

To nye saker fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser om klima- og miljøkrav:

Hvordan kan revisjon sikre etterlevelse av klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser?

Det grønne skiftet er en omstilling som omfatter alle samfunnsområder og aktører. I norsk politikk er offentlige anskaffelser ansett som et viktig virkemiddel for det grønne skiftet, og kan bidra til å nå flere av målene i Norges klima- og miljøpolitikk. I den forbindelse kan revisorer ha en sentral rolle ved kontroll av etterlevelsen av reglene som skal sikre grønn omstilling i anskaffelser.



Margrét Gunnarsdóttir
Advokat/Specialist Counsel
Arntzen de Besche Advokatfirma



Thea Madsen
Advokatfullmektig
Arntzen de Besche Advokatfirma

Forfatterne jobber i Advokatfirmaet Arntzen de Besches avdeling for anskaffelser og konkurranserett. De bistår både oppdragsgivere og leverandører i forbindelse med offentlige anskaffelser, inkludert råd knyttet til klima og miljø.

1. Ny miljøbestemmelse

1. januar 2024 trådte nye regler om klima- og miljøhensyn ved utformingen av tildelingskriterier i offentlige anskaffelser i kraft. Den nye regelen i anskaffelsesforskriften § 7-9 krever at et tildelingskriterium som ivaretar klima- og miljøhensyn som hovedregel skal vektas med minimum 30 %. Unntaksvis kan det i stedet stilles klima- og miljøkrav i kravspesifikasjonen, men dette forutsetter at det er klart at dette gir en bedre klima- og miljøeffekt enn et tildelingskriterium, og valget begrunnes i anskaffelsesdokumentene.

Siden vedtakelsen har flere vært kritiske til Nærings- og fiskeridepartementets utforming av bestemmelsen. Kritikken går dels på etableringen av en hovedregel om bruk av klima og miljø som

tildelingskriterium, og dels på den uklare ordlyden når det gjelder vilkåret for at unntaksbestemmelsen kan komme til anvendelse. I anskaffelsesmiljøet har det derfor vært knyttet stor spenning til hvilken forståelse av unntaksbestemmelsen som vil bli lagt til grunn av domstolene og av Klagenemnda for offentlige anskaffelser ("KOFA"). Det foreligger nå to ferske avgjørelser fra KOFA, som gir en viss avklaring av terskelen for unntaksbestemmelsen.

2. Bakgrunnen for den nye miljøbestemmelsen – Riksrevisjonens kritikk

Etter den tidligere miljøbestemmelsen i forskriften § 7-9 kunne oppdragsgiver selv avgjøre både på hvilket trinn i

anskaffelsesprosessen miljøhensyn skulle ivaretas, og på hvilken måte. Dersom oppdragsgiver besluttet å benytte et tildelingskriterium som ivaretok miljøhensyn, gjaldt det imidlertid kun et *bør-krav* om 30 % vektning. Endringen av miljøbestemmelsen representerer derfor en betydelig skjerping av kravene til å ivareta klima- og miljøhensyn ved offentlige anskaffelser.

Endringen av anskaffelsesforskriften § 7-9 er for det første politisk motivert. I Hurdalsplattformen av 2021 fremhever regjeringen tydelige ambisjoner om å bruke offentlige anskaffelser som et verktøy for å fremme bærekraftig utvikling. For det andre følger endringen opp kritikk fra Riksrevisjonen, som i en rapport fra 2022 konkluderte med at offentlige oppdragsgivere i begrenset

grad følger opp Stortingets forutsetninger om å bidra til å minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger. Oppdragsgiverne ble særlig kritisert for at de kravene som ble stilt, sjelden var ambisiøse og ofte uforholdsmessige.¹

3. Klagenemndas rådgivende uttalelser

3.1. KOFAs sak fra oktober 2024

30. oktober kom KOFA med sin første rådgivende uttalelse om den nye miljøbestemmelsen.² Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse i regi av Sykehusinnkjøp HF om anskaffelse av blæreskannere. I anskaffelsesdokumentene stilte Sykehusinnkjøp blant annet krav om at produktene skulle ha en forventet levetid på minimum 10 år. Klima- og miljøsensyn ble imidlertid ikke benyttet som tildelingskriterium, og spørsmålet for KOFA var om dette utgjorde et brudd på miljøbestemmelsen i anskaffelsesforskriften.

