

Offentlige anskaffelser som virkemiddel for å fremme bærekraftige løsninger

*Er FOA § 7-9 (2) egnet til å ivareta vilkåret
«fremme klimavennlige løsninger» i LOA § 5
første ledd?*

Kandidatnummer: 151

Antall ord: 14 880



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2024

Innholdsfortegnelse

INNHOLDSFORTEGNELSE	1
1 INNLEDNING	3
1.1 OPPGAVENS TEMA OG PROBLEMSTILLINGER	3
1.2 BAKGRUNN OG AKTUALITET	4
1.3 AVGRENSNINGER	5
1.4 METODISK TILNÆRMING OG RETTSKILDEBILDET	6
2 GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER I ANSKAFFESESRETTE	10
2.1 ANSKAFFESESPRINSIPPENES FORMÅL.....	10
2.2 KONKURRANSEPRINSIPPET OG LIKEBEHANDLINGSPRINSIPPET	10
2.3 PRINSIPPENE OM FORUTBEREGNELIGHET OG ETTERPRØVBARHET.....	11
2.4 FORHOLDMESSIGHETSPRINSIPPET	12
3 REGULERINGEN AV OPPDRAGSGIVERS PLIKT TIL Å FREMME KLIMAVENNLIGE LØSNINGER	13
3.1 INNLEDNING.....	13
3.2 ANSKAFFESEDIREKTIVET ARTIKKEL 18 NR. 2.....	13
3.3 ANSKAFFESESLOVEN.....	15
3.3.1 <i>LOA § 5 første ledd</i>	15
3.3.2 <i>Hva er innholdet i vilkåret «fremme klimavennlige løsninger»?</i>	16
4 KLIMA- OG MILJØHENSYN SOM VIRKEMIDDEL FOR Å FREMME KLIMAVENNLIGE LØSNINGER ETTER FOA § 7-9 (2)	19
4.1 INNLEDNING.....	19
4.2 INNHOLDET I FOA § 7-9 (2)	20
4.3 KLIMA- OG MILJØHENSYN I TILDELINGSKRITERIENE FOR Å SIKRE KLIMA- OG MILJØGEVINSTER?.....	22
4.3.1 <i>Betydningen av et kvalitativt tildelingskriterium</i>	22
4.3.2 <i>Markedets evne til å oppfylle oppdragsgivers behov</i>	25
4.3.3 <i>Viktigheten av innkjøpsfaglig fleksibilitet</i>	27
4.4 INNOVASJON AV KLIMA- OG MILJØLØSNINGER GJENNOM TILDELINGSKRITERIENE?	29
4.4.1 <i>Utvikling eller påvirkning av markedets modenhet?</i>	29
4.4.2 <i>Spesifikasjon av behov fremfor detaljregulering</i>	32
4.4.3 <i>Standardiserte minimumskrav?</i>	34
4.5 HVILKET UTSLAG GIR FOA § 7-9 (2)?.....	36
5 VALG AV EVALUERINGSMODELL FOR Å FREMME KLIMAVENNLIGE LØSNINGER	38
5.1 INNLEDNING.....	38
5.2 GENERELT OM EVALUERING AV TILDELINGSKRITERIER	38

5.3	HVILKEN BETYDNING HAR VALG AV EVALUERINGSMODELL FOR Å FREMME KLIMAVENNLIGE LØSNINGER?	39
5.3.1	<i>Relative poengmodeller</i>	39
5.3.2	<i>Prissetting av kvalitet</i>	41
5.3.3	<i>Ren pris- eller kostnadskonkurranse?</i>	43
5.4	HVA EGNER SEG VED KLIMA- OG MILJØHENSYN?	45
6	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	47
	LITTERATURLISTE	48

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstillinger

Regjeringen uttalte i 2023 at «hver skattekrone som brukes på offentlige innkjøp skal bidra til det grønne skiftet».¹ Det grønne skiftet er betegnelsen på at samfunnet dreies i mer bærekraftig retning, og handler for Norges del om å bli et lavutslippsland innen 2050.² Innovasjon og teknologiutvikling er ansett som en av nøklene til det grønne skiftet, og hvor næringslivet spiller en sentral rolle.³ Ved at oppdragsgiverne etterspør miljøvennlige produkter og tjenester, er det antatt at dette vil stimulere til utvikling og innovasjon.⁴ Den skjerpede anskaffelsesforskriften⁵ (FOA) § 7-9 som trådte i kraft 1. januar 2024 tvinger det offentlige til å legge større vekt på klima- og miljøhensyn, og uttrykker et mål om å anvende offentlige anskaffelser som virkemiddel for å fremme bærekraftige løsninger.

Tema for oppgaven er offentlige anskaffelser som virkemiddel for å fremme bærekraftige løsninger. Oppgavens problemstilling er hvorvidt FOA § 7-9 (2) er egnet til å ivareta vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» hjemlet i anskaffelsesloven⁶ (LOA) § 5 første ledd.

Oppgaven er delt inn i tre deler. Den første delen redegjør for regelverket rundt oppdragsgivers plikt til å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den fremmer klimavennlige løsninger. Problemstillingen er om, og i hvilken grad, oppdragsgiver er pliktig til å innta klima- og miljøhensyn i sine anskaffelser. Oppgavens første del danner grunnlaget for vurderingene i oppgavens andre del. Her vil det bli redegjort for § 7-9 (2) som er ment å følge opp den overordnede forpliktelsen i § 5 første ledd. Problemstillingen er hvordan norsk rett følger opp vilkåret og forpliktelsen i § 5 første ledd om å «fremme klimavennlige løsninger», herunder hvorvidt *klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene* er egnet til å ivareta vilkåret «fremme klimavennlige løsninger».

¹ Nærings- og fiskeridepartementet (2023) avsnitt 2.

² Klimaloven § 1 første ledd.

³ Hurdalsplattformen (2021) s. 15.

⁴ Nærings- og handelsdepartementet (2004), forord fra forfatter, avsnitt 4.

⁵ Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser.

⁶ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser.

Oppgavens tredje og siste del tar for seg et utvalg av aktuelle evalueringsmodeller ved vurderingen av leverandørens oppfyllelse av de angitte tildelingskriteriene. Problemstillingen er hvilken betydning valg av evalueringsmodell har for oppdragsgivers mulighet til å «fremme klimavennlige løsninger» gjennom sin anskaffelsespraksis, jf. § 5 første ledd.

1.2 Bakgrunn og aktualitet

Muligheten til å anvende offentlige anskaffelser som virkemiddel for å fremme klimavennlige løsninger står sentralt på den politiske agendaen, både nasjonalt og internasjonalt. Det politiske fokuset på grønne offentlige anskaffelser har medført et økt behov for å utforme anskaffelsesregelverket på en måte som tydelig involverer offentlig sektor i det grønne skiftet, og samtidig gjør offentlige anskaffelser egnet til å fremme klimavennlige løsninger.

EU-kommisjonen presenterte Europas grønne vekststrategi (Grønn Giv) i desember 2019. Vekststrategien har til formål å gjøre Europa til det første klimanøytrale kontinentet innen 2050 i tråd med Parisavtalens mål.⁷ EUs handlingsplan for sirkulær økonomi utgjør herunder en sentral del av Grønn Giv.⁸ I handlingsplanen er grønne offentlige anskaffelser løftet frem som et viktig virkemiddel i arbeidet med å sikre en mer bærekraftig og konkurransedyktig lavutslippsøkonomi.⁹ Både Grønn Giv og EUs handlingsplan illustrerer at EU ønsker å bruke offentlige anskaffelser som et strategisk virkemiddel for å fremme bærekraftige løsninger og effektiv ressursbruk i arbeidet med å nå klimamålene fastsatt i Parisavtalen.¹⁰

Stortinget har ved flere anledninger uttalt at offentlig sektor skal bruke sin markedsrett til å redusere skadelig miljøpåvirkning og bidra til klimavennlige løsninger.¹¹ En undersøkelse gjort av Riksrevisjonen i februar 2022, viser imidlertid at offentlige oppdragsgivere i *altfor liten grad* bidrar til å minimere miljøbelastninger og fremme klimavennlige løsninger slik Stortinget har forutsatt gjennom sine uttalelser.¹² Riksrevisjonens undersøkelse, sammen med Regjeringens standpunkt i Hurdalsplattformen om å «rette norsk økonomi i en mer fornybar,

⁷ EU-kommisjonen (2021) avsnitt 7.

⁸ NOU 2023: 26 s. 97.

⁹ Ibid s. 122.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Se Innst. 358 L (2015-2016) s. 8 og Prop. 51 L (2015-2016) s. 47.

¹² Riksrevisjonen (2022) s. 5, s. 7.

sirkulær og bærekraftig retning»¹³, dannet grunnlaget for den skjerpede § 7-9 som trådte i kraft 1. januar 2024.

Forslag til ny klima- og miljøbestemmelse ble imidlertid fremmet av Anskaffelsesutvalget i NOU 2023: 26.¹⁴ Forslaget stadfester at «[o]ppdragsgiver skal stille klima- og miljøkrav til ytelsen», og at klima- og miljøkravene skal gi «reell klima- og miljøgevinst» uten å påføre oppdragsgiver «uforholdsmessige merkostnader».¹⁵ Anskaffelsesutvalget la betydelig vekt på at offentlige anskaffelser inneholder kontrakter av svært ulik karakter og med ulik grad og type av klima- og miljøbelastning, slik at oppdragsgiver måtte gis handlingsrom til å velge de best egnede tiltakene i den konkrete anskaffelsen.¹⁶ Utvalgets synspunkt kommer også frem blant offentlige oppdragsgivere, hvor det er rettet kritikk mot at forskriftsbestemmelsen ikke synliggjør effekten av de klima- og miljøhensyn som må vektes i tildelingskriteriene.¹⁷

Oppgavens tema om offentlige anskaffelser som virkemiddel for å fremme bærekraftige løsninger er tett tilknyttet det økte fokuset på å anvende offentlige anskaffelser i det grønne skiftet, både hos nasjonale og internasjonale myndigheter. Anskaffelsesutvalgets forslag til ny klima- og miljøbestemmelse, sett i lys av kritikken fra offentlige oppdragsgivere, reiser spørsmål om § 7-9 er egnet til å oppfylle myndighetens ønske om å involvere det offentlige i det grønne skiftet. I den anledning er det aktuelt å vurdere hvorvidt § 7-9 (2) er egnet til å ivareta vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» i § 5 første ledd.

1.3 Avgrensninger

Oppgavens tema er offentlige anskaffelser som virkemiddel for å fremme bærekraftige løsninger. Hvordan oppdragsgiver skal ta hensyn til bærekraft i offentlige anskaffelser, er regulert i LOA.¹⁸ Bærekraftbegrepet består imidlertid av tre dimensjoner, og omfatter både miljømessig, sosial og økonomisk bærekraft.¹⁹ Sett i lys av oppgavens problemstilling, er det imidlertid hensiktsmessig å avgrense oppgaven til å behandle dimensjonen som omhandler *miljømessig* bærekraft. En slik avgrensning er også naturlig da begrepet «miljømessig

¹³ Hurdalsplattformen (2021) s. 29.

¹⁴ NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser – Første delutredning.

¹⁵ Ibid § 2-2 (2) bokstav b.

¹⁶ Ibid s. 135.

¹⁷ Se Skatteetaten (2023), Miljødirektoratet (2023), Forsvarsdepartementet (2023) og PFT (2023).

¹⁸ Se LOA §§ 5, 5a og 6.

¹⁹ DFØ (2024b) avsnitt 1.

bærekraft» innebærer å drive samfunnsutvikling – i vårt tilfelle oppdragsgivers anskaffelsespraksis – innenfor planetens tålegrenser, og sikter derfor til ivaretagelse av klima og miljø.²⁰

Anskaffelsens anslåtte verdi har betydning for hvilke deler av regelverket som må følges, hvor det avgjørende er hvorvidt anskaffelsen er under eller over EØS-terskelverdiene.²¹ Paragraf 7-9 tilhører FOA del I og gjelder følgelig for *alle* anskaffelser omfattet av forskriften, jf. FOA § 5-1 (1). Det er imidlertid mest interessant å se hvilket utslag hovedregelen i § 7-9 (2) gir på anskaffelser som er av *betydelig* samfunnsøkonomisk verdi, og som overstiger EØS-terskelverdiene fastsatt i FOA § 5-3 (1). Disse anskaffelsene er regulert i FOA del III, og innehar den mest detaljerte reguleringen. Oppgaven avgrenses derfor til å behandle anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdiene, og som er omfattet av FOA del III.

FOA § 7-9 har tilnærmet lik utforming som forsyningsforskriften²² § 7-9 og konsesjonskontraktforskriften²³ § 7-6. De tre forskriftene har likevel noe ulikt anvendelsesområde, og hvor FOA er den av forskriftene som favner bredest. Av hensyn til oppgavens omfang, avgrenses oppgaven derfor til å behandle bestemmelsen som hjemler klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser etter FOA § 7-9.

Endelig avgrenses oppgaven mot å behandle regelen om å angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge, jf. § 7-9 (3), og unntaksbestemmelsen i § 7-9 (5). Paragraf 7-9 (4) vil heller ikke bli behandlet eksplisitt, men vil fungere som et sammenligningsgrunnlag i enkelte deler av oppgaven. Avgrensningene grunner i at oppgaven fokuserer på *hvordan* klima- og miljøkriterier kan anvendes som virkemiddel for å «fremme klimavennlige løsninger» i tråd med § 5 første ledd.

1.4 Metodisk tilnærming og rettskildebildet

Oppgavens problemstillinger vil bli besvart ved bruk av rettsdogmatisk metode.

Rettsdogmatisk metode handler om å bearbeide og presentere rettsstoff, og innebærer følgelig

²⁰ Tjernshaugen (2023) avsnitt 16.

