svært mange forskjellige spørsmål som kan bli aktuelle, avhengig av hva oppdragsgiver etterspør. For å kunne behandle et avgrenset antall spørsmål i større detalj, er emnet for denne artikkelen derfor spisset til å gjelde klimakrav knyttet til «lavkarbonprodukter». Med dette forstås fysiske varer som har et vesentlig lavere karbonfotavtrykk enn andre produkter i samme kategori. Lavkarbonproduktet trenger

---

<sup>15</sup> Edler (2007) s. 956–7.

imidlertid ikke være det ferdige produktet som det offentlige går til anskaffelse av. Det kan også være en innsatsfaktor i et byggeprosjekt eller en tjenesteleveranse. Dette gjør at klimakrav knyttet til lavkarbonprodukter kan være aktuelle uansett om anskaffelsen gjelder varer, tjenester eller bygg- og anleggsprosjekter.

Karbonfotavtrykk er summen av klimagassutslipp som direkte eller indirekte er forårsaket av et produkt eller en aktivitet, uttrykt i CO<sub>2</sub>-ekvivalenter.<sup>16</sup> Slike utslipp kan for eksempel følge av produksjon, transport, bruk og eventuell avfallshåndtering av produktet, og beregnes gjennom såkalte livsløpsvurderinger.<sup>17</sup> I en livsløpsvurdering gjøres en grundig gjennomgang av alle faktorene i et produkts livsløp som påvirker omverdenen.<sup>18</sup> Den kan begrense seg til å beregne klimaeffekten av et produkt, men den kan også gå bredt ut og i tillegg vurdere effekten på andre miljøforhold, samt sosiale og samfunnsmessige konsekvenser.<sup>19</sup> For denne artikkelens problemstilling er det bare klimaeffekten som er relevant.

Å gjøre en livsløpsvurdering er komplisert, og de færreste offentlige oppdragsgivere vil finne det formålstjenlig å gjøre en så stor innsats for å kunne stille klimakrav i sine anskaffelser. Slike analyser er imidlertid allerede gjort av andre aktører for en rekke produkttyper, slik at det som oftest vil være mulig for en oppdragsgiver å få tilgang til informasjon om hvilke egenskaper som bør etterspørres. For noen produkter finnes bransjestandarder som klassifiserer ulike produkter etter deres karbonfotavtrykk.<sup>20</sup> Andre omfattes av merkeordninger som Svanen eller EU Ecolabel, som i noen tilfeller stiller krav til karbonfotavtrykket til produkter som søker om å bli omfattet av merkeordningen. Dessuten kan det for mange produkttyper utstedes en såkalt «Environmental Product Declaration» (EPD), som er en uavhengig sertifisert miljødeklarasjon

---

<sup>16</sup> Johnsen (2014), s. 50 med videre henvisninger.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid. s. 48.

<sup>19</sup> Dragos (2016) s. 120.

<sup>20</sup> Dette er tilfellet for Norsk Betongforenings klassifikasjon av lavkarbonbetong.

basert på forutgående livsløpsvurderinger for ulike produkttyper.<sup>21</sup> At en produsent kan vise til en EPD vil ikke nødvendigvis innebære at den har produsert et lavkarbonprodukt, men tilgangen på informasjon om miljøeffekten av konkurrerende produkter gjør det betydelig lettere å identifisere hvilket som har det laveste karbonfotavtrykket.

Ulike måter å stille klimakrav på kan være mer eller mindre egnet i det enkelte tilfelle, avhengig av hva anskaffelsen gjelder og hvilke klimaeffekter det har. For å synliggjøre dette vil jeg bruke ulike produkter som eksempler når jeg diskuterer hvilken effekt reglene har for oppdragsgivers adgang til å stille klimakrav. For å gi et mer helhetlig bilde av oppdragsgiverens handlingsrom, har jeg også valgt å «anvende» regelverket på en case. I neste underkapittel vil jeg redegjøre for produktet jeg har valgt å fokusere på.

## 1.4 Case – sement og betong

I valget av case har jeg lett etter et produkt hvor effekten av klimakrav i offentlige anskaffelser vil være betydelig. For det offentliges karbonfotavtrykk vil denne effekten avhenge av hvor mye det offentlige kjøper av det aktuelle produktet og hvor stor differansen i karbonfotavtrykk er mellom det «vanlige» produktet og lavkarbonvarianten.

Det finnes ingen detaljert statistikk over anskaffelser som dekker offentlig sektor som helhet, men ifølge Difi bruker statsforvaltningen ca. 29% av sitt årlige anskaffelsesbudsjett på bygg og anlegg.<sup>22</sup> Bygg- og anleggsbransjen står for en betydelig andel av verdens klimagassutslipp (23% i 2009),<sup>23</sup> men er også en bransje med stort potensial til å redusere sine utslipp, både ved å velge eksisterende klimaløsninger og ved å utvikle nye. Å velge en innsatsfaktor i bygg- og anleggsprosjekter som case fremstår derfor som et godt valg for å belyse effektene av anskaffelsesreglene.

Produktkategorien som jeg vil bruke som case er sement og betong. Disse er sentrale innsatsfaktorer i bygg- og anleggsbransjen, og en stor

---

<sup>21</sup> EPD Norge (u.å. a).

<sup>22</sup> Digitaliseringsdirektoratet (u.å).

<sup>23</sup> Huang (2018).



bidragsyter til klimagassutslipp. En vesentlig andel av disse utslippene stammer fra fremstillingen av klinker, som malt sammen med gips blir til sement.<sup>24</sup> Klinker fremstilles ved at man brenner kalkstein og mindre mengder andre mineraler på høy temperatur. Dette fører til at kalksteinen skiller ut CO<sub>2</sub> i en prosess som kalles kalsinering. For hvert tonn med sement slippes det ut ca. 0,45 tonn CO<sub>2</sub> fra kalsineringsprosessen alene.<sup>25</sup> I tillegg kommer utslipp knyttet til energien som trengs for å gjennomføre forbrenningsprosessen, samt utslipp fra transport. Sementproduksjon anslås å stå for ca. 8 % av globale menneskeskapte klimagassutslipp.<sup>26</sup>

Utslipp fra sementproduksjon kan reduseres ved å erstatte klinker med andre materialer som flyveaske, silikastøv eller slag.<sup>27</sup> Tilsvarende kan sement til en viss grad byttes ut med andre materialer i betongblandingen. Tilsetningsstoffer i sementen og betongen kan imidlertid påvirke betongens egenskaper,<sup>28</sup> og det er stor geografisk variasjon i tilgangen på tilsetningsstoffer.<sup>29</sup> Derfor vil det ikke alltid være praktisk mulig å bruke betong av denne typen i det enkelte byggeprosjekt.

Som en del av det norske fullskala demonstrasjonsprosjektet for karbonfangst og -lagring (Norwegian full-scale CCS project), planlegger Norcem Brevik å fange CO<sub>2</sub> fra sin klinkerproduksjon, for å kunne produsere sement med lavere CO<sub>2</sub>-utslipp. Det planlagte fangstanlegget i Brevik vil kunne fange halvparten av CO<sub>2</sub>-utslippene fra klinkerovnene, slik at de totale utslippene per tonn produsert sement blir 300 kg.<sup>30</sup> Dette utgjør en reduksjon på ca. 40% sammenlignet med Norcems mest klimavennlige sement per 2019.<sup>31</sup> Ved å fange CO<sub>2</sub> fra klinkerproduksjonen vil det dermed være mulig å produsere lavkarbonbetong uten bruk av tilsetningsstoffer som påvirker betongens egenskaper. Dette vil gjøre det

---

<sup>24</sup> Norsk Betongforening (2019) s. 11.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Holmås (2019), s. 19.

<sup>27</sup> Norsk Betongforening (2019) s. 12.

<sup>28</sup> Ibid. s. 32 flg.

<sup>29</sup> Ibid. s. 27 flg.

<sup>30</sup> Holmås (2019) s. 19.

<sup>31</sup> Norsk Betongforening (2019) s. 29.

mulig å bruke betong med lavere karbonfotavtrykk også der det ikke kan benyttes tilsetningsstoffer.

Å fange CO<sub>2</sub> fra sementproduksjonen vil innebære en merkostnad for produsenten. Et viktig spørsmål for denne artikkelen blir derfor om offentlige oppdragsgivere kan bidra til å dekke denne merkostnaden ved å etterspørre betong produsert med CCS-sement. Dette diskuteres nærmere i punkt 3.4.1 og 4.6.2.

## 1.5 Avgrensninger

Denne artikkelens tema er skrankene for oppdragsgivers adgang til å ta klimahensyn i sine anskaffelser. Den ser med andre ord på offentlige aktørers kompetanse til å fastsette krav og kriterier når de skal kjøpe varer, tjenester og bygg- og anleggsprosjekter, og hvilke negative forpliktelser som begrenser handlingsrommet innenfor rammene av denne kompetansen. Oppdragsgivere er også underlagt en positiv forpliktelse etter anskaffelsesloven til å «innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant». <sup>32</sup> Denne positive forpliktelsen vil tjene som et tolkningsmoment når denne artikkelens problemstilling skal besvares, men innholdet eller virkningen av forpliktelsen vil ikke behandles nærmere utover dette.

Som det fremgår av punktene over, vil artikkelen heller ikke vurdere krav som omhandler andre forhold enn klimaeffekten av produkter som inngår i en offentlig anskaffelse. Det gjelder både krav som knytter seg til andre miljøforhold enn klima, og krav som ikke knytter seg til produkter. Nært beslektet med denne avgrensningen er andre virkemidler for å stille klimakrav enn kravspesifikasjoner og tildelingskriterier. De to viktigste av disse, kvalifikasjonskrav og kontraktvilkår, vil omtales i punkt 2.5 i forbindelse med fremstillingen av systemet i anskaffelsesretten, men ikke behandles nærmere utover dette. Begrunnelsen er at denne typen krav er mindre egnet for å fremme bruken av klimavennlige produkter, men de

---

<sup>32</sup> Lov 17.06.2016 nr 73 om offentlige anskaffelser (LOA) § 5 første ledd.

vil for eksempel ha større betydning for å fremme klimavennlige tjenester. Kvalifikasjonskrav kan tenkes brukt for å stille krav om at konsulenter som utfører prosjekteringsarbeid i et veiprosjekt kan dokumentere kunnskap om klimaeffekten av ulike materialvalg. Kontraktsvilkår kan for eksempel brukes til å kreve at sjåførene til en leverandør av busstjenester kjører på en tilstrekkelig drivstofføkonomisk måte.

Artikkelen vil heller ikke behandle klimakrav i konsesjonskontrakter, anskaffelser på forsvars- eller sikkerhetsområdet eller anskaffelser innenfor den såkalte «forsyningssektoren». Som nærmere beskrevet i punkt 2.3, er disse unntatt fra virkeområdet til anskaffelsesforskriften.

Å bruke anskaffelser som verktøy for å støtte opp om en bestemt industriutvikling reiser spørsmål om forholdet til forbudet mot statsstøtte i EØS-avtalen artikkel 61. Denne artikkelen vil ikke behandle disse spørsmålene i detalj. Selv om enkelte spørsmål kunne vært reist, som for eksempel om statsstøttereglene utgjør en selvstendig skranke for hvor mye vekt man kan legge på klimaegenskaper på bekostning av pris eller kostnad i tildelingsomgangen,<sup>33</sup> bidrar anskaffelsesprosessen til en konkurranse mellom tilbydere som gjør at man kan operere med en presumsjon om at oppdragsgiver vil betale markedspris for det anskaffelsen gjelder.<sup>34</sup> Hvis det er betalt markedspris, er det som utgangspunkt heller ikke gitt noen ulovlig offentlig støtte.<sup>35</sup>

Et tema som grenser mot spørsmålet om oppdragsgivers handlingsrom til å stille klimakrav, er konsekvensene av at oppdragsgiver går utover handlingsrommet og stiller ulovlige klimakrav. Dette reiser spørsmål om hvilke muligheter oppdragsgiver har til å rette feilen uten å avlyse konkurransen, og eventuelt i hvilken utstrekning tilbydere har krav på erstatning for tapte inntekter eller tapt fortjeneste. Denne artikkelen vil ikke gå nærmere inn på disse spørsmålene.

---

<sup>33</sup> Se nærmere om dette i Lund (2020), s. 30 flg.

<sup>34</sup> Lund (2020), s. 34.

<sup>35</sup> Ibid.

## 1.6 Rettskildebildet og metode

Artikkelen gir en rettsdogmatisk fremstilling av skrankene for oppdragsgivers skjønnsfrihet ved fastsettelsen av kravspesifikasjoner og tildelingskriterier. For å gjøre dette anvendes alminnelig juridisk metode. Fremstillingen fokuserer på norsk rett, og det vil derfor sees hen til rettskilder som anses relevante<sup>36</sup> etter norske rettskildepinsipper. I dette underkapitlet vil jeg gi en oversikt over hvilke rettskilder som er spesielt relevante for denne artikkelen, og hvilke metodiske problemstillinger de reiser.

### 1.6.1 Norsk anskaffelseslovgivning og forholdet til EU-direktivene

Offentlige anskaffelser reguleres av lov<sup>37</sup> og forskrift<sup>38</sup> om offentlige anskaffelser (heretter henholdsvis LOA og FOA, eller anskaffelsesloven og -forskriften), som gjennomfører EUs anskaffelsesdirektiv<sup>39</sup> (heretter anskaffelsesdirektivet eller bare direktivet) i norsk rett. EUs regulering av offentlige anskaffelser har sitt utspring i arbeidet med å fjerne handelshindringer i det interne markedet, og har fortsatt tilrettelegging for økt konkurranse på tvers av landegrenser som sitt hovedformål.<sup>40</sup> Dagens regelverk ble vedtatt i 2014, og består av tre direktiver. Ett regulerer offentlige anskaffelser innenfor det som omtales som «forsyningssektorene» (som omfatter tjenester som vann, avløp og offentlig transport),<sup>41</sup> ett gjelder konsesjonskontrakter (der vederlaget for det private leveranse til det offentlige er en enerett til å utnytte det som leveres),<sup>42</sup> og ett gjelder det som omtales som «klassisk sektor», som med noen unntak omfatter alt annet som det offentlige anskaffer. Det er sistnevnte som blir behandlet

---

<sup>36</sup> I betydningen «tillatt å ta i betraktning», se for eksempel Eckhoff (2001), s. 22.

<sup>37</sup> Lov 17.06.2016 nr 73 om offentlige anskaffelser (LOA).

<sup>38</sup> Forskrift 12.08.2016 nr 974 om offentlige anskaffelser (FOA).

<sup>39</sup> Direktiv 2014/24/EU.

<sup>40</sup> Ibid., fortalen første premiss.

<sup>41</sup> Direktiv 2014/25/EU.

<sup>42</sup> Direktiv 2014/23/EU.

i denne artikkelen. EUs regulering av offentlige anskaffelser har gradvis økt i omfang siden det første direktivet kom i 1972,<sup>43</sup> og 2014-direktivene er den tredje generasjonen av EUs anskaffelsesdirektiver som har vært en del av EØS-avtalen.

Anskaffelsesforskriften og anskaffelsesdirektivet har mange likheter. Kapitler og bestemmelser kommer i stor grad i samme rekkefølge, og har i stor utstrekning samme innhold. Som jeg kommer tilbake til, er den interne strukturen i enkelte bestemmelser noe ulik, i tillegg til at departementets formuleringer til tider avviker fra det som kan utledes fra direktivet. I noen tilfeller fører dette til at en umiddelbar tolkning av direktivets og forskriftens ordlyd gir grunnlag for forskjellige slutninger. Da reises spørsmålet om motstriden skal bortfortolkes, eller om én av reglene skal gå foran den andre.

Det følger av presumsjonsprinsippet at norske rettsregler så langt som mulig skal tolkes i lys av Norges folkerettslige forpliktelser. Ved tolkning av regler som gjennomfører EØS-relevante rettsakter fra EU, vil presumsjonen derfor være at den norske regelen er ment å tilsvare EU-regelen. EØS-avtalen artikkel 3 gir etter EFTA-domstolens praksis<sup>44</sup> uttrykk for en lojalitetsplikt som tilsvare det EU-rettslige prinsippet om direktivkonform tolkning.<sup>45</sup> Dette prinsippet stiller krav til nasjonale rettsanvendere om å komme til et EU-konformt resultat dersom de nasjonale rettskildeprensippene tillater det.<sup>46</sup> Hvis den norske regelen ikke kan tolkes dit at den inneholder det samme som EU-regelen, følger det av Høyesteretts uttalelser i *Finanger I* at den norske regelen gjelder.<sup>47</sup> Når fremstillingen behandler regler der ulike slutninger kan trekkes fra forskriftens og direktivets ordlyd, vil forskjellene mellom dem og hva de eventuelt medfører diskuteres nærmere i artikkelen. Der avvikene anses som mindre viktige for spørsmålene som drøftes i artikkelen, vil de kommenteres i petit-avsnitt.

---

<sup>43</sup> Arrowsmith (2014) går gjennom historien til EUs anskaffelsesregulering på s. 180 flg.

<sup>44</sup> Sak E-1/07 Straffesak mot A, premiss 39.

<sup>45</sup> Arnesen (2015) s. 65.

<sup>46</sup> Arnesen (2015) s. 80.

<sup>47</sup> Rt. 2000 s. 1811 på side 1831

Når det norske regelverket gjennomfører rettsakter fra EU, endres funksjonen til lovforarbeidene. En viktig grunn til å tillegge uttalelser i forarbeidene vekt er at de gir uttrykk for synspunkter og vurderinger som er gjort av aktører som har påvirket reglens innhold før reglene er vedtatt, og dermed gir uttrykk for lovgiverviljen.<sup>48</sup> Når norsk lovgiver implementerer EU-rett, gir forarbeidene uttrykk for en fortolkning av reglene foretatt av en aktør som ikke har hatt innflytelse på innholdet. For anskaffelsesregelverket kommer i tillegg at loven bare gir uttrykk for generelle prinsipper og enkelte regler om prosess og erstatning, mens de detaljerte reglene fremgår av forskriften, som i mindre grad har tilgjengelige forarbeider. Forarbeidene til den norske anskaffelseslovgivningen vil derfor i hovedsak sees hen til for å vise hvordan norsk lovgiver har tolket EU-regelverket, og legges vekt på i den grad argumentene tilsier det.

Som jeg kommer tilbake til, har anskaffelsesreglene både et nasjonalt og et europeisk formål. I noen tilfeller kan det derfor oppstå spørsmål om det nasjonale formålet gir grunn til å fortolke regelverket på en strengere måte enn det som er nødvendig for å oppnå det europeiske. I disse tilfellene vil de norske forarbeidene få større betydning som tolkningsfaktor.

## 1.6.2 Rettspraksis og forvaltningspraksis – særlig om KOFA

Med det store antallet anskaffelser som foretas hvert år, er det naturlig at det skapes mange tvister. Relativt få av disse havner imidlertid hos domstolene. I 2019 var for eksempel *Fosen-linjen* den eneste saken om anskaffelsesrett som ble behandlet i Høyesterett.<sup>49</sup> Dette kan begrunnes i to forhold. For det første fører anskaffelsesreglens EU-rettslige bakgrunn til at mye viktig rettsavklaring foregår for EU-domstolen. For det andre behandles rundt 150 anskaffelsestvister i året av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA eller nemnda),<sup>50</sup> slik at tilbydere som har

---

<sup>48</sup> I denne retning Andenæs (2009) s. 42.

<sup>49</sup> HR-2019-1801-A. I tillegg ble det behandlet en sak om vederlagsjustering i et veiprojekt der noen anskaffelsesrettslige utgangspunkt ble nevnt (HR-2019-830-A), men saken reiste ikke anskaffelsesrettslige spørsmål.

<sup>50</sup> Klagenemndsekretariatet (2019) side 24.

innsigelser mot fremgangsmåten eller resultatet i en anskaffelse kan få avklart sin rettsstilling på en mer effektiv måte enn gjennom prosesser for domstolene.

KOFA er et tvisteløsningsorgan opprettet med hjemmel i LOA § 11 og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (heretter klagenemndforskriften).<sup>51</sup> Oppdragsgiver har plikt til å delta i prosesser for nemnda,<sup>52</sup> og forskriften gir anvisning på en skriftlig partsprosess med prosesskriv og bevisføring. Foruten tilfellene der det er gjort en ulovlig direkte anskaffelse,<sup>53</sup> har det imidlertid ingen formelle virkninger at nemnda kommer til at det foreligger brudd på reglene om offentlige anskaffelser. Tvert imot følger det av klagenemndforskriften § 1 at nemnda har en rådgivende funksjon.

Hvilken rettskildemessig vekt bør så KOFAs avgjørelser tillegges? For aktørene i norske anskaffelsesprosesser vil avgjørelser fra KOFA ha stor betydning. Nemnda viser ofte til egne avgjørelser for å begrunne standpunkter den inntar,<sup>54</sup> og det er også eksempler på at lagmannsretten<sup>55</sup> og Høyesterett<sup>56</sup> gjør det samme. Selv om de ikke er forpliktet til det, er det også grunn til å anta at oppdragsgivere vil ta KOFAs uttalelser til følge. Dels fordi tilbydere kan forventes å klage (og KOFA kan forventes å gi dem medhold) hvis oppdragsgiver gjentar det samme regelbruddet i en senere anskaffelse, men kanskje aller viktigst fordi KOFA består av ledende eksperter på anskaffelsesrettslige spørsmål, som det kan være grunn til å lytte til.

---

<sup>51</sup> Forskrift 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

<sup>52</sup> LOA § 11 og klagenemndforskriften § 2.

<sup>53</sup> Klagenemndforskriften § 13a.

<sup>54</sup> Se for eksempel KOFA saker 2017/123 premiss 18, 2017/178 premiss 18 og 2019/205 premiss 19.

<sup>55</sup> Se for eksempel LG-2019-134677 og LB-2019-14592. I førstnevnte sak brukes KOFA-avgjørelsen som rettsgrunnlag for en regel («det følger videre av avgjørelsen i KOFA»), mens den andre bruker KOFA-avgjørelsen som støtteargument («forståelsen av regelverket som lagmannsretten her gir uttrykk for, er også i samsvar med en avgjørelse truffet av Klagenemnda...»).

<sup>56</sup> Rt. 2007 s. 983 premiss 103. Førstvoterende tilslutter seg et syn som KOFA gir uttrykk for («i alle fall er jeg enig i det syn som er lagt til grunn i en avgjørelse [...] fra klagenemnda...»), men viser også til departementets veileder i neste avsnitt for å underbygge sitt standpunkt.

Spørsmålet om rettskildemessig vekt kommer imidlertid ikke på spissen før man står i en situasjon hvor KOFAs praksis står i motstrid til det som følger av en annen rettskilde. Utfallet av en slik situasjon vil selvfølgelig avhenge av en rekke forhold, som for eksempel hvilke andre rettskilder som sier noe om det aktuelle spørsmålet og kvaliteten på argumentene som utledes av dem. Derfor blir det vanskelig å si noe generelt om hvor stor vekt en avgjørelse fra KOFA vil få. Det interessante for en rettsanvender er imidlertid avgjørelsenes vekt som *argumentbærere*: Hvor stor vekt skal domstolene eller andre legge på argumenter fra nemnda i kraft av at det nettopp er den som har fremholdt dem?<sup>57</sup>

Det er tilsynelatende en viss uenighet i juridisk teori om KOFA-avgjørelseres egenvekt. Et syn, som bl.a. fremheves av Goller m.fl.,<sup>58</sup> er at KOFAs avgjørelser har begrenset vekt som argumentbærere fordi de er rådgivende og fordi nemndsavgjørelser generelt anses å ha begrenset egenvekt.<sup>59</sup> De som tilnærmer seg spørsmålet på denne måten mener at det er argumentasjonens overbevisende kraft i den enkelte avgjørelse som er avgjørende. Andre åpner i større grad for at KOFAs avgjørelser kan ha vekt som argumentbærer. Trygstad trekker frem at anskaffelsesregelverket er komplisert, at nemndas medlemmer er eksperter på rettsområdet og at oppdragsgivere vil innrette sin praksis etter KOFAs syn. Han mener det tilsier at nemndas avgjørelser bør gis en viss egenvekt, særlig når nemnda fastholder sitt syn flere ganger og dermed gir grunnlag for en fast og entydig praksis hos oppdragsgivere.<sup>60</sup> Men også han viser til eksempler på at domstolene tilsynelatende ikke føler seg bundet av nemndas praksis.

Dermed kan det virke som om uenigheten mellom teoretikerne ikke egentlig er så stor eller så avgjørende. Det kan i alle tilfeller legges vekt på argumentasjonsverdien av nemndas avgjørelser, og fordi nemnda består av eksperter og behandler mange saker, har den en oversikt over feltet som gjør at avgjørelsene ofte inneholder god argumentasjon. Men der argumentasjonen er dårligere enn det som kan sluttes fra andre

---

<sup>57</sup> Trygstad (2017) s. 29.

<sup>58</sup> Goller (2017) s. 19.

<sup>59</sup> Se også Ekre (2014), s. 262. Ekre er medforfatter av Goller (2017).

<sup>60</sup> Trygstad (2017) s. 30.



rettskilder, er det mindre grunn til å la den få gjennomslag. I denne artikkelen vil det i stor utstrekning henvises til avgjørelser fra KOFA, fordi det i mange tilfeller bare er der spørsmål er behandlet.

### 1.6.3 Juridisk teori

Det begrensede tilfanget av rettspraksis om anskaffelsesrettslige spørsmål gjør at også juridisk teori får større plass som rettskilde. For denne artikkelens del, er få sentrale spørsmål utførlig behandlet av domstolene, og ulike teoretikers syn på hvordan man kan bruke rettspraksis og andre kilder til å si noe generelt om rettstilstanden får derfor større vekt. Siden regelverket bygger på et EU-direktiv som stiller ganske detaljerte krav til lovgivning i medlemslandene, kan uttalelser fra teoretikere fra hele Europa være relevant for forståelsen av hvilke regler som gjelder i Norge.

Det mest omfattende verket på engelsk er antagelig *The Law of Public and Utilities Procurement* av Sue Arrowsmith,<sup>61</sup> som går grundig til verks med å behandle anskaffelsesregelverket. I tillegg finnes det et bredt utvalg artikler og antologier om adgangen til å fremme miljø og sosiale spørsmål i offentlige anskaffelser, med bidrag fra teoretikere fra flere land, herunder enkelte norske. I norsk anskaffelsesrettslig litteratur finnes det enkelte verk som er oppdatert etter innføringen av ny lov og forskrift i 2016, men få som inngående behandler temaene som denne artikkelen tar for seg. Et unntak er *Tildeling av offentlige kontrakter* av Kristian Trygstad,<sup>62</sup> som blant annet gjør en grundig behandling av ulike metoder for å evaluere innkomne tilbud. Fremstillingen av reglene om tildelingskriterier i kapittel fire drar stor nytte av Trygstads arbeid.

### 1.6.4 Særlig om dokumenter fra EU-kommisjonen

Europakommisjonen (heretter kommisjonen) inntar mange forskjellige roller knyttet til reglene om offentlige anskaffelser. For det første er det

---

<sup>61</sup> Arrowsmith (2014) og Arrowsmith (2018).

<sup>62</sup> Trygstad (2017).

kommisjonen som utarbeidet forslaget til dagens direktiv,<sup>63</sup> med uttalelser om intensjonen bak det nye forslaget og utkast til direktivtekst. For det andre har den ved flere anledninger publisert dokumenter med uttalelser om hvordan regelverket bør tolkes. I noen tilfeller har disse kommet i form av meddelelser til Europaparlamentet og Rådet,<sup>64</sup> men kommisjonen anser det også som sin oppgave å gjøre regelverket mer tilgjengelig for de som skal anvende det gjennom ulike former for veiledning.<sup>65</sup> Derfor har den publisert hefter om flere tema innenfor offentlige anskaffelser, herunder om «grønne offentlige anskaffelser».<sup>66</sup> En siste kategori dokumenter er de såkalte GPP-kriteriene (Green Public Procurement criteria), som er sektorvise samlinger med frivillige krav og kriterier som har som intensjon å fremme miljøvennlige anskaffelser uten å begrense konkurransen på tvers av landegrenser. GPP-kriteriene omtales nærmere i punkt 2.3.

Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV) artikkel 288 definerer de ulike rettsaktene som EUs institusjoner kan bruke for å utøve kompetansen de er gitt gjennom traktatene, og hvilken rettslig virkning disse rettsaktene har. I artikkelens femte ledd fastslås det at «henstillinger og uttalelser» ikke har bindende virkning. Med dette gir artikkelen uttrykk for skillet mellom «hard law» og «soft law» i EUs rettssystem: Mens direktiver, forordninger og avgjørelser kan gi grunnlag for juridiske rettigheter og forpliktelser for ulike aktører, er dette i utgangspunktet ikke tilfellet for andre uttalelser fra EUs institusjoner. I tillegg til henstillinger og uttalelser, gjelder dette for eksempel meddelelser, anbefalinger og retningslinjer.<sup>67</sup>

Fra dette utgangspunktet må det gjøres noen presiseringer. Selv om den ikke har bindende virkning som sådan, uttaler EU-domstolen i *Grimaldi* at soft law ikke er «ganske uten retsvirkninger».<sup>68</sup> Skillet er tydeligere

---

<sup>63</sup> COM(2011) 896.

<sup>64</sup> Se f.eks COM(2001) 274.

<sup>65</sup> COM(2008) 400 s. 11.

<sup>66</sup> Kommisjonen (2016).

<sup>67</sup> Stefan (2012) s. 879.

<sup>68</sup> Sak C-322/88 Salvatore Grimaldi mot Fonds des maladies professionnelles, premiss 18.

i den engelske versjonen av dommen, der det snakkes om henholdsvis «legal force» og legal effect», hvor soft law bare kan ha det siste. I den aktuelle saken, som gjaldt spørsmålet om hvilke skader som skulle anses som yrkesskader etter belgisk trygdelovgivning, fant EU-domstolen at nasjonale domstoler var forpliktet til å «tage hensyn til» henstillingene fra kommisjonen ved fortolkningen av intern rett.<sup>69</sup> Rettsvirkningen av henstillingene var altså at de var relevante som tolkningsmoment. I andre sammenhenger er det oppstilt en rekke juridiske og ikke-juridiske virkninger av uttalelser i soft law som kan påvirke rettstilstanden.

For det første kan uttalelser fra EUs institusjoner binde *institusjonene selv*. Dette kan skje ved at uttalelsene legger føringer for senere myndighetsutøvelse som andre aktører kan ha en legitim forventning om at følges.<sup>70</sup> Siden kommisjonen ikke utøver myndighet knyttet til kravspesifikasjoner eller tildelingskriterier i offentlige anskaffelser, går jeg ikke nærmere inn på dette. For det andre kan uttalelsene på ulike måter legge rammer for hvordan andre aktører opptrer, det være seg fordi de anser seg forpliktet etter andre normative grunnlag enn det juridiske, eller fordi det påvirker hvordan de tenker eller forholder seg til regelverket for øvrig.<sup>71</sup> I tillegg kan uttalelser i soft law som nevnt fungere som tolkningsmomenter når innholdet i hard law skal fastsettes. Men uttalelsene kan ikke brukes til å tolke en regel så langt at det i realiteten oppstilles en ny rettighet eller forpliktelse. I så fall vil den måtte kjennes ugyldig fordi den ikke har tilstrekkelig hjemmel.<sup>72</sup>

Uttalelser fra kommisjonen om hvordan anskaffelsesregelverket er å forstå har klart nok praktiske virkninger. Innholdet av slike uttalelser siteres i litteraturen og legges til grunn i ulike praktiske veiledere som utgjør grunnlaget for vurderinger og avgjørelser fra offentlige oppdragsgivere over hele Europa. Veiledere fra kommisjonen om miljøvennlige anskaffelser er nok også viktige for oppdragsgivere som er usikre på hvordan de best bør gå frem for å nå ambisiøse klimamål satt av politisk

---

<sup>69</sup> Premiss 19.

<sup>70</sup> Stefan (2012) s. 881.

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> Ibid. s. 882.

ledelse, og ferdig utarbeidede «grønne» kriterier vil særlig være nyttig for mindre offentlige innkjøpere som ikke innehar fagkompetansen eller markedskunnskapen til å vite hvilke kriterier som finner riktig balanse mellom miljøvennlighet og økte kostnader.

EU-domstolen har imidlertid flere ganger sett bort fra kommisjonens strengere syn på hvilket rom det er for å legge vekt på miljø og sosiale hensyn i en offentlig anskaffelse,<sup>73</sup> og selv om kommisjonen ofte siteres i juridisk teori, er det ikke nødvendigvis fordi forfatteren legger det som uttales til grunn som gjeldende rett.<sup>74</sup> Selv om rettsutviklingen over tid kan påvirkes av kommisjonens uttalelser, vil jeg i denne artikkelen derfor behandle uttalelser fra kommisjonen som uttrykk for et syn på hvordan regelverket er å forstå, og forholde meg til det på samme måte som andre rettskilder som først og fremst har argumentasjonsverdi.

## 1.7 Fremstillingen videre

For å kunne plassere artikkelens problemstilling i sin rettslige sammenheng, vil jeg i kapittel to gi en nærmere beskrivelse av de ulike formålene som anskaffelsesretten søker å oppnå, samt å gi et overblikk over anskaffelsesrettens system. Jeg vil beskrive gangen i anskaffelsesprosedyren anbudskonkurranse for å vise hvordan kravspesifikasjonene og tildelingskriteriene henger sammen med resten av anskaffelsesprosessen.

I kapittel tre behandler jeg kravspesifikasjonene. For å tilnærme meg grensene for hvilke krav oppdragsgiver kan stille, vil det være nødvendig først å fastslå hvilke regler som gjelder. Derfor gjøres en analyse av hva kravspesifikasjoner er, samt hvilke krav som stilles til både formen og innholdet av spesifikasjonene. Underveis vil jeg vise hvordan reglene gir utslag for en oppdragsgiver som vil stille klimakrav i spesifikasjonene og gi en vurdering av hvilken fremgangsmåte som kan være mest hensiktsmessig for ulike typer produkter.

---

<sup>73</sup> Dette gjelder for eksempel *Concordia Bus* og *Max Havelaar*, som omtales nærmere under.

<sup>74</sup> Se f.eks Arrowsmith (2014) s. 172.

Tildelingskriteriene behandles på en lignende måte i kapittel fire. Det sentrale spørsmålet for tildelingskriteriene er hvor stor vekt oppdragsgiver kan legge på klimahensyn når konkurransen mellom tilbyderne skal avgjøres. For å belyse dette er det nødvendig å vise sammenhengen mellom vekten som legges på det enkelte kriteriet og hvordan kriteriene evalueres. Derfor vier jeg også en del oppmerksomhet til evalueringsfasen i dette kapitlet.

I kapittel fem oppsummerer og sammenstiller jeg funnene fra de tidligere kapitlene. Jeg gir også noen generelle anbefalinger om hvordan kravspesifikasjoner og tildelingskriterier best kan brukes for å oppnå en målsetting om effektive og klimavennlige anskaffelser.

## **2 Anskaffelsesrettens formål og system**

### **2.1 Innledning**

Dette kapitlet gir et overblikk over formålet med anskaffelsesretten, hvordan reglene henger sammen og hvilken plass miljøhensyn og andre politiske mål har i en anskaffelsesprosess. Formålet er å legge rammene for de senere drøftelsene i artikkelen, ved å gi leseren tilstrekkelig grunnlag for å se kravspesifikasjonene og tildelingskriteriene i sammenheng med resten av anskaffessystemet.

I punkt 2.2 behandler jeg formålet med regler om offentlige anskaffelser generelt og hensynene som ligger bak det felleseuropeiske anskaffelsesregelverket spesielt. I punkt 2.3 gis det en oversikt over hvilken adgang oppdragsgivere har til å bruke anskaffelser som verktøy for politiske mål. Punkt 2.4 tar for seg reglens personelle og materielle virkeområde, med særlig fokus på terskelverdiene som avgjør hvilke regler som får anvendelse, mens punkt 2.5 behandler stegene i en alminnelig anbudskonkurranse og viktige regler som gjelder ved det enkelte steg.

### **2.2 Anskaffelsesregelverkets formål**

#### **2.2.1 Effektiv bruk av offentlige midler**

Det viktigste formålet med å ha regler om hvordan det offentlige skal gå frem når det kjøper varer og tjenester er å sørge for at offentlige midler blir brukt på en effektiv måte. Dette er også uttrykt som det overordnede formålet med regelverket i LOA § 1. Større organisasjoner kan lett bli ineffektive hvis de ikke har klare regler for hvordan de skal bruke midlene sine. I tillegg mangler offentlige aktører flere av insentivene som private selskaper har til å gjennomføre en anskaffelsesprosess som gir dem mest verdi for pengene. De har ikke eiere med forventninger om utbytte og risikerer ikke å bli utkonkurrert av andre aktører med nyere, billigere eller mer brukervennlige løsninger hvis de sløser med midlene sine.

Grunntanken bak anskaffelsesregelverket er derfor at klare regler om fremgangsmåten ved offentlige anskaffelser kan bidra til at oppdragsgivere tar valg som gir best verdi for samfunnets ressurser.<sup>75</sup>

Effektivitet er i denne sammenheng et mål på forholdet mellom ressursene som brukes og resultatene som oppnås. I snever forstand kan man se på dette i konteksten av den enkelte anskaffelse og vurdere forholdet mellom det oppdragsgiver har betalt og hvor godt det dekker behovet som begrunnet anskaffelsen. I lovforarbeidene understrekes det imidlertid at det må legges til grunn en vid forståelse av begrepet effektiv ressursbruk.<sup>76</sup> Forenkling utvalget, som utarbeidet forslaget til dagens anskaffelsesregelverk, skriver om dette at offentlige anskaffelser ikke bare skal sikre at den enkelte oppdragsgiver anskaffer varer og tjenester av best mulig kvalitet til lavest mulig kostnad, men også «bidra til en bærekraftig og effektiv offentlig sektor, effektivitet og kostnadsbevissthet i privat sektor, utvikling av bedre og mer brukervennlige tjenester til innbyggerne, samt legge til rette for innovasjon og ivaretagelse av miljø- og livssyklusperspektiver».<sup>77</sup> Derfor må effektiviteten av den enkelte anskaffelse også vurderes i lys av hvilken påvirkning den har på samfunnet som helhet. Dette er viktig, fordi det åpner for at andre hensyn enn de rent «bedriftsøkonomiske» kan begrunne oppdragsgivers valg i en anskaffelsesprosess.

## 2.2.2 Utvikling av EUs indre marked

Fra et europeisk perspektiv er den største trusselen ved offentlige anskaffelser at de kan utgjøre hindringer for handel med varer og tjenester på tvers av landegrenser. Fri bevegelse av varer og tjenester er en grunnleggende forutsetning for utviklingen av EUs indre marked, som er et sentralt mål for unionen.<sup>78</sup> Rent praktisk kan offentlige anskaffelser utgjøre handelshindringer ved at forskjellene i regler og prosesser i de ulike landenes anskaffelsesregimer kan gjøre det mer komplisert for

---

<sup>75</sup> NOU 2014:4 s. 65.

<sup>76</sup> Prop. 51 L (2015–16) s. 35.

<sup>77</sup> NOU 2014:4 s. 69.

<sup>78</sup> TEU artikkel 3 tredje ledd.

utenlandske tilbydere å konkurrere om kontrakter. Dessuten – og kanskje viktigere – har nasjonale og lokale myndigheter sterke insentiver til å velge innenlandske tilbydere, som ved siden av å levere det oppdragsgiveren etterspør også kan «tilby» flere arbeidsplasser og økte skatteinntekter.