I sin uttalelse fremhever KOFA deler av kritikken som tidligere er fremsatt om miljøbestemmelsens utforming, ved å peke på at bestemmelsen intuitivt ikke fremstår logisk. Minstekrav er normalt bedre egnet til å sikre at et gitt klima- og miljøsensyn ivaretas, ettersom en oppdragsgiver vil kunne kreve at valgte leverandør oppfyller minstekravene etter kontraktsinngåelse. Tildelingskriterier er på sin side relative. Ved bruk av tildelingskriterier vil oppdragsgiver kun øke sannsynligheten for at ønskede klima- og miljøeffekter oppnås, men det kan ikke garanteres, ettersom pris kan trumfe miljøkriteriet.

Ettersom forholdene KOFA påpeker som oftest vil gjøre seg gjeldende, er det vår forståelse at terskelen tilsynelatende er lav for å bruke unntaks-

regelen om minstekrav fremfor klima og miljø som tildelingskriterium.

KOFA konkluderer med at begrunnelsen Sykehusinnkjøp hadde gitt, var egnet til å vise at kravene i kravspesifikasjonen ga en «klart» bedre klima- og miljøeffekt. Vilkåret for å gjøre unntak fra hovedregelen om 30 % vektning var dermed oppfylt.

Ikke overraskende legger KOFA ved vurderingen vekt på at Sykehusinnkjøp sikrer oppfyllelse av ønsket levetid på produktene ved å stille minstekrav i anskaffelsesdokumentene. Dersom Sykehusinnkjøp isteden hadde benyttet et tilsvarende tildelingskriterium, ville en ikke sikret at vinnende leverandør kunne tilby 10 års levetid (avsnitt 29).

I tillegg legger KOFA vekt på at minstekravene er strenge, og at de bygger på markedsundersøkelser foretatt av oppdragsgiver, samt forskningsdokumentasjon om levetid. Det er vår forståelse at dette kan tilsi at det skal noe mer til for at unntaksbestemmelsens vilkår kan anses oppfylt, og at det ikke er tilstrekkelig at oppdragsgiver kommer med en generell henvisning til at en gjennom krav vil sikre oppfyllelse av ønskede klima- og miljømålsettinger.

3.2. KOFAs sak fra november 2024

13. november kom KOFA med en ny rådgivende uttalelse i en klagesak om tolkning av miljøbestemmelsen.³ I saken var Landbruksdirektoratet innklaget for brudd på miljøbestemmelsen som følge av at tildelingskriteriet «Miljø» kun var vektet 15 %. I anskaffelsen var det stilt enkelte miljøkrav, blant annet om bruk av helikopter ved frakt av materiell for å beskytte sårbar arktisk natur. Landbruksdirektoratet la feilaktig til grunn at § 7-9 ikke kom til anvendelse, og hadde derfor verken vurdert om vilkårene for unntak fra hovedregelen om 30 % vektning var oppfylt, eller gitt noen begrunnelse i anskaffelsesdokumentene.

KOFA foretok en selvstendig vurdering av om minstekravet om bruk av helikopter ga «klart» bedre klima- og miljøeffekt. I den forbindelse kom KOFA til at det var relevant å se hen til at oppdragsgiver, i tillegg til minstekravet, hadde vektet et tildelingskriterium som ivaretok klima- og miljøsensyn, med 15 %. Ettersom frakt med helikopter er mer prisdrivende enn alternative transportmidler, som ikke ville gitt samme vern av arktisk natur, vurderte KOFA det som nødvendig å oppstille dette som et minstekrav for å sikre oppfyllelse (avsnitt 34). Løsningen oppdragsgiver hadde valgt, ga dermed klart bedre klima- og miljøeffekt enn et tildelingskriterium om bruk av helikopterfrakt med 30 % vektning.