²¹ Dragsten (2013) s. 156.

²² Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøp i forsyningssektoren.

²³ Forskrift 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter.

en fremstilling og analyse av gjeldende rett.²⁴ Jeg vil først tolke rettskildematerialet tilknyttet oppdragsgivers overordnede plikt om å «fremme klimavennlige løsninger» gjennom sine anskaffelser i § 5 første ledd. Dette vil så bli holdt opp mot § 7-9 (2). Sammenligningen tar sikte på å vurdere om § 7-9 (2) er egnet til å ivareta vilkåret stadfestet i § 5 første ledd.

Det rettslige utgangspunktet for tolkningen av både § 5 første ledd og § 7-9 (2) er bestemmelsens ordlyd, som ved uklarhet må utfylles av andre rettskilder. Lovforarbeider vil ved uklarhet være en sentral rettskilde da de gir uttrykk for lovgivers vilje og forståelse av ordlyden, samt lovgivers intensjon på tidspunktet da loven ble utformet.

Til forskjell fra § 5, er § 7-9 fastsatt i *forskrift* av Nærings- og fiskeridepartementet. Det finnes derfor ingen lovforarbeider som kan begrunne eller forklare bestemmelsen direkte fra lovgivers synspunkt.²⁵ Selv om lovgiverviljen ikke kommer direkte til uttrykk som følge av manglende forarbeider, vil den likevel kunne stadfestes gjennom øvrige rettskildefaktorer. Dette være seg lovens formål, systembetraktninger og juridisk litteratur. Disse rettskildene vil derfor stå sentralt i tolkningen av forskriftsbestemmelsen.

Endringsforslaget til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser ble sendt på høring av Nærings- og fiskeridepartementet i 2022, hvor det i høringsnotatet er begrunnet *hvorfor* det er nødvendig med en forskriftsendring.²⁶ Høringsnotatet gir derfor uttrykk for departementets synspunkter og vurderinger om forslaget bakgrunn og innhold. Dette tilsier at høringsnotatet også vil kunne bidra til kartleggingen av innholdet til den gjeldende forskriftsbestemmelsen. Det kan likevel problematiseres hvor stor rettskildemessig tyngde høringsnotatet har. Ingen av de tre forslagene som ble fremmet i høringsnotatet er identiske med dagens regel i § 7-9 (2). Følgelig er det ikke uttalelser som *direkte* omhandler gjeldende rett, hvilket taler for at høringsnotatet har begrenset rettskildemessig vekt. I kraft av å være det ansvarlige politiske organet for offentlige anskaffelser, har Nærings- og fiskeridepartementet det nærmeste ansvaret for å legge til rette for at offentlige anskaffelser kan anvendes som virkemiddel for å fremme bærekraftige løsninger.²⁷ Ettersom høringsnotatet er utarbeidet av det politiske organet som har størst kjennskap til sektoren og som tilsynelatende vet hvordan klima og miljø best ivaretas gjennom offentlige anskaffelser, tilsier dette også at det kan legges større vekt på høringsnotatets betraktninger. Dessuten vil generelle uttalelser om nødvendigheten av

²⁴ Tuseth og Winge (2024) s. 22.

²⁵ KOFA-sak 2024/1387 avsnitt 22.

²⁶ Nærings- og fiskeridepartementet (2022) s. 6.

²⁷ Nærings- og fiskeridepartementet (2021) avsnitt 1.

en forskriftsendring og bestemmelsens formål kunne anvendes til tross for en noe annerledes ordlyd i dagens regel. Følgelig synes høringsnotatet å kunne tillegges en relativ betydelig rettskildemessig vekt hva gjelder de generelle betraktningene.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) ble opprettet i 2003 som en alternativ tvisteløsningsmodell til ordinær domstolsbehandling, med den hensikt å gi en mer effektiv klagemulighet for leverandørene.²⁸ Klagenemnda er oppnevnt av Regjeringen, og består av 10 medlemmer bestående av advokater, dommere eller professorer.²⁹ Nemnda behandler klager fra leverandører som angår brudd på anskaffelsesregelverket, og avgjør mellom 150 og 200 saker i året.³⁰ Det er imidlertid bare saker som angår ileggelse av overtredelsesgebyr som følge av *ulovlige direkteanskaffelser* som er rettslig bindende for partene. Avgjørelser som angår *andre brudd* på anskaffelsesregelverket, er med dette bare rådgivende.³¹ Dette taler for at sistnevnte KOFA-avgjørelser bare har begrenset rettskildemessig vekt. Avgjørelsens rettskildemessig vekt må imidlertid ses i lys av hvor mange saker klagenemnda har avgjort, klagenemndas formål og det faktum at offentlige oppdragsgivere etterlever klagenemndas avgjørelser. Meg bekjent har heller ikke den skjerpede § 7-9 blitt behandlet av Høyesterett, og det foreligger derfor ingen domstolspraksis med prejudikatsverdi som kan anvendes i tolkingen av bestemmelsen. Disse forholdene tilsier at i tilfeller hvor klagenemnda uttaler seg om regelens innhold, eller om andre overførbare forhold, vil mangelen på domstolspraksis medføre at avgjørelsene får en sentral plass i tolkingen av § 7-9. Nylig er det også blitt avsagt et par avgjørelser i klagenemnda som omhandlet spørsmålet om mulig brudd på § 7-9 (2).³² Dette er *per i dag* de eneste avgjørelsene som vurderer den skjerpede forskriftsbestemmelsen.

Ved tolkingen av § 7-9, står retningslinjer utarbeidet av Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) sentralt.³³ DFØ har utarbeidet en veileder til regler om klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser, hvor veilederen har til hensikt å hjelpe offentlige oppdragsgivere med å overholde regelverket tilhørende klima- og miljøkrav i offentlige anskaffelser.³⁴ Sett i sammenheng med at det er relativt lite juridisk litteratur som omhandler forståelsen av den skjerpede § 7-9, tilsier dette at veilederen får en sentral plass i

²⁸ NOU 2024: 9 s. 217.

²⁹ Gøller (2017) s. 281.

³⁰ NOU 2024: 9 s. 216

³¹ Gøller (2017) s. 281.

³² KOFA-sak 2024/1387 og 2024/639.

³³ KOFA-sak 2024/1387 avsnitt 22.

³⁴ Se DFØ (2024a).

tolkningsgrunnlaget til forskriftsbestemmelsen. Veilederen er imidlertid å regne som juridisk litteratur, og har i tråd med den alminnelige rettskildelæren noe mindre rettskildemessig tyngde. Dette underbygges av at veilederen har en mer praktisk tilnærming, da den i hovedsak er tiltenkt som et *verktøy* som offentlige oppdragsgivere kan benytte seg av i sin anskaffelsespraksis. I mangel av annen juridisk litteratur, vil likevel veilederen fra DFØ bidra til å sette forskriftsbestemmelsen i kontekst ved anskaffelse av konkrete ytelser og vil på denne måten bidra til en større og mer helhetlig forståelse av forskriftsbestemmelsen. Slik vil også veilederen kunne fungere som en tolkings- og rettskildefaktor, om enn med begrenset rettskildemessig vekt.

Avslutningsvis er det norske anskaffelsesregelverket en kombinasjon av EU/EØS-rett og nasjonal rett³⁵, da EØS-avtalen forplikter Norge til å regulere offentlige anskaffelser over angitte EU/EØS-terskelverdier.³⁶ Nasjonal rett må følgelig tolkes i lys av – og i tråd med – EU/EØS-retten. Sentralt i EU/EØS-retten står avgjørelser fra EU-domstolen. EU-domstolen er EUs dømmende myndighet, og har til hensikt å sikre at EU-lovgivningen anvendes likt i hele EU.³⁷ Relevante avgjørelser fra EU-domstolen som omhandler tvister vedrørende anskaffelsesregelverket, blir dermed en sentral og tungtveiende rettskilde ved tolkingen av både § 5 første ledd og § 7-9 (2). Nordisk rett gjennomfører også anskaffelsesdirektivet, og det vil derfor bli trukket paralleller til svensk og dansk rett i en av problemstillingene behandlet under. Ved spørsmål om tolkingen av *innholdet* i det norske anskaffelsesregelverket, har nordisk rett imidlertid begrenset rettskildemessig vekt. Rettskildematerialet vil likevel fungere som et *sammenligningsgrunnlag* for hvordan det norske anskaffelsesregelverket følger opp EU/EØS-retten, og bidra i vurderingen av hvorvidt denne er hensiktsmessig.

³⁵ NOU 2014: 4 s. 59.

³⁶ EØS-loven artikkel 65 nr. 1 vedlegg XVI.

³⁷ Dragsten (2013) s. 57.

2 Grunnleggende prinsipper i anskaffelsesretten

2.1 Anskaffelsesprinsippenes formål

De grunnleggende anskaffelsesprinsippene er sentrale ved drøftelsen av hvorvidt FOA § 7-9 (2) er egnet til å ivareta formålet i LOA § 5 første ledd om å «fremme klimavennlige løsninger». Prinsippene danner både rettigheter og plikter for oppdragsgiver og leverandør³⁸, og blir samtidig anvendt som sentrale tolkningsmomenter av nasjonale domstoler og klagenemnda ved tolkningen av det norske anskaffelsesregelverket.³⁹

LOA § 4 hjemler anskaffelsesprinsippene, og stadfester at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om «konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet» ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Prinsippene skal bidra til å realisere formålet til anskaffelsesregelverket stadfestet i LOA § 1, hvor det er uttalt i lovens forarbeider at ivaretagelse av klima- og miljøhensyn bidrar til oppfyllelse av formålet om at offentlige anskaffelser skal skje på en «samfunnstjenlig måte». ⁴⁰ EØS-avtalen forplikter imidlertid norsk rett til å innføre tilsvarende grunnleggende krav som EØS-rettens anskaffelsesregler. Rekkevidden til anskaffelsesprinsippene stadfestet i § 4 må derfor også fastlegges i samsvar med EU/EØS-rettens prinsipper hjemlet i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1.⁴¹

2.2 Konkurransesprinsippet og likebehandlingsprinsippet

Konkurransesprinsippet er begrunnet ut fra samfunnsøkonomiske og forretningsmessige hensyn, og skal stimulere til konkurranse mellom leverandørene for å sikre effektiv ressursbruk slik at alle aktuelle leverandører kan inngi tilbud på kunngjøringen.⁴² Et sentralt moment herunder er at oppdragsgiver skal legge opp til en *reell* og *bred* konkurranse gjennom

³⁸ Prop. 51 L (2015-2016) s. 81.

³⁹ Dragsten (2020) s. 19.

⁴⁰ Innst. 358 L (2015-2016) s. 15.

⁴¹ NOU 2023: 26 s. 134.

⁴² NOU 1997: 21 s. 116.

sin anskaffelsespraksis.⁴³ I relasjon til klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser, tilsier dette at prinsippet skal sørge for at klima- og miljøkrav, -kriterier og -vilkår ikke skal virke *konkurransbegrensende* og derigjennom ekskludere aktuelle leverandører fra konkurransen.

Likebehandlingsprinsippet er tett tilknyttet konkurranseprinsippet, og er i forarbeidene trukket frem som det viktigste av de fem anskaffelsesprinsippene.⁴⁴ Prinsippet dekker både prinsippet om ikke-diskriminering og et generelt likebehandlingsprinsipp. Prinsippet om ikke-diskriminering stadfester et forbud mot forskjellsbehandling av leverandørene på grunnlag av nasjonalitet, mens det generelle likebehandlingsprinsippet stadfester et forbud mot usaklig forskjellsbehandling.⁴⁵ Samlet sett skal prinsippet sikre at leverandørene gis like muligheter til å delta, hvilket er avgjørende for å oppnå en *reell* konkurranse.⁴⁶ Sett i lys av oppgavens problemstilling, tilsier dette at likebehandlingsprinsippet skal sikre at oppdragsgiver ikke utformer klima- og miljøkrav, -kriterier eller -vilkår som danner grunnlag for usaklig forskjellsbehandling.

2.3 Prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet

Prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet er utledet fra gjennomskiktighetskravet i anskaffelsesdirektivet.⁴⁷ Gjennomskiktighetskravet har etter uttalelser fra EU-domstolen til formål å forhindre favorisering og vilkårlighet fra oppdragsgivers side, samt sikre at oppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen på en forutsigbar måte for leverandøren slik at den enkelt kan etterprøves.⁴⁸ Formålet med gjennomskiktighetskravet er følgelig å ivareta leverandørens rettssikkerhet.⁴⁹

Prinsippet om forutberegnelighet skal sikre åpenhet i alle stadier av anskaffelsesprosessen, og innebærer at prosessen skal være forutsigbar for leverandørene.⁵⁰ Prinsippet skal sørge for at det er klart for leverandørene hva som skal anskaffes, hvilke krav som stilles til leverandøren og ytelsen, samt hvilke kriterier som legges til grunn for valget av leverandør.⁵¹ Følgelig

⁴³ Dragsten (2013) s. 179.

⁴⁴ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 56.

⁴⁵ Ibid s. 59.

⁴⁶ NOU 2014: 4 s. 77.

⁴⁷ Prop. 51 L (2015-2016) s. 45.

⁴⁸ eVigilo [C5] C-538/13 avsnitt 34.

⁴⁹ Dragsten (2013) s. 181.

⁵⁰ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 61.

⁵¹ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 62.

danner prinsippet grunnlaget for leverandørenes vurdering av hvorvidt de klarer å møte oppdragsgiverens krav og kriterier, og følgelig om de har mulighet til å delta i konkurransen eller ikke.