Anskaffelser som direkte eller indirekte gir fordeler til innenlandske aktører kan utgjøre handelshindringer i strid med traktatenes bestemmelser om fri bevegelse, og EU-domstolen har også anvendt disse direkte for å underkjenne anskaffelsespraksiser som sto i veien for rettfærdig konkurranse på tvers av medlemslandene.<sup>79</sup> For at reglene om fri bevegelse og prinsippene som er avledet fra dem skal få praktisk virkning, uttales det i fortalen til anskaffelsesdirektivet at det er behov for å fastsette «bestemmelser til samordning af de nationale udbudsprocedurer» for anskaffelser over en viss verdi.<sup>80</sup> Direktivet finner også sin hjemmel i traktatbestemmelser knyttet til utvikling av det indre markedet,<sup>81</sup> og EU-domstolen har ved flere anledninger trukket frem utviklingen av det indre markedet som det viktigste formålet med samordning av medlemslandenes anskaffelsesregelverk.<sup>82</sup>

Det er tilsynelatende uenighet om hvorvidt effektiv bruk av offentlige midler også er et selvstendig formål med det europeiske regelverket. Direktivet nevner «value for money» fire ganger i fortalen,<sup>83</sup> og kommisjonen har trukket frem effektiv bruk av offentlige midler som begrunnelse for å ikke utvide oppdragsgivers skjønnsfrihet når det kommer til hvilke krav som kan stilles i en anskaffelse.<sup>84</sup>

Arrowsmith trekker imidlertid frem at direktivene er hjemlet i bestemmelser knyttet til EUs indre marked, og at ineffektiv bruk av medlemsstatenes anskaffelsesbudsjetter ikke i seg selv påvirker det indre markedet negativt.<sup>85</sup> Hun mener at direktivene må være *kompatible* med

---

<sup>79</sup> Se for eksempel Sak C-45/87 Kommisjonen mot Irland.

<sup>80</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen første premiss.

<sup>81</sup> Ibid., med henvisning til TEUV art 53 første ledd, 62 og 114.

<sup>82</sup> F.eks. sak C-470/99 *Universale-Bau m.fl mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, premiss 51.

<sup>83</sup> Premiss 47, 91 og 93.

<sup>84</sup> COM(2011) 15, s. 40.

<sup>85</sup> Arrowsmith (2014) s. 172 flg.



medlemsstatenes mål om effektiv pengebruk, og at en viktig funksjon for direktivet er å legge opp til *gjennomsiktighet* for å sikre at medlemslandenes krav om verdi for pengene er i tråd med reglene om det interne markedet.<sup>86</sup> Hun er likevel tydelig på at definisjonsmakten om hva som skal være et akseptabelt nivå av effektivitet i utgangspunktet må ligge hos medlemsstatene.

Etter mitt syn er det Arrowsmiths argumentasjon som har mest for seg. Vurderingen av hva som anses som effektiv bruk av offentlige midler i det enkelte medlemsland må antas å variere blant annet på bakgrunn av landets økonomiske situasjon, kulturelle verdier og politiske ledelse. Så lenge EU ikke er gitt eksklusiv kompetanse over medlemslandenes budsjetter, tilsier subsidiaritetsprinsippet som nedfelt i Traktaten om den Europeiske Union (TEU) artikkel 5 at det er opp til medlemsstatene selv å vurdere hva de anser som en tilstrekkelig effektiv bruk av sine midler. EU-domstolen har riktignok aldri satt en rettsakt til side med hjemmel i TEU artikkel 5, men prinsippet kan tjene som tolkningsprinsipp.<sup>87</sup> Derfor bør man kunne fastsette innholdet i direktivets krav om effektiv bruk av samfunnets ressurser med henblikk til nasjonale rettskilder i det enkelte medlemsland. Som jeg kommer tilbake til i punkt 3.3.2, reiser dette tilleggsspørsmål når man skal vurdere hvorvidt kravspesifikasjoner utgjør et uforholdsmessig inngrep i konkurransen.

### 2.2.3 Prinsippene i anskaffelsesloven § 4

Under arbeidet med den nye anskaffelsesloven ble det diskutert om konkurranse også skulle trekkes inn som et formål med norsk anskaffelseslovgivning. Flertallet i forenklingsutvalget gikk inn for dette og uttalte at konkurranse om offentlige kontrakter er et formål i seg selv, fordi det bidrar til at «private virksomheter gis tilgang til markeder hvor det offentlige står for hele eller deler av etterspørselen».<sup>88</sup> Departementet mente på sin side at konkurranse først og fremst er et virkemiddel for å

---

<sup>86</sup> Ibid. s. 31.

<sup>87</sup> Sejersted (2011) s. 68.

<sup>88</sup> NOU 2014:4 s. 70.

oppnå formålet om effektiv ressursbruk, og at hensynet til konkurranse ville bli ivaretatt ved at det ble angitt som «et uttrykkelig prinsipp som skal gjelde for alle anskaffelser».<sup>89</sup>

De uttrykkelige prinsippene som departementet viser til er inntatt i LOA § 4, som gir oppdragsgiver en plikt til å «opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet». Disse er en kodifisering av anskaffelsesdirektivets artikkel 18 første ledd, som oppstiller en plikt til å behandle økonomiske aktører «ens og uten forskelsbehandling», til å handle «på en gennemsiktig og forholdsmessig måte» og til å unnlate å utforme anskaffelsen med formål om å «kunstigt indskrænke konkurransen». Som departementet påpeker, følger prinsippene i stor grad av generelle EØS-regler som kan utledes av avtalen.<sup>90</sup> I fortalen til anskaffelsesdirektivet nevnes de også som prinsipper som er avledet av reglene om fri bevegelighet i TEUV.<sup>91</sup>

Hensikten med oppdragsgivers plikt til å opptre i tråd med prinsippene er å bidra til at anskaffelsesregelverkets formål oppfylles.<sup>92</sup> Prinsippene har funksjon som viktige tolkningsmomenter ved tolkningen av andre bestemmelser i anskaffelsesregelverket, men også som selvstendig grunnlag for rettigheter og plikter.<sup>93</sup> Flere av dem er relevante for spørsmålet om hvilke krav som kan stilles til leveransen. Det enkelte prinsipp og hva som kan utledes fra det vil behandles nærmere etter hvert som de konkrete spørsmålene reises i kapittel 3 og 4.

## 2.3 Offentlige anskaffelser som virkemiddel for politikk

På grunn av omfanget av det offentlige anskaffelser, er det ikke vanskelig å se at kjøpekraften de representerer har potensial til å være et nyttig verktøy for offentlige aktører i deres søken etter å nå andre mål enn bare

---

<sup>89</sup> Prop. 51 L (2015–2016) s. 38.

<sup>90</sup> Ibid. s. 45.

<sup>91</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen første premiss.

<sup>92</sup> Nærings og Fiskeridepartementet (2017) s. 54.

<sup>93</sup> Arrowsmith (2014) s. 613.

å skaffe til veie de varene og tjenestene de trenger. Ved å gi bedrifter som opptrer på en viss måte større sjanse til å få gunstige offentlige kontrakter, kan det offentlige gi private aktører sterke økonomiske insentiver til å handle slik det offentlige ønsker.

En bivirkning av en slik bruk av anskaffelsesverktøyet vil imidlertid være at konkurransen begrenses, ved at de aktørene som ikke kan eller vil oppfylle det offentliges krav får en konkurransemessig ulempe. Som nevnt over, anses konkurranse om offentlige kontrakter å være en grunnleggende forutsetning for å oppnå formålene med anskaffelsesregelverket, og bruken av anskaffelsesverktøyet til å forfølge andre målsettinger vil stå i et motsetningsforhold til dette formålet. Meningene om hvorvidt, og i hvilken grad anskaffelsesregelverket tillater og/eller burde tillate slik bruk av anskaffelsesverktøyet har også variert over tid. Selv om det virker som om et flertall nå anerkjenner at oppdragsgivere både kan og bør kunne stille krav som forfølger andre mål enn de rent innkjøpsfaglige, er det fortsatt uenighet om spørsmålet i juridisk teori.<sup>94</sup>

Under dagens anskaffelsesregelverk er det liten tvil om at strategisk bruk av anskaffelsesverktøyet for å nå politiske (også omtalt som horisontale) målsettinger er tillatt. Både kommisjonen<sup>95</sup> og direktivet selv<sup>96</sup> fremhever at offentlige anskaffelser vil være et viktig virkemiddel for å oppnå en mer sosialt og miljømessig bærekraftig økonomi, som EU blant annet har satt seg som mål i sin 2020-strategi<sup>97</sup> og i sin nye industristrategi.<sup>98</sup> Men denne friheten ser ut til å være større når oppdragsgivers mål er i tråd med EUs egne målsettinger,<sup>99</sup> og oppdragsgivers bruk av anskaffelsesverktøyet vil uansett være begrenset av generelle EU-rettslige prinsipper som fri bevegelse, likebehandling, ikke-diskriminering og forholdsmessighet. Derfor vil enkelte politiske målsettinger, som

---

<sup>94</sup> Se f.eks. Sanchez Graells (2015) s. 104.

<sup>95</sup> COM(2017) 572, side 2.

<sup>96</sup> Direktiv 2014/24/EU, fortalen premiss 95.

<sup>97</sup> COM(2010) 2020.

<sup>98</sup> COM(2020) 102.

<sup>99</sup> Se f.eks. sak C-448/01 EVN AG og Wienstrom GmbH mot Østerrike, premiss 40.

styrking av nasjonal industri, være vanskeligere å forfølge med anskaffelsesverktøyet enn andre.

### 2.3.1 Anskaffelser som verktøy for miljøpolitiske mål – særlig om GPP

Handlingsrommet for en oppdragsgiver som ønsker å ta hensyn til miljøkonsekvensene av sine anskaffelser var lenge svært lite. Som nevnt har hovedmålsettingen for EUs anskaffelsesdirektiver alltid vært å bygge ned barrierer for handel mellom EUs medlemsland, og nasjonale miljøkrav har blitt sett på som illegitime hindringer for denne utviklingen.<sup>100</sup> I takt med at samfunnets bevissthet om miljøutfordringer har økt og EUs kompetanse til å regulere miljøspørsmål har vokst, har dette synspunktet endret seg.

EU-domstolen har vært sentral i å utvikle den europeiske rettsordnens syn på miljøkrav i offentlige anskaffelser. I *Concordia* uttaler den for første gang at anskaffelsesretten «ikke udelukker muligheten for, at den ordregivende myndighet anvender kriterier vedrørende bevarelse af miljøet»,<sup>101</sup> og i *Wienstrom* bygger den på EUs uttalte klimaambisjoner som et selvstendig moment for at oppdragsgivere bør få legge stor vekt på klimahensyn i sine anskaffelser.<sup>102</sup> Begge disse dommene vil bli nærmere behandlet senere.

I nyere tid har også kommisjonen ved flere anledninger fremmet strategisk bruk av offentlige anskaffelser som et viktig virkemiddel for å nå miljø- og klimamål. For å gjøre «grønne» valg lettere for oppdragsgivere og samtidig forhindre at oppblomstringen av ulike nasjonale miljøkrav skulle gjøre deltakelse i anbudskonkurranser dyrere for tilbydere, ga kommisjonen i 2008 uttrykk for at det skulle utvikles felles kriterier for grønne offentlige anskaffelser (Green Public Procurement) for de mest

---

<sup>100</sup> Bogojevic (2019) s. 161.

<sup>101</sup> Sak C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy AB mot Helsingfors kaupunki og HKL-Bussiliikenne*, premiss 57.

<sup>102</sup> Sak C-448/01 *EVN AG og Wienstrom GmbH mot Østerrike*, premiss 40.

sentrale sektorene.<sup>103</sup> Våren 2020 foreligger det slike GPP-kriterier for 20 ulike produktkategorier,<sup>104</sup> og tre er planlagt revidert i løpet av året.<sup>105</sup>

GPP-kriteriene utvikles av et institutt ved EUs felles forskningscenter (JRC), i samarbeid med en rådgivende gruppe bestående av representanter fra EUs medlemsland, næringsliv og sivilsamfunn.<sup>106</sup> Før selve kriteriene utarbeides, lages det en forberedende rapport og en teknisk rapport. Disse skal blant annet undersøke markedet for de aktuelle produktene, redegjøre for vitenskapen bak kriteriene som velges og anslå hvilken miljøgevinst som bruken av kriteriene vil gi.<sup>107</sup> Det utarbeides ett sett med sentrale kriterier («core criteria»), som er ment å kunne implementeres enkelt for oppdragsgiver og uten stor merkostnad for tilbyder, og ett sett med omfattende kriterier («comprehensive criteria») for oppdragsgivere som vil gå lenger. Når de er ferdige, publiseres de av kommisjonen som et «staff working document».

Det fremgår klart av dokumentene som inneholder GPP-kriteriene at det er frivillig å anvende kriteriene.<sup>108</sup> Siden de ikke er vedtatt som en rettsakt med bindende virkning, følger dette også av deres status som soft law. Dette innebærer for det første at oppdragsgivere med lavere miljøambisjoner ikke er forpliktet til å heve ambisjonsnivået sitt, men også at oppdragsgivere som har høyere ambisjoner kan forfølge disse med strengere krav. Dette innebærer at eksistensen av GPP-kriterier knyttet til et produkt i utgangspunktet ikke vil påvirke hvor strenge klimakrav som kan stilles når det offentlige anskaffer slike produkter.

Som jeg kommer tilbake til i kapittel 3, må kravspesifikasjonene ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep i konkurransen, og det kan ikke utelukkes at eksistensen av GPP-kriterier i noen tilfeller vil kunne påvirke en slik forholdsmessighetsvurdering. Dette kan for eksempel være tilfellet hvis kravene GPP-kriteriene gir uttrykk for har like god klimaeffekt som

---

<sup>103</sup> COM(2008) 400, side 5.

<sup>104</sup> Kommisjonen (2020a).

<sup>105</sup> Kommisjonen (2020b).

<sup>106</sup> Kommisjonen (2019a).

<sup>107</sup> Kommisjonen (2019b).

<sup>108</sup> Se f.eks SWD(2016) 180 final, s. 2

kravene oppdragsgiver har stilt, men er mindre konkurransebegrensende. På grunn av skjønnsmarginen som regelverket gir oppdragsgivere når det kommer til å definere hva som skal anskaffes, skal det likevel trolig mye til før eksistensen av GPP-kriterier fører til at en kravspesifikasjon underkjennes som uforholdsmessig konkurransebegrensende.

## 2.4 Reglens virkeområde

Virkeområdet til det norske anskaffelsesregelverket er definert i LOA § 2 og FOA kapittel 1. Siden anskaffelsesloven også gjelder for anskaffelser i forsyningssektoren og anskaffelser av konsesjonskontrakter, som ikke er tema for denne artikkelen, vil jeg i det følgende ta utgangspunkt i bestemmelsene om virkeområde slik de er formulert i anskaffelsesforskriften.

### 2.4.1 Personelt virkeområde: anskaffelsesrettens pliktsubjekter

Anskaffelsesforskriften har et bredt personelt virkeområde. Det følger av § 1-2 første ledd bokstav a og b at statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter er omfattet av forskriftens oppdragsgiverbegrep. Med dette menes alle organer som utøver lovgivende, utøvende eller dømmende makt, samt alle enheter innenfor fylkeskommunal eller kommunal forvaltning.<sup>109</sup>

I tillegg gjelder reglene for det som omtales som «offentligrettslige organer».<sup>110</sup> For å regnes som offentlig organ etter forskriftens definisjon, må tre vilkår være oppfylt.<sup>111</sup> Organet må for det første være «opprettet for å tjene allmennhetens behov», og ikke være av «industriell eller forretningsmessig karakter». For det andre må organet være et selvstendig rettssubjekt, og til slutt oppstilles det et krav om tilstrekkelig tilknytning til det offentlige gjennom finansiering, kontroll eller innflytelse. Veilederen trekker blant annet frem helseforetakene, Enova og Innovasjon

---

<sup>109</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 20.

<sup>110</sup> FOA § 1-2 første ledd bokstav c.

<sup>111</sup> FOA § 1-2 annet ledd.

Norge som eksempler på organer som anses som offentligrettslige organer etter forskriftens definisjon.<sup>112</sup> I *Lyymp*<sup>113</sup> kom KOFA frem til at Norges Idrettsforbund ikke er omfattet av definisjonen, fordi det som medlemsorganisasjon først og fremst er opprettet for å ivareta sine *medlemmers* behov.<sup>114</sup> At forbundet *også* har som formål å tjene allmennheten var ikke tilstrekkelig.

Hvis organet ikke er et selvstendig rettssubjekt, vil det ofte utgjøre en del av en statlig, fylkeskommunal eller kommunal myndighet og av den grunn være forpliktet til å følge regelverket. Et eksempel på et slikt tilfelle er kommunale foretak, som omfattes av kommunens rettssubjekt.<sup>115</sup> I andre tilfeller vil det være snakk om et samarbeid mellom flere organer. Da er det mindre naturlig å se på organet som en del av ett av disse. For disse tilfellene har forskriften en bestemmelse om at «sammenslutninger med en eller flere oppdragsgivere» også er forpliktet til å følge anskaffelsesreglene. Dette kan for eksempel omfatte kommunale oppgavefelleskap etter kommuneloven kapittel 19, når det ikke er avtalt at de skal være egne rettssubjekter.

## 2.4.2 Materielt virkeområde: særlig om terskelverdier

Anskaffelsesforskriften får etter forskriftens ordlyd anvendelse når oppdragsgivere inngår «vare- tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter, eller gjennomfører plan- og designkonkurranser».<sup>116</sup> Den får imidlertid ikke anvendelse når disse kontraktene eller konkurransene knytter seg til det som omtales som «forsyningssektorene».<sup>117</sup> Som nevnt over, reguleres

---

<sup>112</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 21

<sup>113</sup> KOFA sak 2017/131 (*Lyymp* AS)

<sup>114</sup> Premiss 27.

<sup>115</sup> Kommuneloven § 9-1 annet ledd.

<sup>116</sup> FOA § 1-1.

<sup>117</sup> FOA § 2-1 første ledd bokstav a.

disse av en separat forskrift.<sup>118</sup> Det samme gjelder for anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet og for inngåelse av konsesjonskontrakter.<sup>119</sup>

Anskaffelseslovgivningen er delt inn i flere ulike regelsett, som gjelder for anskaffelser av forskjellig verdi. Hovedprinsippet er at reglene blir mer detaljerte og stiller strengere krav til oppdragsgivers opptreden i takt med at anskaffelsens verdi blir høyere. Direktivet og forskriften angir ulike terskelverdier, som fastslår hvilken verdi en anskaffelse må overstige for at et bestemt regelsett får anvendelse. I direktivets fortale begrunnes bruken av terskelverdier med at regelverket må være mer detaljert for større anskaffelser, for å sørge for etterlevelse av prinsippene som direktivet skal ivareta og for å sikre konkurranse om kontraktene.<sup>120</sup> Det går også an å se på terskelverdiene som utslag av en forholdsmessighetsvurdering: Jo mindre omfangsrik anskaffelsen er, desto mer byrdefullt vil det være for både oppdragsgiver og potensielle tilbydere å etterleve kompliserte prosessuelle regler for å gjennomføre den. Tilsvarende vil konsekvensene av en anskaffelse som ikke etterlever målet om konkurranse og likebehandling bli mer alvorlige desto større anskaffelsen er.

Terskelverdiene for anvendelse av direktivets regler (også omtalt som EØS-terskelverdiene) avhenger dels av hva som anskaffes og dels av hvem som er oppdragsgiver. Den høyeste terskelen er kr 53 millioner for bygg- og anleggskontrakter,<sup>121</sup> og den laveste er kr 1,3 millioner for statlige myndigheters kjøp av varer og tjenester.<sup>122</sup>

I tillegg til terskelverdiene som gjelder for å anvende direktivets regler, opererer det norske anskaffelsesregelverket med to ekstra terskler. Anskaffelser under kr 100 000 er unntatt regelverket i sin helhet,<sup>123</sup> og anskaffelser over kr 1,3 millioner må følge mer detaljerte nasjonale regler.<sup>124</sup> Disse er fastsatt i anskaffelsesforskriften del II. Anskaffelser

---

<sup>118</sup> Forskrift 12.08.2016 nr 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene. Se nærmere omtale i punkt 1.5.

<sup>119</sup> FOA § 2-1 første ledd bokstav b og c.

<sup>120</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen første premiss.

<sup>121</sup> FOA § 5-3 første ledd bokstav c.

<sup>122</sup> FOA § 5-3 første ledd bokstav a.

<sup>123</sup> LOA § 2 første ledd.

<sup>124</sup> FOA § 5-1 annet ledd.



mellom 100 000 og 1,3 millioner kroner må følge anskaffelsesloven og forskriften del I. Dette innebærer blant annet en plikt til å opptre i tråd med de grunnleggende prinsippene i LOA § 4. Direktivets regler er gjennomført i forskriften del III.

Fordi det presumptivt er en sammenheng mellom verdien på anskaffelsen og potensialet for utslippskutt, og fordi reglene som gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene også er de som stiller strengest krav til oppdragsgivere, er det bare reglene i forskriften del III som vil behandles i denne artikkelen. Det er imidlertid god grunn til å anta at handlingsrommet etter reglene i del I og II er minst like stort som etter reglene i del III.

## 2.5 Den åpne (og den begrensede) anbudskonkurransen

En oppdragsgiver som vil foreta en anskaffelse over EØS-terskelverdiene kan alltid velge mellom to konkurranseformer: den åpne og den begrensede anbudskonkurransen.<sup>125</sup> Fremstillingen vil derfor behandle reglene som gjelder for disse konkurranseformene. Den åpne anbudskonkurransen består av en prosedyre i ett trinn, der alle interessenter kan levere tilbud.<sup>126</sup> Den begrensede konkurranse består av to trinn. Først gjennomføres en åpen prekvalifiseringsrunde, og deretter en påfølgende konkurranse mellom de som er kvalifisert. Sett bort fra at det ikke er åpent for tilbud fra andre, gjennomføres det andre trinnet i den begrensede anbudskonkurransen etter tilsvarende regler som den åpne anbudskonkurransen. Siden denne artikkelen dreier seg om regler knyttet til *hva* en oppdragsgiver kan anskaffe, og ikke *hvem* den kan velge å anskaffe det fra, vil det første trinnet i den begrensede anbudskonkurransen ikke behandles nærmere.

---

<sup>125</sup> FOA § 13-1 første ledd.

<sup>126</sup> FOA § 23-6 første ledd.

### 2.5.1 Forberedelser før en anskaffelse

For at en oppdragsgiver skal utforme anskaffelsen på mest hensiktsmessig måte, er den avhengig av å ha tilstrekkelig kjennskap til hva ulike aktører på markedet kan tilby. Dette gjelder særlig når det gjelder å stille riktige og effektive klimakrav. Uten en slik kjennskap risikerer den å stille krav som utelukker gode alternativer, eller å utforme kriterier som ikke skiller mellom tilbyderne på en måte som finner frem til det beste tilbudet sett fra oppdragsgivers perspektiv. Noen ganger vil oppdragsgiver ha slik kunnskap fra før, enten det er fordi den foretar lignende anskaffelser jevnlig, eller fordi det som skal kjøpes inn er relativt ukomplisert. I andre tilfeller vil den ha behov for å sette seg bedre inn i markedsforholdene.

Oppdragsgiver kan forberede seg på en anskaffelse på flere måter, og mange av disse reiser ingen anskaffelsesrettslige problemstillinger. Det er uproblematisk å delta på fagseminarer, følge med på markedsnyheter eller å søke seg frem til informasjon på internett. Ofte vil det imidlertid være behov for å innhente hjelp fra eksterne konsulenter eller kommunisere direkte med potensielle leverandører. Dette er også i utgangspunktet tillatt, men i disse tilfellene risikerer oppdragsgiver å bryte med kravet til likebehandling, ved at aktører som har bidratt til forberedelsen har bedre forutsetninger for å levere gode tilbud. Derfor kan det oppstå en plikt for oppdragsgiver til å foreta avbøtende tiltak, og i noen tilfeller til og med å avvise et tilbud fra leverandører som har bidratt til oppdragsgivers forberedelser. Dette følger av FOA § 12-2, som oppstiller en plikt for oppdragsgiver til å «treffe egnede tiltak» for å sikre at en leverandør som deltar i konkurransen ikke får en urimelig konkurransefordel fordi leverandøren, eller en virksomhet tilknyttet leverandøren, har gitt råd til oppdragsgiveren forut for konkurransen.

### 2.5.2 Offentlig kunngjøring

Anskaffelser som følger anskaffelsesprosedyren anbudskonkurranse skal kunngjøres offentlig.<sup>127</sup> Kunngjøringen skal publiseres på Doffin<sup>128</sup> («database for offentlige innkjøp»), som er den nasjonale kunngjøringsdatabasen for offentlige anskaffelser. Derfra publiseres kunngjøringen i TED («Tenders Electronic Daily»), som er felles for anskaffelser i EU og EØS. I veilederen beskriver departementet kunngjøringen som et av de «viktigste virkemidlene» for å sikre at oppdragsgiver opptrer i tråd med de grunnleggende prinsippene i FOA § 4.<sup>129</sup> Formålet med den offentlige kunngjøringen er at markedet skal bli kjent med hva oppdragsgiver ønsker å anskaffe, som er en forutsetning for effektiv konkurranse om kontrakten. Derfor er det viktig at kunngjøringen gir potensielle tilbydere tilstrekkelig informasjon for å vurdere om de skal delta i konkurransen.<sup>130</sup> I praksis løses dette behovet ved at kunngjøringsskjemaet i Doffin ber om informasjonen som trengs,<sup>131</sup> og derfor inneholder ikke forskriften nærmere regler om innholdet av en kunngjøring.<sup>132</sup>

### 2.5.3 Konkurransesgrunnlaget

Konkurransesgrunnlaget er et helt sentralt dokument i anskaffelsesprosessen. Det skal publiseres offentlig og fungere som et felles informasjonsgrunnlag for alle tilbyderne. Med det ivaretas kravene til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet ved at all nødvendig informasjon er fritt tilgjengelig for alle potensielle tilbydere før konkurransen starter.<sup>133</sup> Hvis en alminnelig (åpen eller begrenset) anbudskonkurranse er valgt som prosedyre, er forhandlinger mellom oppdragsgiver og tilbyderne

---

<sup>127</sup> FOA § 21-2 første ledd.

<sup>128</sup> FOA § 21-1 første ledd.

<sup>129</sup> Nærings og fiskeridepartementet (2017) s. 232.

<sup>130</sup> Dragsten (2013) s. 418.

<sup>131</sup> Nærings og fiskeridepartementet (2017) s. 236.

<sup>132</sup> Direktivet oppstiller kravene i bilag VII A.

<sup>133</sup> Dragsten (2013) s. 313.

forbudt.<sup>134</sup> Dette begrenser partenes muligheter til å avklare uklarheter, og da vil det derfor være ekstra viktig at konkurransegrunnlaget gir et klart og forutberegnelig bilde av det senere kontraktsforholdet mellom partene.<sup>135</sup>

Kravene til konkurransegrunnlagets innhold oppstilles i FOA § 14-1 tredje ledd. Disse kan fra et overordnet perspektiv deles inn i tre kategorier. For det første må konkurransegrunnlaget inneholde opplysninger om *hva* kontrakten skal gå ut på. Dette omfatter beskrivelsen av ytelsen som tilbyderer skal levere (herunder kravspesifikasjonene, som behandles nærmere i kapittel 3),<sup>136</sup> samt hvilke andre kontraktsforpliktelser tilbyderer skal ta på seg<sup>137</sup> og om det er snakk om å inngå en spesiell kontraktstype som en rammeavtale eller lignende.<sup>138</sup>

For det andre må det opplyses om oppdragsgiveren stiller krav til *hvem* den ønsker å inngå kontrakt med, i form av kvalifikasjonskrav eller utvelgelseskriterier.<sup>139</sup> Kvalifikasjonskrav er absolutte krav som må være oppfylt for at en tilbyder skal kunne konkurrere om kontrakten, mens utvelgelseskriterier er kriteriene som oppdragsgiver bruker for å avgjøre prekvalifiseringsrunden i den begrensede anbudskonkurransen. Oppdragsgivers frihet på dette punkt er sterkt begrenset av likebehandlingshensyn. For kvalifikasjonskravene angis det en uttømmende liste over hvilke typer krav som kan stilles, og friheten er ytterligere begrenset gjennom et krav om forholdsmessighet og tilknytning til kontrakts-gjenstanden.<sup>140</sup> Oppdragsgiver kan stille krav om registrering eller autorisasjoner, om økonomisk eller finansiell kapasitet, og om tekniske og faglige kvalifikasjoner. Felles for disse er at de knytter seg til tilbyderens egnethet til å levere det som anskaffelsen går ut på. Forholdsmessighetskravet innebærer at det likevel må gjøres en konkret vurdering av

---

<sup>134</sup> FOA § 23-6 tredje ledd.

<sup>135</sup> Rt. 2007 s. 1489 premiss 61 flg.

<sup>136</sup> FOA § 14-1 tredje ledd bokstav a.

<sup>137</sup> Bokstav b.

<sup>138</sup> Bokstav c.

<sup>139</sup> Bokstav d nr 3.

<sup>140</sup> FOA § 16-1 første ledd. Både forholdsmessighet og tilknytning til leveransen er temaer som jeg kommer tilbake til i kapitlene om kravspesifikasjoner og tildelingskriterier.

om kvalifikasjonskravet er nødvendig. Kravene må også være objektive og ikke-diskriminerende, for å sørge for en rettferdig konkurranse om kontrakten.<sup>141</sup> Oppdragsgiver er noe friere i utformingen av utvelgelses-kriteriene, men også disse må være objektive og ikke-diskriminerende.<sup>142</sup>

For det tredje må det oppgis opplysninger om *hvordan* konkurransen skal gjennomføres. Dette gjelder blant annet opplysninger om anskaffelsesprosedyre, frister og kommunikasjon,<sup>143</sup> samt form- og innholds-krav til tilbudene.<sup>144</sup> Kanskje det mest sentrale ved gjennomføringen av konkurransen er hvilke kriterier oppdragsgiver velger for å kåre en vinner og tildele kontrakten. Disse tildelingskriteriene må også angis i konkurransegrunnlaget,<sup>145</sup> og behandles nærmere i kapittel 4.

#### 2.5.4 Avslutning av konkurransen

Hvis en anbudskonkurranse går som intendert, avsluttes konkurransen ved at oppdragsgiver inngår kontrakt med tilbyderen som har inngitt det beste tilbudet vurdert etter tildelingskriteriene slik de fremgikk av konkurransegrunnlaget. Før dette gjøres, plikter oppdragsgiver å gi en skriftlig og begrunnet meddelelse til tilbyderne om hvilken leverandør som er valgt.<sup>146</sup> Oppdragsgiver og valgte tilbyder skal deretter vente i minst ti dager med å inngå kontrakten, for å sikre de øvrige tilbyderne en effektiv klage- og håndhevingsmulighet.<sup>147</sup>

Det finnes flere måter en konkurranse kan utvikle seg slik at inn-gåelse av kontrakt ikke blir resultatet. I noen tilfeller kan det ha blitt begått feil som gjør at det ikke er mulig å fullføre konkurransen på en tilfredsstillende måte. Da kan det oppstå en plikt for oppdragsgiver til å avlyse konkurransen. Forutsetningen for at en slik plikt skal oppstå, er at feilen som er begått ikke kan rettes opp på en annen måte enn

---

<sup>141</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 169–70.

<sup>142</sup> FOA § 16-12 annet ledd.

<sup>143</sup> FOA § 14-1 tredje ledd bokstav d nr 1, 2 og 5.

<sup>144</sup> Bokstav e.

<sup>145</sup> Bokstav d nr 4.

<sup>146</sup> FOA § 25-1 første ledd.

<sup>147</sup> FOA § 25-2 første ledd og Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s.309.

gjennom avlysning. I tillegg oppstilles et krav om at feilen kan ha hatt innvirkning på konkurransen. Enten ved at en annen tilbyder kunne ha vunnet konkurransen, eller at den kan ha ført til at potensielle tilbydere ikke har deltatt i konkurransen overhodet.<sup>148</sup>

Det kan forekomme at en oppdragsgiver ønsker å avlyse konkurransen, også når den ikke er forpliktet til det. Det har den også rett til etter forskriften, forutsatt at den har en saklig grunn.<sup>149</sup> Goller peker på at forskriften her er formulert på en uheldig måte, fordi det egentlig ikke er snakk om en kontraheringsplikt.<sup>150</sup> Det som reguleres av forskriften er i hvilke tilfeller oppdragsgiver kan avlyse konkurransen uten samtidig å pådra seg erstatningsplikt. Hva som anses som saklig grunn er ikke nærmere definert i forskriften, og direktivet inneholder heller ikke regler om avlysning av konkurransen. Det er likevel klart at oppdragsgivers opptreden her også reguleres av prinsippene i LOA § 4, slik at begrunnelsen blant annet må oppfylle kravene som stilles til likebehandling og forutberegnelighet. Et tilleggsvilkår for at erstatningsplikt ikke skal oppstå, er at oppdragsgiver ikke kan bebreides for ikke å ha forutsett årsaken til avlysningen.<sup>151</sup>

Eksempler på saklig grunn for å avlyse kan være at det kun er én tilbyder som oppfyller kvalifikasjonskravene,<sup>152</sup> at tilbudene som har kommet inn overstiger oppdragsgivers budsjettrammer,<sup>153</sup> eller at forutsetningene som lå til grunn for anskaffelsen har endret seg.<sup>154</sup>

---

<sup>148</sup> Dragsten (2013) s. 716.

<sup>149</sup> FOA § 25-4 første ledd.

<sup>150</sup> Goller (2017) s. 231.

<sup>151</sup> NOU 2014:4 s. 245.

<sup>152</sup> KOFA sak 2008/24 (Nordland Taxi AS), premiss 118.

<sup>153</sup> Dragsten (2013) s. 706.

<sup>154</sup> Ibid. s. 709.

## 3 Kravspesifikasjoner

### 3.1 Innledning

Kravspesifikasjonene er det første virkemidlet for å stille klimakrav som skal vurderes. Disse er bestemmelser i konkurransegrunnlaget som angir kravene som stilles til det oppdragsgiver ønsker å anskaffe. I konkurranseformer uten forhandlingsmulighet vil en tilbyder som inngir et tilbud i en konkurranse, samtidig implisitt gi uttrykk for at den kan oppfylle kravspesifikasjonene. Senere ikke-oppfyllelse av vilkår satt i kravspesifikasjonene vil derfor utgjøre kontraktsbrudd.<sup>155</sup> Likebehandlingsprinsippet innebærer ifølge EU-domstolens praksis at en oppdragsgiver må avvise tilbud hvor det er tydelig at absolutte krav i kravspesifikasjonene ikke vil bli oppfylt.<sup>156</sup> Hvilke krav som kan stilles og hvordan de skal utformes, blir dermed et sentralt spørsmål for en oppdragsgiver som vil stille klimakrav i sine kravspesifikasjoner.

Utgangspunktet er at offentlige aktører, på samme måte som private, selv må kunne bestemme hva de skal anskaffe, i kraft av sin privatautonomi. For å oppnå dette er oppdragsgivere gitt stor frihet til å bestemme hva kravspesifikasjonene skal gå ut på. Av hensyn til de overordnede formålene med anskaffelsesregelverket må de likevel tåle begrensninger i utøvelsen av denne friheten, for å sørge for at anskaffelsesprosessen er gjennomiktig, ikke-diskriminerende og at den ikke unødvendig hindrer konkurransen om offentlige kontrakter.<sup>157</sup> I tillegg er det regler om hvordan kravspesifikasjoner kan utformes, for å sørge for at ingen tilbydere som kunne ha oppfylt oppdragsgivers behov blir utelatt fra konkurransen.

Selv om kravspesifikasjoner i konkurranser uten forhandling som utgangspunkt vil forstås som absolutte krav, der konsekvensen av ikke-

---

<sup>155</sup> Arrowsmith (2018) s. 753.

<sup>156</sup> Sak C-243/89 Kommisjonen mot Danmark premiss 42 flg.

<sup>157</sup> Se generaladvokat Kokotts drøftelse i forslag til avgjørelse i sak C-368/10 Kommisjonen mot Nederland, premiss 44.

oppfyllelse er utelukkelse, kan det også angis «ønskelige krav» for å gi flere tilbydere mulighet til å konkurrere. Hvis de ikke er absolutte, bør «verdien» av oppfyllelsen imidlertid reflekteres i tildelingskriteriene.<sup>158</sup> Disse formene for kravspesifikasjoner i vid forstand vil ikke behandles nærmere i dette kapitlet.

Formålet med kapitlet er å fastslå hvilket rettslig handlingsrom oppdragsgiver har til å stille klimakrav i kravspesifikasjonene. I det følgende behandles hvilke forhold kravspesifikasjonene kan beskrive og på hvilken måte (punkt 3.2), og deretter hvilke regler som begrenser oppdragsgivers frihet til å fastsette kravspesifikasjonenes innhold (punkt 3.3). I punkt 3.4 vurderes når kravspesifikasjoner er egnet som virkemiddel for å fremme bruken av lavkarbonprodukter i offentlige anskaffelser, samt hvordan en oppdragsgiver bør gå frem for å stille effektive klimakrav i kravspesifikasjonene. Her drøftes også hvordan reglene slår ut for en oppdragsgiver som vil stille krav om lavkarbonbetong i sine anskaffelser.

## 3.2 Hva kravspesifikasjoner kan gå ut på

### 3.2.1 Innledning

For å gjøre det klart hva tilbyderne skal konkurrere om å levere, følger det av FOA § 15-1 at kravspesifikasjonene skal angi kravene som stilles til «egenskapene» til det som skal anskaffes. Dette utgjør også en negativ definisjon av kravspesifikasjoner: Krav i konkurransegrunnlaget som *ikke* knytter seg til egenskapene til leveransen er heller ikke å regne som kravspesifikasjoner.

Ved å henvise til leveransens «egenskaper», ber forskriften oppdragsgivere om å beskrive hva de har behov for på et overordnet nivå, men de trenger ikke gjøre det i detalj. Velger de å la beskrivelsen være overordnet, kan de gi markedet muligheten til å finne den mest kostnadseffektive løsningen på sitt behov. Dette vil bidra til å oppfylle regelverkets målsetting om at alle tilbydere som kan levere et produkt eller en tjeneste etter

---

<sup>158</sup> Goller (2017) s. 148.



oppdragsgivers behov skal kunne konkurrere om kontrakten.<sup>159</sup> I noen tilfeller vil en oppdragsgiver imidlertid ha behov som er så spesifikke at det er mest hensiktsmessig at løsningene beskrives i detalj. Derfor legger regelverket opp til at dette også skal være mulig, men likevel slik at tilbydere som foreslår likeverdige alternativer har krav på å bli vurdert.

Leveransens egenskaper kan beskrives ved å oppstille ytelses- eller funksjonskrav, og/eller ved å henvise til tekniske spesifikasjoner og standarder.<sup>160</sup> Det samme behovet kan dermed uttrykkes på vidt forskjellige måter, og dermed i varierende grad fordele oppgaven med å utforme de konkrete løsningene på oppdragsgivers behov mellom oppdragsgiver og tilbyderne.

I dette punktet fokuserer fremstillingen på hva det innebærer å henholdsvis stille ytelses- eller funksjonskrav eller å henvise til spesifikasjoner i standarder. I tillegg behandles de nye reglene om bruk av merkeordninger, samt oppdragsgivers adgang til å stille krav som ikke gir utslag i det den materielt sett får levert av tilbyderen.