KOFAs uttalelse i denne saken kan synes å senke terskelen for når unntaksbestemmelsen kan komme til anvendelse, sammenlignet med det KOFA la til grunn i sin uttalelse i den første saken. Oppdragsgiver hadde verken gjennomført markedsundersøkelser eller stilt strenge miljøkrav i konkurransegrunnlaget. Samtidig kan KOFAs vurderinger ha sammenheng med at miljøbestemmelsen skal tolkes relativt til den aktuelle anskaffelsen, slik DFØ fremhever i sin veileder om miljøbestemmelsen.⁴ I anskaffelser av større verdi og omfang, som var tilfellet i den første saken KOFA behandlet, stilles det strengere krav til oppdragsgivers ivaretagelse av klima- og miljøsensyn.

4. Hvordan revisjon kan bidra til det grønne skiftet

Det norske klage- og håndhevelses-systemet for offentlige anskaffelser bygger på at aktører som mener at regelverket er brutt, selv må ta initiativ til å forfølge saken. Typisk gjelder dette en leverandør som ikke har fått tildelt en kontrakt, slik tilfellet var i de nevnte KOFA-sakene.

1 Riksrevisjonens rapport av 3. februar 2022 om klima- og miljøsensyn i offentlige anskaffelser. Riksrevisjonen hadde analysert anskaffelsesdokumenter kunngjort i 2018 og 2019 innenfor produkt- og tjenestoområder hvor det foreligger en stor klima- og miljøbelastning, og hvor potensialet for å begrense miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger er betydelig.

2 KOFA sak 2024/1387.

3 KOFA sak 2024/639.

4 Veileder til regler om klima- og miljøsensyn i offentlige anskaffelser på www.anskaffelser.no.



Samtidig spiller revisjon på statlig og kommunalt nivå en avgjørende rolle i å sikre etterlevelse av anskaffelsesreglene. Riksrevisjonen har en nøkkelrolle i å påse at offentlige midler og verdier forvaltes i tråd med Stortingets intensjoner. I kommunesektoren har kontrollutvalgene og revisjonen viktige oppgaver i henhold til kommuneloven. Forvaltningsrevisjoner, som ofte fokuserer på kommunens etterlevelse av lover og forskrifter, utgjør en betydelig del av tilsynsarbeidet. Disse revisjonene er en av de mest sentrale mekanismene for å overvåke kommunenes virksomhet, inkludert deres anskaffelsespraksis.

Revisjonene kan omfatte gjennomganger av enkeltanskaffelser, mer systematiske undersøkelser av anskaffelsene i

spesifikke etater, og vurderinger av kommunens overordnede arbeid med anskaffelsesprosesser, herunder praksis knyttet til miljøbestemmelsen. I den forbindelse vil det være sentralt å vurdere om offentlige oppdragsgivere faktisk vektet klima- og miljø med 30 %, og om de har tilstrekkelig grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen gjennom bruk av miljøkrav. Dersom unntaksbestemmelsen anvendes, skal det gis en begrunnelse i anskaffelsesdokumentene. KOFAs rådgivende uttalelse i den nyeste saken (sak 2024/639) viser at manglende oppfyllelse av begrunnelsesplikten ikke nødvendigvis vil gi konsekvenser for den enkelte anskaffelsen. Revisjoner vil derfor være et sentralt virkemiddel for å avdekke og håndheve brudd på denne plikten.

5. Siste ord er ikke sagt om klima- og miljøkrav

KOFA vil i tiden fremover med høy sannsynlighet få inn flere klager med påstand om brudd på miljøbestemmelsen i anskaffelsesforskriften, og det vil også kunne komme tvistesaker for domstolene. Det er ventet ny regulering på området i EU, og anskaffelsesutvalgets utredning, hvor det foreslås endringer i anskaffelsesregelverkets miljøbestemmelser, behandles nå i departementet. Det som imidlertid er sikkert, er at både KOFA og revisjon vil spille en avgjørende rolle i å sikre at regelverket bidrar til en reell grønn omstilling.