Etterprøvbarehetsprinsippet innebærer at oppdragsgiver skal sikre at alle vesentlige forhold i konkurransen etterprøves. I forlengelsen av dette sikrer prinsippet at leverandørene gis mulighet til å kontrollere at oppdragsgiver har overholdt anskaffelsesregelverket.⁵² I relasjon til oppgavens problemstilling, synes prinsippet å gjøre seg gjeldende med stor tyngde da det ved kvalitative tildelingskriterier beror på en skjønnsmessig vurdering av hvorvidt kriteriet er oppfylt eller ikke.⁵³ Prinsippets formål er derfor å ivareta leverandørenes rettssikkerhet, samt sørge for en effektiv håndhevelse av regelverket. Oppdragsgiver må derfor sørge for at de vurderingene som gjøres underveis, kan etterprøves.⁵⁴

2.4 Forholdsmessighetsprinsippet

Forholdsmessighetsprinsippet, også omtalt som proporsjonalitetsprinsippet, utgjør et av de grunnleggende EU/EØS-rettslige prinsippene.⁵⁵ Prinsippet skal sikre at oppdragsgiver ikke stiller strengere krav og kriterier enn nødvendig for å realisere anskaffelsens formål, samt ivareta balanse mellom mål og middel i den enkelte anskaffelsen ved at konkurransen gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet.⁵⁶ Følgelig regulerer forholdsmessighetsprinsippet gjennomslagskraften til de øvrige anskaffelsesprinsippet hjemlet i § 4.

I relasjon til klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser, ivaretas prinsippet gjennom tilknytningskravet. FOA § 18-1 (4) hjemler tilknytningskravet for klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene, og utgjør en kodifisering av praksis fra EU-domstolen.⁵⁷ Etter § 18-1 (4) andre punktum har tildelingskriteriene tilknytning til leveransen når de «relaterer seg til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder».

⁵² Prop. 51 L (2015-2016) s. 81.

⁵³ KOFA-sak 2024/1387 avsnitt 23.

⁵⁴ Dragsten (2020) s. 22.

⁵⁵ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 55.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Concordia [GC] C-513/99 avsnitt 59 og Wienstrom [C6] C-448/01 avsnitt 33.

3 Reguleringen av oppdragsgivers plikt til å fremme klimavennlige løsninger

3.1 Innledning

LOA § 5 første ledd stiller overordnede krav til oppdragsgivers anskaffelsespraksis, og regulerer *om og hvordan* oppdragsgiver skal ivareta klima- og miljøhensyn ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser.⁵⁸ Paragraf 5 første ledd gjennomfører imidlertid anskaffelsesdirektivet⁵⁹ artikkel 18 nr. 2, og bestemmelsen må følgelig tolkes i lys av Norges EU/EØS-rettslige forpliktelser.⁶⁰

Jeg vil først foreta en tolkning av anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2. Problemstillingen er om det kan utledes en plikt for medlemsstatene til å ivareta klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser. Deretter vil jeg tolke § 5 første ledd i lys av artikkel 18 nr. 2, hvor spørsmålet er *hva* vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» innebærer. Formålet med kapittelet er å kartlegge hvilken plikt oppdragsgiver har til å hensynta klima og miljø ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Kapittelet danner derfor grunnlaget for vurderingen i kapittel 4 om klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene er egnet til å fremme klimavennlige løsninger.

3.2 Anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2

Anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2 lyder slik på originalspråk:

«Member States shall take appropriate measures to ensure that in the performance of public contracts economic operators comply with applicable obligations in the fields of environmental, social and labour law established by Union law, national law, collective agreements or by the international environmental, social and labour law provisions listed in Annex X.»⁶¹

⁵⁸ Prop. 51 L (2015-2016) s. 83.

⁵⁹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU om offentlige innkjøp.

⁶⁰ Prop. 51 L (2015-2016) s. 47.

⁶¹ «Annex X» finnes i FOA Vedlegg 5.

Ordlyden av «shall» tilsier at medlemsstatene er forpliktet til å fastsette tiltak som er egnet til å sikre etterlevelse av gjennomførte miljø-, sosial- eller arbeidsrettslige bestemmelser i offentlige anskaffelser. Til sammenligning lød den tidligere artikkel 26 at miljøhensyn «may» inngå som vilkår for kontraktgjennomføring⁶², hvilket indikerer en *oppfordring* fremfor en *plikt*.⁶³ Ordlydsendringen fra artikkel 26 til artikkel 18 nr. 2 underbygger følgelig synspunktet om at gjeldende direktivbestemmelse pålegger medlemsstatene en plikt til å oppfylle gjeldende forpliktelser fastsatt i blant annet miljøretten.

Artikkel 18 nr. 2 er plassert under samme overskrift – «Principles of procurement» – som prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet hjemlet i artikkel 18 nr. 1. I direktivets fortale er det uttalt at tildeling av offentlige kontrakter skal skje i overensstemmelse med prinsippene hjemlet i artikkel 18 nr. 1⁶⁴, noe som klart stadfester en plikt for medlemsstatene til å etterleve prinsippene. Ettersom artikkel 18 nr. 1 og nr. 2 innehar den samme overskriften, kan derfor systembetragtninger tale i retning av at artikkel 18 nr. 2 innehar en tilsvarende plikt som artikkel 18 nr. 1.⁶⁵

Arrowsmith har imidlertid løftet frem at artikkel 18 nr. 2 synes å ha sterkere likhetstrekk med en regel for et *spesifikt emne* fremfor et *prinsipp* som uttrykker en plikt for medlemsstatene⁶⁶, og at bestemmelsen i større grad enn artikkel 18 nr. 1 er rettet mot nasjonal lov- eller forskriftsgiver enn medlemsstatenes generelle anskaffelsespraksis.⁶⁷ EU-domstolen har likevel uttalt at artikkel 18 nr. 2 er «a cardinal value with which the Member States must ensure».⁶⁸ Uttalelsen fra EU-domstolen likestiller dermed etterlevelsen av gjeldende forpliktelser innenfor miljøretten med de grunnleggende prinsippene i artikkel 18 nr. 1, og forplikter medlemsstatene til å sikre oppfyllelse av artikkel 18 nr. 2 ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser.⁶⁹

Plikten til å etterleve gjeldende miljørettslige bestemmelser skal skje ved at medlemsstatene treffer «appropriate measures». Ordlyden av «appropriate» tilsier at tiltaket må være skikket til å ivareta de aktuelle forpliktelsene, hvilket innebærer at tiltakene må være *relevant* sett i

⁶² Direktiv 2004/18/EF artikkel 26.

⁶³ Platou (2021) s. 537.

⁶⁴ Direktiv 2014/24/EU fortale avsnitt 1.

⁶⁵ Platou (2021) s. 537.

⁶⁶ Arrowsmith (2014) s. 631. Se også Caranta og Sanchez-Graells (2021) s. 205.

⁶⁷ NOU 2023: 24 s. 246.

⁶⁸ Tim SpA [C2] C-395/18 avsnitt 38.

⁶⁹ Platou (2021) s. 537.

forhold til hvilken forpliktelse som søkes ivaretatt. Ordlyden er imidlertid vagt formulert, og legger opp til stor grad av innkjøpsfaglig skjønn for medlemsstatene.⁷⁰ Dette innebærer at medlemsstatene selv må vurdere *hva* som er et egnet tiltak, *hvordan* anskaffelsesprosessen skal gjennomføres for å etterleve den aktuelle forpliktelsen og *om* miljøkrav i offentlige anskaffelser skal reguleres gjennom lovgivning eller andre tiltak.⁷¹ En slik tolkning er i tråd med uttalelser i direktivets fortale, hvor det fremgår at det ikke er hensiktsmessig å fastsette generelle obligatoriske krav til innkjøp med hensyn til miljø ettersom det er store interne forskjeller mellom sektor og marked.⁷² Det avgjørende er derfor ikke *hvilke* tiltak som iverksettes, men at tiltakene sikrer *etterlevelse* av allerede vedtatt miljørettslig lovgivning.⁷³

Drøftelsen viser at artikkel 18 nr. 2 oppstiller en *overordnet* plikt for medlemsstatene til å treffe egnede tiltak som sikrer etterlevelse av direktivet og gjeldende miljørettslig lovgivning, hvor medlemsstatene står relativt fritt i vurderingen av hvilke tiltak de ønsker å gjennomføre for å etterleve de aktuelle forpliktelsene.⁷⁴ Artikkel 18 nr. 2 forplikter med dette ikke Norge til å lovfeste en plikt for oppdragsgiver om å innta klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser.⁷⁵

3.3 Anskaffelsesloven

3.3.1 LOA § 5 første ledd

Det følger av LOA § 5 første ledd at:

«Statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant. [...]»

Paragraf 5 første ledd hjemler oppdragsgivers *plikt* til å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å fremme klimavennlige løsninger i offentlige anskaffelser, og derigjennom redusere skadelig miljøpåvirkning, jf. «skal». Bestemmelsen har til formål å dreie det

⁷⁰ Platou (2021) s. 538.

⁷¹ Ibid.

⁷² Direktiv 2014/24/EU avsnitt 95.

⁷³ Platou (2021) s. 538.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid s. 536.

offentliges produksjons- og forbruksmønster i en mer bærekraftig retning for å sikre økt produktutvikling, nyskaping og bedret konkurranseevne.⁷⁶

3.3.2 Hva er innholdet i vilkåret «fremme klimavennlige løsninger»?

Ordlyden av «fremme klimavennlige løsninger» tilsier innretninger som er egnet til å redusere eventuelt klimaavtrykk eller miljøbelastning. Formuleringen må også ses i sammenheng med den øvrige ordlyden i § 5 første ledd, herunder formuleringen « redusere skadelig miljøpåvirkning ». Dette taler for at de klimavennlige løsningene må være egnet til å redusere eventuell skadelig miljøpåvirkning anskaffelsen måtte ha.

Dersom man ser ordlyden i lys av klimaloven, underbygger dette den foregående tolkningen. Klimaloven § 3 stadfester Norges klimamål for 2030, hvor det fremgår at « klimagassutslippene [...] skal reduseres med minst 55 prosent ». Av klimaloven § 4 første ledd fremgår det at Norge skal bli et « lavutslippssamfunn » i 2050. Sett i sammenheng med både klimaloven §§ 3 og 4, tilsier dette at ordlyden « fremme klimavennlige løsninger » eksempelvis kan omfatte reduksjon av klimagassutslipp eller null- og lavutslippsløsninger. Samlet sett taler dette for at vilkåret « fremme klimavennlige løsninger » tar sikte på å anvende offentlige anskaffelser som et virkemiddel for å nå *klimamålene*.

En slik tolkning støttes av begrunnelsen for endringen av den tidligere LOA § 6 med gjeldende § 5 i 2017. Den tidligere § 6 stilte krav om at oppdragsgiver skulle ta hensyn til « miljømessige konsekvenser » av anskaffelsen. Endringen av § 6 ble begrunnet med et ønske om å reflektere de EU-rettslige holdningene om å styrke offentlige anskaffelser som et virkemiddel for å nå EUs klimamål, stadfestet i Europa 2020-strategien for smart, bærekraftig og inkluderende vekst.⁷⁷

Akkurat *hvilke* « løsninger » som bidrar til å redusere anskaffelsens klimaavtrykk eller miljøbelastning kan imidlertid ikke konstateres på generelt grunnlag, men må trolig avgjøres relatert til den konkrete ytelsen. En nærmere utbrodering av *når* det anses særlig relevant å stille klima- og miljøkrav og -kriterier, og herunder « fremme klimavennlige løsninger », er likevel gitt i DFØs handlingsplan for økt andel klima- og miljøvennlige anskaffelser og grønn

⁷⁶ Dragsten (2020) s. 51.

⁷⁷ Prop. 51 L (2015-2016) s. 51.

innovasjon (DFØs handlingsplan).⁷⁸ Det fremgår av DFØs handlingsplan at oppdragsgiver skal «søke å fremme null- og lavutslippsløsninger og sirkulær økonomi, samt søke å unngå helse- og miljøfarlige stoffer spesielt innen de prioriterte kategoriene: transport, bygg og anlegg, mat og måltidstjenester, plastprodukter og produkter som inneholder plast, IKT/elektriske og elektroniske produkter, batterier, møbler og tekstiler». ⁷⁹ Selv om det ved disse utvalgte innkjøpskategoriene er spesielt stort potensial for å fremme klimavennlige løsninger, er det likevel nærliggende at løsningene *igjen* må tilpasses det konkrete markedet innenfor de forskjellige innkjøpskategoriene.

I forarbeidene til § 5 første ledd er det uttalt at «innovasjonsfremmende anskaffelser» kan være en måte å fremme klimavennlige løsninger på.⁸⁰ Også i DFØs handlingsplan ble det påpekt at å fremme klima- og miljøvennlige løsninger gjennom offentlige anskaffelser kan handle om å velge løsninger som er nye på markedet, samt om å legge til rette for innovasjon.⁸¹

«Innovasjon» er definert i FOA § 4-5 bokstav h til å innebære en «innføring av en ny eller betydelig bedre vare, tjeneste eller prosess [...]». DFØ skiller imidlertid mellom «*innovasjonsfremmende anskaffelser*» og «*anskaffelser av innovasjon*».⁸² Mens «anskaffelser av innovasjon» utgjør en anskaffelse hvor oppdragsgiver «aktivt søker produkter eller tjenester som ikke er tilgjengelig i markedet», forstås «innovasjonsfremmende anskaffelser» som anskaffelser som «legger til rette for, og oppfordrer til, innovative løsninger, uten at dette er et krav».⁸³ Dette tilsier at det ved «innovasjonsfremmende anskaffelser» ikke er innovasjon *i seg selv* som er et mål, men heller de *gevinstene* innovasjon kan føre med seg.⁸⁴ Sett i lys av vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» i § 5 første ledd, tilsier dette at formuleringen «innovasjonsfremmende anskaffelser» må forstås som anskaffelser som fremmer *innovasjon av klima- og miljøløsninger*.⁸⁵

Drøftelsen over viser at vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» må ses i lys av to forhold. Først og fremst må vilkåret forstås i lys av Norges arbeid med å nå klimamålene stadfestet i

⁷⁸ DFØ (2021).