### 3.2.2 Ytelses- eller funksjonskrav

Ytelses- og funksjonskrav beskriver ganske enkelt hva det som leveres skal kunne yte, eller hvilke funksjoner det skal fylle. Hvis slike krav oppstilles kan oppdragsgiver beskrive behovet som begrunner anskaffelsen, mens det overlates til markedsaktørene å finne den konkrete løsningen som løser oppdragsgivers behov på best og billigst måte. En kommune som ønsker å kjøpe en klimavennlig bilflåte til bruk av de ansatte i hjemmetjenesten, kan for eksempel beskrive sitt behov gjennom å angi antall turer hjemmetjenesten gjennomfører per dag, hvor mange som kommer til å trenge å bruke bilene samtidig og hvor lang henholdsvis gjennomsnittsturen og den lengste turen vil antas å være. Dermed kan den overlates til tilbyderne å vurdere hvilken bil og hvilken energibærer som best og billigst kan løse oppdraget. Om den ønsker, kan kommunen også stille mer spesifikke ytelseskrav, som høyeste tillatt utslipp av CO<sub>2</sub>

---

<sup>159</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen premiss 74.

<sup>160</sup> FOA § 15-1 tredje ledd.

per kilometer eller at bilene skal være nullutslippsbiler. Disse kravene vil også omfattes av begrepet «miljøegenskaper», som er legaldefinert som ytelses- eller funksjonskrav.<sup>161</sup>

Å stille ytelses- eller funksjonskrav sikrer at alle som kan løse oppdraget får muligheten til å delta i konkurransen, og bidrar til å oppfylle prinsippene i EU-traktatene om lik markedstilgang og forbudet mot diskriminering.<sup>162</sup> Direktivets fortale understreker dette ved å anbefale bruk av ytelses- og funksjonskrav fordi de best sørger for en effektiv og åpen konkurranse.<sup>163</sup>

En viktig forutsetning for at ytelses- eller funksjonskrav skal fungere på denne måten er at kravene formuleres presist nok. Hvis de er for upresise vil tilbyderne mangle grunnlag for å forstå hva de skal konkurrere om å tilby, og oppdragsgiver vil ha vansker med å tildele kontrakten til riktig tilbyder fordi det kan være uklart hvem som oppfyller kravene. Presisjonskravet er også uttrykkelig fastslått i direktivet, som stiller som vilkår for å bruke ytelses- og funksjonskrav at «parametrene er så præcise, at tilbudsgiverne kan identificere kontraktens genstand og de ordregivende myndigheter kan tildele kontrakten».<sup>164</sup> I *Cartiera dell'Adda*<sup>165</sup> fastslo EU-domstolen at kravet til presisjon innebærer at alle opplysninger i konkurransegrunnlaget må formuleres slik at «alle rimelig velinformerte og normalt omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige innhold og fortolke dem på samme måte».

Forskriften inneholder ikke et eksplisitt krav om presisjon, men både departementet og KOFA legger til grunn at kravet også gjelder etter norsk rett. Departementet forutsetter at det følger av «de grunnleggende prinsippene» i LOA § 4,<sup>166</sup> mens KOFA har uttalt at det må innfortolkes i forskriften.<sup>167</sup> I den aktuelle saken, *Volvo Maskin AS*, hadde oppdragsgiver ved anskaffelse av gravemaskin stilt krav om «høyeste tilgjengelig

---

<sup>161</sup> FOA § 15-1 tredje ledd bokstav a.

<sup>162</sup> Arrowsmith (2018), s. 590.

<sup>163</sup> Direktiv 2014/42/EU fortalen premiss 74.

<sup>164</sup> Direktiv 2014/42/EU artikkel 42 tredje ledd bokstav a.

<sup>165</sup> Sak C-42/13 *Cartiera dell'Adda SpA* mot CEM Ambiente SpA, premiss 44.

<sup>166</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s.156.

<sup>167</sup> KOFA sak 2015/102 (*Volvo Maskin AS*).

miljøklasse». Siden dette både kunne bety den beste miljøklassen som leverandøren kunne tilby og den beste miljøklassen på markedet, fant KOFA at presisjonskravet ikke var oppfylt og at oppdragsgiver derfor hadde brutt regelverket.

Kravet til presisjon innebærer at en oppdragsgiver som vil stille klimakrav i kravspesifikasjonene må formulere det på en måte som gjør det mulig for tilbyderne å forutberegne hvilke løsninger som vil anses å oppfylle kravene og hvilke som ikke vil det. Der det er bestemte egenskaper ved produktene som gjør dem klimavennlige, vil krav om slike egenskaper ofte være tilstrekkelig. Dette vil for eksempel være tilfellet hvis det er snakk om å stille krav om nullutslippsbiler, eller at det som kjøpes inn skal være produsert med en bestemt mengde resirkulert materiale. Såfremt det finnes gode verktøy for å beregne karbonfotavtrykket til den aktuelle varetypen, vil det også alltid være presist nok å stille krav om at produktet skal ha et karbonfotavtrykk som er mindre enn et bestemt nivå.

### 3.2.3 Tekniske spesifikasjoner og standarder

Et alternativ til å formulere kravspesifikasjoner som ytelses- eller funksjonskrav er å henvise til tekniske spesifikasjoner og på denne måten angi de tekniske kravene til leveransen i detalj.<sup>168</sup> En oppdragsgiver som vet nøyaktig hva som kreves for at leveransen skal oppfylle dens behov, kan dermed bruke tekniske spesifikasjoner for å formidle dette til tilbyderne.

Direktivet bruker termen «tekniske spesifikasjoner» (engelsk: «technical specifications») om både kravspesifikasjoner i bred forstand og tekniske spesifikasjoner i snever forstand. Siden det fremgår ganske tydelig av direktivteksten hvilken betydning begrepet skal ha i den enkelte sammenheng, byr dette ikke på store tolkningsproblemer. Det er likevel upresist, og selv om det ikke kommenterer hvorfor det har gjort det,<sup>169</sup> gjorde departementet lurt i å skille de to ved å velge kravspesifikasjoner som samlebegrep.

---

<sup>168</sup> Dragsten (2013) s. 346.

<sup>169</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 13.

Tekniske spesifikasjoner skal stilles ved å referere til standarder.<sup>170</sup> En standard er definert som en «offentlig tilgjengelig teknisk spesifikasjon som er godkjent av et anerkjent nasjonalt, europeisk eller internasjonalt standardiseringsorgan».<sup>171</sup> Siden innholdet i standarder er objektivt fastsatt, gjør kravspesifikasjoner som henviser til standarder det enklere for tilbyderne å utforme tilbudene sine. Det blir også enklere for oppdragsgiver å vurdere om kravspesifikasjonene er oppfylt når tilbudene senere skal evalueres. Oppdragsgiver kan imidlertid ikke velge fritt blant standardene. Forskriften angir en prioritert og uttømmende liste for hvilke typer standarder eller andre tekniske referanser det kan henvises til. Vil oppdragsgiver henvide til noe som ikke er fastsatt i en standard eller spesifikasjon som omfattes av denne listen, må den dermed gjøre det i form av ytelses- eller funksjonskrav.

- I første rekke skal det vise til *nasjonale standarder som gjennomfører europeiske standarder*. Det vil si at et nasjonalt standardiseringsorgan har fastsatt en nasjonal standard som tilsvarende en standard fastsatt av et europeisk standardiseringsorgan. Standard Norge er medlem av CEN, og er etter CENs interne reguleringer forpliktet til å fastsette en nasjonal standard med tilsvarende innhold som CENs fastsatte standarder.<sup>172</sup> Disse vil ha betegnelsen NS-EN. Omtrent 95 % av alle nye standarder som Standard Norge utarbeider har europeisk opphav.<sup>173</sup>
- Hvis det ikke finnes en nasjonalt gjennomført europeisk standard, kan det vises til *europeiske tekniske bedømmelser*. Disse er frivillige ordninger for produkter til byggverk som ikke dekkes av en harmonisert europeisk produktstandard, der en produsent kan få produktet sitt CE-merket gjennom

---

<sup>170</sup> FOA § 15-1 tredje ledd bokstav a.

<sup>171</sup> FOA § 4-4 bokstav a.

<sup>172</sup> CEN internal regulations part 2, punkt 11.2.4.

<sup>173</sup> Standard Norge.

å få det vurdert av et bedømmelsesorgan.<sup>174</sup> CE-merking gir rett til omsetning og markedsføring av produktet i alle EU- og EØS-land uten at nasjonale myndigheter kan kreve nærmere prosesser eller merker for å godkjenne omsetningen.<sup>175</sup>

- *Felles tekniske spesifikasjoner* er nummer tre på listen. Disse henviser til spesifikasjoner for IKT som er anerkjent av kommisjonen som relevante for bruk i offentlige anskaffelser.<sup>176</sup> Kommisjonens oversikt over spesifikasjoner som er besluttet anerkjent<sup>177</sup> viser at det stort sett er snakk om software og internett-protokoller. Denne kategorien er dermed mindre relevant for artikkelens tema.
- Deretter kan det vises til *internasjonale standarder eller andre tekniske referanser*. En internasjonal standard er definert i direktivet som en standard som er «vedtaget af en international standardiseringsorganisation, og som er offentligt tilgængelig».<sup>178</sup> Som eksempler på internasjonale standardiseringsorganisasjoner kan nevnes ISO, ITU og IEC. Tekniske referanser er andre produkter fra europeiske standardiseringsorganisasjoner enn europeiske standarder. De må være utarbeidet etter prosedyrer som har som formål å utvikle markedets behov.<sup>179</sup>
- Først hvis ingen av disse er relevante, kan det vises til rent *nasjonale standarder, nasjonale tekniske godkjenninger eller nasjonale tekniske spesifikasjoner for prosjektering, beregning og utførelse av bygge- og anleggsarbeid og bruk av varene*.

---

<sup>174</sup> SINTEF.

<sup>175</sup> Kommisjonen (2015), s. 5.

<sup>176</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 160.

<sup>177</sup> Kommisjonen (u.å).

<sup>178</sup> Direktiv 2014/24/EU Bilag VII annet ledd bokstav a.

<sup>179</sup> FOA § 4-4 bokstav d.

Det er verdt å merke seg at selv disse kategoriene forutsetter at det finnes en nasjonalt fastsatt norm som skal følges.

Ved å prioritere europeiske standarder over de nasjonale, gjør regelverket det enklere for tilbydere fra andre land å sette seg inn i hvilke egenskaper oppdragsgiver ser etter. Dermed legges det til rette for større grensekryssende konkurranse om offentlige kontrakter.

Der oppdragsgiver stiller kravspesifikasjoner ved henvisning til en teknisk spesifikasjon eller standard, er den forpliktet til å bruke frasen «eller tilsvarende» i henvisningen. Dette åpner for at en tilbyder som kan påvise at sin foreslåtte leveranse funksjonelt tilsvare oppdragsgivers angitte krav kan delta, selv om leveransen ikke rent faktisk dekkes av standarden eller spesifikasjonen. Dermed er det ytelses- og funksjons-egenskapene til leveransen som blir det avgjørende, og enhver tilbyder som kan oppfylle disse har rett til å delta i konkurransen om kontrakten.

Standarder kan påvirke handlingsrommet for oppdragsgivere som vil stille klimakrav på flere måter. For det første kan de være nyttige verktøy for å kommunisere hvilke egenskaper et produkt skal ha. Standarder kan for eksempel inneholde krav som sikrer et minstenivå av miljø- og klimaegenskaper. I tillegg finnes det standardiserte metoder for å beregne karbonfotavtrykket til et produkt gjennom livsløpsvurderinger.<sup>180</sup> I andre tilfeller kan de imidlertid også utgjøre begrensninger for oppdragsgivers frihet til å stille klimakrav, fordi de for eksempel stiller minstekrav til andre egenskaper ved produktet. Dette er for eksempel tilfellet for sement og betong, som behandles nærmere i punkt 3.4.1.

### **3.2.4 Merkeordninger**

En sentral problemstilling for en oppdragsgiver som vil stille klimakrav, er hvilke krav som bør stilles og hvordan de bør utformes. Dette er spørsmål som både kan påvirke klimaeffekten av kravene som sådan, og hvor tilgjengelig de er for tilbydere som skal vurdere om de kan tilby en leveranse i tråd med kravene som er stilt. Med 2014-direktivet har

---

<sup>180</sup> For eksempel NS-EN ISO 14040:2006.

oppdragsgiver fått et nytt virkemiddel som kan bidra til å svare på begge spørsmålene.

Etter FOA § 15-3 kan oppdragsgivere kreve at tilbydere bruker «en bestemt merkeordning» for å dokumentere at leveransen har «miljømessige, sosiale eller andre egenskaper». En merkeordning defineres i bestemmelsen som «dokumenter, sertifikater eller attester som bekrefter at varene, tjenestene, bygge- og anleggsarbeidene, prosessene eller prosedyrene oppfyller etterspurte merkekrav».

Bestemmelsens fokus ligger altså på merkeordningens funksjon som *dokumentasjon* av at bestemte krav er oppfylt, men denne funksjonen forutsetter også at merkeordningen definerer hvilke krav som må oppfylles for å oppnå merket. Ved å se hen til disse kravene, kan oppdragsgiver få veiledning om ambisjonsnivå den skal legge seg på og hvordan kravene skal formuleres. Kravene som merkeordningen gir uttrykk for vil presumtivt både ha en positiv klimaeffekt og være kjent blant aktørene på markedet, særlig hvis det refereres til en anerkjent og hyppig brukt merkeordning som Svanemerket eller EU Ecolabel. Det store mangfoldet av merkeordninger gjør det likevel nødvendig med en viss forberedelse fra oppdragsgivers side for å forsikre seg om at kravene gir uttrykk for et tilstrekkelig høyt ambisjonsnivå og at den aktuelle merkeordningen er godt nok kjent for potensielle tilbydere.

For å sikre at hensynet bak direktivets øvrige krav skal ivaretas også ved bruk av merkeordninger, må en merkeordning innfri flere krav for å kunne brukes i et konkurransegrunnlag. Disse er oppstilt i FOA § 15-3 første ledd bokstav a-e.

For det første må merkekravene oppfylle flere av de materielle kravene som stilles til øvrige deler av konkurransegrunnlaget. Alle kravene må ha tilknytning til leveransen og være egnet til å beskrive dens egenskaper.<sup>181</sup> Dette innebærer at merkeordninger som stiller generelle krav til et foretak ikke kan brukes for å dokumentere kravspesifikasjoner. På samme måte som for kravspesifikasjoner generelt, tillates det at merkeordningen omfatter faktorer i leveransens livssyklus som ikke gir materielt utslag for oppdragsgiveren. Kravene må også være basert på etterprøvbare og

---

<sup>181</sup> FOA § 15-3 bokstav a.

ikke-diskriminerende kriterier.<sup>182</sup> Dette er et krav som også stilles for fremgangsmåten for å fastsette livsløpskostnader,<sup>183</sup> og som antas å gjelde som krav for både kravspesifikasjoner og tildelingskriterier generelt.<sup>184</sup>

For det andre stilles det krav til selve merkeordningen. Den må være «utviklet i en åpen og gjennomsliktig prosedyre hvor alle relevante interessenter kan delta»,<sup>185</sup> være «tilgjengelig for alle interesserte parter»,<sup>186</sup> og leverandøren som søker om merkeordningen kan ikke utøve bestemmende innflytelse over den enheten som har fastsatt merkekravene.<sup>187</sup> Departementets veileder nevner Svanemerket, EU Ecolabel og Fairtrade-merket som eksempler merkeordninger som oppfyller kravene i bokstav b til e.<sup>188</sup> Hvorvidt de materielle kravene i bokstav a er oppfylt må nødvendigvis bero på en konkret vurdering i den enkelte anskaffelsen.

I punkt 1.3. viste jeg til at produsenter kan dokumentere sine produkters miljøegenskaper gjennom utstedelse av såkalte EPD-er. Selv om EPD i noen sammenhenger omtales som en merkeordning (produsenter som har fått utarbeidet en EPD for sitt produkt kan blant annet merke produktet med et eget EPD-merke),<sup>189</sup> stiller ikke EPD Norge krav til hvilke miljøegenskaper som må oppfylles for å oppnå merket. Det har utelukkende en dokumentasjonsfunksjon. Derfor er det ikke en merkeordning i anskaffelsesrettslig forstand. Når oppdragsgiver stiller klimakrav til produkter som det er mulig å utstede EPD-er til, vil denne muligheten likevel gjøre det lettere for tilbyderne å dokumentere at produktene oppfyller disse kravene.

Reglene om merkeordninger i 2014-direktivet innebærer til dels en fravikelse av EU-domstolens fortolkning i *Max Havelaar*. Der hadde oppdragsgiveren (ved siden av å stille krav om fair trade-kaffe) oppstilt

---

<sup>182</sup> Bokstav b.

<sup>183</sup> FOA § 18-2 tredje ledd bokstav a.

<sup>184</sup> Arrowsmith (2018) s. 769.

<sup>185</sup> FOA § 15-3 bokstav c.

<sup>186</sup> Bokstav d.

<sup>187</sup> Bokstav e.

<sup>188</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 168.

<sup>189</sup> EPD Norge (u.å b).



krav om at produktene skulle være sertifisert med en bestemt nederlandsk miljømerkeordning. Etter reglene om merkeordninger i 2004-direktivet kunne oppdragsgiver «anvende detaljerede spesifikasjoner eller om nødvendig dele heraf som fastlagt i [...] miljømærke».<sup>190</sup> EU-domstolen tolket bestemmelsen dit hen at oppdragsgiver ikke kunne nøye seg med å henvise til merkeordningen, men at den faktisk måtte angi de spesifikke kravene som merkeordningen stilte i kravspesifikasjonene. Med 2014-direktivet kan det nå henvises til merkeordningen som sådan, så lenge vilkårene omtalt over er oppfylt.<sup>191</sup>

På samme måte som med standarder, vil ikke oppdragsgiver kunne utelukke et tilbud fordi det ikke er sertifisert etter nøyaktig den merkeordningen som er spesifisert i kravspesifikasjonen. Men der regelen for standarder er at et tilbud må aksepteres hvis det har de påkrevde funksjons- og ytelsesegenskapene, er utgangspunktet for merkeordninger at oppdragsgiver kan utelukke tilbud som *ikke* er sertifisert etter en merkeordning. Dette følger forutsetningsvis av FOA § 15-3 annet ledd bokstav a, der oppdragsgiver er forpliktet til å godta «*andre merkeordninger* som bekrefter at varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene oppfyller tilsvarende merkekrav».<sup>192</sup>

Dette utgangspunktet modifiseres imidlertid av bestemmelsen i bokstav b, som fastslår at oppdragsgiver må akseptere «annen dokumentasjon» hvis leverandøren ikke har anledning til å få leveransen sin sertifisert etter merkeordningen innen fristen «og dette ikke skyldes leverandøren selv».<sup>193</sup> Med mindre man innfortolker at noen merkeordninger er så innarbeidet i enkelte sektorer at leverandører bør forvente at merkeordningen vil bli benyttet, kan dette innebære at merkeordningenes funksjon som dokumentasjonskrav bortfaller for alle tilfeller der det å få sertifisert leveransen tar lenger tid enn anskaffelsens tilbudsfrist.<sup>194</sup>

---

<sup>190</sup> Direktiv 2004/18/EF Art 26 sjetted ledd.

<sup>191</sup> Arrowsmith (2018) s. 766.

<sup>192</sup> Min uthevelse.

<sup>193</sup> FOA § 15-3 annet ledd bokstav b.

<sup>194</sup> Arrowsmith (2018) s. 767.

Det er generelt stor usikkerhet rundt de rettslige rammene for å bruke merkeordninger som dokumentasjonskrav. Det kan anses som brudd på likebehandlingsprinsippet både å avvise et tilbud som ikke er sertifisert etter en merkeordning (fordi det oppfyller oppdragsgivers materielle behov) og *ikke* å avvise det samme tilbudet (fordi de andre leverandørene har oppfylt sertifiseringskravet). Oppdragsgiver risikerer dermed at tvister oppstår uansett hvordan den behandler innkomne tilbud. Denne usikkerheten rundt regelens innhold kan antas å medføre at oppdragsgivere velger å stille sine klimakrav på andre måter.<sup>195</sup>

Dette trenger likevel ikke være et hinder for å se hen til kravene som stilles i relevante merkeordninger for å velge rett ambisjonsnivå og formulering for sine klimakrav. Selv om oppdragsgiver ikke kan være sikker på at alle tilbud vil være sertifisert av nettopp den merkeordningen som den har tatt inspirasjon fra, vil det å *gjengi* kravene som merkeordningen stiller likevel utgjøre grunnlag for å avvise de tilbudene som materielt sett ikke oppfyller dem. Dermed kan oppdragsgiver være tryggere på at tilbudet som vinner konkurransen vil ha de klimaegenskapene som den har etterspurt.

### **3.2.5 Forhold som ikke gir utslag i leveransens materielle innhold**

Oppdragsgiver kan stille krav til «alle sider av og trinn i livssyklusen» til leveransens innsatsfaktorer.<sup>196</sup> Dette gjelder også om de ikke gir utslag i leveransens materielle innhold, og dermed ikke har direkte virkning for oppdragsgiver. At det som leveres er et lavkarbonprodukt vil ofte ikke ha materiell virkning for oppdragsgiver: CO<sub>2</sub>-fangst ved en sementfabrikk påvirker for eksempel ikke bæreevnen til betongen som sementen inngår i, og aluminium produsert ved hjelp av strøm fra vannkraft er like lett og slitesterkt som aluminium produsert med strøm fra fossil energi. Dette gjør denne regelen ekstra viktig for oppdragsgivere som vil stille denne typen klimakrav.

---

<sup>195</sup> Ibid. s. 768.

<sup>196</sup> FOA § 15-1 annet ledd annet punktum.

Bestemmelsen er ny med 2014-direktivet, og har blitt tolket som en kodifisering av uttalelser i *Max Havelaar*,<sup>197</sup> hvor EU-domstolen fastslo at det å stille krav om at produkter var produsert eller anskaffet på en rettferdig<sup>198</sup> eller miljøvennlig<sup>199</sup> måte ikke var i strid med det daværende anskaffelsesdirektivet. EU-domstolens uttalelser om rettferdig produksjon gikk imidlertid ut på at et slikt krav ikke var en kravspesifikasjon, men et kontraktsvilkår (dansk: «Betingelser vedrørende kontraktens utførelse», gjennomført i norsk rett i FOA kapittel 19),<sup>200</sup> og drøftelsen om miljøvennlige produkter knyttet seg til henvisning til en merkeordning.<sup>201</sup> I tillegg ble det fastslått at *tildelingskriterier* som ikke hadde materiell virkning for oppdragsgiver hadde tilstrekkelig tilknytning til kontrakten.<sup>202</sup> Det stemmer altså at *Max Havelaar* åpnet for at oppdragsgiver kunne stille sosiale krav og legge vekt på miljøkriterier som ikke gjorde materielle utslag i leveransen, men siden disse uttalelsene knyttet seg til henholdsvis kontraktsvilkår og tildelingskriterier, er det ikke helt presist å si at den nye bestemmelsen om kravspesifikasjoner kodifiserer domstolens uttalelser i saken.

I forskriften omtales dette materielle innholdet i leveransen (engelsk: «material substance», dansk: «materielle indhold») som «egenskaper», selv om «egenskaper» (engelsk: «characteristics») allerede er brukt i første ledd for å forklare hva kravspesifikasjoner skal angi.

Dette er egnet til å forvirre, siden man da i praksis sier at tekniske spesifikasjoner ikke trenger å beskrive egenskapene til leveransen, selv om det er dette som etter definisjonen i første ledd gjøres til tekniske spesifikasjoner. Som nevnt over følger det av EU-domstolens uttalelser i *Max Havelaar* at krav til gjennomføringen av kontrakten som ikke beskriver leveransens egenskaper skal defineres som «kontraktsvilkår», som reguleres av direktivets art

---

<sup>197</sup> Se f.eks Goller (2017) s. 150.

<sup>198</sup> Sak C-368/10 Kommisjonen mot Nederland, premiss 76.

<sup>199</sup> Premiss 95.

<sup>200</sup> Premiss 75, se også Arrowsmith (2018) s. 589.

<sup>201</sup> Premiss 61 flg.

<sup>202</sup> Premiss 92.

70 flg. og FOA kap. 19. For at bestemmelsen i forskriften skal gi mening, må «egenskaper» tolkes i lys av forskriften, så det får betydningen «karakteristika» i første ledd og «materielle innhold» i annet ledd.

Å åpne opp for å stille krav som ikke gir utslag i det som materielt sett skal leveres, ga oppdragsgiver nye muligheter til å innskrenke konkurransen om en kontrakt. Som jeg kommer tilbake til i punkt 3.3.2, er slike krav derfor gjenstand for en strengere rettslig prøving enn krav som gir materielt utslag i det oppdragsgiver får levert.

### **3.3 Krav til kravspesifikasjonene**

Oppdragsgivers frihet til å bestemme innholdet i og utformingen av kravspesifikasjonene begrenses i hovedsak av hensynene til konkurranse, likebehandling og forholdsmessighet. Dette har kommet til uttrykk i to ulike regler. Den første gjelder hvor mye de materielle kravene som oppdragsgiver stiller til leveransen kan begrense konkurransen før det anses som et uforholdsmessig inngrep. Den andre knytter seg til hvordan kravspesifikasjonene formuleres, og forbyr formuleringer som skaper fordeler eller ulemper for bestemte aktører eller produkter når dette ikke er nødvendig. Disse to reglene behandles i punktene 3.3.2 og 3.3.3.

I tillegg til disse reglene, inneholder det nye regelverket et krav om at kravspesifikasjonene må ha tilstrekkelig tilknytning til leveransen. I punkt 3.3.1 diskuterer jeg hva dette kravet innebærer, hvordan direktivets regel er gjennomført i forskriften og om det har selvstendig betydning for kravspesifikasjonene. I punkt 3.3.4 vil jeg til slutt gjøre en oppsummering av kravene som gjelder for kravspesifikasjonene.

#### **3.3.1 Tilknytning til leveransen**

Både direktivet og forskriften stiller krav om at kravspesifikasjoner må ha «tilknytning til leveransen».<sup>203</sup> På dansk brukes begrepet «kontraktens

---

<sup>203</sup> Direktiv 2014/24/EU art 42, første ledd, andre avsnitt og FOA § 15-1 annet ledd.

genstand» om «leveransen», og på engelsk «the subject-matter of the contract», som ganske enkelt kan oversettes til «kontraktsgjenstanden».<sup>204</sup> Kravene som stilles må altså være forbundet med det kontrakten dreier seg om, og ikke gjelde andre forhold.

Kravspesifikasjoner som gir utslag i leveransens materielle innhold vil også definere kontraktsgjenstanden, fordi kravspesifikasjonenes funksjon nettopp er å beskrive hva oppdragsgiver ønsker å anskaffe. Disse må derfor per definisjon anses å ha tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden. Hvis kravet om tilknytning til kontrakten i det hele tatt er relevant for kravspesifikasjoner, må det derfor være for kravspesifikasjoner som ikke gir utslag i leveransens materielle innhold.

At det er dette som er meningen, følger også tydelig av direktivets ordlyd:

«I de tekniske spesifikasjoner fastsættes de egenskaber (engelsk: «characteristics»), som kræves [...] Disse karakteristika (engelsk: «characteristics») kan også vedrøre [...], også selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af deres materielle indhold, *forudsat* at de er forbundet med kontraktens genstand og svarer til kontraktens værdi og mål.»<sup>205</sup>

Det er altså bare når det henvises til innsatsfaktorer eller andre forhold i livssyklusen til leveransen som *ikke utgjør en del av dens materielle innhold* at direktivet stiller krav om tilknytning til kontraktsgjenstanden og forholdsmessighet til kontraktens verdi og mål.

I forskriften har departementet snudd på setningen, slik at det gis inntrykk av at *alle kravspesifikasjoner* må oppfylle disse vilkårene for å stilles:

«(1) Kravspesifikasjonene skal angi *kravene* som stilles til egenskapene [...] (2) *Kravene* skal ha tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi. De kan vise til [...]. Dette gjelder *også* når slike faktorer ikke påvirker varenes, tjenestenes eller bygge- og anleggsarbeidenes egenskaper»<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> Craig (1999), s. 131. Den forrige forskriften brukte også «kontraktsgjenstanden» flere steder der «leveransen» nå brukes. Se f.eks FOA (2006) § 22-2 annet ledd, sammenlignet med FOA § 18-1 fjerde ledd. Endringen er ikke kommentert i departementets høringsnotat.

<sup>205</sup> Min uthevelse.

<sup>206</sup> Mine uthevelser.

Siden det er formålsløst å stille krav om at spesifikasjoner som definerer kontraktsgjenstanden skal ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, får forskjellen i ordlyd ikke betydning for akkurat dette kravet. Men som jeg kommer tilbake til i neste punkt, bidrar endringen likevel til å skape mer uklarhet når det gjelder kravet om forholdsmessighet.

Kravet om tilknytning til kontrakten for kravspesifikasjoner er nytt med 2014-direktivet, og kan sees i sammenheng med utviklingen som har gitt oppdragsgivere anledning til å stille krav som ikke gir materielt utslag i leveransen. I 2004-direktivet gjaldt tilknytningskravet bare for tildelingskriteriene.<sup>207</sup> Ved siden av kravspesifikasjonene, er det nå også gjort gjeldende for blant annet kvalifikasjonskrav<sup>208</sup> og kontraktsvilkår.<sup>209</sup> Siden det ikke foreligger praksis knyttet til kravspesifikasjonenes tilknytning til kontraktsgjenstanden, kan det være nyttig å se hen til eksempler fra rettspraksis som knytter seg til de øvrige bestemmelsene i regelverket der kravet er gjort gjeldende.

I *Wienstrom*<sup>210</sup> hadde en østerriksk region i en anskaffelse av strøm stilt krav om en viss andel strøm fra fornybare kilder og utformet et tildelingskriterium som la 45% vekt på hvor mye strøm fra fornybare kilder tilbyderen på generelt grunnlag kunne tilby, uten at det begrenset seg til oppdragsgivers eget behov. Kravspesifikasjonen ble ikke problematisert for domstolen, men dens uttalelser om tildelingskriteriet er likevel egnet til å vise hva kravet om tilknytning til leveransen innebærer.

EU-domstolen fant at kriterier som la vekt på tilbydernes generelle virksomhet uten å knytte det til kontrakten med oppdragsgiveren, ikke ville ha tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden, fordi det ville legge vekt på hvilken økonomisk aktivitet tilbyderne hadde ved siden av kontrakten med oppdragsgiver.<sup>211</sup> Det kunne også virke konkurransevridende, fordi større energileverandører kunne få større uttelling på

---

<sup>207</sup> Direktiv 2004/18/EF artikkel 53 første ledd bokstav a.

<sup>208</sup> FOA § 16-1 første ledd.

<sup>209</sup> FOA § 19-1 første ledd.

<sup>210</sup> Sak C-448/01 EVN AG og Wienstrom GmbH mot Østerrike.

<sup>211</sup> Premiss 68.

kriteriet.<sup>212</sup> Et tildelingskriterium som la vekt på hvor stor andel fornybar strøm som kunne leveres til oppdragsgiver selv, ville imidlertid ha tilstrekkelig tilknytning.<sup>213</sup>

Tildelingskriteriet som ble underkjent av EU-domstolen på grunn av manglende tilknytning til kontrakten ville ikke være mulig å oversette til en kravspesifikasjon. Et absolutt krav om at tilbydere skal levere en bestemt mengde strøm fra fornybar energi, herunder til *andre enn oppdragsgiver selv*, beskriver ikke leveransens egenskaper, og faller dermed ikke innunder definisjonen av kravspesifikasjoner. Avhengig av hvordan det ble formulert – og uten at det dermed er sagt at det ville overholdt kravet om tilknytning til kontrakten – kunne det enten blitt utformet som et kvalifikasjonskrav (der kun tilbydere som hadde evnen til å levere en slik mengde strøm fikk anledning til å levere tilbud i konkurransen)<sup>214</sup> eller et kontraktsvilkår (der tilbyderen som vant kontrakten forpliktet seg til å levere fornybar energi i et visst omfang til andre enn oppdragsgiver i kontraktsperioden).<sup>215</sup>

Det er i det hele tatt vanskelig å se for seg hvilke krav som kan beskrive leveransens egenskaper uten å ha tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden, og det er derfor mye som taler for at kravet ikke er nødvendig for kravspesifikasjonene. Som jeg kommer tilbake til under, underbygger legaldefinisjonen av hva som er tilstrekkelig tilknytning for tildelingskriteriene denne konklusjonen. Å stille klimakrav knyttet til for eksempel produksjon, transport eller håndtering av et produkt etter endt levetid vil trolig uansett ha tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden. Derfor er det ikke nødvendig innenfor rammene av denne artikkelen å trekke en endelig konklusjon om hvorvidt kravet om tilknytning alltid vil være overflødig.

---

<sup>212</sup> Premiss 69.

<sup>213</sup> Premiss 72.

<sup>214</sup> Se FOA kap 16.

<sup>215</sup> FOA kap 19.

### 3.3.2 Inngrep i konkurransen og likebehandling

#### 3.3.2.1 Innledning

Den viktigste materielle begrensningen i oppdragsgivers frihet til å fastsette innholdet i kravspesifikasjonene ligger i hensynet til konkurranse og likebehandling av tilbyderne. Likebehandling og konkurranse er grunnleggende prinsipper i anskaffelsesretten, som både anskaffelsesdirektivet og anskaffelsesloven pålegger oppdragsgivere å ta hensyn til i sin oppreden.<sup>216</sup> I direktivet står det også eksplisitt at kravspesifikasjonene skal gi «de økonomiske operatører mulighet for like adgang til udbudsproceduren» og at de ikke skal «bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at offentlige udbud åbnes for konkurrence».<sup>217</sup>

Forskriften har ikke gjennomført denne reglen direkte. Men som sitert over, stiller forskriften, i motsetning til direktivet, et eksplisitt krav om at alle kravspesifikasjoner (og ikke bare de som ikke gir materielt utslag i leveransen) «skal stå i forhold til anskaffelsens verdi og formål». Hvis man tolker «ubegrunnet» i direktivet som «uten legitim grunn» (og det er det grunn til å gjøre, den engelske teksten bruker «unjustified», som oversettes til «uberettiget»<sup>218</sup>), kan man argumentere for at det kan trekkes en linje mellom krav som står i forhold til kontraktens verdi og formål på den ene siden, og krav som utgjør en ubegrunnet hindring for konkurransen på den andre. Likebehandlingsregelen kan ikke innfortolkes i FOA § 15-1 like enkelt, men det er nok uansett ganske klart at kravene også implisitt følger av bestemmelsen i LOA § 4 om at oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med de «grunnleggende prinsippene» om likebehandling og konkurranse. Departementet har likevel åpnet for tvil ved ikke å gjengi bestemmelsen ordrett, særlig med tanke på at vilkåret om forholdsmessighet brukes i en annen sammenheng (om kravspesifikasjoner som ikke gir utslag i leveransens materielle innhold) i direktivets bestemmelse.

I dette kapitlet vil det først redegjøres nærmere for innholdet i prinsippene om konkurranse og likebehandling. Deretter drøfter jeg hvilke

---

<sup>216</sup> Direktiv 2014/24/EU artikkel 18 første ledd og LOA § 4.

<sup>217</sup> Direktiv 2014/24/EU artikkel 42 annet ledd.

<sup>218</sup> Henriksen (2001) s. 1126.



begrensninger som ligger i kravet om at kravspesifikasjonene ikke kan utgjøre et uforholdsmessig inngrep i konkurransen.

### 3.3.2.2 Prinsippenes innhold og bakgrunn

Prinsippene om konkurranse og likebehandling stiller lignende krav til oppdragsgivers adferd, men sett fra to ulike vinkler. Konkurransesprinsippet inntar et systemperspektiv for å begrunne hvorfor innskrenkninger i konkurransen ikke burde skje, mens likebehandlingsprinsippet taler for det samme fra perspektivet til den enkelte tilbyder.

Denne forskjellen i perspektiv kan gi utslag i forskjellige terskler for hvilket inngrep i konkurransen som tillates. For å illustrere dette er det nødvendig å vise prinsippenes sammenheng med de grunnleggende hensynene bak anskaffelsesregelverket.

Prinsippet om likebehandling ble først formulert av EU-domstolen i *Storebælt*,<sup>219</sup> som gjaldt utbyggingen av broforbindelse mellom Fyn og Sprogø. I konkurransegrunnlaget for anskaffelsen hadde oppdragsgiver inntatt en klausul om at tilbyderne var forpliktet til «i størst mulig omfang at anvende danske materialer og forbrugsgods, dansk arbeidskraft og materiel».<sup>220</sup> Under saken for EU-domstolen var det enighet mellom partene om at dette kravet utgjorde brudd på traktatens regler om fri bevegelse.<sup>221</sup> Domstolen gikk imidlertid lenger enn dette, og konstaterte at kravene utgjorde et brudd på prinsippet om likebehandling av tilbyderne. Selv om det ikke kom til uttrykk i det dagjeldende direktivet, uttaler domstolen at likebehandlingsprinsippet «følger af selve hovedformålet med direktivet», som er å utvikle en effektiv konkurranse om offentlige kontrakter.<sup>222</sup>

Likebehandlingsprinsippet slik det først ble formulert av EU-domstolen var altså et prinsipp om *lik tilgang* til konkurransen om offentlige kontrakter, begrunnet i reglene om fri bevegelse. I senere saker har EU-domstolen klargjort at kravet til likebehandling gjelder *alle* tilbydere, og ikke bare

---

<sup>219</sup> Sak C-243/89 Kommisjonen mot Danmark.

<sup>220</sup> Premiss 4.

<sup>221</sup> Premiss 23.

<sup>222</sup> Premiss 33.

mellom tilbydere fra ulike land.<sup>223</sup> Det er likevel klart at krav som direkte eller indirekte diskriminerer på bakgrunn av nasjonalitet også vil være i strid med likebehandlingsprinsippet. Departementet har lagt til grunn at prinsippet om likebehandling i LOA § 4 omfatter både det anskaffelsesrettslige prinsippet om likebehandling og det generelle EØS-rettslige prinsippet om ikke-diskriminering slik det er uttalt i EØS-avtalen artikkel 4.<sup>224</sup>

En tilfredsstillende konkurranse om offentlige kontrakter kan, som EU-domstolen legger til grunn i *Storebælt*, være nødvendig for å sikre likebehandling av tilbydere. Men konkurranse blir også trukket frem som et selvstendig, overordnet mål med anskaffelsesregelverket, basert på målsettingen om effektiv bruk av offentlige midler. Konkurranse har tradisjonelt vært ansett som den beste måten å sikre at det offentlige får mest igjen for pengene sine,<sup>225</sup> og som nevnt i punkt 2.2.3, var det derfor synet til flertallet i forenklingsutvalget at konkurranse burde være et selvstendig overordnet formål for det norske anskaffelsesregelverket.<sup>226</sup>

Selv om departementet nøyde seg med å la dette formålet komme til uttrykk gjennom konkurranse som anskaffelsesrettslig prinsipp i LOA § 4, viser dette at målet om konkurranse har to selvstendige begrunnelser. Den ene er en EØS-rettslig side, begrunnet i prinsippet om likebehandling og reglene om fri bevegelighet. Den andre er internrettslig, og knytter seg til hensynet til effektiv bruk av offentlige midler.

En grunnleggende forskjell mellom disse er at tilbydernes krav på likebehandling bare innebærer at *sammenlignbare* tilbydere skal behandles likt.<sup>227</sup> Man kan dermed se for seg situasjoner hvor oppdragsgiver stiller svært konkurransebegrensende krav uten at tilbyderne forskjellsbehandles på en ulovlig måte. Terskelen for hva som utgjør et for stort inngrep i konkurransen fra perspektivet til effektiv bruk av offentlige midler kan derfor tenkes å være lavere i disse tilfellene.