⁷⁹ Ibid s. 5. Utbrodering av de prioriterte innkjøpskategoriene følger på s. 48-82.

⁸⁰ Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

⁸¹ DFØ (2021) s. 8.

⁸² DFØ (2024d) avsnitt 2.

⁸³ NOU 2023: 26 s. 146, *Boks 15.1*.

⁸⁴ Grønhaug (2023) siste avsnitt.

⁸⁵ NOU 2023: 26 s. 120.

klimaloven §§ 3 og 4. Dette innebærer at vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» *for det første* tar sikte på at offentlige anskaffelser skal bidra til ivaretagelse av klimamålene. Vilkåret må videre forstås i samsvar med lovens forarbeider, hvilket innebærer at vilkåret *for det andre* sikter til innovasjon av klima- og miljøløsninger. Vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» sikter derfor til følgende to elementer: (1) *sikre klima- og miljøgevinster* og (2) *innovasjon av klima- og miljøløsninger*. Denne oppspaltingen danner grunnlaget for drøftelsen i kapittel 4.

Paragraf 5 første ledd retter seg imidlertid mot offentlige oppdragsgivere på virksomhetsnivå, samt deres samlede anskaffelsespraksis.⁸⁶ Bestemmelsen overlater tilsynelatende ansvaret til oppdragsgiveren selv å vurdere hvordan den konkrete anskaffelsen skal bidra til å «fremme klimavennlige løsninger». Paragraf 5 første ledd legger dermed opp til at oppdragsgiver *selv* må gjennomgå sin anskaffelsespraksis, og vurdere hvordan klima- og miljøhensyn skal ivaretas og reflekteres i de enkelte anskaffelsene.⁸⁷ Følgelig må bestemmelsen tolkes i lys av at bestemmelsens innhold er fastlagt i FOA. Dette kan bidra til å kaste et bedre lys over hva det innebærer at oppdragsgivers anskaffelsespraksis skal «fremme klimavennlige løsninger», jf. § 5 første ledd, og derigjennom redusere skadelig miljøpåvirkning.

⁸⁶ Meld. St. 22 (2018-2019) s. 79.

⁸⁷ Ibid.

4 Klima- og miljøhensyn som virkemiddel for å fremme klimavennlige løsninger etter FOA § 7-9 (2)

4.1 Innledning

Det fremgår av LOA § 5 første ledd siste punktum at «[d]epartementet kan gi forskrift om det nærmere innholdet av bestemmelsen». FOA § 7-9 regulerer bruk av klima- og miljøhensyn i oppdragsgivers enkelte anskaffelser, og er ment å følge opp oppdragsgivers overordnede plikt i § 5 første ledd om å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å «fremme klimavennlige løsninger».⁸⁸ Hovedregelen i § 7-9 (2) har imidlertid, som vist innledningsvis, møtt motstand blant offentlige oppdragsgivere. Kritikken er rettet mot at den strenge hovedregelen gjør det vanskelig å vurdere *hva* som er de mest merkbare tiltakene for å redusere anskaffelsens miljøbelastning, ved at den fratrar oppdragsgiverne det innkjøpsfaglige skjønn og fleksibiliteten som er nødvendig ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser.⁸⁹

Kritikken innbyder til spørsmål om hovedregelen i § 7-9 (2) virker etter sin hensikt om å sikre klima- og miljøgevinst og fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger. Ettersom § 7-9 følger opp oppdragsgivers forpliktelser i § 5, blir det i forlengelsen av dette aktuelt å vurdere hvorvidt § 7-9 (2) er egnet til å ivareta vilkåret om å «fremme klimavennlige løsninger» hjemlet i § 5 første ledd første punktum. Denne problemstillingen vil bli behandlet i kapittel 4.

Den videre drøftelsen i kapittel 4 er delt opp i tre deler, og er gjort på bakgrunn av tolkningen og oppspaltingen av vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» i § 5 første ledd i kapittel 3.3.2. Det vil først i kapittel 4.2 bli foretatt en tolkning av innholdet i hovedregelen i § 7-9 (2). Her er problemstillingen hva det innebærer at oppdragsgiver skal vekte «klima- og miljøhensyn» i tildelingskriteriene. I kapittel 4.3 er problemstillingen om klima- og

⁸⁸ Nærings- og fiskeridepartementet (2023) s. 11.

⁸⁹ Se Skatteetaten (2023), Miljødirektoratet (2023), SVV (2023) og Asker kommune (2023).

miljøhensyn i tildelingskriteriene er egnet til å sikre reell klima- og miljøgevinst. I kapittel 4.4 er problemstillingen hvorvidt klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene er egnet til å fremme innovasjon av klima- og miljøhensyn. I både kapittel 4.3 og 4.4 er det formulert underproblemstillinger som tar sikte på å klarlegge forholdet mellom § 7-9 (2) og muligheten til henholdsvis å sikre klima- og miljøgevinster og innovasjon av klima- og miljøløsninger.

4.2 Innholdet i FOA § 7-9 (2)

Hovedregelen om oppdragsgivers plikt til å ivareta klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser er hjemlet i FOA § 7-9 (2). Det følger av bestemmelsen at:

«Oppdragsgiver skal vekte klima- og miljøhensyn med minimum tretti prosent.»

Tidligere hadde oppdragsgiver mulighet til å anvende sitt innkjøpsfaglige skjønn til å vurdere hvorvidt det var hensiktsmessig å innta kriterier relatert til klima og miljø, og hvor mye dette eventuelt skulle vektes med.⁹⁰ Den skjerpede § 7-9 (2) innskrenker oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn etter den tidligere bestemmelsen, da den oppstiller en absolutt plikt for oppdragsgiver å innta tildelingskriterium som ivaretar klima- og miljøhensyn, samt vekte kriteriene med minimum 30 prosent i tildelingskriteriene⁹¹, jf. «skal». Oppdragsgivers bruk og evaluering av tildelingskriterier er ellers regulert i FOA § 18-1.

Vilkåret «klima- og miljøhensyn» må tolkes i lys av § 7-9 (1). Det fremgår av bestemmelsen at krav og kriterier etter § 7-9 skal ha som mål å « redusere anskaffelsens samlede klimaavtrykk eller miljøbelastning ». Formålsbestemmelsen tilsier derfor at de klima- og miljøhensyn som skal inntas i tildelingskriteriene, må være egnet til å redusere anskaffelsens eventuelle skadelige klima- og miljøpåvirkning. Paragraf 7-9 (1) gir seg også utslag på tolkningen av § 5 første ledd og vilkåret « fremme klimavennlige løsninger ». Sett i lys av at § 7-9 (2) er ment å følge opp de overordnede forpliktelsene til oppdragsgivers anskaffelsespraksis, og at de klima- og miljøhensyn som inntas i tildelingskriteriene dermed skal « fremme klimavennlige løsninger », tilsier dette at de aktuelle klimavennlige løsningene

⁹⁰ Tidligere lød FOA § 7-9: «Oppdragsgiver [...] kan stille miljøkrav og kriterier i alle trinn av anskaffelsesprosessen der det er relevant og knyttet til leveransen. Der miljø brukes som tildelingskriterium, bør det som hovedregel vektes minimum 30 prosent.»

⁹¹ Det følger av FOA § 7-9 (4) at «tildelingskriterier etter andre [...] ledd, kan erstattes med klima- og miljøkrav i kravspesifikasjonen».

også må være egnet til å redusere anskaffelsens samlede klimaavtrykk eller miljøbelastning i tråd med § 7-9 (1). Dette taler følgelig for at løsningene må inneha en klima- og miljøgevinst.

Paragraf 7-9 (2) slår fast at oppdragsgiver skal «vekte» klima- og miljøhensyn med minimum 30 prosent. Herunder er det av enkelte oppdragsgivere reist spørsmål om tildelingskriteriene skal ha en *nominell* eller *reell*⁹² vekt på 30 prosent.⁹³ Formålet med den skjerpede forskriftsbestemmelsen var i større grad å involvere det offentlige i det grønne skiftet, gjennom å stille strengere krav til ivaretagelsen av klima- og miljøhensyn for å fremme klimavennlige løsninger gjennom offentlige anskaffelser.⁹⁴ Dette formålet reflekteres også i § 7-9 (1). Dersom bestemmelsen skal virke etter sitt formål om at klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene skal ha en *faktisk* effekt på miljøet, herunder i form av klima- og miljøgevinster, tilsier dette at tildelingskriteriet bør ha en *reell* vekt på 30 prosent. Dette samsvarer dessuten best med at vekten til tildelingskriteriene skal være egnet til å reflektere oppdragsgivers reelle betalingsvillighet for det som inngår under kriteriet.⁹⁵ Dersom kriteriet bare hadde hatt en nominell vekt på 30 prosent, ville oppdragsgiver risikert at kriteriet verken var representativt for kriteriets klima- og miljøeffekt eller oppdragsgivers faktiske betalingsvillighet.⁹⁶ I relasjon til vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» i § 5 første ledd, tilsier dette at løsningene følgelig må ha en *reell* klima- og miljøgevinst.

Tolkningen og forståelsen av hovedregelen i § 7-9 (2) må ses i lys av *begrunnelsen* for den skjerpede forskriftsbestemmelsen. Formålet med skjerpingen av den tidligere forskriftsbestemmelsen var å sikre at offentlige oppdragsgivere i størst mulig grad bidrar til det grønne skiftet gjennom sin anskaffelsespraksis ved å stille strengere krav til ivaretagelsen av klima og miljø i sine anskaffelser.⁹⁷ Hensikten med den skjerpede forskriftsbestemmelsen var derfor å legge opp til stor grad av innkjøpsfaglig skjønn, slik at oppdragsgiverne kunne søke løsninger som gir størst mulig reell miljøgevinst og fremmer innovasjon.⁹⁸ Formålet og hensikten med den skjerpede § 7-9 (2) tilsier med dette at Nærings- og fiskeridepartementet har vurdert det slik at en absolutt vektingsregel av klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene

⁹² Nominell vekt tilsier at kriteriet er *uten faktisk betydning*. Reell vekt innebærer det motsatte.

⁹³ SVV (2023) s. 2, SVW (2023) s. 1.

⁹⁴ Nærings- og fiskeridepartementet (2023) avsnitt 1.

⁹⁵ Meld. St. 22 (2018-2019) s. 39.

⁹⁶ SVV (2023) s. 2.

⁹⁷ Nærings- og fiskeridepartementet (2022) s. 3.

⁹⁸ Nærings- og fiskeridepartementet (2023) avsnitt 4.

er den mest effektive måten å sikre reell klima- og miljøgevinst, samt fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger.

En ren ordlydstolkning av § 7-9 (2) viser at de «klima- og miljøhensyn» oppdragsgiver er pliktig til å vekte med minimum 30 prosent i tildelingskriteriene, må være egnet til å sikre *reell* klima- og miljøgevinst for å ivareta vilkåret i § 5 første ledd og formålet i § 7-9 (1). Sett i lys av den øvrige ordlydstolkningen av vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» i kapittel 3.3.2, tilsier dette at § 7-9 (2) *også* må være egnet til å fremme innovasjon av klima- og miljøvennlige løsninger, slik angitt i lovens forarbeider.⁹⁹

4.3 Klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene for å sikre klima- og miljøgevinster?

4.3.1 Betydningen av et kvalitativt tildelingskriterium

FOA § 7-9 (2) slår fast at klima- og miljøhensyn skal benyttes som et *tildelingskriterium*. Etter FOA § 18-1 (3) bokstav a kan kvalitetskriteriet, ved valg av tilbud på grunnlag av det «beste forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet», gi uttrykk for «miljømessige» egenskaper ved varen eller tjenesten som skal anskaffes. Dette tilsier at klima- og miljøhensyn er et *kvalitativt tildelingskriterium*.

Problemstillingen i dette kapittelet er hvorvidt klima- og miljøhensyn som *kvalitativt tildelingskriterium* er egnet til å ivareta formålet i LOA § 5 første ledd. Utgangspunktet er at alle tildelingskriterier skal utformes på en «klar og utvetydig måte».¹⁰⁰ Et kvalitativt tildelingskriterium er imidlertid formulert som et generelt mål som ikke nødvendigvis er tallfestet, og som i mange tilfeller derfor heller ikke kan måles. Det faktum at kvalitative tildelingskriterier er relative i sin natur, innebærer at vurderingen av hvor godt den enkelte leverandør oppfyller kriteriet inneholder betydelig grad av skjønn.¹⁰¹ Store skjønnsmessige vurderinger åpner på den ene siden for at oppdragsgiver i en samlet vurdering kan ta hensyn flere forhold, og hvor dette kan bidra til å skape en bedre og større forståelse av leverandørens

⁹⁹ Prop. 51 L (2015-2016) s. 82.

¹⁰⁰ KOFA-sak 2022/587 avsnitt 19. Se også SIAC Construction [C5] C-19/00 avsnitt 42.

¹⁰¹ KOFA-sak 2021/1000 avsnitt 32.

tilbud. På en annen side innebærer skjønnsmessige vurderinger også en risiko for feilvurderinger, hvor det kan være vanskelig å si noe om kvalitetskriteriets *faktiske* effekt.