---

<sup>223</sup> Arrowsmith (2014) s. 614.

<sup>224</sup> Prop. 51 L (2015–2016) s. 82.

<sup>225</sup> Sanchez Graells (2015) s. 105.

<sup>226</sup> NOU 2014:4 s. 70.

<sup>227</sup> I denne retning forslag til avgjørelse fra generaladvokat Mischo i sak C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy AB mot mot Helsingfors kaupunki og HKL-Bussiliikenne*, premiss 149 flg. Se også Arrowsmith (2014) s. 615 flg.

I motsatt retning kan man se for seg tilfeller der en anskaffelse legger til rette for en sunn konkurranse fra et økonomisk perspektiv, men hvor konkurransen bevisst er utformet på en måte som gir enkelte leverandører en fordel. I disse tilfellene vil konkurransen kunne anses som uforholdsmessig innsnevret, selv om oppdragsgiver skulle få verdi for pengene.

Når man skal vurdere om et klimakrav i en kravspesifikasjon utgjør et uforholdsmessig inngrep i konkurransen, kan det være verdt å ha dette skillet i mente. I det videre vil jeg først drøfte hvor store inngrep i konkurransen som kan tåles fra et likebehandlingsperspektiv. Deretter vurderes hvorvidt terskelen er en annen når vurderingstemaet er konkurranse for å oppnå effektiv bruk av offentlige midler.

### **3.3.2.3 Uforholdsmessige inngrep i konkurransen – likebehandlingsperspektivet**

Som nevnt over, er utgangspunktet at oppdragsgiver har stor frihet til å bestemme *hva* som skal anskaffes. Anskaffelsesdirektivets viktigste virkemidler for å sikre tilbydere likeverdig tilgang til offentlige kontrakter er de detaljerte reglene for *hvordan* oppdragsgiver skal gå frem ved utlysning og gjennomføring av anbud, fordi uklare eller urettferdige prosedyrer enklere kan skjule at det egentlig er gjort valg som gir urettmessige fordeler til bestemte tilbydere eller produkter.<sup>228</sup> Men antallet potensielle tilbydere som kan konkurrere om en kontrakt vil også reduseres i takt med at kravspesifikasjonene blir strengere, og detaljerte kravspesifikasjoner kan lett brukes for å skjule at man ønsker å tilgodese en enkelt tilbyder. Derfor kan ikke regelverket helt overlate avgjørelsen om hva som skal kjøpes til oppdragsgiver alene.

Direktivets forbud mot uberettigede konkurransehindringer innebærer etter sin ordlyd at oppdragsgivers valg av kravspesifikasjoner må stå i forhold til den begrensningen de utgjør i konkurransen. Det fremgår av fortalen at kravspesifikasjonene bør utformes sånn at det er mulig å avgi tilbud som avspeiler de ulike løsningene som finnes på markedet, og at «kunstig innsnævring af konkurrence undgås».<sup>229</sup> Som et eksempel på en

---

<sup>228</sup> Arrowsmith (2014) s. 155.

<sup>229</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen premiss 74.

uønsket kunstig innsnevring av konkurransen, trekker den frem tilfellene hvor kravspesifikasjonene tilpasses egenskapene til det en bestemt leverandør kan levere. Det kan ikke utledes rettigheter eller plikter direkte fra fortalen,<sup>230</sup> men plikten til å unngå kunstig innsnevring av konkurransen følger også av artikkel 18 første ledd. Eksemplet i fortalen kan dermed tjene som tolkningsmoment når regelen i artikkel 18 skal fortolkes.

Det er verdt å merke seg bruken av ordet «kunstigt» (engelsk: «artificial»). Det utgjør en presisering av hvilke typer innsnevring av konkurransen som er forbudt, og antyder at en «naturlig» innsnevring av konkurransen er tillatt. Man kan se dette i sammenheng med oppdragsgivers frihet til å bestemme hva den vil kjøpe: Der oppdragsgiver har et *behov* som bare kan oppfylles av et begrenset utvalg markedsaktører, er det større grunn til å tillate konkurransebegrensningen enn der koblingen til behovet er svakere. Behovet vil også utgjøre en saklig grunn til å forskjellsbehandle tilbyderne, slik at man egentlig ikke står overfor et brudd på likebehandlingsprinsippet.

EU-domstolens praksis støtter opp om denne tolkningen. I *Grupo Hospitalario Quirón*<sup>231</sup> hadde en bykommune stilt krav om at leverandører av sykehustjenester til innbyggerne i byen og en nabokommune måtte levere tjenestene fra en klinikk innenfor byens grenser. Klager i saken var et sykehus som lå i en nabokommune, men som oppfylte andre krav om nærhet og tilgjengelighet. Domstolen kom til at likebehandlingskravet<sup>232</sup> var til hinder for å utelukke sykehuset fra konkurransen fordi det ikke lå innenfor bygrensen. Særlig siden flere av sykehusets fremtidige pasienter heller ikke ville komme derfra.<sup>233</sup> Domstolen valgte likebehandlingsperspektivet som inngangsvinkel, men som beskrevet over er de to perspektivene tett knyttet sammen. Det samme kunne også vært uttrykt fra et konkurranseperspektiv: Kommunens behov – tilgjengelighet

---

<sup>230</sup> Dragsten (2013) s. 56.

<sup>231</sup> Sak C-552/13 Grupo Hospitalario Quirón SA mot Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco og Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad.

<sup>232</sup> Som uttrykt gjennom artikkel 23 annet ledd i Direktiv 2004/18/EF, Tilsvarende artikkel 42 annet ledd i 2014-direktivet.

<sup>233</sup> Sak C-552/13 Grupo Hospitalario Quirón SA mot Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco og Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de Caridad, premiss 28 flg

for pasientene – var ikke en nødvendig forutsetning for kravet slik det ble uttrykt i spesifikasjonen, og dette utgjorde en kunstig innsnevring av konkurransen.

Terskelen for når konkurransen anses å være kunstig innsnevret trenger ikke være konstant på tvers av livsområder. *Roche Lietuva*<sup>234</sup> gjaldt en poliklinikk som ble innklaget av en tilbyder fordi den angivelig hadde fastsatt kravspesifikasjonene for en blodprøveanalysemaskin så spesifikt at det i realiteten var et forsøk på å tilpasse kravspesifikasjonene til egenskapene til det bestemte produsenter kunne tilby. Det ville i så fall være snakk om en praksis som ligger i kjernen av det fortalen anser som kunstig innsnevring av konkurransen. Dermed fikk domstolen anledning til å drøfte hvor spesifisert en kravspesifikasjon kan være. Den presiserer at den konkrete subsumsjonen ligger hos den nasjonale domstolen, og gir dermed ingen konklusjon,<sup>235</sup> men viser til at når begrunnelsen for de strenge kravspesifikasjonene var menneskers liv og helse, trakk dette sterkt i retning av at oppdragsgiver burde ha stor skjønnsmargin.<sup>236</sup>

Fra disse dommene kan det utledes at EU-domstolen er tilbakeholden med å overprøve hva som er oppdragsgivers reelle behov. Hvorvidt kravspesifikasjonene er en nødvendig følge av behovet, lar seg imidlertid overprøve. Oppdragsgivers skjønnsmargin om dette spørsmålet vil imidlertid variere, blant annet ut fra livsområde.

#### **3.3.2.4 Forhold som ikke gir materielt utslag for oppdragsgiver**

Når kravene som stilles er begrunnet i andre hensyn enn oppdragsgivers materielle behov, må vurderingen bli annerledes, fordi behovet ikke lenger kan utgjøre den legitime årsaken til konkurransebegrensningen. Krav om miljøegenskaper, eller for eksempel rettferdig behandling av arbeidskraft, har som nevnt tidligere blitt sett på med stor skepsis, fordi de lett kan brukes til å fordreie konkurransen til fordel for bestemte ( gjerne innenlandske) aktører.<sup>237</sup> I dagens regelverk er det klart at slike

---

<sup>234</sup> Sak C-413/17 «Roche Lietuva» UAB mot VšĮ Kauno Dainavos poliklinika.

<sup>235</sup> Premiss 45.

<sup>236</sup> Premiss 42.

<sup>237</sup> Andhov (2019) s. 118.

krav er tillatt, til og med ønskelige,<sup>238</sup> men innvendingen om at slike krav kan brukes til å fordreie konkurransen er fortsatt gyldig. Spørsmålet blir derfor hvordan terskelen for når slike krav utgjør en «kunstig» innskrenkning av konkurransen skal fastsettes.

Verken EU-domstolen eller KOFA har ennå hatt dette spørsmålet oppe til vurdering når det gjelder kravspesifikasjoner. For tildelingskriterienes del kan tidligere nevnte *Concordia* og *Wienstrom* tjene som gode eksempler på at EU-domstolen går langt i å tillate belønning av oppfyllelsen av relativt strenge miljøkrav, men disse gir ikke nødvendigvis god veiledning for den konkrete terskelen for kravspesifikasjonene. Virkningen av et strengt tildelingskriterium er vesensforskjellig fra en streng kravspesifikasjon: En tilbyder som ikke kan få uttelling fra ett av tildelingskriteriene, kan ofte likevel konkurrere på andre områder, og til og med vinne kontrakten. En potensiell tilbyder som ikke kan oppfylle kravspesifikasjonen, utelukkes fra å konkurrere overhodet.

Albert Sanchez Graells har foreslått en fremgangsmåte for å fastsette når en konkurransebegrensning må anses som kunstig, med utgangspunkt i EU-domstolens praksis knyttet til oppdeling av kontrakter for å unndra anskaffelser fra direktivets virkeområde. I slike saker vurderes det først om de ulike kontraktene objektivt sett er så nære hverandre i tid og kontraktsgjenstand at de egentlig knytter seg til samme anskaffelse. Deretter vurderes om oppdragsgiver hadde en tilstrekkelig god grunn til å foreta oppdelingen.<sup>239</sup>

Sanchez Graells foreslår en tilsvarende vurdering for om krav som begrenser konkurransen er uforholdsmessige. Etter hans syn er premissjonen at innskrenkingen som slike krav fører til er kunstig, og at oppdragsgiveren derfor bør ha bevisbyrden for at begrunnelsen for konkurransebegrensningen er objektiv, legitim og forholdsmessig. Han mener testen bør være om en «reasonable and disinterested contracting authority in an impartial position» hadde stilt tilsvarende miljøkrav.<sup>240</sup> Mot denne fremgangsmåten kan det innvendes at den egentlig ikke bringer spørsmå-

---

<sup>238</sup> Se f.eks LOA § 5 og FOA § 7-9.

<sup>239</sup> Sanchez Graells (2019) s. 89.

<sup>240</sup> Ibid. (2019) s. 90.

let videre: Fra å lure på hvor terskelen for kunstig innskrenkning ligger, blir spørsmålet nå hvor terskelen for at en innskrenkning *ikke* skal anses kunstig ligger i stedet. Å spørre hva en «reasonable and disinterested» oppdragsgiver ville gjort bringer oss egentlig heller ikke noe nærmere et svar på hvor terskelen skal settes.

Den beste løsningen for denne typen krav er trolig å bevege seg bort fra spørsmålet om innskrenkningen av konkurransen er «kunstig», og heller se hen til den generelle forholdsmessighetsvurderingen som direktivet gir anvisning på, når det krever at kravspesifikasjoner som ikke gir utslag i konkurransen «svarer til kontraktens verdi og mål».<sup>241</sup> Dette vil også svare til forskriftens krav om at kravspesifikasjoner generelt skal stå i forhold til kontraktens formål og verdi.<sup>242</sup>

### 3.3.2.5 Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen når det stilles klimakrav

Forholdsmessighet er et generelt prinsipp i anskaffelsesretten som lenge har vært anvendt av EU-domstolen. Etter 2014-direktivet har det nå også blitt direktiv- og lovfestet som et krav til oppdragsgivers opptreden.<sup>243</sup> Prinsippet står i en særstilling blant de grunnleggende EU-rettslige prinsippene, fordi forholdsmessighet i motsetning til for eksempel likebehandling eller konkurranse ikke definerer en verdi som skal beskyttes.<sup>244</sup> Forholdsmessighetsvurderingen kan kanskje heller sees på som et verktøy som kan anvendes for å finne riktig løsning når flere legitime hensyn står mot hverandre. Dette verktøyet består av tre separate vurderinger. Først vurderes om handlingen som er foretatt er egnet for å oppnå målet som begrunner den. Deretter om den er nødvendig for å oppnå målet. Til slutt kommer forholdsmessighetsvurderingen i streng forstand, nemlig spørsmålet om inngrepet som handlingen representerer står i et rimelig forhold til det det søker å oppnå.<sup>245</sup>

---

<sup>241</sup> Direktiv 2014/24/EU artikkel 42 første ledd annet avsnitt.

<sup>242</sup> FOA § 15-1 annet ledd.

<sup>243</sup> Direktiv 2014/24/EU artikkel 18, LOA § 4.

<sup>244</sup> Fenger (2015) s. 74.

<sup>245</sup> Ibid. s. 49.

*Egnethetsvurderingen* er det grunnleggende inngangsvilkåret: For å foreta en avveining mellom den vernede interessen og formålet med inngrepet, må inngrepet være egnet til å oppnå det som det søker å oppnå. Hvis det ikke er det, kan det heller ikke være forholdsmessig. De fleste krav som knytter seg til lavere klimagassutslipp fra innsatsfaktorer i en leveranse vil dermed bestå egnethetstesten hvis de *faktisk* har til formål å redusere klimagassutslipp.

*Nødvendighetsvurderingen* innebærer at myndighetene skal velge det minst inngripende virkemidlet som oppnår målet de har satt seg.<sup>246</sup> Dette vurderingstemaet kan virke kunstig når det anvendes på klimakrav i kravspesifikasjoner. En offentlig oppdragsgiver vil jo stort sett alltid kunne kutte karbonfotavtrykket sitt på en måte som ikke begrenser konkurransen i den aktuelle anskaffelsen, enten ved å heller stille klimakrav i andre anskaffelser eller ved å la være å bruke anskaffelsesverktøyet for å kutte utslipp. Men dette vil være å tolke nødvendighetsvurderingen for bredt. Siden bærekraftige anskaffelser er et selvstendig formål som er anerkjent av direktivet<sup>247</sup> og miljøkrav og bærekraftig utvikling er traktatfestet som overordnede målsetninger for EUs virksomhet,<sup>248</sup> må det aktuelle spørsmålet være om oppdragsgiver har mindre inngripende virkemidler for å redusere karbonfotavtrykket til den konkrete anskaffelsen i en tilsvarende grad.

Kravet om *rimelig forhold mellom resultat og målsetting* – forholdsmessighetsvurderingens tredje ledd – skiller seg fra de to andre fordi den i mye større grad innebærer en overføring av det som ellers ville vært et faglig eller politisk skjønn til domstolene.<sup>249</sup> Forutsetningen for å komme inn på denne vurderingen er jo at domstolen allerede har funnet at tiltaket er egnet til å oppnå det fastsatte målet og at det ikke finnes mindre inngripende tiltak som kunne vært benyttet i stedet. Å komme til at tiltaket likevel er uforholdsmessig innebærer derfor i realiteten å frata det offentlige muligheten til å oppnå målet det har satt seg for

---

<sup>246</sup> Ibid. s. 58.

<sup>247</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen premiss 91.

<sup>248</sup> TEUV artikkel 11.

<sup>249</sup> Fenger (2015) s. 65.



tiltaket. Derfor er domstolens valg av prøvingsintensitet på dette punktet av stor betydning for europeiske myndigheters mulighet til å drive effektiv forvaltning og til å prioritere mellom ulike hensyn i samfunnet.

Antakelig vil EU-domstolens toleranse for innskrenkning av konkurransen begrunnet i klimahensyn være høy. Den aksepterte så tidlig som i 2001 at klimahensyn kunne begrunne markedshindringer,<sup>250</sup> og gjentok lignende argumentasjon i *Wienstrom*, der reduksjon av klimagasser ble trukket frem som viktig for å motvirke klimaendringer.<sup>251</sup> Under nødvendighetsvurderingen kan det nok likevel være et relevant moment om oppdragsgiver kunne oppnådd like gode klimaresultater ved å belønne tilbydere som oppfylte kravene i tildelingskriteriene. Det vil kunne tale for at kravene ikke bør tillates. Et saklig motargument mot dette fra oppdragsgivers side kan være at man overhodet ikke ønsker å anskaffe varer eller tjenester som ikke oppfyller de klimakravene som stilles i kravspesifikasjonen. Da er det ingen grunn til å åpne for at tilbydere som ikke kan levere på kravene skal konkurrere om å vinne kontrakten. Å motvirke klimaendringer er et spørsmål som EU-domstolen tidligere har omtalt som et spørsmål om menneskers liv og helse,<sup>252</sup> og som nevnt, er dette et område der domstolen overlater en større skjønnsmargin til oppdragsgivere.

### **3.3.2.6 Inngrep i konkurransen – hvorvidt nasjonale hensyn tilsier strengere krav**

Som vist over, er målet om konkurranse begrunnet i to ulike hensyn. Over har jeg diskutert hvilke skranker som settes av det EU-rettslige hensynet til et effektivt indre marked der aktører fra alle medlemsland har lik tilgang på offentlige kontrakter. I dette punktet stilles spørsmålet om det nasjonale hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser setter andre skranker for oppdragsgiver enn det som følger av likebehandlingshensynet.

---

<sup>250</sup> Sak C-379/98 PreussenElektra AG mot Schhlesweg AG, premiss 73.

<sup>251</sup> Sak C-448/01 EVN AG og Wienstrom GmbH mot Østerrike, premiss 40.

<sup>252</sup> Sak C-379/98 PreussenElektra AG mot Schhlesweg AG, premiss 75.

Som beskrevet i punkt 2.2.1, gir begrepet «effektiv bruk av samfunnets ressurser» i LOA § 1 anvisning på en bredere samfunnsøkonomisk vurdering. Hva som anses som god «verdi for pengene» kan derfor ikke reduseres til et snevert spørsmål om kostnader og nytteverdi for oppdragsgiver selv. Når fokuset flyttes fra den enkelte tilbyders rettigheter til det offentliges pengebruk, får også uttalelser fra både bevilgende myndigheter og andre overordnede myndigheter større betydning for å fastsette innholdet i effektivitetsbegrepet. Det kan derfor ha betydning om Stortinget og regjeringen har gitt uttrykk for at anskaffelsesverktøyet bør brukes til å fremme bestemte samfunnshensyn.

Det nasjonale fokuset på bekjempelse av klimaendringer er betydelig og tiltagende i styrke. Fra lovgivers side har dette kommet til uttrykk gjennom tydeligere formuleringer om statens miljøforpliktelser i Grl § 112 og en lovfesting av mål om utslippskutt for 2030 og 2050 i klimaloven.<sup>253</sup> Anskaffelsesverktøyets betydning har også blitt trukket frem gjennom plikten i LOA § 5 om å «fremme klimavennlige løsninger». Regjeringen har også ved flere anledninger trukket frem offentlige anskaffelser som et viktig verktøy for å redusere utslipp.<sup>254</sup>

For kravspesifikasjonene spesifikt, gir forskriften anvisning på en forholdsmessighetsvurdering for alle kravspesifikasjoner.<sup>255</sup> Selv om denne er en noe upresis gjennomføring av det EØS-rettslige kravet om at kravspesifikasjonene ikke skal utgjøre en kunstig begrensning av konkurransen, står den på egne ben når den nasjonale vurderingen om kravspesifikasjonen er uttrykk for effektiv bruk av samfunnets ressurser skal gjøres. Etter FOA § 15-1 annet ledd skal kravene «stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi». Dette betyr at terskelen for hvor strenge klimakrav som kan stilles må fastsettes konkret for den enkelte kontrakt. I kontrakter av større omfang og verdi må det dermed som utgangspunkt kunne tåles mer omfattende og nominelt sett mer fordyrende krav enn i mindre kontrakter. Siden effektivitet ikke bare knytter seg til oppdrags-

---

<sup>253</sup> Klimaloven §§ 3 og 4.

<sup>254</sup> Meld. St. 41 (2016–2017) s. 48 og Meld. St. 22 (2018–2019) s. 77 flg.

<sup>255</sup> FOA § 15-1 annet ledd.

givers pengebruk, vil det også kunne være forholdsmessig med strengere klimakrav der karbonfotavtrykket kan reduseres betydelig.

I mindre kontrakter, der potensialet for utslippskutt også er lite, vil en rettsanvender kunne komme til at strenge klimakrav som begrenser konkurransen, og dermed fordyrer kontrakten, er uforholdsmessige. Dette kan teoretisk sett også forekomme der forskjellsbehandlingen av tilbyderne er saklig begrunnet i forskjeller mellom dem, og konkurransen dermed ikke er uforholdsmessig innskrenket fra det EØS-rettslige perspektivet, som drøftet over. For en rettsanvender vil det likevel kunne fremstå som mer effektivt å gjøre én forholdsmessighetsvurdering i stedet for to. Ved å ta med seg hensynet til effektiv bruk av offentlige midler inn i den tredje vurderingen i forholdsmessighetsvurderingen (om det er et rimelig forhold mellom resultat og målsetning), kan den oppnå dette. Men de politiske spørsmålene om offentlig ressursbruk som reises ved vurderingen, tilsier at domstolene viser betydelig tilbakeholdenhet med å komme frem til at konkurransen er for innsnevret hvis prinsippet om likebehandling ikke er brutt.

En side til spørsmålet om inngrep i konkurransen som uansett bør tas i betraktning, er oppdragsgivers interesse i å få det den etterspør innenfor (de ofte ganske stramme) budsjetttrammene den er underlagt. Gitt at terskelen for hva som er en «kunstig» innsnevring av konkurransen er så høy som skissert i dette punktet, vil nok oppdragsgivers egne økonomiske forutsetninger derfor utgjøre den viktigste skranken for hvor strenge klimakrav det er ønskelig å stille. Det neste spørsmålet blir dermed hvordan slike krav kan formuleres uten at konkurransen begrenses ytterligere.

### **3.3.3 Konkurransenvidende henvisninger**

#### **3.3.3.1 Innledning**

Fremstillingen over har vist at konkurranse- og likebehandlingshensyn kan oppstille skranker for *hva* oppdragsgiver kan etterspørre. I dette punktet skal jeg se nærmere på kravene som de samme hensynene oppstiller for *hvordan* kravspesifikasjoner kan formuleres.

Et krav kan ofte formuleres på flere forskjellige måter. I noen tilfeller kan valget av en formulering begrense konkurransen, mens en annen formulering kunne gitt uttrykk for det samme kravet uten noen konkurransebegrensning. Henvises det for eksempel til en bestemt merkevare, kan det etterlate et inntrykk av at oppdragsgiver kommer til å gi en mer fordelaktig vurdering av tilbud som kan levere akkurat den merkevaren, også selv om oppdragsgiver har skrevet at den vil akseptere tilsvarende produkter. I slike tilfeller tilsier hensynet til konkurranse og likebehandling at formuleringen som begrenser konkurransen minst mulig velges.

Dette synet har kommet til uttrykk i forskriften gjennom et forbud mot å henvise til «bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer eller til en bestemt opprinnelse eller produksjon som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes».<sup>256</sup> Hovedregelen, formulert positivt, er altså at kravspesifikasjoner skal utformes på en produktneutrale måte.<sup>257</sup>

Noen ganger kan det imidlertid være helt legitimt å henvise på en måte som ellers ville blitt ansett som konkurransevridende. Derfor oppstiller forskriften to unntak fra forbudet, og tillater at oppdragsgivere likevel henviser på en konkurransevridende måte hvis det er «nødvendig ut fra anskaffelsens formål» eller hvis det ellers ikke er mulig å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist eller forståelig. For en oppdragsgiver som vil stille krav om bestemte lavkarbonprodukter i sine anskaffelser, vil det være av stor betydning om en slik henvisning faller innunder et av unntakene.

Når forskriftsteksten sammenlignes med den tilsvarende bestemmelsen i direktivet og forståelsen av den i europeisk anskaffelsesrett, reises det imidlertid spørsmål både om hvordan forbudet er å forstå, og hvorvidt det faktisk er snakk om to forskjellige unntak fra forbudet. I det følgende vil forbudet drøftes i punkt 3.3.3.2, før spørsmål knyttet til unntakene diskuteres i punkt 3.3.3.3 og 3.3.3.4.

---

<sup>256</sup> FOA § 15-1 fjerde ledd.

<sup>257</sup> FAD (2012).

### 3.3.3.2 Forbud – ett eller flere

I anskaffelsesforskriften er forbudet uttrykt som én regel, med en pliktside og en vilkårsside. Det er forbudt å gjøre en rekke ulike henvisninger, *hvis* det fører til favorisering eller utelukkelse av leverandører eller produkter. KOFA har uttalt om dette vilkåret at det skal nokså lite til for å konstatere at henvisningen har hatt en slik effekt.<sup>258</sup> Der oppdragsgiver bruker tildelingskriteriet «beste forhold mellom pris eller kostnad og kvalitet», har KOFA uttalt at terskelen for å konstatere innvirkning på konkurransen kan være enda lavere, fordi det er «lettere å se for seg at henvisning til et referanseprodukt har som virkning at visse produkter favoriseres på bekostning av andre».<sup>259</sup>

Mens forskriften oppstiller likestilte elementer i en liste, som alle er forbudt under forutsetning av at den samme virkningen inntreffer, er den tilsvarende bestemmelsen i den engelskspråklige versjonen av direktivet som følger:

«Unless justified by the subject-matter of the contract, technical specifications shall not refer to a specific make or source, or a particular process which characterises the products or services provided by a specific economic operator, or to trade marks, patents, types or a specific origin or production with the effect of favouring or eliminating certain undertakings or certain products.»<sup>260</sup>

Både den danske,<sup>261</sup> den svenske og den franske ordlyden er tilsvarende inndelt på en måte som gjør det nærliggende å tolke dem som at det er snakk om tre forskjellige regler:

1. Å vise til «a specific make or source» (dansk: «et bestemt fabrikkat, en bestemt oprindelse») er forbudt uavhengig av hvilken virkning det har

---

<sup>258</sup> KOFA sak 2012/73 (Scandec Systemer AS) premiss 23.

<sup>259</sup> KOFA sak 2016/47 (Betongarbeid AS).

<sup>260</sup> Direktiv 24/2014/EU art 42 fjerde ledd. Mine uthevinger.

<sup>261</sup> Med forbehold om at dansk tegnsætning gjør det utfordrende for en ikke-danske å gjøre en syntaktisk fortolkning av bestemmelsen.

2. Å vise til «a particular process» (dansk: «en bestemt fremstilling-sproces») er forbudt hvis det kjennetegner en spesifikk økonomisk aktør.
3. Å vise til det som ellers er opplistet er forbudt hvis det har som virkning at bestemte virksomheter eller varer favoriseres eller utelukkes.

Ordlyden er endret med 2014-direktivet. Det forrige direktivet gjorde ikke noe skille mellom «a specific make or source» og «a particular process»,<sup>262</sup> og i sitt opprinnelige forslag til nytt direktiv videreførte kommisjonen bestemmelsen uendret.<sup>263</sup> Tillegget om prosesser som kjennetegner en bestemt økonomisk aktør dukker først opp i et arbeidsdokument fra presidentskapet i Rådet, uten at dette ble begrunnet nærmere.<sup>264</sup>

Etter direktivets nye ordlyd ville en konkurransevridende henvisning til en prosess kunne tillates så lenge den ikke kjennetegnet en bestemt aktør. En prosess som er fritt tilgjengelig og som benyttes av et tilstrekkelig antall produsenter, vil derfor kunne oppfylle dette vilkåret. En slik tolkning gir også mening, sett i lys av resten av bestemmelsen om kravspesifikasjoner: I første ledd annet avsnitt er «en spesifikk proces» angitt som et av forholdene i leveransens livssyklus som spesifikasjonene kan henvise til. Hvis det bare kunne gjøres så lenge det ikke førte til konkurransevridning, ville det være formålsløst å henvise til prosessen.

Når dette er sagt, er det vanskelig å se hvordan det å tillate konkurransebegrensning i form av henvisning til bestemte prosesser lar seg kombinere med regelverkets formål om å la tilbydere finne de mest effektive valgene for å oppnå målsettingene som oppdragsgiver har satt for anskaffelsen. Når tillegget tilsynelatende kom uten nærmere begrunnelse, kan det være grunn til å ikke legge altfor stor vekt på ordlyden.

EU-domstolen har så langt bare behandlet én sak hvor bestemmelsen i sin nåværende form har blitt kommentert.<sup>265</sup> Den omtaler artikkel 42

---

<sup>262</sup> Direktiv 2004/18/EF artikkel 23 åttende ledd.

<sup>263</sup> COM(2011) 896 s. 75.

<sup>264</sup> ST 8765 2012 INIT s. 13.

<sup>265</sup> Sak C-413/17 «Roche Lietuva» UAB mot VšĮ Kauno Dainavos poliklinika, premiss 38.

fjerde ledd som en helhet, men den gjør heller ingen nærmere fortolkning av regelen, og foretar heller ingen subsumsjon. Det kan derfor ikke utledes noe konkret fra domstolens uttalelser om bestemmelsen.

Arrowsmith behandler også bestemmelsen uten å dele den opp, og ser tilsynelatende helt bort fra tillegget når hun skriver at «procuring entities may not insist that any product supplied is produced according to a particular process, even if the process is not protected by intellectual property rights».<sup>266</sup> Dette utsagnet er imidlertid en ordrett videreføring av en tilsvarende formulering i andreutgaven,<sup>267</sup> som knyttet seg til bestemmelsene i 1993-direktivene hvor det heller ikke ble skilt mellom merkevarer, opprinnelser eller prosesser.<sup>268</sup> Henvisning til forhold som ikke ga utslag i den materielle leveransen til oppdragsgiver var heller ikke regulert i 1993-direktivene eller 2004-direktivet. Det er derfor grunn til å se bort fra denne uttalelsen som et moment i vurderingen.

Hvor mange regler direktivet egentlig gir uttrykk for, er derfor uklart. Men hvis det forutsettes at artikkel 42 fjerde ledd inneholder tre separate forbud, innebærer ikke dette nødvendigvis at forskriftens ene forbud utgjør en mangelfull gjennomføring av direktivet. For den første av direktivets regler som ikke er gjennomført i forskriften, det absolutte forbudet mot «fabrikat eller oprindelse», inneholder forskriften et vilkår der direktivet ikke gjør det. Presumsjonsprinsippet tilsier at en rettsanvender derfor bør gå langt i å tolke vekk dette motstridende vilkåret. Det kan gjøres ved å legge til grunn at en henvisning til bestemte fabrikater eller opprinnelser vil ha effekten av å favorisere de tilbyderne som leverer det fabrikatet eller fra det opprinnelsesstedet. Gjør man det, vil regelen i praksis være den samme, fordi man ikke gjør en realitetsvurdering av om vilkåret er oppfylt.

For den andre regelen, om fremstillingsprosesser som kjennetegner en bestemt økonomisk aktør, stiller norsk rett egentlig et strengere vilkår enn direktivet. Forskriftens vilkår om favorisering eller eliminering av produkter eller aktører er også så ulikt direktivets vilkår at det er vanske-

---

<sup>266</sup> Arrowsmith (2018) s. 594.

<sup>267</sup> Arrowsmith (2005) s. 1130.

<sup>268</sup> Se f.eks Direktiv 1993/36/EØF artikkel 8 sjetted ledd.

lig å bortfortolke motstriden. Derfor er det nærliggende å konkludere med at det materielt sett gjelder en annen regel for henvisning til prosesser i norsk rett enn i EU-retten. Siden den norske regelen er et forbud som retter seg mot det offentlige, og så lenge en prosess som kjennetegner en bestemt aktør også gir den nevnte aktøren en fordel, går forskriften *lenger* enn direktivets regel i å beskytte tilbydernes adgang til å delta i konkurransen om offentlige kontrakter. Derfor er det ingenting som tilsier at gjennomføringen er mangelfull i EØS-rettslig forstand.

For oppdragsgivere som vil kreve bestemte lavkarbonprodukter i sine anskaffelser, kan den norske gjennomføringen av direktivets regel virke problematisk. Mange lavkarbonprodukter har et mindre karbonfotavtrykk nettopp fordi de har gjennomgått en bestemt prosess. Dette vil for eksempel være tilfellet for alle lavkarbonprodukter der karbonfangst har bidratt til å redusere utslippene. Hvis direktivet tas på ordet, har departementet fratatt oppdragsgivere en mulighet som direktivet gir dem til å løfte frem bestemte prosesser i kravspesifikasjonene. Men det er som nevnt ikke helt klart at direktivet bør tolkes så strengt etter sin ordlyd. Og som jeg kommer tilbake til under, er det sterke hensyn som tilsier at slike henvisninger ikke burde tillates. Oppdragsgiver vil uansett kunne gi uttrykk for hvilket resultat den ønsker seg ved å oppstille krav til karbonfotavtrykk eller lignende, og ved å henvise produkt- og teknologinøytralt åpnes det i større grad for innovasjon knyttet til løsningene som velges for å kutte utslipp.

### 3.3.3.3 Unntak – ett eller to

Forskriften oppstiller som nevnt to unntak fra forbudet.<sup>269</sup> Det første gjelder der en henvisning til et spesifikt merke, produkt osv. er «nødvendig ut fra anskaffelsens formål», mens det andre gjelder tilfeller der det «ikke er mulig for oppdragsgiveren å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist og forståelig» med henvisning til ytelses- eller funksjonskrav, tekniske spesifikasjoner eller standarder, eller med en kombinasjon av disse.

---

<sup>269</sup> FOA § 15-1 fjerde ledd bokstav a og b.



De to unntakene har begge sitt utspring i direktivets ordlyd, men på grunn av formuleringen, etterlater direktivet tvil om hvorvidt det egentlig er snakk om ett eller to unntak:

*«Medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, må de tekniske specifikationer ikke angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, og de må ikke henviser til et bestemt varemærke, et bestemt patent eller en bestemt type, til en bestemt oprindelse eller til en bestemt produktion med det resultat, at visse virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres. En sådan angivelse eller henvisning er undtagelsesvis tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3.»<sup>270</sup>*

Det er mulig å tolke de kursiverte delene av den siterte bestemmelsen som alternative grunner til at forbudet ikke skal få anvendelse. Bestemmelsens første setning oppstiller etter sin ordlyd bare et forbud der «kontraktens genstand» *ikke* gjør det berettiget, mens presisjonsunntaket i andre setning kan anses å stå på egne ben uten en åpenbar kobling med leddsetningen i første punktum. Da står man igjen med en tolkning der konkurransevidende henvisninger er lov enten hvis kontraktens gjenstand berettiger det eller hvis det kreves av presisjonshensyn. En slik tolkning av direktivet vil være i tråd med den klare oppfatningen av forbudet i norsk rett.

Den tilsvarende bestemmelsen i 2006-direktivet var formulert på samme måte som dagens direktiv.<sup>271</sup> På grunn av uklarhet om hvorvidt leddsetningen om «kontraktens gjenstand» utgjorde et selvstendig grunnlag for å unnta fra hovedregelen om produktnøytral henvisning, ble Fornyings- og Administrasjonsdepartementet i 2012 bedt om å komme med en tolkningsuttalelse.<sup>272</sup> Den konkrete saken gjaldt Forsvarets lo-

---

<sup>270</sup> Direktiv 2014/24/EU Artikkel 42 fjerde ledd. Mine uthevinger.

<sup>271</sup> FOA 2006 § 17-3 tiende ledd.

<sup>272</sup> FAD (2012).

gistikkorganisasjons ønske om å gå til anskaffelse av Microsoftlisenser, som det var vanskelig å henvide til på en produktnøytral måte. FAD så nærmere på norsk, dansk og engelsk teori, samt praksis fra KOFA, og konkluderte med at kontraktens gjenstand på selvstendig grunnlag kunne utgjøre unntak fra hovedregelen. I dagens forskrift har denne forståelsen blitt tydeliggjort ved at unntakene ble skilt ut i hvert sitt bokstavpunkt.

I dansk rett har det vært lagt til grunn at det bare gjelder ett unntak, for tilfellene der presisjonshensyn gjør konkurransevidende henvisninger nødvendig.<sup>273</sup> Arrowsmith er på sin side ikke like entydig som hun kunne forstås da FAD viste til boken hennes i tolkningsuttalelsen. I 2005 skrev hun om dagjeldende bestemmelse i 2004-direktivet at forbudet «does not apply when such references are justified by the subject-matter of the contract. It *also* does not apply when it is not possible to give a precise or intelligible description [...]».<sup>274</sup> Det var denne formuleringen som FAD tok til inntekt for at det er snakk om to forbud. I 2018 skrev hun imidlertid om den likelydende bestemmelsen i 2014-direktivet at henvisningene kan tillates «to describe the requirement where justified by the subject-matter of the contract. This is allowed, however, *only* on an “exceptional basis” *when otherwise* a “sufficiently precise and intelligible” description of the subject matter is not possible».<sup>275</sup> Hennes nåværende tolkning av regelverket synes å være at vilkårene er kumulative: Kontraktens gjenstand må gjøre det berettiget, og det må ikke være mulig å beskrive kravet tilstrekkelig presist på annen tillatt måte. På direkte spørsmål svarer hun på epost at dette ikke er noe hun har tenkt nærmere på.<sup>276</sup>

«Lovhistorikken» bidrar heller ikke til særlig avklaring. Leddsetningen som forårsaker forvirringen var til stede i 2004-direktivet,<sup>277</sup> selv om kommisjonen i sitt opprinnelige forslag til nytt direktiv foreslo en bestemmelse uten nevnte leddsetning.<sup>278</sup> Direktivet av 2004 hadde tre separate

---

<sup>273</sup> Se henvisninger til Udbudslovens lovtekst og forarbeider i Kommentar til Udbudsloven § 42 note 209.

<sup>274</sup> Arrowsmith (2005) s. 1155, min utheving.

<sup>275</sup> Arrowsmith (2018) s. 594, mine uthevinger.

<sup>276</sup> Personlig meddelelse i e-post med Sue Arrowsmith. 19. februar 2020.

<sup>277</sup> Direktiv 2004/18/EF artikkel 23 åttende ledd.

<sup>278</sup> COM(2000) 275 side 20.

forgjengere, hvorav ett var vedtatt i 1992 og to i 1993.<sup>279</sup> Men selv om ordlyden i alle tre inneholdt samme leddsetning som 2004-direktivet og 2014-direktivet,<sup>280</sup> var tolkningen at det bare var hensynet til presisjon som kunne begrunne unntak fra forbudet.<sup>281</sup> Kommisjonen ga også uttrykk for at det var slik regelen var å forstå i en tolkningsuttalelse fra 2001 i forbindelse med arbeidet med nytt direktiv.<sup>282</sup>

Leddsetningen ser ut til å ha blitt satt tilbake i 2004-direktivet under komitéarbeidet i Rådet. Det tidligste eksemplaret av bestemmelsen med ny leddsetning i de offentlig tilgjengelige forarbeidene til 2004-direktivet finner man i presidentskapets oversendelse av bearbeidet direktivtekst<sup>283</sup> til COREPER (et permanent organ under rådet med ansvar for forberedelser av saker<sup>284</sup>) den 14. november 2000. Kommisjonen bruker den igjen i sitt endrede forslag til direktiv den 6. mai 2002,<sup>285</sup> uten at den tilføyde leddsetningen blir nærmere kommentert.