Betydningen av tildelingskriterienes relative karakter er påpekt i KOFA-sak 2024/1387. Klagenemnda slo fast at ettersom tildelingskriterier i seg selv er relative, vil det å stille *krav* være «den eneste måten å sikre at et gitt klima- og miljøhensyn oppnås».¹⁰² Krav til leverandør og ytelsen eller kontraktsvilkår gir oppdragsgiver en forsikring om at de nødvendige behovene blir ivaretatt, ettersom slike krav og vilkår må være oppfylt for at leverandøren skal ha mulighet til å delta i konkurransen og tilby sin tjeneste til oppdragsgiveren.¹⁰³ Også ved bruk av kvantitative tildelingskriterier – eksempelvis «laveste pris» – vil oppdragsgiver være sikker på at han velger det billigste tilbudet, da kvantitative tildelingskriterier uttrykker et *konkret* mål. Klima- og miljøhensyn som kvalitetskriterier bør som vist ha en *reell* effekt for å kunne oppfylle sitt formål i § 5 første ledd om å «fremme klimavennlige løsninger», samt formålet i § 7-9 (1). Sammenlignet med krav og kvantitative tildelingskriterier, taler dette for at kvalitative tildelingskriterier er mindre egnet til å gi oppdragsgiver en forsikring om at de klima- og miljøhensyn som ønskes ivaretatt, *faktisk* blir ivaretatt.

Et lignende resonnement ligger til grunn for forslaget til ny klima- og miljøbestemmelse fremmet av Anskaffelsesutvalget. Den foreslåtte klima- og miljøbestemmelsen stadfester at det stilles «klima- og miljøkrav til ytelsen», og at kravet som stilles skal gi en «reell klima- og miljøgevinst».¹⁰⁴ Til sammenligning med dagens regel i § 7-9 (2), inneholder forslaget ingen spesifisering på *hvor* i anskaffelsesprosessen klima og miljø skal inntas. Dette gir oppdragsgiver den nødvendige friheten til å anvende sitt innkjøpsfaglige skjønn i vurderingen av hvor i anskaffelsesprosessen klima og miljø vil gi den største og mest hensiktsmessige miljømessige effekten, sett opp i mot hva som konkret skal anskaffes.

På en side kan oppdragsgiver, gjennom å formulere absolutte krav, være sikker på at formålet om å « redusere klimaavtrykk eller miljøbelastning » i § 7-9 (1) og derigjennom vilkåret om å « fremme klimavennlige løsninger » i § 5 første ledd, faktisk blir ivaretatt ettersom dette er avgjørende for leverandørers deltakelse i konkurransen. Dette kan også tas til inntekt for at oppdragsgiver dermed gis en større sikkerhet om at de aktuelle kravene innehar en *reell*

¹⁰² KOFA-sak 2024/1387 avsnitt 23.

¹⁰³ Henholdsvis FOA kapittel 16, kapittel 15 og kapittel 19.

¹⁰⁴ NOU 2023: 26 § 2-2 (2) bokstav b.

klima- og miljøgevinst. På en annen side er offentlige oppdragsgivere avhengig av at markedets aktører er i stand til å levere på de tilbud og tjenester som det offentlige etterspør dersom de skal ha mulighet til å få dekket sine behov. Dersom oppdragsgiver inntar strenge klima- og miljøkrav risikerer oppdragsgiver at enkelte leverandører ikke har mulighet til å levere tilbud og dermed avstår fra å delta i konkurransen. Til tross for at oppdragsgivers hensikt er å sikre reell klima- og miljøgevinst, kan det følgelig tenkes at uforholdsmessige strenge klima- og miljøkrav risikerer å være i strid med konkurranseprinsippet.¹⁰⁵ Kvalitative tildelingskriterier vil til sammenligning sjelden være konkurransebegrensende, ettersom de ikke er avgjørende for hvorvidt leverandører kan delta i konkurransen. Dette tilsier at dersom oppdragsgiver risikerer at leverandører avstår fra å delta i konkurransen som følge av strenge klima- og miljøkrav, og oppdragsgiver dermed ikke får dekket sine behov, vil klima- og miljøhensyn som kvalitativt tildelingskriterium egne seg bedre for å ivareta klima- og miljøhensyn.¹⁰⁶

Det hefter likevel en generell usikkerhet omkring hvorvidt kvalitative tildelingskriterier i *realiteten* er egnet til å redusere anskaffelsens klima- og miljøbelastning. Simonsen Vogt Wiig (SVW) har særlig vist til at kvalitative tildelingskriterier innebærer at leverandøren innenfor en gitt poengskala skal tilby en *mer eller mindre* klima- og miljøvennlig leveranse. Dette vil i så fall tilsi at tilbyderen har valgfrihet knyttet til *hvordan*, og *i hvilken grad*, kriteriet blir oppfylt, og hvor det er opp til oppdragsgiver å vurdere hvorvidt oppfyllelsen er *tilstrekkelig*.¹⁰⁷ Når det i tillegg følger av § 7-9 (2) at klima- og miljøhensyn skal vektes med «minimum tretti prosent», kan dette medføre en risiko for at anskaffelsen tildeles en leverandør som har valgt å tilby en mindre god miljøvennlig leveranse til en lavere pris.¹⁰⁸ Oppdragsgiver har dermed mindre sikkerhet for at det kvalitative tildelingskriteriet knyttet til klima og miljø gir en reell miljøgevinst som er egnet til å ivareta formålet i § 5 første ledd, ettersom miljøkvaliteter som ikke har noen *egentlig* miljømessig verdi risikerer å bli gitt betydelig uttelling ved tilbudsevalueringen og utkonkurrere andre leverandører som har satset på miljø til en dyrere pris.¹⁰⁹

Totalt sett tilsier dette at *krav* tilknyttet klima og miljø gir en større sikkerhet for oppdragsgiver om at anskaffelsens samlede klima- og miljøbelastning blir redusert, gjennom

¹⁰⁵ NOU 2023: 26 s. 125.

¹⁰⁶ Asker kommune (2023) avsnitt 17.

¹⁰⁷ SVW (2023) s. 4.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Asker kommune (2023) avsnitt 18.

at oppdragsgiver sikrer at kravet har reell klima- og miljøeffekt. Dette tilsier følgelig at klima- og miljøhensyn som kvalitativt tildelingskriterium er *mindre egnet* til å ivareta formålet i § 5 første ledd, og herunder sikre reell klima- og miljøgevinst. Et slikt synspunkt må imidlertid nyanseres av at klima- og miljøkrav kan virke konkurransebegrensende i et umodent marked. Oppdragsgiver må følgelig foreta en vurdering av hvorvidt markedet har kompetanse til å imøtekomme kravene og oppfylle oppdragsgivers behov, eller om det er mer hensiktsmessig med kvalitative tildelingskriterier.

4.3.2 Markedets evne til å oppfylle oppdragsgivers behov

Det er stor variasjon i hva offentlige oppdragsgivere anskaffer, hvilket også medfører at ulike bransjer og markeder utvikler seg individuelt i forhold til å kunne levere på klima- og miljøkrav og -kriterier som inntas i anskaffelsen.¹¹⁰ Problemstillingen er følgelig hvilken betydning markedets evne til å oppfylle oppdragsgivers behov har for spørsmålet om hvorvidt klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene er egnet til å sikre reell klima- og miljøgevinst.

Bygg, anlegg og eiendomsnæringen (BAE-næringen) og transportsektoren er blant de fremhevede kategoriene i DFØs handlingsplan, og hvor det er ansett særlig aktuelt å stille klima- og miljøkrav og -kriterier for å redusere anskaffelsens klimaavtrykk og miljøbelastning.¹¹¹ Fellesnevneren for både BAE-næringen og transportsektoren er imidlertid at dette er to innkjøpskategorier hvor offentlige anskaffelser synes å være *betydelige*. Herunder at det er et stort innslag av offentlige anskaffelser, og hvor det offentlige årlig anskaffer for store beløp. Illustrerende lå de samlede innkjøpsutgiftene¹¹² til BAE-næringen på ca. 143 milliarder kroner i 2022 og 2023.¹¹³ I markeder hvor offentlige anskaffelser er betydelige, er det nærliggende å anta at leverandører vil tilpasse sin produksjon til de klima- og miljøkravene og -kriteriene som oppdragsgiver stiller. Dersom store leverandører ved offentlige anskaffelser utvikler sin næring til å møte klima- og miljøkrav, tilsier dette også at de bedrer sine sjanser for delta i, og om mulig vinne, konkurransen. Følgelig vil det i slike markeder også være større rom for oppdragsgiver til å stille strengere klima- og miljøkrav i

¹¹⁰ Odin Prosjektet (2023) s. 2.

¹¹¹ Meld. St. 22 (2018-2019) s. 88.

¹¹² De samlede innkjøpsutgiftene omfatter statsforvaltningens, kommunens og fylkeskommunens innkjøpsvolum. Det er tatt utgangspunkt i tallene «Bygg og anlegg» og «Eiendom», og «Bygge- og anleggsvirksomhet».

¹¹³ DFØ (2024e) *Tabell over statsforvaltningens, kommunens og fylkeskommunens innkjøpsvolum*.

anskaffelsen, ettersom det er mindre risiko for å forhindre konkurranse mellom aktuelle leverandører og større sjanse for at leverandørene klarer å levere på strengere krav.¹¹⁴

Motsatt kan tenkes i tilfeller hvor offentlige anskaffelser *ikke* er like betydelige, og hvor markedet derfor kan tenkes å være mindre modent for å levere på strenge klima- og miljøkrav. Kompetanse- eller personalvirksomheter¹¹⁵ eller overnattings- og servicenæringen¹¹⁶ er eksempler på hvor det offentlige ikke anskaffer for de samme verdiene som BAE-næringen eller transportsektoren, og hvor markedet angivelig er mindre modent for å levere på klima- og miljøkrav. Det vil være lite hensiktsmessig av oppdragsgiver å stille strenge klima- og miljøkrav dersom dette viser seg å være konkurransebegrensende, samtidig som oppdragsgiver ikke får dekket sine behov. Dersom markedet ikke har evne til å imøtekomme oppdragsgivers behov relatert til klima og miljø, tilsier dette at det vil være mer effektivt av oppdragsgiver å benytte klima og miljø som kvalitativt tildelingskriterium, ettersom dette sikrer tilbud og opprettholder konkurranse i markedet.¹¹⁷

Dersom markedet ikke åpner for å stille klima- og miljøkrav, er det av industrinæringen imidlertid påpekt at klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene som har *liten reell effekt* likevel vil kunne forhindre konkurranse mellom leverandører, da mindre gode utformede tildelingskriterier ikke gjør det lønnsomt for bedriftene å satse på grønne løsninger i offentlige anskaffelser som følge av at de ikke får et konkurransefortrinn.¹¹⁸ Dette tilsier at dersom oppdragsgiver inntar klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene fordi markedet ikke er modent for å imøtekomme krav, vil det være vel så viktig å utforme kvalitative tildelingskriterier vedrørende klima og miljø på en måte som *faktisk* er egnet til å fremme klimavennlige løsninger, slik at leverandørene også *selv* ønsker å konkurrere på klima og miljø. Oppdragsgiver bør derfor tilstrebe å utforme kvalitative tildelingskriterium som innehar en *faktisk* klima- og miljøeffekt.

Markedets evne til å oppfylle oppdragsgivers behov har med dette stor betydning for hvorvidt klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene er egnet til å fremme klimavennlige løsninger gjennom å sikre reell klima- og miljøgevinst. I modne markeder hvor offentlige anskaffelser er betydelige og spiller en viktig rolle for deres verdiskapning, er det større rom for

¹¹⁴ NOU 2023: 26 s. 129.

¹¹⁵ DFØ (2024e) *Tabell over statsforvaltningens innkjøpsvolum*.

¹¹⁶ DFØ (2024e) *Tabell over kommuner og fylkeskommuners innkjøpsvolum*.

¹¹⁷ Asker kommune (2023) avsnitt 17.

¹¹⁸ Hjartlie (2023) avsnitt 4.

oppdragsgiver til å stille klima- og miljøkrav. I markeder hvor leverandørene ikke har kommet like langt i utviklingen av klima- og miljøløsninger, synes imidlertid klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene å være det mest hensiktsmessige alternativet.

4.3.3 Viktigheten av innkjøpsfaglig fleksibilitet

Viktigheten av innkjøpsfaglig fleksibilitet ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser er fremhevet i stortingsmeldingen *Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser (Smartere innkjøp)*.¹¹⁹ Ved lanseringen av den skjerpede forskriftsbestemmelsen fremhevet også Regjeringen selv at FOA § 7-9 nettopp skal legge til rette for at oppdragsgiver kan bruke sitt innkjøpsfaglige skjønn for å søke løsninger som gir størst mulig miljøgevinst i den enkelte anskaffelse.¹²⁰ Problemstillingen er følgelig hvilken betydning innkjøpsfaglig fleksibilitet har for oppdragsgivers mulighet til å fremme klimavennlige løsninger, og hvorvidt denne blir tilstrekkelig ivaretatt gjennom § 7-9 (2).

Paragraf 7-9 (2) forplikter oppdragsgiver å vekte klima- og miljøhensyn med minimum 30 prosent i tildelingskriteriene, og pålegger samtidig oppdragsgiver å begrunne unntak fra hovedregelen. Selv om bestemmelsen gir oppdragsgiver rom for å vektlegge klima- og miljøhensyn med mer enn 30 prosent, detaljregulerer den likevel *hvor* i anskaffelsesprosessen klima- og miljøhensyn skal inntas og *hvor mye* vekt oppdragsgiver minimum skal tillegge det aktuelle kvalitetskriteriet. Umiddelbart synes derfor ikke § 7-9 (2) å legge tilstrekkelig til rette for innkjøpsfaglig fleksibilitet i tråd med Regjeringens uttalte hensikt med bestemmelsen.

En detaljregulering av hvordan offentlige oppdragsgivere skal ivareta klima- og miljøhensyn kan være hensiktsmessig i den forstand at det er forutberegnelig for oppdragsgiver og leverandør *hvordan* klima- og miljøhensyn blir ivaretatt i den enkelte anskaffelse, og *hva* oppdragsgiver stiller kriterium om. Det kan også tenkes at en detaljregulering gjør det enklere for oppdragsgiver å innta klima- og miljøhensyn i den enkelte anskaffelse, ettersom oppdragsgiver da ikke behøver å foreta en vurdering av hvorvidt klima- og miljøhensyn skal inntas eller ikke. Også anskaffelsesundersøkelsen fra 2024 viser en oppgang i antall virksomheter som har innrettet sin anskaffelsespraksis til å fremme klimavennlige løsninger, med en økning fra 52 prosent i 2022 til 63 prosent i 2023.¹²¹ Følgelig kan det se ut til at den

¹¹⁹ Meld. St. 22 (2018-2019) s. 88.

¹²⁰ Nærings- og fiskeridepartementet (2023) avsnitt 4.

¹²¹ Anskaffelsesundersøkelsen (2024) s. 61.

skjerpede forskriftsbestemmelsen har rettet et større fokus på at offentlige oppdragsgivere er forpliktet til å anvende offentlige anskaffelser som et ledd i arbeidet med å nå klimamålene, og at dette har gjort offentlige oppdragsgivere mer oppmerksom på anskaffelsens klima- og miljøbelastning.

Bare 14 prosent av virksomhetene oppgir imidlertid i anskaffelsesundersøkelsen at deres anskaffelsespraksis «i stor eller svært stor grad» har ført til *gode resultater* innen reduksjon av klima- og miljøbelastning.¹²² Dette indikerer at vektingskravet i § 7-9 (2) kan føre til at fokuset rettes mot å *oppfylle* hovedregelen, fremfor å fokusere på hvilke kriterier som *faktisk* bidrar til å redusere miljøbelastningene.¹²³ Med dette menes at fremfor at oppdragsgiver fokuserer på å fremme null- og lavutslippsløsninger eller sirkulær økonomi, ligger heller fokuset på hvorvidt anskaffelsen er gjennomført riktig i henhold til regelverket. En detaljregulering kan dermed risikere at regelen virker mot sin hensikt, og hvor de aktuelle klima- og miljøhensynene risikerer å ha liten reell miljømessig effekt.

Både NOU 2023: 26 og nordisk rett kan i denne anledning fungere som et sammenligningsgrunnlag for hvorvidt § 7-9 legger til rette for innkjøpsfaglig fleksibilitet. Risikoen for overregulering og utilsiktede virkninger ved bruk av detaljregulering, samt mangelen på innkjøpsfaglig fleksibilitet i § 7-9, er påpekt av Anskaffelsesutvalget og ligger til grunn for den nye klima- og miljøbestemmelsen.¹²⁴ Heller ikke svensk¹²⁵ eller dansk¹²⁶ rett regulerer hvordan oppdragsgiver skal ivareta klima- og miljøhensyn, men åpner heller for at oppdragsgiver kan foreta en skjønnsmessig vurdering på *når* i anskaffelsesprosessen dette er hensiktsmessig. Rettskildene synes derfor å avbøte på risikoen for at det i enkelte tilfeller er lite klimafotavtrykk å konkurrere om, og at det dermed kan være vanskelig å formulere gode tildelingskriterier som sikrer reell klima- og miljøgevinst.¹²⁷ Selv om § 7-9 også åpner for at klima- og miljøhensyn kan inntas i kravspesifikasjonen¹²⁸, og dermed har enkelte likhetstrekk med de ovennevnte rettskildene, fremstår regelen likevel mer rigid og firkantet og uten den samme innkjøpsfaglige fleksibiliteten.

¹²² Anskaffelsesundersøkelsen (2024) s. 68.

¹²³ Meld. St. 22 (2018-2019) s. 88.

¹²⁴ NOU 2023: 24 § 2-2 (2) bokstav b.

¹²⁵ LOU 4. kap. 3 §.

¹²⁶ Udbudsloven §§ 40-45, 137, 161-168, 176.

¹²⁷ NOU 2023: 26 s. 136.

¹²⁸ FOA § 7-9 (4).

Enkelte offentlige oppdragsgivere har dessuten tatt til orde for at krav og kriterier til miljø må ses i sammenheng med hvilken type anskaffelse det gjelder, størrelsen på anskaffelsen og forholdet til markedet.¹²⁹ Dette tilsier at jo mer fleksibilitet oppdragsgiver har, jo bedre rammer har oppdragsgiver for å utøve et godt innkjøpsfaglig skjønn.¹³⁰ Klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene vil på den ene siden legge til rette for en mer åpen konkurranse hvor det åpnes for at ulike løsninger kan oppfylle oppdragsgivers behov.¹³¹ På den andre siden, som vist i kapittel 4.3.2, vil markedet i flere tilfeller likevel være modent til å levere på klima- og miljøkrav. Dette illustrerer at hvordan klima- og miljøhensyn best ivaretas i den enkelte anskaffelse, ofte vil variere på bakgrunn av *hva* som anskaffes.

Innkjøpsfaglig fleksibilitet må med dette anses å ha stor betydning for oppdragsgivers mulighet til å fremme klimavennlige løsninger gjennom sin anskaffelsespraksis. Når det gjelder hvorvidt § 7-9 (2) i tilstrekkelig grad fremmer innkjøpsfaglig fleksibilitet, må det legges betydelig vekt på hvordan hovedregelen synes å fungere i praksis av offentlige oppdragsgivere, og ikke hvordan departementet har *ment* at den skal virke. Sammenligningen med forslaget til ny klima- og miljøbestemmelse og nordisk rett, tilsier også at oppdragsgiver etter § 7-9 (2) har mindre handlerom hva gjelder *ivaretagelsen* av klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser. Til sammen tilsier dette at § 7-9 (2) i liten grad legger opp til innkjøpsfaglig fleksibilitet, og at dette kan påvirke oppdragsgivers mulighet til å fremme klimavennlige løsninger.

4.4 Innovasjon av klima- og miljøløsninger gjennom tildelingskriteriene?

4.4.1 Utvikling eller påvirkning av markedets modenhet?

Innovasjon av klima- og miljøløsninger for å fremme klimavennlige løsninger, eksempelvis null- og lavutslippsløsninger, innbefatter at de løsningene oppdragsgiver etterspør enten er under utvikling eller ikke er utviklet enda. Mangelen på en klar løsning på oppdragsgivers behov tilsier at det er desto viktigere at oppdragsgiver foretar en nærmere vurdering av hvor i

¹²⁹ Se Hitra kommune (2023), SVV (2023) og Klagenemnda (2023).

¹³⁰ Innlandet fylkeskommune (2023) s. 1.

¹³¹ Meld. St. 22 (2018-2019) s. 88.

anskaffelsesprosessen klima- og miljøhensyn skal inntas, der vurderingen beror på hvor utviklet det aktuelle markedet er.¹³² Problemstillingen er derfor hvilken betydning markedets modenhet har for oppdragsgivers mulighet til å fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger gjennom sine anskaffelser for å ivareta vilkåret i LOA § 5 første ledd, og hvilken innvirkning dette har på spørsmålet om tildelingskriterier er egnet til å fremme klimavennlige løsninger.

Poenget med å etterspørre innovative løsninger er å åpne for at markedet utvikler nye løsninger som ikke eksisterer, hvor vurderingen foregår på bakgrunn av oppdragsgivers behov fremfor en detaljspesifikasjon.¹³³ Dette tilsier også at markedet i de fleste tilfeller *ikke* vil være modent for imøtekomme strenge klima- og miljøkrav. Ettersom tildelingskriterier imidlertid åpner opp for en nærmere vurdering av hvor god oppfyllelse av kriteriene de enkelte leverandørene har, tilsier dette at oppdragsgiver kan premiere de leverandørene som ønsker å strekke seg lenger for å imøtekomme oppdragsgivers behov.¹³⁴ Fremfor å måtte avvise leverandører som ikke klarer å oppfylle klima- og miljøkrav og dermed stenge for innovasjon, taler dette for at tildelingskriterier i større grad er egnet til å fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger, og herunder fremme klimavennlige løsninger, ettersom dette åpner for alternative løsningsforslag.

Statens vegvesen (SVV) sin utvikling av nullutslippsløsninger i fergeanskaffelser er i *Smartere innkjøp* løftet frem som det mest kjente eksempelet på at det offentlige har gått foran og bidratt til innovasjon av klima- og miljøløsninger.¹³⁵ Anskaffelsesprosessen startet med en konkurransepreget dialog med markedet, hvor målet var å gå til anskaffelse av en nullutslippsferge. Tildelingskriteriene «Energieffektivitet» og «Klima» ble vektet med 40 prosent¹³⁶, noe som senere førte til at det kunne stilles krav om null- og lavutslippsteknologi ved nye fergeanskaffelser.¹³⁷ Eksempelet viser følgelig at klima- og miljøhensyn som tildelingskriterium kan stimulere og motivere til innovasjon av klima- og miljøløsninger, særlig i tilfeller hvor markedet enda ikke er modent til å imøtekomme dette.

¹³² NOU 2023: 26 s. 129.

¹³³ DFØ (2024c) avsnitt 2.

¹³⁴ NOU 2023: 26 s. 127, *Boks 14.1*.

¹³⁵ Meld. St. 22 (2018-2019) s. 87, s. 82.

¹³⁶ NOU 2023: 26 s. 127.

¹³⁷ Meld. St. 22 (2018-2019) s. 83, *Boks 9.3*.

Sett at SVV ønsket å gå direkte fra dieselferger til nullutslippsferger, og dermed så bort i fra leverandører som tilbød ferger drevet på *gass*, kan det problematiseres hvorvidt en slik konkurranse ville vært i strid med anskaffelsesprinsippene. Konkurransesprinsippet og likebehandlingsprinsippet skal legge til rette for at oppdragsgiver gjennomfører en reell og rettferdig konkurranse. Dersom SVV *ikke* valgte å gjennomføre dialog med leverandører av gassferger hvis de utelukkende ønsket nullutslippsferger, tilsier dette at enkelte leverandører også bevisst ble ekskludert fra konkurransen. Følgelig har heller ikke markedets leverandører fått like muligheter til å delta, hvilket kan indikere en forskjellsbehandling og forringelse av en konkurranseprinsippet. I eksempelet over er det imidlertid ingen indikasjoner på at SVV bare gjennomførte markedsdialog utelukkende med tilbydere av nullutslippsferger, og at de derfor har handlet i tråd med anskaffelsesprinsippene. Argumentasjonen er likevel illustrerende for viktigheten av å gjennomføre bred markedsdialog for å unngå at prosessen er i strid med anskaffelsesprinsippene.

Ettersom innovasjon av klima- og miljøløsninger fordrer teknologiutvikling, er det nærliggende å anta at slike løsninger også er mer *kostbare* å produsere. Et spørsmål er derfor hvorvidt formålet i LOA § 1 om effektiv ressursbruk blir ivaretatt ved anskaffelser av nullutslippsferger. Gitt at nullutslippsferger hadde vært betydelig dyrere å produsere enn dieselferger, taler dette for at slike anskaffelser ikke innebærer best mulig ressursutnyttelse og dermed er i strid med anskaffelsesregelverkets overordnede formål. Dette tilsier i så fall at oppdragsgiver må foreta en avveining av behovet for innovasjon av klima- og miljøløsninger og effektiv ressursbruk. Formålet i § 1 skal imidlertid ses i en større samfunnsmessig sammenheng og må forstås vidt.¹³⁸ Innovasjon av klima- og miljøløsninger vil med stor sannsynlighet kunne bidra til å redusere klimagassutslippene og dermed til å bekjempe klimautfordringer. Den store samfunnsmessige nytten av å satse på innovasjon av klima- og miljøløsninger tilsier derfor at anskaffelsen ikke er i strid med § 1.

Fergeanskaffelsen av SVV illustrerer en *utvikling* av markedet, slik at det ble modent til å levere på absolutte krav. Absolutte krav gir oppdragsgiver en større sikkerhet for at et gitt klima- og miljøsinn ivaretas, hvilket taler for at oppdragsgiver *bør* tilstrebe å stille krav fremfor kriterier dersom markedet åpner for dette.¹³⁹ Innovasjon av klima- og miljøløsninger er likevel nødvendig for at markedet blir modent. Dersom markedet hadde vært modent,

¹³⁸ NOU 2014: 4 s. 69.

¹³⁹ KOFA-sak 2024/1387 avsnitt 23.

hadde det heller ikke vært behov for å drive innovasjon. Hvis oppdragsgiver ønsker å stille klima- og miljøkrav, og dermed forsikre seg om at de gitte klima- og miljøhensynene ivaretas, er oppdragsgiver følgelig *avhengig* av at det drives innovasjon av klima- og miljøløsninger.

Samlet sett har markedets modenhet betydning for oppdragsgivers mulighet til å fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger i den forstand at et umodent marked synes å være avgjørende for å drive innovasjon. Absolutte krav er mindre egnet til å fremme innovasjon ettersom dette fordrer at leverandørene oppfyller kravet, samtidig som et umodent marked ikke klarer å imøtekomme gitte krav. Eksempelet fra SVV viser at klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene i større grad *motiverer* til grønn innovasjon, da dette åpner for alternative løsningsmuligheter. Ved spørsmål om innovasjon av klima- og miljøløsninger synes derfor tildelingskriterier å være godt egnet til å ivareta vilkåret i § 5 første ledd.

4.4.2 Spesifikasjon av behov fremfor detaljregulering

Bruk av ytelses- og funksjonskrav i form av *åpne spesifikasjonsformer* for å tilrettelegge for innovasjon i offentlige anskaffelser ble fremmet i *Smartere innkjøp*¹⁴⁰, og er senere gjengitt av Anskaffelsesutvalget.¹⁴¹ Ytelses- og funksjonsspesifikasjoner kan angis både som krav, tildelingskriterier eller kontraktsvilkår.¹⁴² Problemstillingen er følgelig hvorvidt ytelses- og funksjonsspesifikasjoner i *tildelingskriteriene* er bedre egnet enn detaljregulering til å fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger.