Kommisjonen kan nå tolkes dit at den mener at andre forhold enn presisjon kan begrunne unntak fra regelen. I håndboken *Buying Green! A handbook on green public procurement* skriver den «It is not allowed however to insist upon a production process which is proprietary or [...] unless such a reference is justified by the exceptional circumstances of the contract».<sup>286</sup>

### 3.3.3.4 Unntak – Behovet for en mer systematisk tilnærming

Med et så sprikende rettskildebilde, er det ikke lett å trekke en entydig slutning på spørsmålet om det er snakk om ett eller to unntak. En årsak til dette kan være at systematikken i bestemmelsen om kravspesifikasjoner

---

<sup>279</sup> Henholdsvis Direktiv 1992/50/EØF (om tjenestekontrakter), 1993/36/EØF (om offentlige innkjøp) og 1993/37/EØF (om anskaffelser av bygge- og anleggskontrakter).

<sup>280</sup> Direktiv 1992/50/EØF artikkel 14 sjette ledd, 1993/36/EØF artikkel 8 sjette ledd og Direktiv 1993/37/EØF artikkel 10 sjette ledd.

<sup>281</sup> Arrowsmith (2005) s. 1130 flg.

<sup>282</sup> COM(2001) 274 s. 15.

<sup>283</sup> ST 13185 2000, side 20.

<sup>284</sup> Eur-Lex.

<sup>285</sup> COM(2002) 236 side 217.

<sup>286</sup> Kommisjonen (2016), s. 35.

med fordel kunne vært tydeligere. Ved å forsøke å rydde litt i denne systematikken kan det også bli enklere å svare på spørsmålet.

En grunnleggende forskjell mellom forskriftens to unntak, som kanskje bidrar til forvirringen, er at de egentlig knytter seg til to ulike overordnede spørsmål. Unntaket som knytter seg til formålet med leveransen dreier seg egentlig om *hva oppdragsgiver konkret kan etter spørre*, mens presisjonsunntaket dreier seg om *hvordan oppdragsgiver skal formulere seg*. For å tydeliggjøre dette kan det vises til typetilfeller fra retts- og nemndspraksis.

Det finnes flere saker KOFAs praksis om unntaket knyttet til formålet med leveransen der oppdragsgivere har henvist til bestemte produkter eller lignende fordi de ønsket seg kompatibilitet med et eksisterende system. Som eksempler kan nevnes *Kaba MøllerInndal AS*,<sup>287</sup> der et sykehus ved bestilling av adgangskontrollprodukter hadde stilt krav om at de måtte være kompatible med sykehusets eksisterende system, eller *Maske Gruppen AS*,<sup>288</sup> der nemnda fant at kontraktens gjenstand, ut fra en forholdsmessighetsvurdering, kunne berettigede at en fylkeskommune krevde at tilbydere leverte original toner til sine printere. Begrunnelsen i den sistnevnte saken var at å bruke alternative tonere ville bryte med vilkårene i garantien til printerprodusentene. Selv om tonerleverandøren avga garanti om at det ikke ville forårsake problemer, var den ekstra usikkerheten det skapte for oppdragsgiver nok til at KOFA fant det uforholdsmessig å pålegge den å akseptere ikke-original toner.

Fellesnevneren for denne typen saker er at spørsmålet de reiser ikke (bare) handler om hvordan kravspesifikasjonene er formulert. Kompatibilitet med oppdragsgivers eksisterende adgangskontrollsystem og overenstemmelse med garantivilkårene til oppdragsgivers printere er *materielle egenskaper* ved leveransen, som er begrunnet i oppdragsgivers behov. Vurderingen hører derfor i det minste delvis hjemme under spørsmålet om hvor strenge krav oppdragsgiver kan stille, som jeg diskuterte i punkt 3.3.2.

---

<sup>287</sup> KOFA sak 2014/13 (Kaba MøllerInndal AS).

<sup>288</sup> KOFA sak 2012/220 (Maske Gruppen AS).

Det er vesentlig færre eksempler fra retts- eller nemndspraksis der unntaket knyttet til en presis beskrivelse har fått anvendelse. Et eksempel der det tilsynelatende var oppfylt, uten at det ble kommentert nærmere, er EU-domstolens avgjørelse i *Unix*.<sup>289</sup> I en anskaffelse av en værstasjon hadde den nederlandske innkjøpsmyndigheten stilt krav om at værstasjonen skulle bruke UNIX som operativsystem, uten å legge til at tilsvarende operativsystemer kunne brukes. Nederland anførte at UNIX måtte anses som en standard som tilbydere av IT-tjenester forsto at kunne erstattes med alternativer. Men selv om kontrakten til slutt gikk til en tilbyder som faktisk brukte et annet operativsystem enn UNIX, kom domstolen frem til at påvirkningen av potensielle tilbydere som ikke endte opp med å inngi et tilbud, gjorde at det måtte anses som brudd på direktivet.<sup>290</sup> Verken domstolen eller generaladvokat Tesaurio<sup>291</sup> sier eksplisitt at det ville vært tillatt å henvise til UNIX om konkurransegrunnlaget hadde avklart at alternative operativsystemer kunne aksepteres, men det at henvisningen til forbudet bare etterfølges av drøftelsen om «eller tilsvarende» må kunne tas til inntekt for at det er det man har ment.<sup>292</sup>

Avhengig av hvordan man tolker selve forbudet, kan derfor begge tolkningene knyttet til antall unntak være riktige. Hvis forbudet fortolkes til også å omfatte en slags retningslinje for hvilken vurdering som skal gjøres hvis oppdragsgiver ønsker å etterspørre noe som det vil være konkurransevridende å henvise til, får det selvstendig betydning. Da kan for eksempel kompatibilitetstilfellene i sin helhet subsumeres under spørsmålet om henvisningen til Microsoft-lisenser eller Canon-printeren er nødvendig ut fra formålet med anskaffelsen. Det er tilsynelatende denne tilnærmingen som velges av KOFA i sakene som er nevnt over.

Problemet med denne tilnærmingen er først og fremst at den ikke synliggjør at spørsmålene om hva som kan anskaffes og hvordan det skal henvises i kravspesifikasjonene er to ulike vurderinger. Det er

---

<sup>289</sup> Sak C-359/93 Kommisjonen mot Nederland.

<sup>290</sup> Premiss 27 flg.

<sup>291</sup> Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Tesaurio i sak C-359/93 Kommisjonen mot Nederland.

<sup>292</sup> I samme retning Arrowsmith (2018) s. 594.

mulig å se for seg tilfeller hvor kompatibilitet kan etterspørres uten å henvise på en konkurransevidende måte, for eksempel ved å beskrive hvilken funksjonalitet utstyret må ha for å virke med oppdragsgivers eksisterende utstyr. Det er også mulig å se for seg tilfeller hvor et krav om kompatibilitet utgjør et for stort inngrep i konkurransen, selv om det ikke er gjort en konkurransevidende henvisning. De sistnevnte tilfellene vil etter dagens praksis måtte vurderes etter andre deler av regelverket enn de øvrige kompatibilitetssakene. Dette til tross for at de til syvende og sist handler om det samme, nemlig i hvilken grad en oppdragsgiver kan begrense konkurransen på grunn av sine materielle krav til leveransen.

Hvis forbudet mot konkurransevidende henvisninger derimot tolkes som et spørsmål utelukkende om hvordan spesifikasjonene skal *formuleres*, slik jeg har fremstilt det over, er min påstand at en rettslig prøving av kravspesifikasjonene vil bli mer oversiktlig. Med en slik tilnærming vil spørsmålet om hvilke krav oppdragsgiver materielt sett kan stille til leveransen kunne avgjøres først, før spørsmålet om hvordan oppdragsgiver skal formulere kravene overhodet er reist.

Hvis man følger denne prosessen, og kommer til at kravene som oppdragsgiver stiller materielt sett er berettigede, må oppdragsgiver få lov til å formulere kravspesifikasjonene på en måte som gjør at det blir klart for alle involverte hva tilbyderne skal levere. Hvis dette er mulig uten å henvise til merkevarer, opprinnelser, prosesser osv., tilsier hensynene bak reglene at oppdragsgiver ikke skal få lov til å henvise på en slik måte. Hvis det ikke er mulig, bør henvisningen tillates. Men da er det *presisjonsunntaket* som får anvendelse. Under en slik vurdering vil det ikke være naturlig å drøfte om formålet med leveransen kan rettferdiggjøre unntak fra forbudet mot konkurransevidende henvisninger, fordi formålet med leveransen allerede er vurdert i forbindelse med spørsmålet om hvilke krav oppdragsgiver kan få stille.

### 3.3.4 Oppsummering: hvilke krav gjelder for kravspesifikasjonene

En rettslig prøving av kravspesifikasjoners lovlighet kan gjøres i en totrinns prosess. Det første spørsmålet dreier seg om det oppdragsgiver materielt sett etterspør utgjør et for stort inngrep i konkurransen. Det andre gjelder hvorvidt kravspesifikasjonene er formulert på en måte som unødvendig innskrenker konkurransen ytterligere.

Hvordan de materielle kravene oppdragsgiver stiller skal vurderes, avhenger av hvorvidt kravet knytter seg til behov hos oppdragsgiver selv, eller om de er stilt for å nå andre, politiske målsettinger. I de førstnevnte er utgangspunktet at oppdragsgiver selv kan bestemme hva den ønsker å anskaffe og fastsette spesifikasjonene deretter. Krav som ikke gir saklig uttrykk for oppdragsgivers behov, som i *Grupo Hospitalario Quiron*,<sup>293</sup> vil likevel bli slått ned på av domstolene, men avhengig av livsområde vil oppdragsgivers skjønnsmargin om dette spørsmålet kunne variere. Hvis kravet er stilt av andre årsaker enn oppdragsgivers materielle behov, avgjøres spørsmålet av en alminnelig forholdsmessighetsvurdering. Dette vil være tilfelle for klimakrav, og det er grunn til å tro at det nasjonale og europeiske fokuset på utslippsreduksjon og klimaendringer vil gjøre at relativt store inngrep i konkurransen vil kunne tillates hvis formålet er å redusere anskaffelsens karbonfotavtrykk. Domstolene vil i alle tilfeller slå ned på kravspesifikasjoner som er utformet for å gi fordeler til en bestemt aktør, eller som er diskriminerende mot tilbydere fra andre medlemsland.

Spørsmålet om hvordan kravspesifikasjonene kan formuleres, besvares med en hovedregel om produktnøytral henvisning. Oppdragsgiver kan ikke henvide til merkevarer, opprinnelser, prosesser osv. hvis det har som virkning at leverandører eller produkter favoriseres eller utelates. På grunn av forskjeller i måten direktivet og forskriften er formulert på, tilsier presumsjonsprinsippet at en henvisning til et fabrikkat eller en opprinnelse som utgangspunkt forutsettes å ha hatt konkurransevridende virkning. Konkurransevridende henvisninger av denne typen kan likevel

---

<sup>293</sup> Sak C-552/13 Grupo Hospitalario Quirón SA mot Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco og Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad.

tillates hvis det ellers ikke er mulig å gi en tilstrekkelig presis eller forståelig beskrivelse av kravene oppdragsgiver stiller til leveransen.

### **3.4 Kravspesifikasjonene som virkemiddel for å stille klimakrav**

I dette underkapitlet skal anvendelsen av reglene om kravspesifikasjoner illustreres ved å vise hvordan de får anvendelse på sement og betong. Deretter vurderes enkelte fordeler og ulemper ved å bruke kravspesifikasjoner som virkemiddel for å stille klimakrav. En utvidet og mer helhetlig gjennomgang vil gjøres i punkt 5.2, der fordeler og ulemper ved å bruke kravspesifikasjoner sees i sammenheng med fordeler og ulemper ved å bruke tildelingskriterier.

#### **3.4.1 Sement og betong**

##### **3.4.1.1 Hvordan formulere krav om lavkarbonbetong**

For sement finnes standarden NS-EN 197-1:2011, som er en norsk gjennomføring av den europeiske standarden EN 197-1. Denne skiller mellom 27 typer ordinær sement, og klassifiserer dem blant annet basert på andelen klinker. Ved å stille krav om at all sement brukt i offentlige prosjekter skulle være CEM III/B, en kategori sement med 20–34% klinker, har utslippene fra betongbruk i kommunale bygge- og anleggsprosjekter i Zürich blitt kuttet med over 25%.<sup>294</sup>

Betong er standardisert gjennom NS-EN 206:2013+NA:2017, som er en gjennomføring av den europeiske standarden EN 206 med nasjonale tillegg (NA) der standarden åpner for det.<sup>295</sup> Denne inneholder ikke krav til eller angivelser av CO<sub>2</sub>-utslipp, men inneholder krav til sammensetningen av betongen knyttet til blant annet bruksområde og levetid. Disse kravene påvirker klimagassutslippene fra betongen, fordi det stilles ulike krav til mengden sement i betongen.<sup>296</sup> I tillegg

---

<sup>294</sup> Kommisjonen (2019c).

<sup>295</sup> Norsk betongforening (2019) s. 16.

<sup>296</sup> Ibid.



reguleres når og i hvilken grad såkalte «Type II tilsetningsmaterialer» kan erstatte sement i betongblandingen. Disse tilsetningsmaterialene er ofte biprodukter fra annen industrivirksomhet, og dermed å anse som utslippsfrie fordi utslippene etter dagens system føres på hovedproduktet av en virksomhet.<sup>297</sup> Type II tilsetningsmaterialer er per dags dato som regel en nødvendig forutsetning for å produsere lavkarbonbetong,<sup>298</sup> og derfor vil ikke lavkarbonbetong være anvendelig i alle typer prosjekter. Når man lykkes med karbonfangst ved et sementanlegg vil man imidlertid kunne produsere betong med vesentlig lavere karbonfotavtrykk for alle bruksområder. Dette skyldes at sementen som brukes vil ha de samme materielle egenskapene som sement som er produsert uten karbonfangst, og utslippsreduksjoner vil dermed kunne oppnås også i tilfeller der man ikke kan bruke tilsetningsstoffer eller sement med redusert klinkerinnhold. Der man i dag kan bruke lavkarbonbetong med tilsetningsstoffer, vil man også kunne redusere dennes karbonfotavtrykk tilsvarende ved å benytte CCS-sement.

Norsk betongforening har utarbeidet et referansedokument som oppstiller ulike klasser av lavkarbonbetong basert på betongens fasthetsgrad og CO<sub>2</sub>-utslipp fra produksjonen.<sup>299</sup> Denne oppdateres med jevne mellomrom for å holde tritt med utviklingen i markedet for lavkarbonbetong.<sup>300</sup> Siden Norsk Betongforening ikke er et «anerkjent standardiseringsorgan», er ikke dokumentet en standard i anskaffelsesrettslig forstand. Den kan heller ikke anses som en merkeordning etter FOA § 15-3, fordi den ikke gir ut «dokumenter, attester eller sertifikater» som bekrefter at betongen oppfyller kravene til de enkelte klassene av lavkarbonbetong. Dermed kan det som utgangspunkt ikke henvises direkte til lavkarbonklassene i en kravspesifikasjon. Men en oppdragsgiver som vil velge ambisjonsnivå kan likevel ta utgangspunkt i utslippskravene som stilles i dokumentet, for å være sikker på at markedet kan oppfylle kravene som stilles. I så

---

<sup>297</sup> Ibid. s. 12.

<sup>298</sup> Ibid. s. 16.

<sup>299</sup> Ibid. s. 6.

<sup>300</sup> Ibid. s. 1.

fall kan henvisningen gjøres ved å angi hvilke krav til CO<sub>2</sub>-utslipp som stilles for betong av ulike fasthetsklasser.

Miljømerkeordningene for bygg- og anleggsprosjekt behandler hele prosjekter under ett, slik at prosjektet får sertifisering hvis den oppnår en viss score, basert på flere forskjellige kriterier. Dette er også naturlig, siden klima- og miljøeffektene av noe så stort og komplisert som et byggeprosjekt avhenger av summen av alle valgene som gjøres. Noen av merkeordningene gir uttelling for bruk av lavkarbonbetong. Svanemerket gir for eksempel uttelling for sement dersom vektprosent klinker er under 70%,<sup>301</sup> men siden også svanemerket gis til bygningen som sådan, vil ikke krav om at et bygg skal være svanemerket nødvendigvis føre til at leverandøren som får anbudet bruker lavkarbonbetong i prosjektet.

### 3.4.1.2 Hvor strenge krav kan stilles

Gjennomgangen over har vist at målsettingen om en effektiv konkurranse og nedbyggingen av handelsbarrierer er svært viktige målsettinger for anskaffelsesregelverket. Miljøhensyn har også gradvis fått større og større plass som legitime hensyn som kan begrunne en begrensning i konkurransen, så langt at man nå i fortalen til anskaffelsesdirektivet skriver at kravspesifikasjoner skal sikre at «offentlige udbud innebærer konkurranse, og at der oppfylles målsetninger om bæredyktighet.»<sup>302</sup> Avveiningen mellom disse hensynene blir derfor avgjørende for hvor langt oppdragsgiver kan gå i å stille strenge klimakrav.

Hvor strenge krav som kan stilles til CO<sub>2</sub>-utslipp knyttet til sement og betong i bygge- og anleggsprosjekter vil avhenge av tilgangen på lavkarbonsement og -betong for det aktuelle prosjektet. Rent praktisk følger det av at produksjon av de nåværende lavkarbonversjonene av sement og betong er avhengig av tilgang på tilsetningsstoffer, som i varierende grad er tilgjengelige i nærheten av produksjonsstedene for sement og betong i Norge.<sup>303</sup> Siden utslipp fra transport også inngår i betongens karbonfotavtrykk, vil derfor lange avstander til en produsent av lavkarbonbetong

---

<sup>301</sup> Holmås (2019) s. 25.

<sup>302</sup> Direktiv 2014/24/EU, fortalen premiss 74, min uthevelse.

<sup>303</sup> Norsk Betongforening (2019), s. 20.

gjøre det vanskeligere å levere betong med de beste karbonklassene. Stiller man for strenge krav om lavkarbonbetong, risikerer man derfor å begrense konkurransen og fordyre prosessen.

Begrensning i konkurransen kan, som vist over, også være problematisk fra et rettslig perspektiv. Hvorvidt den aktuelle kravspesifikasjonen kan tillates beror på en forholdsmessighetsvurdering, men der kravet er stilt av klimahensyn har oppdragsgiver en ganske stor skjønnsmargin. Derfor vil de rettslige skrankene for å stille krav om lavkarbonbetong trolig ikke være strengere enn de praktiske og økonomiske: Hvis det er så god tilgang på den aktuelle lavkarbonbetongklassen at tilbyderne kan levere tilbud som tilfredsstillende kravene til en akseptabel pris fra et økonomisk perspektiv, må det antas å også ligge innenfor det oppdragsgiver juridisk sett kan tillate seg å kreve.

En annen årsak til at strenge krav til klimaegenskaper kan aksepteres for sement og betong i offentlige anskaffelser, er at sement og betong utgjør en relativt liten andel av kostnadene ved et bygge- og anleggsprosjekt. Selv om antallet potensielle underleverandører begrenses av strenge krav til betongens klimaegenskaper, vil ulike entreprenører likevel kunne konkurrere på andre forhold ved anskaffelsen.

#### **3.4.1.3 Krav om CCS-betong i offentlige byggeprosjekter**

Når sement produsert med karbonfangst kommer på markedet, vil det bli mulig å stille vesentlig strengere krav til CO<sub>2</sub>-utslipp knyttet til sement og betong. Til å begynne med, og i en viss tid fremover, vil det imidlertid bare være én produsent som vil kunne tilby sement med karbonfangst. Dermed reises to spørsmål. Det første spørsmålet er om det å stille et utslippskrav som bare vil kunne oppfylles ved å kjøpe sement av denne produsenten vil utgjøre en uforholdsmessig begrensning i konkurransen. Det andre er om oppdragsgiver kan spesifisere at betongen skal være produsert ved hjelp av CCS eller om den må nøye seg med å stille et utslippskrav.

Å stille utslippskrav til betong som bare kan oppfylles ved kjøp av sement fra produsenter som fanger CO<sub>2</sub> under produksjonen kan gjøres gjennom å beskrive betongens egenskaper, og samtidig stille maksimum-

skrav til betongens karbonfotavtrykk. Dette vil klart nok utgjøre en stor begrensning i konkurransen om sementen som skal inngå i bygge- eller anleggsprosjektet som anskaffelsen gjelder, men konkurransen om selve bygge- eller anleggskontrakten vil ikke nødvendigvis forringes overhodet. For entreprenørene som konkurrerer om anskaffelsen vil den eneste endringen være at de får betraktelig færre underleverandører å velge mellom for leveranse av betong. Det vil fordyre prosjektet, men tilbyderne kan overføre hele eller deler av denne merkostnaden til oppdragsgiver ved å inngi tilbud med høyere pris.

Som beskrevet i punkt 3.3.2, vil en anskaffelse som er designet med formål om å gi en fordel til en bestemt økonomisk aktør utgjøre et uberettiget inngrep i konkurransen om anskaffelsen. Denne problemstillingen vil være aktuell når det stilles krav om betong med et karbonfotavtrykk som bare én leverandør kan oppfylle. På et plan vil jo intensjonen med et krav om så klimavennlig betong nettopp være å gi fordeler til den aktøren som har tatt steget og blitt den første sementprodusenten som fanger CO<sub>2</sub>, ved å kjøpe varene den produserer. På en annen side er den overordnede intensjonen likevel å etablere et marked for slike produkter, ved å signalisere til alle produsenter av sement og betong at det offentlige er villig til å bidra til å dekke merkostnaden hvis de er villige til å investere i mer klimavennlig produksjon.

Selv om en lignende problemstilling ennå ikke er behandlet i rettspraksis, har EU-domstolen i flere saker gitt signaler som tilsier at en så sterk begrensning i konkurransen må tåles når den er begrunnet i klimahensyn. I *PreussenElektra* trekker den frem at EU og deres medlemsland har et felles mål om bekjempelse av klimaendringer, som begrunnelse for at et inngrep i fri bevegelighet av varer kunne tillates.<sup>304</sup> Den uttaler også at bekjempelse av klimaendringer er tiltak som omfatter «beskyttelsen af menneskers og dyrs liv og sundhed».<sup>305</sup> I *Roche Lietuva*, som gjaldt en påstand om at kravspesifikasjoner var utformet for å begunstige en bestemt leverandør av medisinsk utstyr, uttaler EU-domstolen at medlemsstatene må ha større skjønnsmargin i spørsmål som gjelder fol-

---

<sup>304</sup> Sak C-379/98 *PreussenElektra AG mot Schleswag AG*, premiss 73.

<sup>305</sup> Premiss 75.

kehelse, fordi det dreier seg om «menneskers liv og sundhed».<sup>306</sup> Formålet om å beskytte menneskers liv og helse står ifølge EU-domstolen «øverst blant de goder og interesser, som er beskyttet ved EUF-traktaten».<sup>307</sup> Når klimatiltak også regnes for å beskytte menneskers liv og helse, og TEUF artikkel 11 fastslår at miljøbeskyttelseskrav skal «integreres» i EUs politikk og handlinger, tilsier dette i sum at EU-domstolen vil være svært varsom med å fastslå at et strengt klimakrav begrenser konkurransen i for stor grad. Hvis man i tillegg tar med i vurderingen at andre aktører, i hvert fall på lenger sikt, står fritt til å investere i CO<sub>2</sub>-fangstanlegg og begynne å konkurrere om kontraktene, bør svaret være at en periode med begrenset konkurranse om klimavennlig betong ikke er et uforholdsmessig inngrep i konkurransen.

Når det gjelder å henvise til CCS direkte i kravspesifikasjonen, må det først slås fast at karbonfangstprosessen som er årsak til betongens lave karbonfotavtrykk, er en prosess som det etter FOA § 15-1 fjerde ledd ikke er tillatt å henvise til. I punkt 3.3.3 viste jeg at slike henvisninger bare kan tillates når de er nødvendige fordi oppdragsgiver ellers ikke ville kunne beskrive kravet sitt presist nok. Hvis kravet til oppdragsgiver er at betongen den bruker skal ha det lave karbonfotavtrykket som karbonfangst vil gi den, kan dette klart nok beskrives uten å henvise til CCS-betong direkte. Hvis oppdragsgiver likevel skal ha adgang til dette, må det være fordi bruken av CCS-betong er en del av kontraktsgjenstanden.

Spørsmålet om CCS-betong kan være en del av kontraktsgjenstanden når det offentlige går til innkjøp av bygg- eller anleggsprosjekter, kan med fordel omformuleres til om oppdragsgiver har en legitim interesse i å utelukke andre (mer eller mindre teoretiske) løsninger som reduserer betongens karbonfotavtrykk med en tilsvarende mengde. Det er sterke hensyn som taler mot dette. Anskaffelsesrettens system legger gjennomgående opp til at oppdragsgiver skal beskrive et behov som det overlates til markedet å velge hvordan skal oppfylles. Også når behovet ikke er av materiell betydning for oppdragsgiver, som ved utslippskrav, er det god grunn til å holde behovet på et overordnet nivå, og la markedet

---

<sup>306</sup> Sak C-413/17 Roche Lietuva UAB mot VšĮ Kauno Dainavos poliklinika, premiss 42.

<sup>307</sup> Ibid.

finne løsningen som best oppfyller det. Hvis oppdragsgiver «velger» feil teknologi, risikerer man å gå glipp av viktige fremtidige klimagevinster fordi tilbydere av annen teknologi ikke slipper til. Når oppdragsgiver i tillegg ville plikte å legge til «eller tilsvarende» etter en henvisning til CCS-betong, er det vanskelig å se at å tillate en slik henvisning skal ha noe formål. En tilbyder som tilbyr likeverdig betong med samme karbonfotavtrykk som CCS-betong, vil trolig måtte høres med at sin betong tilsvarer CCS-betongen og derfor kan tillates. Da gir det ingen merverdi for oppdragsgiver å etterspørre CCS-betong direkte, og den potensielle begrensningen i konkurransen som den medfører bør derfor heller ikke tillates.

For å konkludere, vil det å etterspørre betong med et karbonfotavtrykk som bare kan oppfylles ved bruk av karbonfangst under sementproduksjonen trolig ikke utgjøre en uforholdsmessig begrensning av konkurransen, og derfor være tillatt. Dette gjelder også selv om det til å begynne med bare er én produsent av CCS-sement på markedet. En oppdragsgiver kan imidlertid ikke utforme et krav om at sementen spesifikt skal være produsert med CCS. Både fordi det er mulig å formulere kravspesifikasjonen på en måte som ikke begrenser konkurransen ytterligere, og fordi oppdragsgiver ikke har en legitim interesse i å velge hvilken teknologi som skal redusere betongens karbonfotavtrykk.

### **3.4.2 Når bør klimakrav stilles i kravspesifikasjonene?**

Fremstillingen over har vist at oppdragsgiver har stor frihet til å stille klimakrav i kravspesifikasjonene. Det er også en veldig effektiv fremgangsmåte, ettersom det utelukker tilbydere som ikke kan oppfylle kravene. Dette er imidlertid også kravspesifikasjonenes største svakhet. Uten tilstrekkelig kjennskap til hvilke krav potensielle tilbydere kan oppfylle, risikerer oppdragsgivere å gjøre anskaffelsene uforholdsmessig dyre. Dårlige kravspesifikasjoner kan til og med føre til at mer klimavennlige produkter utelukkes, hvis oppdragsgiver ikke har tilstrekkelig kunnskap om miljøeffektene til produktene som skal anskaffes.

Når de brukes til å stille klimakrav, er kravspesifikasjonenes viktigste funksjon å fastsette minimumskrav. I kraft av å være absolutte krav, vil de være aller best egnet til å sette en nedre ramme for hvilke klimaegenskaper oppdragsgiver er villig til å akseptere. Avhengig av hva oppdragsgiver ønsker å anskaffe, kan det i noen tilfeller være tilstrekkelig å nøye seg med å angi slike minimumskrav. Det vil for eksempel være tilfellet hvis oppdragsgiver vet at det ikke finnes tilbydere som kan tilby produkter med bedre klimaegenskaper enn det spesifikasjonene gir uttrykk for. På grunn av konkurransebegrensningen det kan medføre å bare stille klimakrav i kravspesifikasjonene, vil oppdragsgiver som regel også i slike tilfeller være tjent med å stille noe mildere krav i kravspesifikasjonene, og la tildelingskriteriene belønne tilbud som overoppfyller kravene.

Der det ikke finnes standarder eller merkeordninger som inneholder kravene som oppdragsgiver ønsker å stille, vil et viktig moment i vurderingen av om kravet skal stilles som kravspesifikasjon være hvor godt oppdragsgiver kjenner markedet. Så lenge den kan forsikre seg om at tilgangen på tilbydere som kan oppfylle kravet er god nok, og at effekten på prisen for anskaffelsen vil være innenfor det den er villig til å betale, er kravspesifikasjoner et godt virkemiddel. Hvis dette ikke er mulig, bør kravspesifikasjonene settes på et nivå hvor det er sikkert at konkurransen og prisen vil være tilfredsstillende. I slike tilfeller kan tildelingskriteriene være bedre egnet til å belønne de beste tilbudene.

Der kravspesifikasjonen stammer fra en standard eller en merkeordning, kan oppdragsgiver være tryggere på at det finnes aktører på markedet som kan levere i henhold til kravene. Men også her bør en oppdragsgiver foreta gode undersøkelser på forhånd, for å sikre at kravene som standarden eller merkeordningen gir uttrykk for er egnede til å gi et resultat som er akseptabelt fra oppdragsgivers klimaambisjoner. Siden det finnes et stort mangfold av standarder og merkeordninger, kan det også være grunn til å finne ut av hvilke av dem som er i utstrakt bruk i den aktuelle bransjen. Det vil være større grunn til å tro at tilbydere kan møte kravene som disse stiller.

## 4 Tildelingskriterier

### 4.1 Innledning

Når tilbudsfristen er utløpt og flere tilbydere har levert tilbud som oppfyller kravene i konkurransegrunnlaget, må det kåres en vinner blant dem for å avgjøre hvem som skal tildeles kontrakten. Tildelingskriterier er, som navnet indikerer, kriteriene som oppdragsgiver benytter seg av når dette skal gjøres. For å sørge for forutberegnelighet og likebehandling, skal tildelingskriteriene angis i konkurransegrunnlaget,<sup>308</sup> og de kan i liten grad endres etter at konkurransen er påbegynt.<sup>309</sup>

Tildelingskriterier kan være svært nyttige for en oppdragsgiver som vil gi fordeler til klimavennlige produkter, fordi de kan legge opp til konkurranse mellom tilbyderne om å levere det mest klimavennlige produktet, i stedet for å bare konkurrere om å tilby lavest pris eller om andre kvaliteter ved leveransen. Formålet med dette kapitlet er å vise hvilket rettslig handlingsrom oppdragsgiver har til å gjøre dette, og hvordan ulike fremgangsmåter kan være nyttig i ulike situasjoner, blant annet avhengig av hva anskaffelsen gjelder.

Det overordnede temaet for denne artikkelen er oppdragsgivers adgang til å «stille klimakrav» i sine anskaffelser. Jeg valgte dette begrepet fordi det er tydelig og gjenkjennelig, også for ikke-jurister. Siden «krav» har en mer presis betydning i juridisk forstand, og tildelingskriterier ikke omfattes av en denne forståelsen av kravsbegrepet, vil jeg i dette kapitlet gå bort fra begrepet «klimakrav» som et fellesbegrep, og heller spørre når tildelingskriteriene er egnet til å ta klimahensyn eller fremme klimavennlige resultat. Meningen er likevel at begrepene skal forstås på samme måte som når jeg på et overordnet nivå omtaler klimakrav i anskaffelser generelt.

---

<sup>308</sup> FOA § 14-1 tredje ledd bokstav d nr. 4.

<sup>309</sup> Endringer som «ikke er vesentlige» tillates etter FOA § 14-2. Temaet for oppgaven gir ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om hva som defineres som «vesentlig».



Et sentralt spørsmål er hvor stor plass hensynet til klimaegenskaper kan ta i helhetsvurderingen av hvilket tilbud som skal velges. Dette blir gjerne formulert som et spørsmål om hvor stor *vekt* oppdragsgiver kan legge på et enkelt tildelingskriterium, og diskuteres i punkt 4.5. Før det behandles i punkt 4.2 hva tildelingskriterier kan gå ut på, og i punkt 4.3 og 4.4 ser jeg nærmere på hvilke krav som stilles til kriterier som ikke går ut på pris eller kostnad. I punkt 4.6. diskuterer jeg hva reglene om tildelingskriterier har å si for når de er egnede virkemidler for å ta klimahensyn. I samme punkt vil jeg også vurdere tildelingskriterienes egnethet som virkemiddel for å fremme bruken av lavkarbonbetong.

## 4.2 Modellene for å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet

### 4.2.1 Innledning

Formålet med tildelingskriteriene er etter direktivets ordlyd å finne det som for oppdragsgiver fremstår som det «økonomisk mest fordelaktige tilbud». <sup>310</sup> For å finne det mest fordelaktige tilbudet, kan oppdragsgiver velge mellom tildelingskriteriene «lavest pris», «lavest kostnad» eller «det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet».

Systemet med et overordnet mål for tildelingskriteriene om å finne «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet» er nytt med 2014-direktivet. «Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet» var tidligere et av to kriterier som oppdragsgiver kunne velge for å avgjøre konkurransen, ved siden av lavest pris. <sup>311</sup> Innholdet i dette kriteriet er videreført i det nye kriteriet om forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet, og oppdragsgiver har i tillegg fått muligheten til å avgjøre konkurransen basert på de totale kostnadene forbundet med tilbudene. Jeg vil komme nærmere inn på forskjellen på pris og kostnad når de tre kriteriene presenteres nærmere under.

---

<sup>310</sup> Direktiv 2014/24/EU art 67 første og annet ledd.

<sup>311</sup> Direktiv 2004/18/EF artikkel 53 første ledd.

Forskriften har ikke inntatt «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet» som eget overordnet formål med tildelingskriteriene, men dette har trolig liten selvstendig betydning. For kriteriene «lavest pris» og «lavest kostnad», er det en naturlig følge av oppdragsgivers valg av kriterium at den anser lav pris eller kostnad å være mest økonomisk fordelaktig. For «det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet», legger både direktivets fortale<sup>312</sup> og departementet<sup>313</sup> til grunn at praksis knyttet til det gamle kriteriet er relevant for fortolkningen av det nye. Som jeg kommer tilbake til i punkt 4.3.2, har EU-domstolen funnet at formuleringen «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet» i det gamle direktivet medførte begrensninger i hva de kvalitative kriteriene kan gå ut på. Disse begrensningene vil derfor også gjelde for det nye kriteriet.

Begrepsbruken om tildelingskriterier er egnet til å forvirre: «tildelingskriterier» (engelsk: «award criteria», dansk: «kriterier for tildeling af kontrakter») refererer til en av de tre nevnte metodene for å kåre en vinner og tildele kontrakten (hhv pris, kostnad og forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet). Men forskriften benytter samme term for å referere til de ulike elementene i vurderingen etter tildelingskriteriet «beste forhold mellom pris eller kostnad og kvalitet».<sup>314</sup> Direktivet bruker i denne sammenheng både «criteria»/«kriterier» og «quality criteria»/«kvalitetskriterier».

For å forsøke å være presis, vil jeg i det videre omtale de tre metodene for å kåre en vinner som «tildelingskriterier» og elementene i kvalitetsvurderingen som «kvalitative kriterier».<sup>315</sup>

#### 4.2.2 Lavest pris

Oppdragsgivers første alternativ er å bruke tildelingskriteriet «lavest pris». Ordlyden gir et klart bilde av hva dette innebærer: Tilbyderen som leverer det billigste tilbudet innenfor rammen av det oppdragsgiver

---

<sup>312</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen premiss 89.

<sup>313</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 202.

<sup>314</sup> Se f.eks FOA § 18-1 tredje og syvende ledd.

<sup>315</sup> Sommer Andersen (2019) s. 281 bruker også termen «kvalitative kriterier» for å referere til disse kriteriene.

har etterspurt, får kontrakten.<sup>316</sup> Hvis dette tildelingskriteriet er angitt i konkurransegrunnlaget, vil det bryte med det kravet til forutberegnelighet om oppdragsgiver i etterkant vektlegger noe annet.<sup>317</sup> «Pris» trenger likevel ikke tolkes som «kjøpspris» alene. Hvis det i samme anskaffelse skal konkurreres om en leveranse med flere priselementer, for eksempel hvis kontrakten går ut på både kjøp av anleggsmaskiner og påfølgende service, må oppdragsgiver kunne basere sitt valg på en utregning av hvilket tilbud som i sum gir lavest pris.<sup>318</sup> I slike tilfeller tilsier prinsippet om forutberegnelighet at grunnlaget for utregningen er tilgjengelig for tilbyderne i konkurransegrunnlaget.

Å utelukkende basere konkurransen på pris er stort sett bare hensiktsmessig hvis man har grunn til å forvente at tilbudene man vil få inn vil være kvalitativt likeverdige. Dette kan være tilfellet hvis ytelsene er «hylleware» eller hvis det er mulig å beskrive dem tilstrekkelig nøye i kravspesifikasjonene.<sup>319</sup> I andre tilfeller vil en ren prismodell kunne gå utover den leverte kvaliteten, eller gjøre at oppdragsgiver blir «tvunget» til å velge et tilbud som passer dens behov dårligere enn et annet, dyrere tilbud.

En oppdragsgiver som velger lavest pris som tildelingskriterium, går glipp av muligheten til å bruke tildelingskriteriene som virkemiddel for å ta klimahensyn. Hvis klimakrav likevel skal stilles, må disse i sin helhet fremgå av kravspesifikasjonene. Det samme vil gjelde for alle andre materielle forhold ved leveransen som oppdragsgiver ønsker å legge vekt på. I noen tilfeller kan dette føre til at kravspesifikasjonene blir så detaljerte at konkurransen blir svært begrenset. Fra et rettslig perspektiv vil dette reise forholdsmessighets spørsmål, og selv om den skulle gå klar av disse, vil oppdragsgiver likevel risikere at det endelige resultatet blir dyrere og dårligere enn ved bruk av andre tildelingskriterier. Derfor vil det i de fleste tilfeller være slik at «lavest pris» er mindre egnet enn de øvrige tildelingskriteriene for anskaffelser der oppdragsgiver ønsker å ta klimahensyn.

---

<sup>316</sup> Dette modifiseres noe av oppdragsgivers plikt til å undersøke og eventuelt avvise tilbud med «unormalt lav pris» etter FOA § 24-9, men oppgavens tema gir ikke grunn til å drøfte denne problemstillingen nærmere.

<sup>317</sup> Se f.eks KOFA sak 2009/109 (Metos AS) premiss 21.

<sup>318</sup> Sommer Andersen (2019), s. 276.

<sup>319</sup> Trygstad (2017), s. 32.