Ved å innta ytelses- og funksjonsspesifikasjoner i tildelingskriteriene, må oppdragsgiver evaluere hvorvidt leverandørens løsning og oppfyllelse av kriteriene til leveransens ytelse og funksjon er tilstrekkelig.¹⁴³ På den ene siden åpner en slik evaluering for alternative løsningsmuligheter, hvor det er større rom for å fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger. Dette tilrettelegger igjen for en bred og rettferdig konkurranse. På den andre siden er tildelingskriterier imidlertid gjenstand for en *skjønnsmessig* evaluering. Følgelig vil ytelses- og funksjonsspesifikasjoner i tildelingskriteriene inneha en større risiko for at tilbudet som velges ikke nødvendigvis gjenspeiler den mest innovative og miljøvennlige løsningen,

¹⁴⁰ Meld. St. 22 (2018-2019) s. 59.

¹⁴¹ NOU 2023: 26 s. 147.

¹⁴² DFØ (2016) s. 4.

¹⁴³ NOU 2023: 26 s. 148.

herunder at løsningen har liten *reell* miljøeffekt. En slik absolutt sikkerhet om at innovasjon av klima- og miljøløsninger gir reell miljøgevinst, kan bare gis gjennom krav eller vilkår.¹⁴⁴

Hensikten med ytelses- og funksjonsspesifikasjoner er imidlertid å åpne for at leverandørene *selv* kan foreta en vurdering av hvilken løsning som best dekker oppdragsgivers behov, og derigjennom tilrettelegge for innovasjon av klima- og miljøløsninger.¹⁴⁵ Ytelses- og funksjonsspesifikasjoner som krav eller vilkår kan på sin side innebære en risiko for at enkelte leverandører blir forhindret fra å delta i konkurransen dersom de ikke oppfyller kravene eller vilkårene. Leverandørens handlingsrom tilknyttet vurderingen av hvordan de på best mulig måte kan fremme innovasjon av klima- og miljøløsningene for å dekke oppdragsgivers behov, risikerer følgelig å bli vesentlig begrenset. Dette taler for at ytelses- og funksjonsspesifikasjoner i tildelingskriteriene er godt egnet til å fremme klimavennlige løsninger gjennom innovasjon av klima- og miljøløsninger.

Det kan problematiseres hvorvidt regulering i krav eller vilkår fremfor ytelses- og funksjonsspesifikasjoner i tildelingskriteriene raskere vil stimulere til økt innovasjon av klima- og miljøløsninger, da dette på en måte «tvinger» leverandørene til å utvikle nye løsninger. Slik detaljregulering vil imidlertid antakelig raskt komme i konflikt med konkurranseprinsippet, da det stenger for alternative løsningsmuligheter fra leverandørene. En slik regulering vil også kunne gi opphav til favorisering av enkelte leverandører som har kommet langt i sin teknologiutvikling, hvilket vil være i strid med likebehandlingsprinsippet. Et motargument til dette er at det ved innovasjon av klima- og miljøløsninger ikke *kan* forventes betydelig konkurranse mellom leverandørene som følge av at løsningene ikke er utviklet enda. Likevel bør det tilrettelegges for, og motiveres til, innovasjonsvennlige anskaffelser i størst mulig grad.¹⁴⁶ Dette synes i større grad å bli ivaretatt gjennom åpne spesifikasjonsformer i tildelingskriteriene, ettersom dette tillater leverandøren selv å foreta en vurdering på hvilken løsning som best kan dekke oppdragsgivers behov.

Det kan likevel rettes innvendinger mot standpunktet om at åpne spesifikasjoner ofte er egnet til å dekke oppdragsgivers behov, og *samtidig* tilrettelegge for innovasjon av klima- og miljøløsninger. Med dette menes at den mest miljøvennlige og innovative løsningen ikke nødvendigvis *alltid* dekker oppdragsgivers behov. Dette kan særlig tenkes i tilfeller hvor det

¹⁴⁴ KOFA-sak 2024/1387 avsnitt 23.

¹⁴⁵ NOU 2023: 26 s. 147.

¹⁴⁶ Ibid s. 129.

er et element av effektivitet i anskaffelsen, eksempelvis et tidsperspektiv. Ved persontransport vil for eksempel oppdragsgiver ofte være avhengig av å anskaffe et transportmiddel som frakter personer fra A til B på *raskest mulig måte*. Ved å benytte åpne spesifikasjoner risikerer oppdragsgiver å få et tilbud som fremmer innovasjon av klima- og miljøløsninger, men som *overhodet* ikke dekker oppdragsgivers tidsbehov. I tilfeller hvor oppdragsgivers behov er miljønnovasjon alene, vil åpne spesifikasjoner kunne være godt egnet til behovsdekning. Det blir imidlertid mer komplisert i tilfeller hvor det også inntas andre behovselementer, slik vist i eksempelet over.

Spesifikasjonens status avhenger av oppdragsgivers behov, konkurransesituasjon og markedets modenhet.¹⁴⁷ I tilfeller hvor markedet er modent for å levere på detaljregulering i krav eller vilkår, tilsier dette at slik detaljregulering også er mer hensiktsmessig enn åpne spesifikasjoner da dette sikrer at oppdragsgivers behov blir dekket. Ved spørsmål om innovasjon av klima- og miljøløsninger, må imidlertid spørsmålet ses i lys av at det ofte er tale om et behov som ikke er utviklet enda. Ettersom ytelses- og funksjonsspesifikasjoner åpner for alternative løsningsmuligheter, tilsier dette at åpne spesifikasjoner er særlig egnet i tilfeller hvor det er lite konkurranse i markedet.¹⁴⁸ For strenge krav vil i slike tilfeller kunne forhindre formålet om å fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger, samt være i strid med prinsippene om konkurranse og likebehandling. Dette taler for at ytelses- og funksjonsspesifikasjoner i *tildelingskriteriene* i slike tilfeller er godt egnet til å fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger.

4.4.3 Standardiserte minimumskrav?

Standardiserte minimumskrav ble først presentert som virkemiddel for å fremme klimavennlige løsninger i Riksrevisjonens undersøkelse av grønne offentlige anskaffelser.¹⁴⁹ Forslaget er fulgt opp av Anskaffelsesutvalget, hvor det er uttalt at standardiserte minimumskrav kan «medvirke til å fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger».¹⁵⁰ Følgelig er problemstillingen om standardiserte minimumskrav er bedre egnet til å fremme

¹⁴⁷ DFØ (2016) s. 4.

¹⁴⁸ Ibid s. 16.

¹⁴⁹ Riksrevisjonen (2022) s. 17.

¹⁵⁰ NOU 2023: 26 s. 120.

innovasjon av klima- og miljøvennlige løsninger enn klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene.

Begrepet «standardiserte minimumskrav» er ikke definert i anskaffelsesregelverket. FOA § 4-4 bokstav a har imidlertid definert «standard» til å være «en offentlig teknisk spesifikasjon [...]». DFØ har videre lagt til grunn at standardiserte minimumskrav er «krav» som enten «pålegges eller anbefales oppdragsgiver å stille i nærmere definerte anskaffelser.»¹⁵¹ Sett i lys av at en anskaffelse sitt primære formål er å tilfredsstille oppdragsgivers behov ved å kjøpe ytelser fra markedet på en mest mulig effektiv måte, jf. LOA § 1, tilsier dette at standardiserte minimumskrav er spesifikasjoner utformet i *forkant* av konkurransen. Herunder har kravene til hensikt å gjøre gjennomføringen av anskaffelser mindre kompetansekrevene og kostbart for oppdragsgiver.¹⁵²

Standardiserte minimumskrav synes på den ene siden å være godt egnet til å fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger, ettersom kravene synliggjør hvilke behov oppdragsgiver ønsker å få dekket fra et tidlig tidspunkt. Dette kan også bidra til ivaretagelse av forutberegnelighetsprinsippet, da det blir forutsigbart for leverandørene å vite hvilke krav de må imøtekomme ved etterspørsel av nye varer og tjenester. Følgelig kan standardiserte minimumskrav gi tydelige signaler til leverandørene om hvilke innovative løsninger som ønskes utviklet. På den andre siden utgjør standardiserte minimumskrav *enten/eller-krav*.¹⁵³ Slike krav vil derfor kunne forhindre nødvendig konkurranse ved at enkelte leverandører avstår fra å delta i konkurransen som følge av manglende oppfyllelse. Dette tilsier også at *effekten* av standardiserte minimumskrav synes å være reservert til markeder som er modne for å imøtegå kravene.

Sistnevnte argument gjør seg også gjeldende i relasjon til de prioriterte innkjøpskategoriene presentert i *Smartere innkjøp*. Innkjøpskategoriene som er fremhevet og senere utdypet i DFØs handlingsplan¹⁵⁴, er innkjøpskategorier hvor markedet er modent for å oppfylle standardiserte minimumskrav. Følgelig synes det heller ikke tilfeldig at standardiserte minimumskrav nettopp er foreslått for disse kategoriene. Forutsetningen om at det må være tale om modne markeder for å benytte standardiserte minimumskrav, kommer dessuten også

¹⁵¹ DFØ (2023b) s. 7.

¹⁵² NOU 2023: 26 s. 120.

¹⁵³ DFØ (2023b) s. 38.

¹⁵⁴ DFØ (2021) s. 48-82.

til uttrykk i undersøkelsen gjennomført av Riksrevisjonen.¹⁵⁵ Slik vist i kapittel 4.4.1, synes imidlertid umodne markeder å være en *forutsetning* for å drive innovasjon av klima- og miljøløsninger. Standardiserte minimumskrav virker derfor å egne seg best i tilfeller hvor markedet *ytterligere* kan utvikle seg, og hvor det foreligger en forsikring om at de klarer å levere på minimumskravene.

Standardiserte minimumskrav synes å være best egnet til å fremme klimavennlige løsninger i tilfeller hvor markedet er modent, eksempelvis i de prioriterte innkjøpskategoriene, da dette gir oppdragsgiver en forsikring om at klima- og miljøhensyn blir ivaretatt. Frem til markedet *blir* modent, virker imidlertid klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene å være best egnet til å fremme klimavennlige løsninger gjennom *innovasjon av klima- og miljøløsninger*, ettersom dette åpner for ulike løsningsalternativer og ikke utelukker leverandører fra konkurransen.

4.5 Hvilket utslag gir FOA § 7-9 (2)?

Drøftelsen viser at problemstillingen om hvorvidt § 7-9 (2) er egnet til å sikre klima- og miljøgevinster og fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger, må ses i lys av markedets modenhet og at kvalitetskriterier er relative og inneholder skjønsmessige vurderinger.

Etter min forståelse synes § 7-9 (2) å stille seg bedre ved spørsmålet om kvalitetskriterier er egnet til å fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger, enn ved spørsmål om å sikre reelle klima- og miljøgevinster. Kvalitetskriterier åpner for ulike løsningsforslag, hvor oppdragsgiver kan utforme tildelingskriterier som motiverer og stimulerer til innovasjon ved at leverandørene gis mulighet til *selv* å vurdere hvordan de ønsker å imøtegå oppdragsgivers kriterium. Slik vil kvalitetskriterier også kunne være på å utvikle markedet i retning av flere klima- og miljøvennlige løsninger, og som på sikt vil gjøre markedet i stand til å imøtekomme minstekrav til klima og miljø.

I kraft av at kvalitetskriterier er relative, innebærer de imidlertid også en usikkerhet om hvorvidt de sikrer *reell* klima- og miljøgevinst. Ved at oppdragsgiver etter § 7-9 (2) ikke har mulighet til å vurdere *hvor* i prosessen klima- og miljøhensyn er mest hensiktsmessig, vil et absolutt vektingskrav innebære en risiko for at det beste tilbudet innehar lav miljømessig effekt. Et slikt synspunkt må likevel nyanseres av at spørsmålet om *hvor* i prosessen det er

¹⁵⁵ Riksrevisjonen (2022) s. 18.

mest hensiktsmessig å innta klima- og miljøhensyn, i stor grad sammenfaller med spørsmålet om markedet er *modent* til å imøtegå klima- og miljøkrav. Absolutte minstekrav gir en større sikkerhet for at klima- og miljøhensyn blir ivaretatt, men vil på en annen side kunne føre til mindre konkurranse og manglende behovsdekning ved et umodent marked.

Følgelig gir § 7-9 (2) noe *forskjellig* utslag ved de aktuelle problemstillingene. Det noe forskjellige utslaget til § 7-9 (2) taler for at det bør ligge til *oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn* å vurdere *hvor* i anskaffelsesprosessen det er mest hensiktsmessig å innta klima- og miljøhensyn for å på best mulig måte sikre klima- og miljøgevinster og fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger.

5 Valg av evalueringsmodell for å fremme klimavennlige løsninger

5.1 Innledning

Ved anvendelse av FOA § 7-9 (2) er oppdragsgiver forpliktet til å velge tilbud på grunnlag av «det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet», jf. FOA § 18-1 (1). Rene pris- eller kostnadskonkurranser er dermed reservert til de tilfellene hvor hovedregelen i § 7-9 (2) *ikke* blir anvendt. Ettersom evaluering av pris/kostnad og kvalitet i utgangspunktet er to forskjellige størrelser, benytter oppdragsgivere seg av ulike evalueringsmodeller for å sammenligne de ulike tildelingskriteriene for å finne beste tilbud.¹⁵⁶

I forlengelsen av oppgavens overordnede problemstilling er det interessant å vurdere hvilken betydning valg av *evalueringsmodell* har for oppdragsgivers mulighet til å «fremme klimavennlige løsninger» etter LOA § 5 første ledd. Denne problemstillingen vil bli drøftet i kapittel 5. Det vil først bli redegjort kort for evalueringen av tildelingskriterier. Deretter vil et utvalg av evalueringsmodeller bli drøftet i lys av spørsmålet om hvilken evalueringsmodell som er best egnet til å ivareta vilkåret om å «fremme klimavennlige løsninger» i § 5 første ledd. Til slutt vil det bli drøftet hvorvidt rene pris- eller kostnadskonkurranser kan være bedre egnet til å fremme klimavennlige løsninger enn valg av tilbud på bakgrunn av beste forhold mellom pris/kostnad og kvalitet.