### 4.2.3 Lavest kostnad

Et nytt alternativ for oppdragsgiver er som nevnt å bygge på en bredere økonomisk vurdering enn bare størrelsen på kontraktsvederlaget som oppdragsgiver skal betale til tilbyder. Dette alternativet omtales som den laveste «kostnaden», og må baseres på en kostnadseffektivitetsberegning. Forskriften foreslår beregning av livssykluskostnader som metode, men åpner også for at oppdragsgiver kan benytte andre metoder for å vurdere kostnadseffektivitet.<sup>320</sup>

I punkt 1.3 nevnte jeg livsløpsanalyse som metoden som anvendes for å fastsette karbonfotavtrykket til et produkt eller en aktivitet. Til tross for navnelikheten, er dette noe annet enn å beregne livssykluskostnader. Selv om begge metodene gjør en vurdering av hele livsløpet til et produkt, er en grunnleggende forskjell at livsløpsanalysen ser på *konsekvenser* av produktets livsløp mens livssykluskostnaden ser på *kostnadene* som påføres brukeren og andre.<sup>321</sup> Dette gjør sistnevnte mer egnet til å vurdere hva som er økonomisk mest fordelaktig. Siden de to metodene behandler mye av de samme spørsmålene, kan det likevel være nyttig å gjøre de to analysene parallelt. Da kan livssykluskostnadene bli et økonomisk uttrykk for konsekvensene av produktets livsløp som man har avdekket ved hjelp av livsløpsanalysen.<sup>322</sup>

Livssykluskostnader som beregningsmetode ble først brukt av det amerikanske forsvarsdepartementet på 1960-tallet,<sup>323</sup> og er i utgangspunktet et økonomisk verktøy som skal synliggjøre de totale kostnadene som knytter seg til produktet eller tjenesten man ønsker å anskaffe. Å bruke denne beregningsmetoden innebærer at det må hentes inn mye informasjon om det aktuelle produktet og at miljøvirkningen av mange ulike forhold i løpet av produktets livsløp må beregnes med en viss sikkerhet. Det kan være vanskelig for en oppdragsgiver å få tak i all informasjonen som er

---

<sup>320</sup> FOA § 18-1 annet ledd.

<sup>321</sup> Dragos (2016) s. 125.

<sup>322</sup> Ibid.

<sup>323</sup> Estevan (2017) s. 4.

nødvendig for å gjøre en slik beregning, og dette blir trukket frem som en av de største utfordringene knyttet til bruken av livsløpskostnader som tildelingskriterium.<sup>324</sup>

Ved beregningen av livssyklus kostnader følger det av FOA § 18-2 annet ledd at oppdragsgiver skal ta hensyn til både kostnader som dekkes av oppdragsgiveren eller andre brukere og kostnader som skyldes miljøbelastninger knyttet til varene. Sistnevnte kan imidlertid bare tas hensyn til hvis (den pengemessige) verdien av dem kan tallfestes og etterprøves. Dette utelukker rent kvalitative forhold, og utgjør også en vesentlig begrensning for livssyklus kostnader som verktøy for å fremme miljøvennlige produkter.

For det første er mange spørsmål om miljøkonsekvenser heftet med stor usikkerhet, blant annet knyttet til hvilke konsekvenser som vil følge av en avgjørelse, i hvilket omfang de vil inntreffe og hvor alvorlige de er. Dette gjelder ikke minst for spørsmål knyttet til klimaeffekten av ulike aktiviteter. Når verdien av miljøkostnaden må tallfestes, blir det vanskelig å ta hensyn til denne usikkerheten i tilstrekkelig grad. For det andre vil tallfestingen veldig ofte utgjøre en overforenkling av et komplekst spørsmål, fordi mange forhold ikke lar seg prissette tilstrekkelig presist. I tillegg risikerer man at kostnaden ved fremtidige miljøproblemer settes for lavt, enten fordi deres alvor eller eksistens er ukjent for den som foretar kostnadsvurderingen, eller fordi det er svært vanskelig å neddiskontere slike kostnader til nåverdi.<sup>325</sup> Studier har også vist at det heller ikke er gitt at alternativet med lavest livssyklus kostnad er det mest miljøvennlige, selv om man skulle klare å tallfeste miljøkostnadene.<sup>326</sup>

Veibelysning er et eksempel på et produkt der det å velge kostnad som tildelingskriterium både er gjennomførbart og miljømessig effektivt. Syddjurs kommune i Danmark brukte en kostnadseffektivitetsberegning for å avgjøre en anskaffelse av veibelysning, og fant at LED-belysning

---

<sup>324</sup> Ibid. s. 22.

<sup>325</sup> Gluch (2004) s. 575 flg.

<sup>326</sup> Estevan (2017) s. 27.

ville være seks ganger billigere for kommunen enn halogen i løpet av driftstiden, til tross for at innkjøpsprisen var høyere.<sup>327</sup>

Lyspærer er relativt enkle å forholde seg til fra et livsløpsperspektiv fordi kostnadene er kjent. Pærene skal produsere lys ved hjelp av elektrisitet og vare en gitt periode. I tillegg kommer kostnader knyttet til produksjon, transport og avfallshåndtering, men også disse virker rimelig overkommelig å beregne. Jo mer komplisert et produkts forhold til sine omgivelser er, desto vanskeligere må det antas å være å gjennomføre en god beregning av livssyklus-kostnader. I takt med dette vil tildelingskriteriet «lavest kostnad» bli mindre egnet for en oppdragsgiver som ønsker å ta miljø- og klimahensyn i sine anskaffelser, desto mer komplisert den aktuelle anskaffelsen er.

#### **4.2.4 Det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet**

En oppdragsgiver som benytter seg av det siste alternativet, «det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet», har anledning til å veie et bredt spekter av kvalitative faktorer opp mot tilbudets angitte pris eller beregnede kostnad. Det åpner for at tilbydere som kan levere et produkt av høyere kvalitet kan få kontrakten, selv om noen andre kan levere et produkt som oppfyller kravspesifikasjonene til lavere pris.

Ved å åpne for at tilbydere også kan konkurrere på kvalitet, gir regelverket et viktig alternativ til å utforme veldig detaljerte kravspesifikasjoner. En oppdragsgiver som skal gjennomføre en komplisert anskaffelse, eller ikke kjenner markedet tilstrekkelig godt, kan nøye seg med å utforme kravspesifikasjoner som grunnleggende krav til funksjon og ytelse, og bruke dette tildelingskriteriet for å gi tilbyderne et klarere bilde av hva den ønsker seg. Da får tilbyderne, som presumptivt kjenner markedet best, mulighet til å foreslå det som antas å være best for oppdragsgiver, uten å måtte legge hovedvekt på å tilby det som blir billigst. Forskriften åpner til

---

<sup>327</sup> Ibid. S. 21.

og med for at oppdragsgiver kan velge en konkurranse utelukkende basert på kvalitet, ved å fastsette pris eller kostnad i konkurransegrunnlaget.<sup>328</sup>

Kvaliteten som oppdragsgiver etterspør angis ved hjelp av definerte kvalitative kriterier, som sammen med deres relative vekt skal angis av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget.<sup>329</sup> Oppdragsgiver kan velge mellom å veie de kvalitative kriteriene mot enten pris eller kostnad. Disse alternativene henviser til de øvrige metodene for å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Oppdragsgiver er med andre ord alltid forpliktet til å ha et pris- eller kostnadselement i grunnlaget for sin avgjørelse, uansett hvilken modell som velges. Hvor stort dette elementet må være i forhold til andre elementer i vurderingen, er et viktig spørsmål som drøftes nærmere under.

Velges alternativet «beste forhold mellom kostnad og kvalitet», kan man vekte kvalitative momenter opp mot de samlede livssyklus-kostnadene til leveransen, der som nevnt også kvantifiserbare miljøbelastninger kan inngå. Dette kan sørge for at alle tilbud må levere på miljø for å være konkurransedyktige, samtidig som man ved å oppstille enkelte miljøkriterier som kvalitative kriterier kan kompensere for svakhetene ved livsløpsvurderingen som miljøindikator. Å forholde seg til tildelingskriterier som er utformet på denne måten vil imidlertid være en relativt krevende øvelse for både oppdragsgiver og tilbydere. Derfor egner det seg nok best for større prosjekter hvor alle parter kan rettfærdiggjøre merkostnaden det vil innebære.

## **4.3 Nærmere om kravene til de kvalitative kriterienes innhold**

### **4.3.1 Innledning**

De kvalitative kriteriene gir mulighet til å belønne tilbud basert på et bredt spekter av ulike forhold. Dette gir oppdragsgiver stor innflytelse over hvilke egenskaper et vinnende tilbud vil kunne inneholde. Uten

---

<sup>328</sup> FOA § 18-1 syvende ledd.

<sup>329</sup> FOA § 14-1 tredje ledd bokstav d) nummer fire sammenholdt med § 18-1 sjette ledd.

nærmere regler for hva slike kvalitative kriterier kan inneholde, ville de derfor kunne utgjøre en trussel mot regelverkets mål om rettferdig konkurranse om offentlige kontrakter. I dette punktet skal jeg behandle kravene som stilles til de kvalitative kriterienes innhold, og vurdere hvordan disse påvirker oppdragsgivers muligheter til å fremme klimahensyn i tildelingskriteriene.<sup>330</sup>

### 4.3.2 Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet

Oppdragsgivers valg av kvalitative kriterier må holde seg innenfor det overordnede kravet om at kontrakten skal tildeles den tilbyder som har levert det «økonomisk mest fordelaktige tilbudet». At dette gjelder selv om det ikke fremgår direkte av forskriftsteksten, skyldes som tidligere nevnt at rettspraksis knyttet til det tidligere kriteriet «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet» er relevant for fortolkningen av det nye kriteriet. EU-domstolen har ved flere anledninger fastslått at det gjelder et egnethetskrav for de kvalitative kriteriene som skal utpeke tilbudet som er mest fordelaktig.<sup>331</sup>

Vurderingen av hva som skal kjøpes er en del av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.<sup>332</sup> Under dette hører også vurderingen av hvilke egenskaper ved tilbudene som gir oppdragsgiver merverdi, og dermed gjør dem økonomisk mer fordelaktige enn de andre.<sup>333</sup> Oppdragsgivers frihet til å bestemme hva som skal anses som mest økonomisk fordelaktig er derfor relativt vid, men praksis fra EU-domstolen og KOFA viser at den ikke er ubegrenset. På samme måte som med forvaltningens frie skjønn, kan domstolen i alle tilfeller vurdere om skjønnet ligger innenfor lovens ordlyd.

---

<sup>330</sup> Flere av kravene som behandles i dette og det neste punktet gjelder også generelt for tildelingskriterier. Fordi de kvalitative kriteriene er best egnet til å stille klimakrav, har jeg valgt å bare knytte fremstillingen til disse.

<sup>331</sup> Sak C-532/06 Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon og Nikolaos Vlachopoulos mot Dimos Alexandroupolis m.fl., avsnitt 29 med videre henvisninger.

<sup>332</sup> Se f.eks KOFA sak 2014/66 (Sharp) premiss 38 og sak 2019/8 (Arktis) premiss 36.

<sup>333</sup> KOFA sak 2007/40 (Kreativt Næringscenter) premiss 54.



Dette innebærer at kriterier som etter lovens ordlyd skal bidra til å finne tilbudet med best forhold mellom pris og kvalitet, faktisk må gi informasjon som er relevant for å bedømme tilbudets kvalitet. I *GAT*<sup>334</sup> hadde en oppdragsgiver angitt et kriterium som ga uttelling basert på *hvor mange referanser tilbyderen kunne vise til*. Dette kunne ikke anses som et gyldig tildelingskriterium, fordi som generaladvokat Geelhoed skriver, vil en liste som bare oppgir tidligere kundeforhold ikke gi noen «oplysninger om de leverede ydelser, kundeservice, driftsomkostninger eller andre kriterier, som egner sig til fastslåelse af, hvilket tilbud som i sidste ende vil være det økonomisk mest fordelagtige for ordregiver».<sup>335</sup>

Kriterier som belønner oppfyllelse av absolutte krav vil heller ikke tillates, fordi en forutsetning for å konkurrere om kontrakten er at de absolutte kravene er oppfylt. I *Schmidt Norge*<sup>336</sup> hadde en oppdragsgiver utformet et kvalitativt kriterium som ga uttelling for oppfyllelse av «SKAL-krav», for å «underbygge og presisere at tilbud vil bli avvist dersom tilbyder tar vesentlige forbehold fra de absolutte krav innklagede stiller».<sup>337</sup> KOFA påpeker med rette at alle tilbudene ville få like god uttelling på dette punktet, fordi tilbudene som ikke oppfyller minstekrav skal avvises. Derfor var ikke kriteriet egnet til å rangere tilbudene mot hverandre, og kunne ikke tillates.<sup>338</sup>

Det er imidlertid ikke noe krav om at alle kriterier som skal identifisere det mest fordelaktige tilbudet bare er økonomiske i ordets snevreste forstand, eller at de må gi et fordelaktig utslag for oppdragsgiver selv.<sup>339</sup> Dette følger forutsetningsvis av domstolens argumentasjon i *Max Havelaar*, der det påpekes at anledningen til å legge vekt på miljømessige og sosiale hensyn (som i dag følger av FOA § 18-1 tredje ledd bokstav a)

---

<sup>334</sup> Sak 315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) mot Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG).

<sup>335</sup> Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Geelhoed i sak 315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) mot Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), premiss 51.

<sup>336</sup> KOFA sak 2005/236 (Schmidt Norge AS).

<sup>337</sup> Premiss 20.

<sup>338</sup> Premiss 24–27.

<sup>339</sup> Arrowsmith (2014) s. 748.

innebærer at det ved siden av kriterier som berører mottakere og brukere av leveransen, også må kunne legges vekt på kriterier som berører «andre personer».<sup>340</sup>

En oppdragsgiver som ønsker å ta hensyn til miljø har også stor frihet til å vurdere hvordan og i hvilken grad den ønsker å gjøre det. I flere KOFA-saker har en tilbyder som ikke har blitt tildelt kontrakten anført at miljøkriteriene som oppdragsgiver hadde lagt til grunn, ikke identifiserte det mest miljøvennlige tilbudet, og at de derfor ikke var egnet til å identifisere det mest økonomisk fordelaktige tilbudet.<sup>341</sup> I *Statkraft Varme AS* er KOFA's svar på denne anførselen at oppdragsgiver ikke har plikt til å ta hensyn til «alle faktorer som kan ha betydning for et tilbuds verdi». For miljøkriteriet i den saken var det tilstrekkelig at det hadde tilknytning til kontraktsgjenstanden og var egnet til å indikere at tilbudet som fikk uttelling på kriteriet hadde bedre miljøegenskaper enn de øvrige.<sup>342</sup>

Dette er etter mitt syn en god og riktig løsning, fordi det ivaretar formålet med regelverket på en effektiv måte. Å kreve at enhver oppdragsgiver skal ta hensyn til absolutt alle miljøkonsekvenser hvis den skal ta miljøhensyn overhodet, ville utgjøre en uforholdsmessig høy terskel, og sannsynligvis føre til at færre oppdragsgivere tok miljøhensyn. Dessuten ville en slik regel være nærmest umulig å håndheve. For det første fordi miljøspørsmål er heftet med stor kompleksitet og usikkerhet, og en prøving av hvorvidt oppdragsgiver har tatt hensyn til alle miljøkonsekvenser dermed vil være vanskelig å gjøre. For det andre har verken KOFA eller domstolene den nødvendige miljøfaglige ekspertisen til å felle en dom over hvorvidt et slikt krav er oppfylt.

Av hensyn til forutberegnelighet og likebehandling av tilbyderne, bør domstolene og KOFA likevel kunne overprøve oppdragsgivers valg i tilfeller der miljøkriterier i altfor liten grad bidrar til å skille mellom tilbudenes miljøegenskaper. Dette vil også være i tråd med Høyesteretts

---

<sup>340</sup> Sak C-368/10 Kommissjonen mot Nederland, premiss 85.

<sup>341</sup> Se f.eks KOFA sak 2011/69 (Gips Recycling Norge AS) og sak 2011/203 (Statkraft Varme AS).

<sup>342</sup> KOFA sak 2011/203, premiss 127.

uttalelser om at domstolene kan overprøve oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn når skjønnet er vilkårlig, sterkt urimelig eller i strid med de anskaffelsesrettslige prinsippene.<sup>343</sup> Hvis et miljøkriterium ikke skiller mellom miljøegenskapene til tilbudene vil dette både kunne anses som vilkårlig og lite forutberegnelig.

For en oppdragsgiver som vil ta klimahensyn i tildelingskriteriene, innebærer kravet om at kriteriene må utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet først og fremst at kriteriet må gi uttrykk for noe annet enn det som allerede er oppstilt som krav i kravspesifikasjonene. Kriteriet må også være egnet til å skille mellom tilbudenes karbonfotavtrykk eller andre klimaegenskaper, men for en oppdragsgiver med klimaambisjoner burde en slik regel ikke være nødvendig. Tildelingskriterier som ikke evner å skille mellom tilbudenes klimaegenskaper vil trolig heller ikke bidra til å redusere oppdragsgivers karbonfotavtrykk. Hvis det er formålet, burde oppdragsgiver allerede av den grunn søke å unngå slike kriterier.

### 4.3.3 Tilknytning til leveransen

På samme måte som for kravspesifikasjoner, oppstiller forskriften et krav om at tildelingskriterier skal ha tilstrekkelig tilknytning til leveransen.<sup>344</sup> Mens drøftelsen over viste at tilknytningskravet har begrenset (om noen) betydning for kravspesifikasjonene, er det et sentralt vurderingstema for å avgjøre hvilke kvalitative kriterier som kan tillates.

Den første saken der EU-domstolen oppstilte et krav om tilknytning var *Concordia*,<sup>345</sup> som gjaldt kjøp av busstjenester i Helsingfors. Oppdragsgiver benyttet seg av en modell der det mest økonomisk fordelaktige tilbudet skulle velges (dette tilsvarer som nevnt forholdet mellom pris og kvalitet etter 2014-direktivet). Pris skulle veie tyngst, men det skulle gis tilleggspoeng for blant annet lavere utslipp av nitrogen og

---

<sup>343</sup> Rt. 2007 s. 1783 premiss 44.

<sup>344</sup> FOA § 18-1 fjerde ledd.

<sup>345</sup> Sak C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy AB mot Helsingfors kaupunki og HKL-Bussiliikenne*.

lavere støynivå.<sup>346</sup> Concordia hadde levert tilbudet med lavest pris, men ble utkonkurrert av Helsingfors' kommunalt eide busselskap på grunn av miljøkriteriene.

For domstolen argumenterte Concordia med at miljøkriterier ikke har økonomisk karakter, og at de derfor ikke hadde noe i et offentlig anbud å gjøre.<sup>347</sup> Domstolen avfeier denne anførselen,<sup>348</sup> men fastslår samtidig at også tildelingskriterier som vektlegger miljø må ha «til formål» å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.<sup>349</sup> Kravet om tilknytning til kontrakten er derfor ment som en «operasjonalisering» av kravet om at tildelingskriteriene skal være egnet til å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Denne begrunnelsen for kravet har blitt kritisert av enkelte teoretikere.<sup>350</sup> Som jeg kommer tilbake til, reiser tilknytningskravet få problemer for kriterier knyttet til produkters egenskaper. Derfor behandles ikke dette spørsmålet nærmere.

Hva som skal anses som tilknyttet leveransen er i dag legaldefinert i FOA § 18-1 fjerde ledd. Av denne fremgår det at alle tildelingskriterier som viser til en hvilken som helst side av livssyklusen til det som skal leveres, har tilstrekkelig tilknytning, og at dette også gjelder når det ikke påvirker egenskapene til leveransen.

Hvis ordlyden sees i sammenheng med den tilsvarende bestemmelsen for kravspesifikasjoner, underbygger dette konklusjonen om at kravet om tilknytning til kontrakten er overflødig for kravspesifikasjoner. Tildelingskriterier har tilstrekkelig tilknytning *hvis* de viser til et trinn i livssyklusen, mens kravspesifikasjoner etter direktivets ordlyd *bare* kan vise til trinn i livssyklusen hvis det har tilknytning til kontrakts-gjenstanden. Med mindre vilkåret om tilstrekkelig tilknytning har ulikt innhold i de ulike bestemmelsene, blir dette en sirkeldefinisjon som gjør at tilknytningsvilkåret for kravspesifikasjoner ikke får noe innhold.

---

<sup>346</sup> Premiss 22 flg.

<sup>347</sup> Premiss 44.

<sup>348</sup> Premiss 55–57.

<sup>349</sup> Premiss 59 Domstolen siterer her avgjørelsen i C-31/87 Beentjes BV mot Nederland. Trygstad (2017) mener at «innrettet mot» eller «egnet til» er en bedre oversettelse til norsk. (s. 36 med videre henvisninger).

<sup>350</sup> Semple (2016) s. 57. flg.

Det er ikke klart hvorfor det skulle være grunn til å kreve ulik grad av tilknytning for de to forskjellige bestemmelsene, og Arrowsmith går også langt i å mene at de bør tolkes likt.<sup>351</sup>

Forhold som ikke anses å ha tilstrekkelig tilknytning til kontrakts-gjenstanden vil ofte knytte seg til generelle kjennetegn hos leverandøren. Et eksempel på dette er det tidligere nevnte kriteriet i *Wienstrom*,<sup>352</sup> som la vekt på mengden fornybar energi som tilbyderen kunne levere generelt, også utover den energimengden som oppdragsgiver selv etterspurte. Som beskrevet i punkt 3.3.1, hadde ikke dette kriteriet tilstrekkelig tilknytning, fordi tilbydernes aktivitet utenfor kontrakten kunne bli avgjørende for tildelingen.

Som et eksempel på et spørsmål helt i grenseland kan nevnes *Statkraft Varme AS*,<sup>353</sup> der konkurransen gjaldt mottak, transport og behandling av restavfall til energiutnyttelse. To underkriterier ga tilleggspoeng for CO<sub>2</sub>-reduksjon gjennom henholdsvis energiutnyttelsen ved tilbyders anlegg og tilbyders resirkulering av metall fra avfallet. KOFA tolket disse kriteriene til å omhandle generelle forhold hos tilbyderne, og ikke hvilke CO<sub>2</sub>-reduksjoner som ville være knyttet til den aktuelle kontrakten som sådan. Dette var i utgangspunktet problematisk, men fordi utslippsreduksjonen knyttet til leveransen til oppdragsgiver kunne utledes fra hele anleggets forholdsmessige utslippsreduksjon, kunne kriteriet si noe om CO<sub>2</sub>-reduksjonen for den aktuelle kontrakten. De to størrelsene var også koblet sammen slik at en generell reduksjon nødvendigvis måtte føre til en tilsvarende reduksjon for kontrakten. Dermed hadde kriteriet tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden.<sup>354</sup>

Kravet om tilknytning til kontrakten vil i liten grad utgjøre en hindring for oppdragsgivere som vil belønne bruken av produkter med lavt karbonfotavtrykk, eller på andre måter stille krav som gjelder produktene som tilbyderne skal levere. Disse kriteriene vil som regel knytte seg til en side av eller et trinn av livssyklusen til varen, og dermed omfattes av

---

<sup>351</sup> Arrowsmith (2014) s. 741.

<sup>352</sup> Sak C-448/01 EVN AG og Wienstrom GmbH mot Østerrike.

<sup>353</sup> KOFA sak 2011/203 (Statkraft Varme AS).

<sup>354</sup> Premiss 123.

legaldefinisjonen i FOA § 18-1. Oppdragsgivere bør likevel være nøye med å formulere kriteriene slik at de utelukkende knytter seg til leveransens karbonfotavtrykk, og ikke til oppdragsgivers øvrige virksomhet.

#### 4.3.4 Konkurransavidende henvisninger

Som diskutert over, kan kravspesifikasjonene ikke henvise til bestemte merker, opprinnelser, produksjonsmåter osv., hvis det har som virkning at bestemte produsenter eller produkter favoriseres eller utelukkes.

Verken forskriften eller direktivet inneholder et tilsvarende forbud mot konkurransevidende tildelingskriterier, men i *Max Havelaar* slo EU-domstolen fast at hensynene som begrunnet regelen for kravspesifikasjoner, gjorde seg like sterkt gjeldende for tildelingskriteriene.<sup>355</sup> Det er lett å være enig med domstolens resonnering. Hvis konkurranse- og likebehandlingshensyn gjør at en henvisning er forbudt når kravene til ytelsen skal oppstilles, er det liten grunn til å tillate den når de tilbudene som oppfyller kravene senere skal konkurrere om kontrakten.

Det betyr at også tildelingskriteriene må formuleres på en måte som er så objektiv og generell som mulig. Dette gjelder også for tildelingskriteriene knyttet til produktenes klimaegenskaper. Dermed vil det heller ikke være mulig å bruke tildelingskriterier for å påvirke hvilken metode tilbyderne velger for å redusere karbonfotavtrykket til de enkelte elementene i leveransen, for eksempel ved å belønne bruk av CCS-sement.

### 4.4 Krav til kriterienes utforming

Ved siden av å regulere hvilke forhold kvalitative kriterier kan legge vekt på, oppstiller regelverket en rekke krav til hvordan kriteriene skal formuleres. Samtlige har sin opprinnelse i rettspraksis fra EU-domstolen, men enkelte har senere også blitt kodifisert i direktivs- og forskriftsteksten.

Kravene som behandles under er alle utledet fra prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet. De knytter seg på ulikt vis til den etterfølgende evalueringen av tilbudene, og bidrar til at oppdragsgivers

---

<sup>355</sup> Sak C-368/10 Kommisjonen mot Nederland, premiss 95.

vurdering av dem både er rettferdig og tilstrekkelig bundet av opplysningene som er gitt i konkurransegrunnlaget. På den måten får tilbyderne tilstrekkelig informasjon til å levere det beste tilbudet de kan, som igjen er gunstig for oppdragsgiver.

I det følgende vil det enkelte kravet presenteres, før jeg diskuterer hva summen av kravene betyr for en oppdragsgiver som vil bruke tildelingskriterier for å belønne tilbudenes klimaegenskaper.

#### 4.4.1 Presisjon

På samme måte som kravspesifikasjoner, må tildelingskriterier formuleres på en tilstrekkelig presis måte. Dette kravet ble for første gang formulert av EU-domstolen i *SIAC Construction*, og innebærer at angivelsen av kriteriene i konkurransegrunnlaget skal gjøres på en måte som gjør at «det gjøres mulig for alle rimeliglyt opplyste og normalt påpasselige bydende, at fortolke dem på samme måte».<sup>356</sup> Det er verdt å merke seg at denne formuleringen ligner på den EU-domstolen senere brukte i *Cartiera dell'Adda*, som gjaldt presisjonskravet for konkurransegrunnlaget generelt og er nevnt over i forbindelse med kravspesifikasjoner utformet som ytelses- eller funksjonskrav.

I andreutgaven av boken sin, omtaler Trygstad dette kravet som et «klarhetskrav», for å gjenspeile KOFAs ordbruk når den omtaler kravet.<sup>357</sup> I førsteutgaven brukte han begrepet «presisjonskrav». Siden denne artikkelen også behandler presisjonskravet for kravspesifikasjoner, og de to kravenes innhold i stor grad synes å ligne, bruker jeg presisjon og ikke klarhet om kravet som stilles til tildelingskriteriene.

Ved vurderingen av om et kriterium er tilstrekkelig presist, må det tolkes i lys av alle opplysninger i konkurransegrunnlaget og de øvrige forutsetningene for konkurransen.<sup>358</sup> Dette innebærer at et kriterium

---

<sup>356</sup> Sak 19/00 *SIAC Construction* mot *County Civil of the County of Mayo*, premiss 42.

<sup>357</sup> Trygstad (2017), s. 54.

<sup>358</sup> Dragsten (2013) s. 373.

kan anses å være tilstrekkelig presist, selv om ordlyden i seg selv ikke er det. Det var tilfellet i *Fyllingen Maskinstasjon*,<sup>359</sup> der en kommune ved anskaffelse av arbeid på fem fotballbaner hadde brukt kriteriet «kvalitet og valgte løsninger». Denne ordlyden var i seg selv ganske vag, men KOFA kom frem til at tilbyderne i lys av de samlede opplysningene i konkurransegrunnlaget hadde tilstrekkelig grunnlag for å fortolke kriteriet riktig.<sup>360</sup>

#### 4.4.2 Objektivitet

Et kvalitativt kriterium kan etter forskriftens ordlyd ikke utformes så skjønnspreget at det gir oppdragsgiver en «ubegrenset valgfrihet».<sup>361</sup> Kravet ble først formulert av EU-domstolen i *Beentjes*, der kriteriet som skulle vurderes var hva som «forekommer den ordregivende myndighet mest acceptabelt».<sup>362</sup> Dette ble funnet å gi et for fritt skjønn til oppdragsgiver når kontrakten skulle tildeles. Domstolen presiserer imidlertid at en fri og skjønsmessig vurdering også kan være tillatt, så lenge den er basert på objektive kriterier.<sup>363</sup>

Regelen kan sees i sammenheng med presisjonskravet slik det er formulert over. Arrowsmith mener at forbudet mot å gi oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet nettopp innebærer et krav til presisjon,<sup>364</sup> fordi en oppdragsgiver vil stå friere til å velge utfall hvis innholdet i et kriterium ikke er tydelig definert på forhånd. Trygstad viser at vurderingstemaene er litt forskjellige, fordi upresise tildelingskriterier fortsatt kan gi anvisning på et objektivt vurderingstema.<sup>365</sup> Den manglende presisjonen kan imidlertid gi oppdragsgiver et valg mellom ulike tolkningsalternativer, og dette vil på samme måte som ikke-objektive kriterier representere en manglende forutsigbarhet som det ikke er grunn til å påføre tilbyderne.

---

<sup>359</sup> KOFA sak 2005/118 (*Fyllingen Maskinstasjon*).

<sup>360</sup> Premiss 60.

<sup>361</sup> FOA § 18-1 femte ledd.

<sup>362</sup> Sak 31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Nederland*, premiss 25.

<sup>363</sup> Premiss 26 og 27.

<sup>364</sup> Arrowsmith (2014) s. 766 flg.

<sup>365</sup> Trygstad (2017) s. 56.



### 4.4.3 Dokumentasjon

Når oppdragsgiver utformer kvalitative kriterier, skal disse underbygges med en angivelse av hvilken dokumentasjon tilbyderne skal fremlegge.<sup>366</sup> Dette kravet ble først formulert av EU-domstolen i tidligere nevnte *Wienstrom*. Oppdragsgiver ville i den saken belønne tilbydere basert på hvor mye fornybar energi de kunne levere, men hadde ikke teknisk mulighet til å etterprøve opplysningene fra tilbyderne om hvor mye av energien som stammet fra fornybare kilder.<sup>367</sup>

EU-domstolen fant at det er i strid med likebehandlingsprinsippet å oppstille tildelingskriterier som ikke tillater oppdragsgiver å etterprøve om opplysningene fra tilbyderne stemmer.<sup>368</sup> Som Arrowsmith påpeker, medfører slike kriterier en stor risiko for å behandle ulike tilfeller likt, fordi en tilbyder som *sier* at den oppfyller tilbudet vil få like god uttelling som en som *faktisk* oppfyller tilbudet.<sup>369</sup> Kravet til dokumentasjon slik det fremgår av forskriften må derfor forstås som et krav til oppdragsgiver om å etterspørre dokumentasjon som tillater den å etterprøve opplysningene fra tilbyderne.<sup>370</sup>

### 4.4.4 Angivelse av kriterienes relative vekt

Det siste kravet til kriterienes utforming er at oppdragsgiver må angi den relative vekten som vil bli lagt på de enkelte kriteriene.<sup>371</sup> Dette må sies å være et grunnleggende krav for å oppnå forutberegneligheten og likebehandlingen som regelverket skal fremme. Hvis oppdragsgiver på forhånd ikke hadde angitt hvor viktig det enkelte kriterium ville være i totalvurderingen, ville den stå svært fritt i evalueringsrunden, selv med presise, objektive og veldokumenterte kriterier.

---

<sup>366</sup> FOA § 18-1 niende ledd.

<sup>367</sup> Sak C-448/01 EVN AG og Wienstrom GmbH mot Østerrike, premiss 44.

<sup>368</sup> Premiss 47–51.

<sup>369</sup> Arrowsmith (2014) s. 771.

<sup>370</sup> Sak C-448/01 EVN AG og Wienstrom GmbH mot Østerrike premiss 52.

<sup>371</sup> FOA § 18-1 sjetten ledd.

En effekt av kravet om at vekten til «hvert av kriteriene» skal angis, er at det enkelte kriterium bare kan knytte seg til én og samme vurdering. Hvis det i realiteten er to forskjellige forhold som skal vurderes, er oppdragsgiver forpliktet til å skille dem fra hverandre. Dette kan enten gjøres ved å oppstille flere kvalitative kriterier, eller ved å dele opp et enkelt kvalitativt kriterium i flere underkriterier. Begrunnelsen for dette er at det skal være tydelig for alle involverte hvordan de ulike forholdene veies opp mot hverandre. I *Lekolar*<sup>372</sup> hadde en kommune lagt 30 % vekt på kriteriet «kvalitet og vareutvalg» ved anskaffelsen av møbler. KOFA kom til at dette i realiteten var to forskjellige kriterier, og at kommunen ved å gruppere dem hadde gjort det «umulig for en tilbyder å se hvordan et tilbud med stort vareutvalg av lav kvalitet vil bli vektet mot et tilbud med begrenset vareutvalg av høy kvalitet».<sup>373</sup>

#### 4.4.5 Oppsummering

Kravene til tildelingskriterienes utforming innebærer i sum at oppdragsgiver må gi tilbyderne tilstrekkelig informasjon om hva kriteriene skal måle, hvordan oppdragsgiver vil vurdere dem, hva oppdragsgiver skal basere sin evaluering på og hvor viktig det enkelte kriteriet er i forhold til de øvrige. På denne måten får tilbyderne mulighet til å utforme sine tilbud mest mulig i tråd med oppdragsgivers behov.

En oppdragsgiver som vil bruke tildelingskriteriene som virkemiddel for å fremme klimahensyn har selvstendige insentiver til å oppfylle disse kravene. Enten målet er at anskaffelsens karbonfotavtrykk skal bli mindre eller å støtte opp om markedet for klimavennlige produkter, må oppdragsgiver kommunisere dette så tydelig som mulig til markedet. Hvis det ikke er mulig for «rimelig opplyste og normalt påpasselige» tilbydere å forstå hva kriteriet etterspør, vil det dermed også være lite egnet til å fremme klimahensyn.

Selv om klimaeffekten av et produkt kan være komplisert og usikker, er det likevel snakk om en kvantifiserbar og objektiv vurdering som

---

<sup>372</sup> KOFA sak 2009/156 (Lekolar AS).

<sup>373</sup> Premiss 31.

ikke bør være gjenstand for en skjønnsutøvelse fra oppdragsgivers side. Nettopp siden klimaeffekten av et produkt er komplisert, vil det også være viktig å etterspørre tydelig og verifiserbar dokumentasjon på klimautslippene fra de ulike stadiene i produktets livssyklus, for å være sikker på at tilbudet rent faktisk har et mindre karbonfotavtrykk enn sine konkurrenter.

Det vil være like avgjørende for en oppdragsgiver med klimaambisjoner å kommunisere at tilbudenes klimaegenskaper vil være viktig, ved å tydelig angi hvilken relativ vekt tildelingskriteriene knyttet til klima vil ha, sammenlignet med de øvrige. Hvis anskaffelsen gjelder en sammensatt leveranse, kan det imidlertid være verdt å merke seg at kravet om å angi den relative vekten til det enkelte kriterium medfører en plikt til å skille ulike forhold fra hverandre. Hvis oppdragsgiver vil gå mer detaljert til verks enn å sammenligne tilbudene på et overordnet nivå, må den derfor skille ut de ulike vurderingstemaene i underkriterier eller selvstendige kvalitative kriterier.

## **4.5 Oppdragsgivers frihet til å fastsette kriterienes vekt**

### **4.5.1 Innledning**

For å fungere som verktøy for å avgjøre hvilken tilbyder som skal vinne kontrakten, må tilbudenes oppfyllelse av de ulike kriteriene kunne sammenlignes for å avgjøre hvilket tilbud som i sum er det beste. Hvis klimaegenskaper som tildelingskriterium skal ha effekten det er tiltenkt, må tilbudene evalueres på en måte som gjør at klimaegenskapene til leveransen blir tilstrekkelig viktig for helhetsvurderingen. Formålet med dette underkapitlet er å undersøke grensene for oppdragsgivers frihet til å gi tilbudenes klimaegenskaper avgjørende innflytelse på resultatet av konkurransen.

Som nevnt over, er oppdragsgiver forpliktet til å bruke tildelingskriteriene for å finne det «økonomisk mest fordelaktige tilbudet». Når pris- eller kostnadskriteriet brukes, er dette som regel uproblematisk: Tilbudet med lavest pris eller kostnad vil være det tilbudet som anses

som det økonomisk mest fordelaktige. Siden pris eller kostnad må være en del av tildelingskriteriet «det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet», vil prisen eller kostnaden også her være sentral i å finne det mest fordelaktige tilbudet. Når kvalitative kriterier legges til, åpnes det imidlertid for at tilbudet som blir valgt *ikke* er det med lavest pris eller kostnad. Dette reiser spørsmålet om grensene for hvor langt oppdragsgiver kan gå i å legge vekt på kriterier som ikke er knyttet til pris eller kostnad før det ikke lenger er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet som velges. I punkt 4.5.2 vil jeg først redegjøre for hva som kan utledes om dette spørsmålet fra uttalelser i rettspraksis og juridisk teori.

En annen nødvendig forutsetning for å avgjøre hvilket tilbud som i sum er best, er at man først har evaluert tilbudenes oppfyllelse av de ulike kriteriene. Hvilken metode som velges for å gjennomføre denne evalueringen kan ha stor påvirkning på hvor stor uttelling tilbudene får på det enkelte kriteriet. Dermed kan ulike valg av evalueringsmetoder føre til at ulike tilbud i sum fremstår som det beste. I punkt 4.5.3 beskriver jeg hovedtrekk ved ulike evalueringsmetoder og hvordan de påvirker tilbudenes uttelling på det enkelte kriterium.

Som jeg kommer tilbake til, taler gode grunner for at spørsmålet om kriterienes relative vekt i seg selv ikke er nok til å avgjøre om de i sum er egnet til å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Derfor vil jeg i punkt 4.5.4 formulere et forslag til hvordan en rettsanvender kan avgjøre dette, og hvordan en oppdragsgiver kan forholde seg for å holde seg innenfor skrankene for skjønnsutøvelsen som regelverket setter opp.

#### **4.5.2 Slutninger fra rettspraksis og juridisk teori**

Spørsmålet om tildelingskriteriene i sum vil finne frem til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, har tradisjonelt blitt behandlet som et spørsmål utelukkende om *hvor stor vekt* oppdragsgiver kan legge på andre kriterier enn pris eller kostnad.

Utgangspunktet for en slik vurdering er at fastsettelsen av tildelingskriterienes relative vekt er en del av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Det innebærer at domstolene kun anser seg kompetente til å

overprøve hvorvidt skjønnnet er vilkårlig eller sterkt urimelig, eller om det støter mot de grunnleggende prinsippene i LOA § 5.<sup>374</sup> Oppdragsgiver har derfor stor skjønnsfrihet til å fastsette vekten av det enkelte kriterium. Det har vært antatt at det er større skjønnsfrihet knyttet til å legge vekt på kriterier som har direkte betydning for oppdragsgiver enn til å legge vekt på kriterier som har mer indirekte økonomisk verdi, som miljø og sosiale forhold.<sup>375</sup>

Vurderingen av hvor stor vekt et kriterium kan ha, vil også påvirkes av hvor relevant det er for anskaffelsen. Dragsten trekker frem at det å legge stor vekt på et miljøkriterium kan være i strid med kravet om å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, hvis miljøforholdene det knytter seg til er perifere i forhold til anskaffelsens formål.<sup>376</sup> Så langt finnes det likevel tilsynelatende ikke eksempler på saker hvor KOFA eller en domstol har kommet til at det har blitt lagt for stor vekt på verken miljøkriterier eller andre kvalitative kriterier.

I *Wienstrom* kom EU-domstolen til at 45% vekt på kriteriet om leveranse av fornybar energi ikke var i strid med målet om å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.<sup>377</sup> Domstolen legger selvstendig vekt på at målet med kriteriet var bekjempelse av klimagassutslipp, og at dette er en målsetning som EU selv har forpliktet seg til å etterstrebe.<sup>378</sup>

Både Trygstad og Arrowsmith tolker domstolens formuleringer som et tegn på at den anså den aktuelle saken som et grensetilfelle. Hvorvidt den faktisk representerer et grensetilfelle er de mindre sikre på. Trygstad trekker frem det nye direktivets fokus på anskaffelser som virkemiddel til å fremme miljøhensyn som et argument for at oppdragsgivers frihet kan være større i dag.<sup>379</sup> Arrowsmith mener på sin side at terskelen for når domstolene bør overprøve oppdragsgivers vektning av de kvalitative kriteriene burde være mye høyere enn i *Wienstrom*, også før 2014-direktivet.

---

<sup>374</sup> Rt. 2007 s. 1783 premiss 44.

<sup>375</sup> Sommer Andersen (2019) s. 287.

<sup>376</sup> Dragsten (2013) s. 402.

<sup>377</sup> Sak C-448/01 EVN AG og Wienstrom GmbH mot Østerrike premiss 42.

<sup>378</sup> Premiss 40.

<sup>379</sup> Trygstad (2019) s. 106–7.

Hun trekker grensen ved tilfellene der vektingen er så uvanlig eller forskrudd at det i realiteten er et forsøk på å gi bestemte tilbydere en fordel.<sup>380</sup>

Fra rettspraksis og juridisk teori kan det dermed slutes at oppdragsgiver har stor frihet til å fastsette tildelingskriterienes vekt, så lenge fastsettelsen ikke er vilkårlig eller sterkt urimelig, eller bryter med de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene. Verken rettspraksis eller juridisk teori gir anvisning på en egnet fremgangsmåte for å vurdere hvor grensen bør gå. Som jeg kommer tilbake til i punkt 4.5.4, kan det i en slik vurdering være nyttig å se kriteriets vekt i sammenheng med måten det er evaluert på. For å gjøre det er det imidlertid nødvendig å først gi et overblikk over hvordan kvalitative kriterier normalt evalueres og hvordan dette kan påvirke utfallet av en konkurranse.

### 4.5.3 Poengberegningsmetoder for evaluering av tilbud<sup>381</sup>

Den vanligste fremgangsmåten i evalueringsomgangen er at tilbud evalueres etter en av flere ulike poengberegningsmetoder.<sup>382</sup> Disse kjenetegnes ved at tilbudenes oppfyllelse av det enkelte kriterium tildeles en poengsum, og at det tilbudet som i sum får flest poeng tildeles kontrakten.

For noen kriterier kan det være aktuelt å fastsette en *binær modell*: Hvis vilkår X er oppfylt, får tilbudet Y poeng. Dette vil være tilfellet hvis man bruker «ønskelige» kravspesifikasjoner, som nevnt i punkt 3.1. I et slikt tilfelle vil kriteriets relative vekt i forhold til de øvrige kriteriene være det eneste som påvirker hvor viktig det vil bli for resultatet.

Med unntak av tilfellene der man bruker slike binære kriterier, vil man ved evaluering av tilbudenes oppfyllelse av kvalitative kriterier som regel foreta en innplassering av tilbudene på en skala. For disse vil skalaens utforming ha stor betydning for kriteriets betydning for totalsummen. Det er derfor grunn til å se nærmere på hvordan slike

---

<sup>380</sup> Arrowsmith (2014) s. 760.

<sup>381</sup> Dette underpunktet bygger i stor grad på Trygstad (2017) sin fremstilling av temaet. For en mer inngående og detaljert redegjørelse for temaet anbefales del V i hans bok (s. 251–364).

<sup>382</sup> Trygstad (2017) s. 261.

skalaer kan utformes, og hvilken innvirkning det har for den endelige vurderingen.

For det første kan det skilles mellom *lineære* og *forholdsmessige* poengberegningmetoder. I begge metodene finner man først et referansenivå som man beregner prisene ut fra. Hvis det aktuelle kriteriet måler pris eller kostnad vil referansenivået være et kronebeløp, mens de kvalitative kriteriene vil måles med en egnet måleenhet.<sup>383</sup> Dette kan illustreres med CO<sub>2</sub>-utslipp fra biler.

I en *lineær* modell vil tilbudene få poeng basert på den absolutte avstanden fra referansenivået. I et tenkt eksempel hvor 150 g CO<sub>2</sub>/km gir 0 poeng og 50 g CO<sub>2</sub>/km gir 10 poeng, vil hver reduksjon på 10 gram CO<sub>2</sub>/km gi ett ekstra poeng. 140 g/km får 1 poeng, 130 får 2, og så videre helt til 60 g/km som får 9.<sup>384</sup>

I en *forholdsmessig* modell vil tilbudene få poeng basert på den relative avstanden fra referansenivået. I slike modeller tar man gjerne utgangspunkt i det beste innleverte tilbudet (se nærmere om dette under), og gir tilbudene poeng basert på hvor mye bedre det beste tilbudet er. Tar man utgangspunkt i eksemplet over, vil et beste tilbud på 50 g CO<sub>2</sub>/km fortsatt gi 10 poeng. Et tilbud på 150 g CO<sub>2</sub>/km har tre ganger høyere utslipp enn det beste tilbudet, og vil med en slik modell derfor få 3,33 poeng.<sup>385</sup>

Hvor mange poeng man mister per gram CO<sub>2</sub>, vil med en forholdsmessig modell avhenge av hvor nære det beste tilbudet man er, og kurven

---

<sup>383</sup> Det kan også skilles mellom kvantitative og *rent kvalitative* kriterier, avhengig av om det de vurderer er kvantifiserbart eller mer skjønnspreget (begge vil være «kvalitative kriterier» slik jeg bruker begrepet som motsetning til tildelingskriterier generelt). Siden klimaeffekten av et produkt er kvantifiserbar, behandler jeg ikke evalueringsmetoder for rent kvalitative kriterier nærmere.

<sup>384</sup> I utgangspunktet vil en lineær modell kunne strekke seg uendelig langt i begge retninger med tilsvarende forhold mellom antall poeng og det underliggende som måles. I praksis avgrenses det ofte av rammene for metoden som velges, og det er en diskusjon i teorien om bruken av negative poeng. Nærmere om sistnevnte i Trygstad (2017) s. 295 flg.

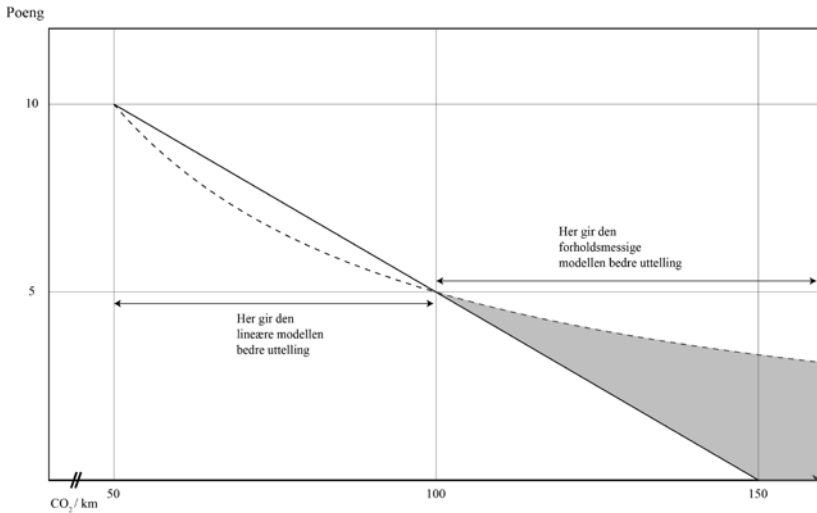
<sup>385</sup> Formelen for et bestemt tilbud blir

$$\frac{\text{beste tilbud}}{\text{det bestemte tilbudet}} = x \text{ antall poeng til det beste tilbudet}$$

Hvis skalaen snus slik at det tilbudet som skårer høyest anses som det beste, må teller og nevner bytte plass.

avtar med avstanden. Sammenlignet med en lineær modell, favoriserer en forholdsmessig modell derfor tilbudene som oppfyller kriteriet *aller dårligst* (se grafen under). Med mindre oppdragsgiver faktisk ønsker dette, bør den derfor tenke seg godt om før den velger en forholdsmessig poengberegningsmetode.

Figur 1. Eksempel på lineær og forholdsmessig modell



For det andre har det betydning om metoden som velges er *endogen* eller *eksogen*. Dette knytter seg til hvordan referansenivået fastsettes.

Når man bruker en endogen modell fastsetter man referansenivået med utgangspunkt i tilbudene som mottas i konkurransen, som oftest slik at tilbudet som gjør det best på det aktuelle kriteriet får full uttelling. Med en eksogen modell fastsettes referansenivået med utgangspunkt i en ekstern størrelse. Dette vil i de fleste tilfeller føre til at ingen tilbydere får «full uttelling» på kriteriet, men som jeg skal komme tilbake til, er det de eksogene modellene som skaper mest forutsigbarhet.

Forholdsmessige poengberegningsmetoder er i stor grad endogene, fordi utslagene på den andre siden av referansenivået er så store (hver halvering av utslippsnivået doubler antall poeng, slik at man i eksemplet



over ville fått 20 poeng for 25 g/km, 40 for 12,5, 80 for 6,25 osv.). Å la referansenivået følge det beste tilbudet sørger for at man ikke trenger å forholde seg til slike utslag.

For lineære metoder er valget mellom endogene og eksogene modeller i utgangspunktet mindre viktig. Hvis man forutsetter at poengene som opptjenes går rett inn i en totalsum uten vektning og at stigningstallet (kurvens «bratthet») ikke påvirkes av referansenivået, vil differansen i antall poeng og innvirkningen på det endelige resultatet være konstant mellom to bestemte tilbud (en forskjell på 25 poeng vil for eksempel være like stor uansett om det er snakk om 1 og 26 eller 101 og 126, så lenge poengene fra alle kriteriene legges sammen uendret til slutt). Men ofte vil en eller begge av disse forutsetningene mangle. Da vil en endogen metode for å fastsette referansenivået føre til at nivået på det beste tilbudet avgjør hvordan andre tilbud vil gjøre det i forhold til hverandre, og dermed potensielt være avgjørende for det endelige resultatet.

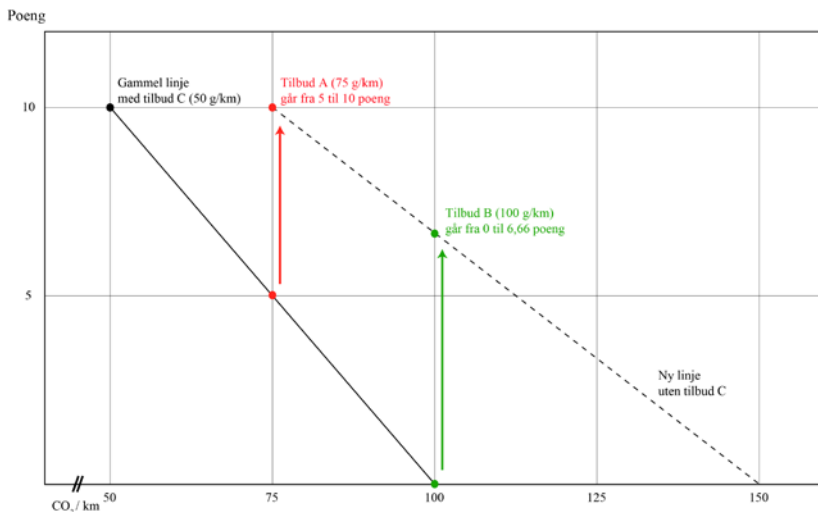
En populær lineær og endogen beregningsmetode er den lineære proporsjonale metoden. Etter denne metoden fastsettes poengene slik at det beste tilbudet får full uttelling og et tilbud som er halvparten så bra som det beste tilbudet får null.<sup>386</sup> Effekten av dette er at forskjeller mellom ulike «topp-tilbud» kan gjøre utslag for hvordan andre tilbud gjør det i forhold til hverandre. Dette kan vises ved å konstruere en tenkt konkurranse hvor evalueringen av utslippskriteriet illustreres i grafen under.

---

<sup>386</sup> Formelen for poengsummen til det enkelte tilbud er

$$10 - 10x \frac{(\text{tilbudets utslipp} - \text{lavest utslipp})}{\text{det bestemte tilbudet}}$$

Figur 2. Utslag av færre tilbud på en lineær proporsjonal metode



I situasjonen med tre tilbud, vil poengsummen beregnes ut fra tilbud Cs utslipp på 50 g/km. Da vil et utslipp på 75 g/km (tilbud A) få 5 poeng og utslipp på 100 g/km (tilbud B) få 0. Hvis tilbud C tenkes borte, beregnes tilbudene med utgangspunkt i tilbud As 75 g/km. Denne vil da tildeles 10 poeng, mens tilbud B vil få 6,66. Differansen mellom de to resterende tilbudene har dermed blitt 1,66 poeng *mindre*.

Hvis det forutsettes at oppdragsgiveren som skal kjøpe bil opererer med to likevektige kriterier: pris og CO<sub>2</sub>-utslipp, vil en tildelingsevaluering kunne se slik ut:

	<i>Tilbud A</i>	<i>Tilbud B</i>	Tilbud C
Tilbudt pris	140 000	100 000	180 000
<b>Poeng for pris</b>	<b>6</b>	<b>10</b>	<b>2</b>
Tilbudt utslipp	75	100	50
<b>Poeng for utslipp</b>	<b>5</b>	<b>0</b>	<b>10</b>
<b>SUM</b>	<b>11</b>	<b>10</b>	<b>12</b>

Selv om den scorer dårligst på pris, vinner tilbud C på grunn av sitt vesentlig lavere CO<sub>2</sub>-utslipp. Hvis det nå forutsettes at tilbud C ikke ble inngitt, må evalueringen gjøres på nytt for de to andre tilbudene.

	<i>Tilbud A</i>	<i>Tilbud B</i>
Tilbudt pris	140 000	100 000
<b>Poeng for pris</b>	<b>6</b>	<b>10</b>
Tilbudt utslipp	75	100
<b>Poeng for utslipp</b>	<b>10</b>	<b>6,66</b>
<b>SUM</b>	<b>16</b>	<b>16,66</b>

I dette tilfellet får den reduserte differansen i utslippspoeng avgjørende betydning. Selv om tilbud A og B er *helt identiske* i de to konkurransene, har bortfallet av tilbud C gjort at oppdragsgiver ender opp med den billigste bilen med høyest utslipp, i stedet for den dyreste bilen med lavest utslipp.

Dette eksemplet er egnet til å vise at kriterienes relative vekt alene ikke gir så mye informasjon om hvilket utfall konkurransen vil få. Selv om kriteriene har *like stor vekt*, kan resultatet bli vidt forskjellig, avhengig av evalueringsmetoden som velges og hvilke tilbud som deltar i konkurransen.

Med dette som bakgrunn kan det anføres at det å se på vekten alene ikke er tilstrekkelig når en rettsanvender skal vurdere om de kvalitative kriteriene bidrar til å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

#### 4.5.4 Reell betalingsvillighet som alternativt vurderingstema

Et perspektiv som kan bidra til å operasjonalisere spørsmålet om oppdragsgiver har vektet og evaluert kriteriene slik at de i sum peker på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, er å vurdere om vektingen og evalueringen av kriteriene sett under ett gir uttrykk for en *reell betalingsvillighet* hos oppdragsgiver.

I en konkurranse der oppdragsgiver benytter seg av en poengberegning metode for å evaluere de innkomne tilbudene, vil det være mulig å si noe om oppdragsgivers beregnede betalingsvillighet for et gitt kriterium ved å se på forholdet mellom pris og poeng på den ene siden, og hvordan uttellingen for det kvalitative kriteriet slår ut på andre siden. Hvis man ser for seg en anskaffelse hvor tilbyderne får poeng fra 0 til 10 for de to kriteriene pris og leveringstid, kan man for eksempel ganske lett regne ut hva oppdragsgiver er villig til å betale for raskere leveringstid basert på hvordan evalueringen er lagt opp. Hvis en tilbyder får 0 poeng for en pris på 10 000 kroner, og 10 poeng for 5000, mens leveringstiden gir 0 poeng for femten uker og 10 for fem uker, kan man regne ut at hver uke er verdt 500 kroner for oppdragsgiveren (fordi hvert poeng er verdt henholdsvis 500 kroner og én uke).

Å oppstille beregnet betalingsvillighet som vurderingstema vil bidra til å synliggjøre det som en rettsanvender etter direktivets ordlyd er satt til å vurdere, nemlig hva som er «Det økonomisk mest fordelagtige tilbud *set ud fra den ordregivende myndigheds synspunkt*». <sup>387</sup> Når tildelingskriteriet «det beste forholdet mellom pris og kvalitet» er valgt, vil betalingsvilligheten for kvalitet være bestemmende for hva oppdragsgiver anser som det økonomisk mest fordelaktige. Ved å beregne hvilken betalingsvillighet kriteriene gir uttrykk for, kan man også vurdere om denne betalingsvilligheten ligger innenfor rammene av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

Siden vektingen og evalueringen av tildelingskriteriene er en del av det innkjøpsfaglige skjønnet, skal en rettsanvender som nevnt tidligere nøye seg med å vurdere om resultatet er vilkårlig, sterkt urimelig eller i strid med de anskaffelsesrettslige prinsippene i LOA § 4. Det er altså først når den beregnede betalingsvilligheten gir utslag som er godt utenfor det som virker saklig og gjennomtenkt, at en rettsanvender bør komme til at vektingen og evalueringen ikke er egnet til å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Å oppstille beregnet betalingsvillighet som vurderingstema når skjønnet skal vurderes av en rettsanvender, vil derfor

---

<sup>387</sup> Direktiv 2014/24/EU artikkel 67 første ledd. Min utheving.

ikke være det samme som å pålegge en oppdragsgiver å gjøre en slik vurdering for å opptre i tråd med regelverket.

Det kan likevel være grunn til å *oppfordre* oppdragsgivere til å vurdere egen betalingsvillighet. Ved å gjøre beregninger av hvilken beregnet betalingsvilje som utformingen av et kriterium med tilhørende evalueringsmetode gir uttrykk for, kan en oppdragsgiver synliggjøre at det ligger en økonomisk vurdering til grunn for valget den har gjort. Så lenge denne vurderingen er gjort på en saklig og samvittighetsfull måte, er det grunn til å anta at vilkåret om at tildelingskriteriet skal finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vil være oppfylt.

En annen positiv bivirkning av å oppstille beregnet betalingsvilje som vurderingstema, er at det nettopp gir en oppfordring til oppdragsgivere om å vurdere hvor effektivt tildelingskriteriet vil være som verktøy for å oppnå oppdragsgiverens målsetninger, enten de knytter seg til klima eller til andre formål. Hvis en oppdragsgiver finner ut at kostnaden overstiger gevinsten ved å oppstille kriteriet slik den hadde planlagt, eller at andre virkemidler kan være mer effektive, kan det føre til at den velger bort det aktuelle kriteriet som metode for å forfølge sine klimamål. Dette kan bidra til en mer effektiv bruk av offentlige midler, i tråd med formålet i LOA § 1.

#### 4.5.5 Oppsummering

Spørsmålet om hvor viktig et kvalitativt kriterium kan være før kriteriene i sum ikke lenger utpeker det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, har ofte blitt diskutert som et spørsmål utelukkende om kriterienes vekt. Siden valget av evalueringsmetode kan påvirke utfallet uten å endre kriterienes vekt, bør ikke fokuset være på vekten alene.

Ved å beregne hvilken betalingsvillighet vektingen og evalueringen av kriteriene gir uttrykk for, kan en rettsanvender gi seg selv et mer konkret vurderingstema. Spørsmålet blir da om betalingsvilligheten som kriteriene gir uttrykk for er vilkårlig, sterkt urimelig eller i strid med de anskaffelsesrettslige prinsippene.

En oppdragsgiver som vil fremme klimahensyn gjennom tildelingskriteriene bør velge en vektning og en evalueringsmetode som gir uttrykk for hva den er villig til å betale for klimaegenskapene til produktet. Denne betalingsvilligheten vil naturlig nok variere fra oppdragsgiver til oppdragsgiver, men den bør uansett fastsettes med henblikk på hva alternative, mer effektive tiltak for å redusere eget karbonfotavtrykk vil koste.

## 4.6 Tildelingskriterier som virkemiddel for å fremme klimahensyn

Den europeiske rettsordenens syn på bruken av tildelingskriterier for å fremme miljøinteresser har gjennomgått en stor forandring i løpet av de siste 20–30 årene. Også den norske lovgivers syn på dette har beveget seg. I forarbeidene til en tidligere anskaffelseslov uttalte nærings- og handelsdepartementet i 1997 at det ikke var «nødvendig eller ønskelig å innta miljø som et tildelingskriterium» når miljøgevinsten ikke ga oppdragsgiver selv en økonomisk fordel, fordi det ville åpne for at tildelingen av kontrakter ble basert på «lite gjennomsiktede og uforutsigbare kriterier». Departementet mente det var tilstrekkelig å stille miljøkrav i kravspesifikasjonene, og viste til at kommisjonen hadde pålagt Sverige og Finland å fjerne bestemmelser i deres anskaffelsesregelverk som tillot miljøhensyn i tildelingskriteriene.<sup>388</sup>

Finland rakk tilsynelatende ikke å etterkomme dette pålegget før det i Helsingfors ble tildelt kontrakter om drift av bussruter med grunnlag i kriterier om støy og NOx-utslipp i august samme år, og etter at kommisjonens (og departementets) syn ble motsagt av EU-domstolen i *Concordia*,<sup>389</sup> har det vært klart at tildelingskriteriene både er et tillatt og et ønskelig virkemiddel for å fremme miljøinteresser.

*Concordia* la også ned de viktigste begrensningene for bruken av tildelingskriterier for å fremme miljøinteresser, med det strenge fokuset

---

<sup>388</sup> Ot.prp.nr.71 (1997–98) s. 40.

<sup>389</sup> Sak C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy AB mot mot Helsingfors kaupunki og HKL-Bussiliikenne*.

på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og det avledede kravet om tilknytning til kontrakten som kanskje de aller viktigste. Tilknytningskravet reiser få problemstillinger for lavkarbonprodukter, fordi disse som nevnt over, omfattes av legaldefinisjonen i FOA § 18-1 fjerde ledd. Kravet om at kriteriene må være egnet til å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet gjelder også for kriterier om miljø, men det er ikke noe krav at kriteriene finner det objektivt sett mest miljøvennlige tilbudet. Så lenge oppdragsgiver godtgjør at det er foretatt en saklig vurdering av at kriteriet vil gi en klimagevinst, virker det som om KOFA og EU-domstolen er tilfredse.

#### **4.6.1 Når bør tildelingskriterier brukes for å fremme klimahensyn?**

Tildelingskriterier har den fordelen at de er mer fleksible og konkurransevennlige enn kravspesifikasjoner. Først og fremst fordi det å gjøre klimaegenskaper til vurderingstema i et tildelingskriterium ikke utelukker noen aktører fra konkurransen, men også fordi tildelingskriteriene rangerer tilbyderne. Dette gjør det mulig å belønne tilbydere som kan tilby enda bedre klimaløsninger enn det oppdragsgiver i utgangspunktet ønsket seg eller kunne stille som krav uten å begrense konkurransen for mye.

Trygstad trekker frem at tildelingskriterienes premiering av graden av oppfyllelse gjør dem egnet til å sikre seg at tilbudet som blir valgt utgjør det beste som markedet kan tilby, men at denne egenskapen hos dem også gjør dem mer krevende for oppdragsgivere.<sup>390</sup> Dårlig utformede kriterier kan være unødvendig fordyrende, virke fremmede for tilbydere og i noen tilfeller til og med ikke oppnå målet om å internalisere anskaffelsens klimakostnader. Oppdragsgivere som ikke har riktig fagkompetanse eller tilstrekkelig kapasitet til å utforme treffsikre kriterier, kan derfor være tjent med å stille sine klimakrav i kravspesifikasjonene.

En mindre komplisert og risikabel måte å bruke tildelingskriterier på er å bruke binære kriterier knyttet til bestemte klimaegenskaper. Så lenge

---

<sup>390</sup> Trygstad (2017) s. 125.

belønningen for oppfyllelse av kriteriet står i forhold til poengsummen tilbyderne kan få etter de andre kriteriene, gir dette en oppdragsgiver mulighet til å spesifisere hvilke klimaløsninger den ønsker seg, og hva den er villig til å betale for dem. Samtidig utgjør det ikke den begrensningen i konkurransen som et absolutt krav vil gjøre, og siden det ikke benyttes en skala, vil utslaget av kriteriet være mer forutsigbart for alle parter. Ulempen med en slik fremgangsmåte er at tilbydere som overoppfyller oppdragsgivers krav ikke vil få uttelling for det, og at det fortsatt er en risiko for at det oppdragsgiver har valgt å legge vekt på ikke er det som samlet sett gir den beste klimaløsningen.

#### 4.6.2 Sement og betong

Som beskrevet i punkt 3.4.1, vil en oppdragsgiver trolig kunne stille krav om at betongen som brukes i en anleggs- eller bygningsanskaffelse skal ha et karbonfotavtrykk som tilsvarer den mest klimavennlige betongen som er praktisk tilgjengelig for prosjektet. Men jo mer ambisiøse klimakrav som stilles til betongen, desto dyrere blir også prosjektet. Det kan også tenkes at tilgangen på tilsetningsstoffer fremstår som usikkert for oppdragsgiver, og at den dermed ser seg tjent med å stille mindre strenge krav i kravspesifikasjonene, for å unngå usikkerhet rundt prosjektet. I så fall kan en mulighet være å oppstille et tildelingskriterium som belønner utslippsreduksjon fra bruk av mer klimavennlig betong enn kravet som fremgår av kravspesifikasjonen. Da kan oppdragsgiver på forhånd bestemme seg for hva den er villig til å betale per enhet CO<sub>2</sub> som kuttes, og sørge for at evalueringsmetoden som velges gjenspeiler denne betalingsviljen.

Dette vil også gi betydelige fordeler for nye teknologier som kutter mer CO<sub>2</sub> enn de betongtypene som er tilgjengelig i dag. Så lenge poengene som tildeles for utslippskutt er «verd» mer enn merkostnaden av for eksempel å fange CO<sub>2</sub> fra produksjonsanlegget, vil betong laget på denne måten være konkurransedyktig med annen lavkarbonbetong. I noen tilfeller vil slik betong ha betydelig lavere utslipp enn det som er mulig å oppnå ved bruk av tilsetningsstoffer, fordi kravene til betongens egenskaper setter



grenser for hvor mye sement som kan erstattes med tilsetningsstoffer.<sup>391</sup> Hvis muligheten for tilsetningsstoffer er liten, vil det beste alternativet til CCS-betong ha et vesentlig høyere karbonfotavtrykk.

I GPP-kriteriene for planlegging, oppføring og forvaltning av kontorbygg er det bare ett foreslått kriterium som direkte knytter seg til betong. Kriteriet er binært, og tildeler ekstrapoeng til tilbydere som inkorporerer mer enn henholdsvis 15% (i de sentrale kriteriene) eller 30% (i de omfattende kriteriene) resirkulert materiale i betongen.<sup>392</sup> Norsk betongforening mener imidlertid at bruk av resirkulert betong som tilslag i ny betong kan ha negativ klimaeffekt fordi resirkulert betong ikke har bindemiddeleffekt, og derfor kan føre til økt behov for sement i betongblandingen.<sup>393</sup> Uten å konkludere om klimaeffekten av resirkulert materiale i betong, er dette uansett et eksempel på at valget av tildelingskriterier må vurderes grundig.

---

<sup>391</sup> Norsk Betongforening (2019) s. 16.

<sup>392</sup> SWD(2016) 180 final, s. 22.

<sup>393</sup> Norsk Betongforening (2019), s. 15.

## 5 Konklusjoner og anbefalinger

I denne artikkelen har jeg vist at regelverket som utgangspunkt gir stort handlingsrom til en oppdragsgiver som vil stille klimakrav i sine anskaffelser. På et overordnet nivå skyldes dette både at de materielle kravene til leveransen er en del av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og at skrankene for dette skjønnen utvides når formålet er bekjempelse av klimaendringer, som er et viktig mål både på nasjonalt og internasjonalt nivå.

Denne overordnede konklusjonen kan likevel utdypes i flere retninger. For det første oppstiller regelverket fortsatt enkelte skranker for hva oppdragsgiver kan etterspørre, samt hvordan den skal gå frem og hvordan kravene skal formuleres. Disse skrankene vil oppsummeres i punkt 5.1.

For det andre medfører det store handlingsrommet at oppdragsgiver ofte kan gi uttrykk for den samme klimaambisjonen på flere ulike måter. Dermed er det også mulig å si noe om i hvilke tilfeller og på hvilken måte de ulike virkemidlene bør brukes for å oppnå oppdragsgivers klimaambisjoner. Dette gjøres i punkt 5.2.

I punkt 5.3 vil jeg komme med noen avsluttende betraktninger om temaet for artikkelen, enkelte andre problemstillinger jeg har identifisert og kunnskapsbehovet som trengs for at oppdragsgivere skal kunne gjennomføre gode grønne offentlige anskaffelser.

### 5.1 Rettslige skranker for å stille klimakrav i kravspesifikasjoner og tildelingskriterier

Som nevnt over, har jeg brukt begrepet «klimakrav» som et overordnet begrep som omfatter både krav om klimaegenskaper i kravspesifikasjonene og tildelingskriterier som belønner tilbud med gode klimaegenskaper. De rettslige skrankene for å stille slike klimakrav kan deles opp i to kategorier, basert på hvilket spørsmål de besvarer. Den ene kategorien gjelder hvilke klimaambisjoner kravene og kriteriene kan gi uttrykk for, målt i hvor mye de begrenser konkurransen eller går ut over fokuset

på kostnadseffektivitet. Den andre knytter seg til hvilke formuleringer oppdragsgiver kan bruke for å gi uttrykk for disse klimaambisjonene.

Som fremstillingen over viser, er svaret på det siste spørsmålet likt for kravspesifikasjoner og tildelingskriterier, mens det gjelder i hvert fall tilsynelatende ulike regler for hvilke klimaambisjoner det kan gis uttrykk for med de to forskjellige virkemidlene. I realiteten står oppdragsgiver likevel i stor grad fritt til å velge hvordan den vil gå frem, og betraktninger rundt hvilke virkemidler som gir det beste resultatet vil nok som regel være avgjørende for valgene som oppdragsgiver gjør.

### **5.1.1 Kravspesifikasjonene må ikke utgjøre en uforholdsmessig begrensning i konkurransen**

Som behandlet i punkt 3.3.2, stiller forskriften et krav om at kravspesifikasjonene må «stå i forhold til anskaffelsens formål i verdi».<sup>394</sup> Direktivet på sin side forbyr anskaffelser som er utformet med formål om å «kunstigt innskranke konkurransen»<sup>395</sup> og kravspesifikasjoner som skaper «ubegrundede hindringer for at udbud åpnes for konkurrence».<sup>396</sup> I sum gir dette uttrykk for et krav om at kravspesifikasjonene ikke må utgjøre en uforholdsmessig begrensning i konkurransen. Når kravene søker å nå horisontale målsettinger, og ikke er stilt for å tilfredsstille et materielt behov hos oppdragsgiver, vurderes begrensningen i konkurransen ut fra en alminnelig forholdsmessighetsvurdering.

Forholdsmessighetsvurderingen innebærer at kravene som stilles må være *egnet* til å redusere anskaffelsens karbonfotavtrykk. Denne vurderingen bør ikke utgjøre et problem for en oppdragsgiver som stiller klimakrav, enten motivasjonen først og fremst er å redusere eget karbonfotavtrykk eller utvikle markeder for lavkarbonprodukter. Dersom tiltaket ikke består egnethetsprøven under forholdsmessighetsvurderingen, er det fordi det rent faktisk ikke kan bidra til å redusere oppdragsgivers karbonfotavtrykk. Da kan det uansett vanskelig kalles et klimakrav.

---

<sup>394</sup> FOA § 15-1 annet ledd.

<sup>395</sup> Direktiv 2014/24/EU artikkel 18 første ledd.

<sup>396</sup> Artikkel 42 annet ledd.

Videre må kravet være *nødvendig* for å oppnå målsettingen som oppdragsgiver har satt. Det betyr at kravspesifikasjoner som begrenser konkurransen mer enn andre spesifikasjoner som ville oppnådd de samme klimagevinstene, ikke er forholdsmessige og derfor ikke tillates. Siden oppdragsgiver står ganske fritt til å fastsette eget ambisjonsnivå for klimaeffekten av egne anskaffelser, vil denne vurderingen først og fremst ramme krav som er formulert på en måte som begrenser konkurransen mer enn det som er en nødvendig følge av selve klimakravet. Slik sett har denne vurderingen en sterk kobling til forbudet mot konkurransebegrensende henvisninger som er behandlet over og oppsummeres i punkt 5.1.3 under.

Til sist gjøres en *helhetlig avveining* av om fordelene som er oppnådd ved kravet står i forhold til begrensningen de utgjør i konkurransen. Siden ivaretagelse av miljøinteresser og bekjempelse av klimaendringer er en overordnet målsetting for både EUs virksomhet<sup>397</sup> og norske myndigheter generelt,<sup>398</sup> og for anskaffelsesreglene spesielt,<sup>399</sup> skal det trolig mye til før klimakrav som består egnethets- og nødvendighetstestene blir felt av KOFA eller domstolene. EU-domstolens uttalelser i *PreussenElektra*,<sup>400</sup> og *Wienstrom*<sup>401</sup> kan også tas til inntekt for dette synet.

For klimakrav knyttet til lavkarbonbetong, innebærer dette at oppdragsgiver kan kreve at betongen som leveres skal ha et karbonfotavtrykk som tilsvarer fotavtrykket til den mest klimavennlige betongen som er praktisk tilgjengelig for det aktuelle prosjektet.<sup>402</sup> Som diskutert i punkt 3.4.1.3 vil dette også gjelde for perioden hvor det kun er én leverandør som produserer sement med CCS.

---

<sup>397</sup> TEUV artikkel 11.

<sup>398</sup> GrI § 112.

<sup>399</sup> LOA § 5.

<sup>400</sup> Sak C-379/98 PreussenElektra AG mot Schleswig AG, premiss 73 flg.

<sup>401</sup> Sak C-448/01 EVN AG og Wienstrom GmbH mot Østerrike, premiss 40.

<sup>402</sup> Men spesifikasjonen må likevel angi et spesifikt karbonavtrykk for å oppfylle presisjonskravet, se punkt 3.2.2.

### 5.1.2 Tildelingskriteriene bør vurderes ut fra oppdragsgivers uttrykte betalingsvilje

I punkt 4.5 ble spørsmålet om vekten til det enkelte tildelingskriterium behandlet. Det ble også vist at evalueringsmetoden som blir valgt for å differensiere mellom tilbudenes oppfyllelse av det enkelte kriterium, har selvstendig betydning for hvilket tilbud som blir valgt. Etter å ha redegjort for rettspraksis og uttalelser i juridisk teori knyttet til grensene for det enkelte kriteriums vekt, ble det derfor foreslått at vurderingstemaene burde sees i sammenheng. Ved å vurdere oppdragsgivers uttrykte betalingsvillighet slik det fremgår av en sammenligning av vekt og metoden som er valgt for å evaluere priskriteriet og de kvalitative kriteriene, blir oppgaven til en rettsanvender konkretisert. Den kan for det første vurdere om det er sannsynlig at den uttrykte betalingsvilligheten er intendert fra oppdragsgivers side. For det andre kan den også si noe om hvorvidt kriteriets vekt og evalueringsmetode bidrar til å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, sett fra oppdragsgivers perspektiv.

Når tildelingskriterienes vekt og utformingen av evalueringsmetoder skal vurderes, må en rettsanvender se hen til utgangspunktet om at oppdragsgivers valg av hva den vil kjøpe omfattes av dens innkjøpsfaglige skjønn. Hvis kriteriene har tilstrekkelig tilknytning til kontrakten, bidrar til å utpeke et tilbud som det økonomisk mest fordelaktige og ikke forskjellsbehandler på bakgrunn av nasjonalitet eller på en usaklig måte, bør oppdragsgiver derfor tildeles en betydelig skjønnsmargin ved vektingen og evalueringen av kriteriene. Det bør altså ikke være et krav at oppdragsgiver faktisk har vurdert egen betalingsvillighet ved utforming av evalueringsmetodene, men en oppdragsgiver som kan vise at den har gjort det, og står ved resultatet av en slik vurdering, bør som klar hovedregel anses å ligge innenfor det som regelverket tillater.

Fra et oppdragsgiverperspektiv innebærer dette at de viktigste reglene man må være oppmerksom på, er de som stiller krav til hva kriteriene kan gå ut på. Tilknytningskravet vil som tidligere nevnt, ikke være en hindring for å legge vekt på klimaegenskaper hos produktet selv, men utelukker for eksempel spørsmål knyttet til tilbyderens generelle virksomhet. Kravet om at kriteriet må være egnet til å utpeke det økonomisk

mest fordelaktige tilbudet innebærer ikke at oppdragsgiver har plikt til å utforme kriterier som tar hensyn til absolutt alle miljø- eller klimakonsekvenser. Det er likevel en mulighet for at kriterier som i svært liten grad differerer på klimaeffekten av et produkt ikke vil oppfylle kravet. Kriteriene må også være tilstrekkelig klare, og være underbygget med tydelige krav om dokumentasjon fra tilbyderne. I de fleste tilfeller vil disse kravene være uproblematisk for en oppdragsgiver å oppfylle, men det er viktig å være oppmerksom på dem, slik at man ikke gjør unødvendige feil.

For anskaffelser knyttet til lavkarbonbetong, kan tildelingskriterier gi oppdragsgiver mulighet til å uttrykke hvor mye den er villig til å betale for reduksjon i karbonfotavtrykket til betongen som brukes. Tildelingskriteriene kan både utformes slik at de gir poeng basert på differansen mellom fotavtrykket til betongen som tilbys og et definert referansenivå, som binære kriterier som belønner tilbydere som bruker lavkarbonbetong med et bestemt antall poeng, eller som en kombinasjon. Så lenge poengtildelingen gir saklig uttrykk for en reell betalingsvillighet, vil disse kriteriene være tillatt.

### **5.1.3 Det kan ikke henvises på en konkurransevridende måte i kravspesifikasjoner eller tildelingskriterier**

I punkt 3.3.3. ble forbudet mot det som ble omtalt som «konkurransevridende henvisninger» behandlet. Forbudet er et utslag av prinsippene om konkurranse og likebehandling, og har nær sammenheng med nødvendighetstesten under forholdsmessighetsvurderingen. Den angir en rekke forhold som oppdragsgiver ikke kan henviser til når den formulerer kravspesifikasjonene, forutsatt at henvisningen har som virkning at «bestemte leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes».<sup>403</sup> Hvis det ikke er mulig å beskrive leveransen tilstrekkelig presist og forståelig på andre måter, er slike henvisninger likevel tillatt. Dermed blir koblingen til nødvendighetstesten synlig: Forutsetningen for at henvisningen er forbudt, er at den begrenser konkurransen mer enn nødvendig for å formidle kravet som oppdragsgiver har stilt.

---

<sup>403</sup> FOA § 15-1 fjerde ledd.

I punkt 4.3.4 ble et tilsvarende krav oppstilt for tildelingskriteriene. Selv om det ikke følger eksplisitt av forskrifts- eller direktivteksten, tilsier de samme hensynene som begrunner regelen for kravspesifikasjonene at en tilsvarende regel også må gjelde for tildelingskriteriene. At en slik regel gjelder, er også slått fast av EU-domstolen i *Max Havelaar*.

For de aller fleste klimakrav vil dette være uproblematisk. Det vil som regel være mulig å formulere både kravspesifikasjoner og tildelingskriterier ved å referere til karbonfotavtrykk eller andre objektive mål, eller ved henvisning til standarder eller merkeordninger. Som vist i punkt 3.4.1, vil det imidlertid ikke være tillatt å formulere kravspesifikasjoner eller tildelingskriterier som knytter seg direkte til bruk av karbonfangst og -lagring under produksjon av sement, fordi prinsippet om teknologinøytralitet tilsier at tilbydere som kan oppnå samme karbonfotavtrykk bør få konkurrere om kontrakten.

## 5.2 Når bør hvilket virkemiddel velges?

Når det er etablert at oppdragsgiver har et stort rettslig handlingsrom til å stille klimakrav i sine anskaffelser, blir et naturlig neste spørsmål hvordan en oppdragsgiver bør gå frem for at riktig klimaløsning også vinner konkurransen om kontrakten. Det er vanskelig å gi noe allmenngyldig svar på et slikt spørsmål, fordi det må tas hensyn til en rekke ulike forutsetninger. Blant disse er hva slags produkt som skal anskaffes, hvilken klimaeffekt det har, hvilke andre løsninger som finnes, oppdragsgivers kjennskap til markedet og oppdragsgivers betalingsvillighet. Dessuten kan svaret også bero på tekniske, økonomiske og andre faglige vurderinger som det ikke er formålstjenlig å forsøke å bedømme innenfor rammen av en masteravhandling i rettsvitenskap.

Med forutsetning om at det må gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, går det likevel an å peke på noen kjennetegn ved henholdsvis kravspesifikasjoner og tildelingskriterier som gjør at de generelt kan være mer eller mindre egnet i ulike situasjoner.

### 5.2.1 Kravspesifikasjoner

Som påpekt tidligere kjennetegnes kravspesifikasjoner i anskaffelsesprosedyrer uten forhandlingsmulighet ved at de er absolutte inngangsvilkår for å konkurrere om en kontrakt. Tilbydere som ikke kan tilby en leveranse som oppfyller kravene i kravspesifikasjonene, kan heller ikke konkurrere om kontrakten. Dette påvirker kravspesifikasjonenes egnethet som virkemiddel for klimakrav. Hvor strenge og detaljerte de er, vil ha en direkte påvirkning på hvor mange tilbydere som kan delta i konkurransen, og dermed forutsetningsvis også hvor dyr anskaffelsen blir for oppdragsgiver.

Den mest naturlige bruken av kravspesifikasjoner for å stille klimakrav er derfor når de gir uttrykk for minimumskrav til ytelsen. Hvis oppdragsgiver på forhånd vet at det ikke er aktuelt å kjøpe den aktuelle varen eller tjenesten uten at den har bestemte klimaegenskaper, er det riktig å meddele dette med potensielle tilbydere i form av en kravspesifikasjon. Hvis ingen tilbydere kan levere en ytelse i tråd med kravspesifikasjonen til en akseptabel pris, utgjør dette som nevnt i punkt 2.4.4 saklig grunn til å avlyse konkurransen uten å pådra seg erstatningsansvar.

Hvis kravspesifikasjoner stilles som minimumskrav, kan oppdragsgiver velge å bruke tildelingskriteriene til å belønne tilbydere som tilbyr en leveranse som overoppfyller kravet. Som nevnt i punkt 4.4, kan det imidlertid være krevende å utforme tildelingskriterier på en måte som gjør at det tilbudet som best balanserer klimaegenskaper og pris vinner konkurransen. Oppdragsgivere som mangler kapasitet eller fagkompetanse til å gjøre dette arbeidet, kan derfor vurdere å bare stille klimakrav i kravspesifikasjonene. Det samme gjelder hvis det er viktigere for oppdragsgiver å skille mellom andre kvaliteter enn klimaegenskaper ved de ulike tilbudene. Siden tilbudene i slike tilfeller ikke vil konkurrere om klimaegenskapene, kan det være lurt å vurdere om klimakravene i kravspesifikasjonene bør gi uttrykk for noe høyere klimaambisjoner enn der klimakrav også stilles i tildelingskriteriene.

Når kravspesifikasjonene skal formuleres, bør oppdragsgiver forsikre seg om at det gjøres på en måte som er så forståelig som mulig for aktørene på markedet. Hvis tilbyderne er vant til å forholde seg til bestemte



standarder eller merkeordninger, vil det være lettere for dem å vurdere om de kan oppfylle kravene til oppdragsgiver hvis disse refererer til de samme standardene eller merkeordningene. For en oppdragsgiver som ikke kjenner markedet tilstrekkelig godt og ikke ser det som mulig eller formålstjenlig å gjøre nærmere undersøkelser, kan det uansett være et godt valg å stille krav om at leveransene skal oppfylle klimakrav slik de er uttrykt i en standard eller merkeordning. Det kan gi en rimelig grad av sikkerhet om at kravene bygger på en analyse av klimaeffekten til det aktuelle produktet, at kravet er uttrykk for en bedre klimaløsning enn det som ellers finnes på markedet, og at det finnes tilbydere som kan oppfylle kravene. Siden det finnes mange standarder og merkeordninger, kan det i det enkelte tilfelle vise seg at en eller flere av disse antakelsene likevel ikke stemmer. En viss kjennskap til produktene man anskaffer og markedssituasjonen vil derfor alltid være nødvendig for å stille gode klimakrav.

Hvis omfanget av oppdragsgivers anskaffelser av den aktuelle varen eller tjenesten er tilstrekkelig stor over tid, kan det å utforme standardspesifikasjoner med overordnede miljø- og klimakrav for den aktuelle anskaffelsestypen bidra til den nødvendige forutberegneligheten for potensielle tilbydere. Dette er for eksempel gjort av Oslo kommune for bygge- og anleggsprosjekter.<sup>404</sup> På denne måten kan det offentlige gi markedsaktører mulighet til å tilpasse sin virksomhet og utvikle seg i en mer miljøvennlig retning i visshet om at det kan gi dem et konkurransefortrinn i konkurransen om disse kontraktene.

I Oslo kommunes standardkrav gis det også uttrykk for økte ambisjoner over tid ved å oppstille et kontraktskrav om at byggeplasser skal være utslippsfrie innen 2025. Dette gir markedet tid til å tilpasse seg, slik at konkurransen om kontraktene kan bli større når kravet trer i kraft. Store oppdragsgivere med høye klimaambisjoner kan med fordel kommunisere disse på en lignende måte til markedet, ved å lage standarddokumenter med tidslinjer for når strengere klimakrav vil bli implementert i kravspesifikasjonene til nye prosjekter.

---

<sup>404</sup> Oslo kommune (2019).

## 5.2.2 Tildelingskriterier

Å oppstille godt forberedte og gjennomarbeidede tildelingskriterier som belønner klimaegenskaper vil i de aller fleste tilfeller være et godt virkemiddel for at konkurransen skal få et mer klimavennlig resultat. Som diskutert i punkt 4.6, kan dårlig utformede tildelingskriterier i ytterste konsekvens bidra til det motsatte. Derfor vil det i alle tilfeller være viktig for en oppdragsgiver med klimaambisjoner å gjøre en grundig vurdering av hvordan kriteriene er utformet, hvordan de er vektet mot hverandre og hvilke konsekvenser det kan få. Hvis oppdragsgiver mangler fagkompetanse eller kapasitet til å gjøre et tilstrekkelig godt forarbeid og det ikke finnes standardkriterier eller eksempler på «best practice» den kan nyte godt av, kan det gi et tilfredsstillende resultat å nøye seg med å stille klimakrav i kravspesifikasjonene.

For oppdragsgivere som ønsker å belønne gode klimaegenskaper i tildelingsfasen, er det flere måter å gjøre dette på. I punkt 4.2.3 ble fordeler og ulemper med å bruke tildelingskriteriet «lavest kostnad» diskutert, og det ble vist at dette tildelingskriteriet kunne være svært effektivt for anskaffelser av relativt enkle produkter der det er lett å identifisere og kvantifisere miljøkostnadene som oppstår i løpet av produktets livssyklus. Der det er større usikkerhet knyttet til konsekvensene eller de på andre måter er vanskelig å omgjøre til en pengeverdi, er dette tildelingskriteriet mindre egnet.

I de fleste tilfeller der oppdragsgiver bruker tildelingskriteriene for å fremme et klimavennlig resultat, vil kriteriet «beste forhold mellom pris og kvalitet» være best egnet. Dette lar oppdragsgiver oppstille ett eller flere kvalitative kriterier knyttet til klimaeffekten av produktet, og signalisere til tilbyderne hvor mye den er villig til å betale for ulike klimagevinster gjennom kriterienes vektning og valg av evalueringsmetode. Siden handlingsrommet for valg og vektning av disse kriterier er stort, kan en oppdragsgiver på denne måten påvirke anskaffelsesprosessen slik at den får det resultatet den ønsker, forutsatt at den vet hva den vil ha og hvor mye den er villig til å betale for det.

Hvis leveransen egner seg for det og oppdragsgiver finner det nyttig, kan tildelingskriteriet «beste forhold mellom kostnad og kvalitet» brukes. Da vil de kvantifiserbare miljøkostnadene ved leveransen integreres i anskaffelsens kostnad, slik at oppdragsgiver kan legge større vekt på kvalitative kriterier som fokuserer på andre forhold ved leveransen. Problemstillingene knyttet til kvantifisering av usikre miljøvirkninger på lang sikt, gjør at det å bruke kostnadsalternativet kan være vanskelig, også når det kombineres med et kvalitativt vurderingstema. Dessuten vil det å velge dette tildelingskriteriet gjøre konkurransen mer komplisert for alle involverte. En oppdragsgiver som vurderer å bruke dette tildelingskriteriet bør derfor tenke nøye over hvorvidt gevinsten ved å velge kriteriet veier opp for disse ulempene.

Et alternativ for oppdragsgivere som ønsker å gi insentiver for gode klimaegenskaper på en enkel måte, er å oppstille ønskelige kravspesifikasjoner og binære kvalitative kriterier, som tildeler en bestemt poengsum til tilbud som oppfyller dem. Denne fremgangsmåten unngår både kravspesifikasjonenes konkurransebegrensende effekt og de potensielt uoversiktlige konsekvensene av dårlig utformede tildelingskriterier. Ulempen med en slik løsning er at den på samme måte som alminnelige kravspesifikasjoner ikke gir tilbyderne insentiver til å overoppfylle kravet. Tilbyderne deles bare inn i to grupper: de som oppfyller kravet og de som ikke gjør det. Hvis det er mulig for en tilbyder å overoppfylle kravet og oppdragsgiver har betalingsvilje til å belønne overoppfyllelse, vil dette derfor være en suboptimal løsning.

### **5.3 Avsluttende betraktninger**

Anskaffelsesverktøyet kan være et viktig redskap i kampen mot klimaendringer. Det lar offentlige aktører bruke markedsmekanismer til å øke etterspørselen etter produkter med lavere karbonfotavtrykk, og dermed også bidra til økt tilgjengelighet av slike produkter for resten av markedet. Utviklingen i det europeiske anskaffelsesregelverket har over tid gitt uttrykk for en større aksept for en bruk av offentlige anskaffelser som

politisk verktøy, og i dag er det tilsynelatende færre som fortsatt står ved det tradisjonelle synet om at utformingen av offentlige anskaffelser utelukkende kan tjene oppdragsgivers materielle behov. Reglene om offentlige anskaffelser har likevel som hovedformål å sikre at offentlige midler blir brukt på en effektiv og gjennomiktig måte. Dette setter skranker for bruken av anskaffelser som verktøy for å nå andre politiske mål.

Når klimakravene gjelder produkter som skal leveres til oppdragsgiver, vil disse skrankene trolig ikke være strengere enn at anskaffelsesverktøyet kan brukes der det faktisk er et effektivt middel for å nå klimamål. Hvis kravspesifikasjonene utgjør et uforholdsmessig inngrep i konkurransen, vil det trolig være både i klimaets og oppdragsgivers egen interesse at den finner andre virkemidler for å kutte eget karbonfotavtrykk. Det samme gjelder hvis tildelingskriteriene er vektet og evaluert på en måte som ikke gjør dem egnet til å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Hvis krav eller kriterier om klimaytelse ikke knytter seg til egenkapene til et produkt som skal leveres til oppdragsgiver, vil kravet om tilknytning til kontraktsgjenstanden få større betydning enn det har fått for kravene og kriteriene som har blitt behandlet i denne artikkelen. Tilknytningskravet gjør at offentlige oppdragsgivere, i motsetning til private forbrukere, ikke vil kunne avgjøre valget av kontraktspartner basert på en overordnet oppfatning om dennes innsats for å redusere klimautslipp i egen virksomhet. Dette kan representere en betydelig begrensning i anskaffelsesverktøyet som middel for å endre private aktørers generelle adferd, både sammenlignet med forbrukeres innkjøpsmakt og andre virkemidler det offentlige har tilgjengelig. En nærmere vurdering av tilknytningskravets grenser og begrunnelse kan derfor være et egnet tema for videre studier.<sup>405</sup>

Denne artikkelen har handlet om klimakrav i kravspesifikasjoner og tildelingskriterier innenfor rammen av anskaffelsesprosedyren anbuds-konkurranse. Siden denne konkurranseformen ikke tillater forhandlinger mellom partene, er den trolig mer egnet for klimakrav i anskaffelser der lavkarbonproduktet enten er en innsatsfaktor i den ferdige leveransen til oppdragsgiver eller der det er et etablert produkt med kjente egenskaper.

---

<sup>405</sup> Semple (2016) har interessante betraktninger om problemstillingen.

Når oppdragsgiver etterspør en vare hvor lavkarbonvarianter av produktet fortsatt er i en tidlig utviklingsfase, kan behovet for å involvere oppdragsgiver i utviklingsprosessen gjøre at andre konkurranseformer er bedre egnet. Et eksempel kan være konkurranseformen «konkurransepreget dialog», hvor formålet er at oppdragsgiver og ulike tilbydere skal komme frem til løsninger som kan oppfylle oppdragsgivers behov gjennom en dialogprosess før tilbud leveres og konkurransen gjennomføres.<sup>406</sup> Anskaffelsen av Norges første nullutslippsferge «Ampere» ble gjennomført på denne måten.<sup>407</sup> Et annet tema som er egnet for nærmere undersøkelse kan derfor være hvilke skranker og muligheter denne og andre anskaffelsesprosedyrer oppstiller, og hvordan en oppdragsgiver best kan benytte seg av disse mulighetene til å fremme klimahensyn i sine anskaffelser.

Å stille klimakrav kan øke anskaffelsesprosessens kompleksitet for alle involverte. Oppdragsgiver må identifisere klimaeffekten av det den vil anskaffe og både finne ut hvilke klimatiltak det er riktig å etterspørre og hvordan den skal gi uttrykk for dette i konkurransegrunnlaget. Tilbyderne må dokumentere flere egenskaper ved sine produkter, og konkurransen mellom dem utvides til å gjelde et nytt forhold ved leveransen. For at klimakravene skal ha ønsket effekt, er det derfor viktig med kompetansebygging hos aktørene om disse spørsmålene.

I denne artikkelen har jeg tatt sikte på å bidra til dette ved å klargjøre de juridiske rammene for offentlige aktører som vil stille klimakrav i sine anskaffelser. Men gode, klimavennlige anskaffelser må være fundert på like grundige vurderinger av økonomisk og klimafaglig art. God og tilgjengelig informasjon om hvilke krav som kan og bør stilles for å gjøre anskaffelser grønnere er derfor fortsatt nødvendig hvis en større andel av oppdragsgivere skal stille klimakrav, og at offentlige anskaffelser dermed kan bli et effektivt virkemiddel for å nå målene i Parisavtalen.

---

<sup>406</sup> FOA §§ 23-8 og 23-9.

<sup>407</sup> Digitaliseringsdirektoratet (2020).

## 6 Kilder

### 6.1 Internasjonale kilder

#### 6.1.1 Konvensjoner og multilaterale avtaler

EØS	<i>Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeids- område, Porto, 2. mai 1992.</i>
Klima- konvensjonen	<i>FNs rammekonvensjon om klimaendring, Rio de Janeiro, 9. mai 1992.</i>
TEU	<i>Traktaten om den Europæiske Union. Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).</i>
TEUV	<i>Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde. Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).</i>
Parisavtalen	<i>Parisavtalen, Paris, 12.12.2015.</i>

#### 6.1.2 Direktiver og forordninger

Direktiv 1992/50/EØF	Rådets direktiv 92/50/EØF av 18. juni 1992 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige tjenesteytelsesavtaler.
Direktiv 1993/36/EØF	Rådets direktiv 93/36/EØF av 14. juni 1993 om samordning av fremgangsmåtene ved offentlige innkjøp.
Direktiv 1993/37/EØF	Rådets direktiv 1993/37/EØF av 14. juni 1993 om samordning av fremgangsmåtene med hensyn til inngåelse av offentlige bygge- og anleggskontrakter.

Direktiv 2004/18/EF	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter. [anskaffelsesdirektivet 2004]
Direktiv 2014/23/EU	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter.
Direktiv 2014/24/EU	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige anbud og om opphevelse av direktiv 2004/18/EF. [anskaffelsesdirektivet 2014]
Direktiv 2014/25/EU	Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, og om oppheving av direktiv 2004/17/EF. [Forsyningsvirksomhetsdirektivet]

### **6.1.3 Avgjørelser fra EU-domstolen**

Sak C-31/87 Beentjes BV mot Nederland	ECLI:EU:C:1988:422
Sak C-45/87 Kommisjonen mot Irland	ECLI:EU:C:1988:435
Sak C-322/88 Salvatore Grimaldi mot Fonds des maladies professionnelles	ECLI:EU:C:1989:646
Sak C-243/89 Kommisjonen mot Danmark	ECLI:EU:C:1993:257
Sak C-359/93 Kommisjonen mot Nederland	ECLI:EU:C:1995:14

Sak C-379/98 PreussenElektra AG mot Schhleswag AG	ECLI:EU:C:2001:160
C-470/99 Universale-Bau m.fl mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH	ECLI:EU:C:2002:746
Sak C-513/99 Concordia Bus Finland Oy AB mot elsingfors kaupunki og HKL-Bussiliikenne	ECLI:EU:C:2002:495
Sak 19/00 SIAC Construction mot County Civil of the County of Mayo	ECLI:EU:C:2001:553
Sak 315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) mot Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG).	ECLI:EU:C:2003:360
Sak C-448/01 EVN AG og Wienstrom GmbH mot Østerrike	ECLI:EU:C:2003:651
Sak C-532/06 Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon og Nikolaos Vlachopoulos mot Dimos Alexandroupolis m.fl.	ECLI:EU:C:2008:40
Sak C-368/10 Kommisjonen mot Nederland.	ECLI:EU:C:2012:284
Sak C-42/13 Cartiera dell'Adda SpA mot CEM Ambiente SpA	ECLI:EU:C:2014:2345
Sak C-552/13 Grupo Hospitalario Quirón SA mot Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco og Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad	ECLI:EU:C:2015:713
Sak C-413/17 «Roche Lietuva» UAB mot VšĮ Kauno Dainavos poliklinika	ECLI:EU:C:2018:865



### **6.1.4 Forslag til avgjørelse fra generaladvokaten**

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Tesauro ECLI:EU:C:1994:387  
i sak C-359/93 Kommisjonen mot Nederland

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Mischo ECLI:EU:C:2001:686  
i sak C-513/99 Concordia Bus Finland Oy AB  
mot Helsingfors kaupunki og HKL-  
Bussiliikenne

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Geelhoed i sak 315/01 Gesellschaft für  
Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) mot  
Österreichische Autobahnen und  
Schnellstraßen AG (ÖSAG). ECLI:EU:C:2002:573

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott ECLI:EU:C:2011:840  
i sak C-368/10 Kommisjonen mot Nederland.

### **6.1.5 Avgjørelser fra EFTA-domstolen**

Sak E-1/07 Straffesak mot A.

### **6.1.6 Forarbeider, tolkningsuttalelser og andre dokumenter fra kommisjonen**

COM(2000) 275 Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv  
om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse  
af offentlige indklbskontrakter, offentlige  
tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og  
anlægskontrakter

- ST 13185 2000 Følgeskrivelse fra formandskabet til de Faste Repræsentanternes Komité af 14 november 2000 vedrørende Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter
- COM(2001) 274 Kommissionens fortolkningsmeddelelse om Fællesskabets bestemmelser om offentlige kontrakter og mulighederne for at integrere miljøhensyn i offentlige kontrakter
- COM(2002) 236 Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter
- COM(2008) 400 Meddelelse fra kommissionen til Europa-parlamentet, rådet, det europæiske økonomiske og sociale udvalg og regionsudvalget Offentlige indkøb for et bedre miljø
- COM(2010) 2020 EUROPA 2020 En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst
- COM(2011) 15 GRØNBOG om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb
- COM(2011) 896 Forslag til europa-parlamentets og rådets direktiv om offentlige indkøb

- COM(2017) 572 Meddelelse fra kommissionen til Europa-parlamentet, rådet, det europæiske økonomiske og sociale udvalg og regionsudvalget Udbud, der virker — i og for Europa
- COM(2020) 102 Meddelelse fra kommissionen til Europa-parlamentet, Det Europæiske råd, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget. En ny industristrategi for Europa.  
final
- ST 8765 2012 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement – Cluster 2: Strategic use of public procurement  
INIT
- SWD(2016) 180 Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene – EU's kriterier for grønne offentlige indkøb for design, opførelse og forvaltning af kontorbygninger  
final
- Kommisjonen Europakommisjonen. «CE Marking of Construction Products Step by Step». <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/12308/attachments/1/translations/en/renditions/native> [hentet 4.2.2020]  
(2015)
- Kommisjonen Europakommisjonen. *Buying Green! A handbook on green public procurement* (3rd edition). Luxembourg: Publications Office of the European Union <https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf> [hentet 19.5.2020]  
(2016)
- Kommisjonen Europakommisjonen. «Process for Setting Criteria». [https://ec.europa.eu/environment/gpp/gpp\\_criteria\\_process.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/gpp_criteria_process.htm) (sist endret 31.12.2019) [hentet 18.5.2020]  
(2019a)

- Kommisjonen (2019b) Europakommisjonen. «Procedure for the development and revision of EU GPP criteria». [https://ec.europa.eu/environment/gpp/gpp\\_criteria\\_process.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/gpp_criteria_process.htm) (sist endret 31.12.2019) [sitter den 18.5.2020]
- Kommisjonen (2019c) Europakommisjonen. «A low carbon, circular economy approach to concrete procurement» *GPP in Practice*, utg. 88 (2019). [https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/news\\_alert/Issue\\_88\\_Case\\_Study\\_168\\_Zurich.pdf](https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/news_alert/Issue_88_Case_Study_168_Zurich.pdf) [hentet 18.5.2020]
- Kommisjonen (2020a) Europakommisjonen. «EU GPP criteria». [https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\\_gpp\\_criteria\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm) (sist endret 11.5.2020) [hentet 18.5.2020]
- Kommisjonen (2020b) Europakommisjonen. «GPP Work Programme for 2020». [https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\\_gpp\\_criteria\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm) (sist endret den 19.3.2020) [hentet 18.5.2020]
- Kommisjonen (u.å) Europakommisjonen. «ICT technical specifications». [https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/ict-standardisation/ict-technical-specifications\\_en](https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/ict-standardisation/ict-technical-specifications_en) [hentet 4.2.2020]

## 6.2 Norske kilder

### 6.2.1 Lover, forskrifter og Kongelige resolusjoner

- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov [Grl]
- 2016 Lov 17.06.2016 nr 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) [LOA]
- 2017 Lov 16.06.2017 nr.60 om klimamål (klimaloven)
- 2018 Lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)
- 2002 Forskrift 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndforskriften)
- 2006 Forskrift 07.04.2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser [FOA (2006)]
- 2016 Forskrift 12.08.2016 nr 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) [FOA]
- 2016 Forskrift 12.08.2016 nr 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene
- 2016 Kongelig resolusjon av 17. juni 2016. Ratifikasjon av Parisavtalen av 12. desember 2015 under FNs rammekonvensjon om klimaendringer.

### 6.2.2 Lov- og forskriftsforarbeider

- Ot.prp.nr. 71 (1997–98) *Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)*
- Prop. 51 L (2015–16) *Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)*

Prop. 77 L (2016–17)	<i>Lov om klimamål (klimaloven)</i>
NOU 2014:4	<i>Enklere regler – bedre anskaffelser – Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket</i>
Nærings- og fiskeri-departementet (2015)	Nærings- og fiskeridepartementet. <i>Nærings- og fiskeridepartementets forslag til nye anskaffelsesregler av 17. mars 2015, Høringsnotat 2.</i> <a href="https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf">https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-2-forskrift-offentlige-anskaffelser.pdf</a> [hentet 26.10.2019].

### **6.2.3 Stortingsmeldinger og rundskriv**

Meld. St 41 (2016–2017)	<i>Klimastrategi for 2030 – norsk omstilling i europeisk samarbeid</i>
Meld. St. 22 (2018–2019)	<i>Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser</i>
Nærings- og fiskeri-departementet (2017)	Nærings- og fiskeridepartementet. «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser» <a href="https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-anskaffelser.pdf">https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-anskaffelser.pdf</a> [hentet 25.5.2020]

#### **6.2.4 Rettspraksis**

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)  
Rt. 2007 s. 983 (SB Transport)  
Rt. 2007 s. 1489 (Byggholt)  
Rt. 2007 s. 1783 (NIDA)  
HR-2019-830-A  
HR-2019-1801-A (Fosen-linjen)  
LB-2019-14592  
LG-2019-134677

#### **6.2.5 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)**

Tilgjengelige fra [www.kofa.no](http://www.kofa.no)  
Sak 2004/13 (Kaba MøllerUndall AS)  
Sak 2005/118 (Fyllingen Maskinstasjon)  
Sak 2005/236 (Schmidt Norge)  
Sak 2007/40 (Kreativt Næringscenter)  
Sak 2008/24 (Nordland Taxi AS)  
Sak 2009/109 (Metos AS)  
Sak 2009/156 (Lekolar AS)  
Sak 2011/69 (Gips Recycling Norge AS)  
Sak 2011/203 (Statkraft Varme AS)  
Sak 2012/73 (Scandec Systemer)  
Sak 2012/220 (Maske Gruppen)  
Sak 2014/66 (Sharp)  
Sak 2015/102 (Volvo Maskin AS)  
Sak 2016/47 (Betongarbeid AS)  
Sak 2017/123 (Tress C Monsen)  
Sak 2017/131 (Lyymp AS)  
Sak 2017/178 (Innovasjon Gardermoen)  
Sak 2019/8 (Arktis)  
Sak 2019/205 (Kaspar Strømme AS)

### 6.3 Litteratur

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. 2. utg., Oslo: M. H. Andenæs, 2009.
- Andhov (2019) Andhov, Marta. «Contracting Authorities and Strategic Goals of Public Procurement – A Relationship Defined by Discretion?» i *Discretion in EU Public Procurement Law*, Sanja Bogojevic, Xavier Groussot og Jörgen Hettne red., Oxford: Hart, 2019. s. 117–138.
- Arnesen (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Arrowsmith (2005) Arrowsmith, Sue. *The law of public and utilities procurement*. 2. utg., London: Sweet & Maxwell, 2005.
- Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue. *The law of public and utilities procurement volume 1*. 3. utg., London: Sweet & Maxwell, 2014.
- Arrowsmith (2018) Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement volume 2*. 3. utg., London: Sweet & Maxwell, 2018.
- Bogojevic (2019) Bogojevic, Sanja. «Mapping Public Procurement and Environmental Law Intesections in Discretionary Space.» i *Discretion in EU Public Procurement Law*. Sanja Bogojevic, Xavier Groussot og Jörgen Hettne red., Oxford: Hart, 2019. s.161–185.



- Caranta (2016) Caranta, Roberto, «Public procurement and award criteria.» i *Research handbook on EU public procurement law*. Christopher Bovis red., Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2016. s. 149–175.
- Chiappinelli (2017) Chiapipinelli, Olga og Vera Zipperer. «Using public procurement as a decarbonisation policy: a look at Germany» i *DIW Economic Bulletin* no. 49/2017 s. 523–532. [https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.572799.de/diw\\_econ\\_bull\\_2017-49-2.pdf](https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.572799.de/diw_econ_bull_2017-49-2.pdf) [hentet 29.5.2020]
- Craig (1999) Ronald L. Craig, *Stor Norsk-Engelsk juridisk ordbok*, Oslo: Universitetsforlaget, 1999.
- Dragos (2016) Dragos, Dacian C. og Bogdana Neamtu. «Life-cycle costing for sustainable public procurement» i *Sustainable public procurement under EU law*. Beate Sjøfjell og Anja Wiesbrock red. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 114–137.
- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne H. *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Edler (2007) Edler, Jakob og Luke Georghiou. «Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side». *Research Policy* vol. 36 issue 7 (2007) s. 949–963. Hentet fra ScienceDirect 28.5.2020.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.

- Ekre (2014) Ekre, Oda Hellenes. «Tolkning av tilbud i anbudskonkurranser» i *Lov og Rett* nr 5 (2014) s. 253–272. Hentet fra idunn.no 29.5.2020.
- Estevan (2017) Estevan, Helena og Bettina Schaefer. *Life Cycle Costing state of the art report*. Bonn: ICLEI, 2017. [http://iclei-europe.org/fileadmin/templates/iclei-europe/lib/resources/tools/push\\_resource\\_file.php?uid=WiTjlkpz](http://iclei-europe.org/fileadmin/templates/iclei-europe/lib/resources/tools/push_resource_file.php?uid=WiTjlkpz) [hentet 24.10.2019].
- Fenger (2015) Fenger, Niels. «Proportionalitetsprincippet i EU- og EØS-retten» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig red., Bergen: Fagbokforlaget, 2015. s. 49–76.
- Gluch (2004) Gluch, Pernilla og Henrikke Baumann. «The lifecycle costing (LCC) approach: a conceptual discussion of its usefulness for environmental decision-making». *Building and Environment* 39 (2004) s. 571–580. Hentet fra ScienceDirect 24.10.2019.
- Goller (2017) Goller, Morten, mfl. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*. 2. utg. Oslo: Gyldendal, 2017.
- Henriksen (2001) Henriksen, Petter og Vibecke Haslerud (red.). *Engelsk stor ordbok*. Oslo: Kunnskapsforlaget 2001
- Huang (2018) Huang, Lizhen m.fl. «Carbon emission of global construction sector», *Renewable and Sustainable Energy Reviews* volume 81, part 2 (2018) s. 1906–1916. Hentet fra ScienceDirect 25.5.2020.

- Idsø (2017) Idsø, Johannes. «Eksterne virkninger» i *Store norske leksikon*. [https://snl.no/eksterne\\_virkninger](https://snl.no/eksterne_virkninger) [hentet 18.05.2020].
- Johnsen (2014) Johnsen, Fredrik Moltu og Ole Jørgen Hanssen. *Definisjoner innenfor miljøteknologifeltet*. Fredrikstad: Østfoldforskning, 2014 <https://www.ostfoldforskning.no/media/1063/728-1.pdf> [hentet 19.5.2020].
- Kommentar til Udbudsloven Kommentaar til Udbudsloven, i *EU-Karnov nettverson* hentet 20.01.2020.
- Le Quéré (2020) Le Quéré, Corinne m.fl. «Temporary reduction in daily global CO2 emissions during the COVID-19 forced confinement» i *Nature Climate Change* (2020). Hentet fra Nature.com 29.05.2020.
- Lund (2020) Lund, Robert og Ronny Rosenfold. «Forholdet mellom anskaffelses- og statsstøtteregulverket» i *Offentlige kontrakter*, Kristian Jåtog Trygstad og Espen I Bakken red., Oslo: Gyldendal, 2020. s. 16–35.
- Sanchez Graells (2015) Sanchez Graells, Albert. *Public procurement and the EU competition rules*. 2. utg., Oxford: Hart, 2015.
- Sanchez Graells (2019) Sanchez Graells, Albert. «Some Reflections on the ‘Artificial Narrowing of Competition’ as a Check on Executive Discretion in Public Procurement» i *Discretion in EU Public Procurement Law*, Sanja Bogojevic, Xavier Groussot og Jørgen Hettne red., Oxford: Hart, 2019. s. 79–98.

- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik m.fl. *EØS-rett*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Semple (2016) Semple, Abby. «The link to the subject matter: a glass ceiling for sustainable public contracts?» I *Sustainable Public Procurement under EU Law*, Beate Sjøfjell og Anja Wiesbrock red. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. s. 50–74.
- Sommer Andersen (2019) Sommer Andersen, Carsten. «Tildeling» i *Udbudsretten*, Steen Treumer red. København: Ex Tuto Publishing, 2019. s. 271–293.
- Stefan (2012) Stefan, Oana. «European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects», *The Modern Law review* volume 75 issue 5 (2012), s. 879–893. Hentet fra Wiley Online Law Library 25.5.2020.
- Trygstad (2017) Trygstad, Kristian Jåtog. *Tildeling av offentlige kontrakter*, 2. utg. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2017.

## 6.4 Andre kilder

- Asplan Viak (2019) Asplan Viak og Oslo Economics. *Klimafotavtrykket av offentlige anskaffelser*. Rapport utarbeidet for Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) 2019 [https://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser2/files/klimafotavtrykk\\_for\\_offentlig\\_virksomhet.pdf](https://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser2/files/klimafotavtrykk_for_offentlig_virksomhet.pdf) [hentet 19.5.2020].

- CEN internal regulations part 2 European Comitee for Standardization. *CEN/ CENELEC Internal Regulations – Part 2:2018*, 2018 [https://boss.cen.eu/ref/IR2\\_E.pdf](https://boss.cen.eu/ref/IR2_E.pdf) [hentet 10.3.2020].
- Digitaliseringsdirektoratet (2020) Digitaliseringsdirektoratet. «Konkurranspreget dialog». 2020. <https://www.anskaffelser.no/avtaler-og-regelverk/anskaffelsesprosedyrer/konkurranspreget-dialog> [hentet 29.5.2020].
- Digitaliseringsdirektoratet (u.å) Digitaliseringsdirektoratet. «Statistikk om innkjøp». U.å. <https://www.difi.no/rapporter-og-statistikk/nokkeltall-og-statistikk/innkjop#7233> [hentet 1.4.2020].
- Edenhofer (2017) Edenhofer, Ottmar m.fl. *Decarbonization and EU ETS Reform: Introducing a price floor to drive low-carbon investments*. Berlin: Mercator Research Institute on Global Commons and Climate Change. 2017. [https://www.mcc-berlin.net/fileadmin/data/C18\\_MCC\\_Publications/Decarbonization\\_EU\\_ETS\\_Reform\\_Policy\\_Paper.pdf](https://www.mcc-berlin.net/fileadmin/data/C18_MCC_Publications/Decarbonization_EU_ETS_Reform_Policy_Paper.pdf) [hentet 28.5.2020].
- EPD Norge (u.å a) EPD Norge. «Hva er en EPD?». U.å. <https://www.epd-norge.no/hva-er-en-epd/> [hentet 29.5.2020].
- EPD Norge (u.å b) EPD Norge. «EPD Merke». U.å. <https://www.epd-norge.no/epd-merke-og-retningslinjer-for-bruk/category384.html> [hentet 29.5.2020]
- Eur-Lex Eur-Lex. «Ordlister til resuméer – COREPER». U.å. <https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/coreper.html?locale=da> [hentet 19.5.2020].

- FAD (2012) Tolkningsuttalelse fra Fornynings-, administrasjons og kirkedepartementet. *Anskaffelsesrettslig handlingsrom ved kjøp av Microsoft-lisenser*. 6.7.2012. [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelser/fortolkningsuttalelse\\_ms\\_lisenser.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelser/fortolkningsuttalelse_ms_lisenser.pdf) [hentet 18.5.2020].
- Holmås (2019) Holmås, Heikki Eidsvoll mfl., *Hvordan gjøre CO2-fangst og lagring lønnsomt*. Oslo: Multiconsult. 2019. <https://www.nho.no/contentassets/ts/931076d7f29042eba38a0b8e4d72a85b/rapport-multiconsult---hvordan-gjore-co2-fangst-og-lagring-lonnsomt.pdf> [hentet 9.3.2020].
- IPCC (2018) IPCC. *Global Warming of 1.5°C, Summary for Policymakers*. 2018. [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/10/SR15\\_SPM\\_version\\_stand\\_alone\\_LR.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/10/SR15_SPM_version_stand_alone_LR.pdf) [hentet 10.10.2019].
- Klagenemndsekretariatet (2019) Klagenemndsekretariatet. *Årsrapport 2018*. 2019. <https://www.klagenemndssekretariatet.no/wp-content/uploads/2019/04/Årsrapport-2018-1.pdf> [hentet 6.3.2020].
- Miljødirektoratet (2020) Miljødirektoratet. *Klimakur 2030 – Tiltak og virkemidler mot 2030*. 31.1.2020. 44 <https://www.miljodirektoratet.no/globalassets/publikasjoner/m1625/m1625.pdf> [hentet 28.5.2020].
- Norsk Betongforening (2019) Smeplass, Sverre m.fl, *Lavkarbonbetong*. Oslo: Norsk betongforening, 2019

- NS-EN 197-1:2011 Norsk Standard. «Sement – Del 1: Sammen-  
setning, krav og samsvarskriterier for ordinære  
sementtyper». 1.12.2011
- NS-EN 206:2013 Norsk Standard. «Betong – Spesifikasjon,  
egenskaper, framstilling og samsvar». 1.5.2017
- NS-EN ISO  
14040:2006 Norsk Standard. «Miljøstyring – Livsløps-  
vurdering – Prinsipper og rammeverk  
(ISO 14040:2006)». 2. utg. 1.9.2011
- Oslo kommune  
(2019) Oslo Kommune. *Standard klima- og miljøkrav til  
Oslo kommunes bygge- og anleggsplasser*. 2019  
[https://tjenester.oslo.kommune.no/ekstern/einnsyn-  
fillager/filtjeneste/fil?virksomhet=976819837&filnav  
n=byr%2F0%2Fvedlegg%2F2019048266-2150102.  
pdf](https://tjenester.oslo.kommune.no/ekstern/einnsyn-<br/>fillager/filtjeneste/fil?virksomhet=976819837&filnav<br/>n=byr%2F0%2Fvedlegg%2F2019048266-2150102.<br/>pdf) [hentet 18.5.2020]
- SSB Statistisk Sentralbyrå. «Tabell 09288: Klimagasser  
fra norsk økonomisk aktivitet, etter næring og  
komponent 1990–2018». [https://www.ssb.no/  
statbank/table/09288/](https://www.ssb.no/<br/>statbank/table/09288/) [hentet 10.10.2019]
- SINTEF SINTEF. «Europeisk teknisk bedømmelse»  
[https://www.sintefcertification.no/PortalPage/  
Index/58](https://www.sintefcertification.no/PortalPage/<br/>Index/58) [hentet 4.2.2020]
- Standard Norge Standard Norge. «Norsk Standard» [https://www.  
standard.no/standardisering/norsk-standard/](https://www.<br/>standard.no/standardisering/norsk-standard/)  
[hentet 4.2.2020]
- UNEP (2019) United Nations Environment Programme.  
*Emissions Gap Report 2019*. Nairobi: UNEP, 2019.  
[https://wedocs.unep.org/bitstream/  
handle/20.500.11822/30797/EGR2019.  
pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/<br/>handle/20.500.11822/30797/EGR2019.<br/>pdf?sequence=1&isAllowed=y) [hentet 18.5.2020]

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