5.2 Generelt om evaluering av tildelingskriterier

Anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nr. 1 angir at «contracting authorities shall base the award of public contracts on the most economically advantageous tender». Direktiv bestemmelsen er gjennomført i norsk rett i § 18-1 (1), og innebærer at valg av tilbud på bakgrunn av beste forhold mellom pris/kostnad og kvalitet må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.¹⁵⁷

¹⁵⁶ DFØ (2023a) *Evalueringsmodeller* avsnitt 2.

¹⁵⁷ Wienstrom [C6] C-448/01 avsnitt 39.

Klima- og miljøhensyn som kvalitetskriterium antas å måtte ha *reell* vekt på 30 prosent for å kunne fremme klimavennlige løsninger, jf. kapittel 4.2. Valg av evalueringsmodell vil likevel være avgjørende for hvilken *faktisk* vekt kriteriet får i den konkrete anskaffelsen, hvilket medfører en risiko for at kvalitetskriteriets uttalte vekt ikke er representativt for dets egentlige klima- og miljøeffekt.¹⁵⁸ Oppdragsgiver kan i utgangspunktet selv avgjøre hvilken evalueringsmetode som er best egnet i den aktuelle anskaffelsen, så lenge vekten av tildelingskriteriene respekteres¹⁵⁹ og evalueringen er i tråd med anskaffelsesprinsippene.¹⁶⁰ Ettersom § 7-9 (2) er ment å følge opp § 5 første ledd, taler dette likevel for at oppdragsgiver *bør* velge en evalueringsmodell som er egnet til å fremme vilkåret i § 5 første ledd.

Det finnes i hovedsak fire evalueringsmodeller oppdragsgiver kan benytte seg av ved evaluering av tildelingskriterier.¹⁶¹ Dette er (1) pris- eller kostnadskonkurranser, (2) evaluering av høyeste kvalitet, (3) relative poengmodeller og (4) prissetting av kvalitet. Sett i lys av § 18-1 (1) vil det være aktuelt for oppdragsgiver å benytte seg av relative poengmodeller eller prissetting av kvalitet ved evaluering av tildelingskriterier, da disse modellene åpner for en *sammenligning* av pris/kostnad og kvalitet. Videre drøftelse beror følgelig på hvorvidt relative poengmodeller eller prissetting av kvalitet er best egnet til å «fremme klimavennlige løsninger», jf. § 5 første ledd.

5.3 Hvilken betydning har valg av evalueringsmodell for å fremme klimavennlige løsninger?

5.3.1 Relative poengmodeller

Relative poengmodeller er den mest utbredte evalueringsmodellen blant offentlige oppdragsgivere.¹⁶² Problemstillingen er hvorvidt relative poengmodeller ved anvendelse av § 7-9 (2) er egnet til å «fremme klimavennlige løsninger», jf. § 5 første ledd.

¹⁵⁸ Christensen og Oftedal (2023) avsnitt 6.

¹⁵⁹ Dimarso [C4] C-6/15 avsnitt 19. Se også KOFA-sak 2021/1000 avsnitt 38.

¹⁶⁰ KOFA-sak 2004/16 avsnitt 102.

¹⁶¹ DFØ (2023a) *Evalueringsmodeller*.

¹⁶² NOU 2023: 26 s. 340.

Ved relative poengmodeller blir pris/kostnad og kvalitative tildelingskriterium – i vårt tilfelle klima- og miljøhensyn – vurdert sammen ut fra en felles poengskala.¹⁶³ En samlet vurdering ut fra en felles poengskala kan fra et synspunkt være positivt i den forstand at oppdragsgiver kan få et mer *helhetlig* inntrykk av leverandørens tilbud. En anskaffelse består i de fleste tilfeller av mange ulike krav, kriterier og vilkår, og er på denne måten svært sammensatt. Evaluering ut fra en felles poengskala kan på denne måte tilsi at det blir tydeligere for oppdragsgiveren hvordan klima- og miljøkriteriet *virker sammen* med de øvrige kriteriene.

Hvorvidt relative poengmodeller gjør den mest klimavennlige løsningen mer *synlig* for oppdragsgiver, kan imidlertid diskuteres. Bruk av relative poengmodeller innebærer at det tilbudet som vurderes til *best* oppfyllelse av kvalitetskriteriet vedrørende klima- og miljøhensyn gis *høyest oppnåelig poengscore*, mens de øvrige tilbudene gis poeng med hensikt å identifisere *forskjellene* fra det beste tilbudet på det aktuelle kvalitetskriteriet.¹⁶⁴ Slik «normalisering» var lenge anbefalt av DFØ, men er senere blitt trukket tilbake.

Gjennomføringen av normalisering ved anvendelse av klima- og miljøhensyn som kvalitative tildelingskriterier kan derfor medføre en risiko for at oppdragsgiver velger det tilbudet som har liten reell miljømessig effekt, men som etter normalisering *likevel* oppnår høyeste score. Dette indikerer en risiko for at tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet, ikke nødvendigvis gjenspeiler det mest *miljøvennlige* tilbudet.¹⁶⁵ Samme synspunkt er lagt til grunn for klagenemndas kritikk av normalisering, hvor klagenemnda fravek DFØ sin dagjeldende anbefaling om normalisering da dette i enkelte tilfeller kunne gi «uønskede og uriktige resultater».¹⁶⁶

Når oppdragsgiver vurderer de ulike tilbudene opp mot hverandre ved bruk av relative poengmodeller, skal poengforskjellene mellom de ulike tilbudene representere oppdragsgivers betalingsvillighet.¹⁶⁷ Det beste tilbudet representerer altså det tilbudet oppdragsgiver er villig til å betale *mest* for. Ved å vekte kvalitetskriteriet 30 prosent eller mer vil oppdragsgiver på denne måten kunne signalisere at klima- og miljøhensyn vil bli gitt betydelig uttelling, hvilket kan fungere som et insentiv for leverandøren til å satse på klimavennlige løsninger.

¹⁶³ DFØ (2023a) *Poengmodeller* avsnitt 4.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Ibid avsnitt 9.

¹⁶⁶ KOFA-sak 2021/1000 avsnitt 36.

¹⁶⁷ DFØ (2023a) *Poengmodeller* avsnitt 9.

På en annen side må det ved evaluering av kvalitetskriterium foretas en skjønnsmessig vurdering av hvor godt leverandørens tilbud er, samt hvilke relevante forskjeller det er mellom tilbudene.¹⁶⁸ Subjektive oppfatninger hos oppdragsgiver risikerer derfor å få gjennomslag ved evalueringen, hvilket kan medføre at poengforskjellene angir en høyere betalingsvillighet enn kriteriet innehar *reell* miljøeffekt. SVV har blant annet vist til at dette vil være tilfellet dersom oppdragsgiver har *lave forventninger* til leverandørens oppfyllelse av miljøkriteriet, herunder at det skal lite til før oppdragsgiveren tenker at oppfyllelsen er god.¹⁶⁹ I et tenkt tilfelle vil oppdragsgiver da gi høyeste score til den leverandøren som han synes scorer best på miljøkriteriet. De øvrige tilbudene vil til gjengjeld fremstå betydelig *dårligere* på poengskalaen sammenlignet med det beste tilbudet. Poengforskjellene blir med dette store og gir inntrykk av at det beste tilbudet er klart bedre enn de øvrige, til tross for at dette i realiteten *også* har liten miljøeffekt. Oppdragsgiver risikerer derfor å gi stor uttelling til et tilbud med liten miljøeffekt, men som på bakgrunn av den relative poengmodellen illustrerer en betydelig betalingsvillighet.¹⁷⁰

Til tross for at relative poengmodeller kan skape et helhetlig inntrykk av leverandørens tilbud gjennom en samlet vurdering, er det uheldig dersom relative poengmodeller medfører at den *reelle* effekten til klima- og miljøhensynet ikke er representativt for vekten den tillegges som følge av normalisering. Vektingskravet vil i så fall ikke sikre en reell klima- og miljøgevinst, og § 7-9 (2) vil virke mot sin hensikt. Dette tilsier at relative poengmodeller ved anvendelse av § 7-9 (2) kan være mindre egnet til å fremme klimavennlige løsninger etter § 5 første ledd.

5.3.2 Prissetting av kvalitet

Det er ikke lenger omstridt at prissetting av kvalitet oppfyller kravet i § 18-1 (6) om å «angi tildelingskriterienes relative vekt».¹⁷¹ Følgelig anbefaler DFØ prissetting av kvalitet som evalueringsmodell ved valg av tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet.¹⁷² Problemstillingen er om prissetting av kvalitet ved anvendelse av § 7-9 (2) er egnet til å «fremme klimavennlige løsninger», jf. § 5 første ledd.

¹⁶⁸ KOFA-sak 2021/1000 avsnitt 36.

¹⁶⁹ SVV (2023) s. 5.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ KOFA-sak 2010/192 avsnitt 55, 2018/150 avsnitt 37 og 2019/589 avsnitt 61.

¹⁷² DFØ (2023a) *Evalueringsmodeller* avsnitt 13.

Gjennom prissetting av kvalitet blir de kvalitative egenskapene gjort om til en pengeverdi. Pengeverdien trekkes deretter fra, eller legges til, leverandørens tilbudspris.¹⁷³ Ettersom pengeverdien skal gjenspeile oppdragsgivers *faktiske* betalingsvilje for de kvalitative egenskapene, må oppdragsgiver også på forhånd ta stilling til hvor mye han er villig til å betale for kvalitetskriteriet.¹⁷⁴ Følgelig bidrar evalueringsmodellen til å skape *bevissthet* omkring hvilken kvalitet oppdragsgiver er villig til å betale for. I dette ligger trolig også at oppdragsgiver må undersøke hvilken kvalitet det aktuelle klima- og miljøkriterier har. Dette kan være med på å avdekke kriteriets reelle miljømessige effekt, og forhindre unødvendig ressursbruk for kriterier som i realiteten ikke har noen egentlig effekt. Dette vil sikre at § 7-9 (2) virker etter sin hensikt, samt ivareta formålet om effektiv ressursbruk, jf. LOA § 1 første ledd. Følgelig tilsier dette at evalueringsmodellen kan gjøre oppdragsgiver oppmerksom på hvorvidt klima- og miljøkriterier i realiteten er egnet til å «fremme klimavennlige løsninger», og kan dermed bidra til ivaretagelse av vilkåret i § 5 første ledd.

I tråd med § 7-9 (2) skal oppdragsgiver imidlertid vekte klima- og miljøhensyn med «minimum tretti prosent». Ved prissetting av kvalitet innebærer dette at klima- og miljøkriterium gis en pengeverdi for maksimalt mulig fratrukk som tilsvarer minst 30 prosent av anskaffelsens totale verdi.¹⁷⁵ Ettersom det er den faktiske betalingsviljen for den tilbudte kvalitative egenskapen som skal være avgjørende for hvilken pengeverdi kvalitetskriteriet får, kan imidlertid dette innebære en risiko for at *ingen* av leverandørene oppnår maksimalt fratrukk på det enkelte tildelingskriteriet ettersom oppdragsgiver vurderer kriteriene som mangelfulle.¹⁷⁶ I anskaffelser hvor det er vanskelig for oppdragsgiver å fastsette sin betalingsvilje, eksempelvis fordi klimaavtrykket og miljøbelastningen til ytelsen er svært liten eller vanskelig å måle, kan vektingsregelen i § 7-9 (2) dermed risikere å blir redusert til en nominell vekt. En vektingsregel med nominell vekt vil ikke være egnet til å ivareta vilkåret i § 5 første ledd eller formålet i § 7-9 (1), hvilket taler mot at prissetting av kvalitet er egnet til å fremme klimavennlige løsninger.

Vilkåret i § 5 første ledd innebærer som vist et element av innovasjon av klima- og miljøløsninger. Leverandørens vilje og mulighet til å tilby innovasjon av klima- og miljøløsninger vil imidlertid kunne bli påvirket av det faktum at oppdragsgiver gjennom

¹⁷³ DFØ (2023a) *Prissetting av kvalitet* avsnitt 3.

¹⁷⁴ Askheim, Rekkedal og Røkke (2024) avsnitt 4.

¹⁷⁵ DFØ (2023a) *Prissetting av kvalitet* avsnitt 29.

¹⁷⁶ Ibid avsnitt 10.

prissetting av kvalitet på forhånd fastsetter *hvilke* faktorer som vil gi leverandørene maksimal uttelling på kriteriet.¹⁷⁷ Dette gir lite rom for kreativitet, og begrenser i stor grad muligheten til å tilby alternative løsninger. Sett fra et innovasjonsperspektiv, tilsier dette at prissetting av kvalitet egner seg bedre ved *målbare størrelser*. I en artikkel av Askheim, Rekkedal og Røkke¹⁷⁸ er det vist til at oppdragsgiver kan innta et miljøkriterium om utslippsfri bygge- og anleggsplass, for deretter å fastsette hvilken pris som gir maksimalt mulig fratrekk. Følgelig blir den oppgitte prosenten til tildelingskriteriet – minimum 30 prosent – ivaretatt, samtidig som dette sikrer både forutberegnelighet og etterprøvbarhet for leverandøren.¹⁷⁹

Evalueringsmodellen vil på denne måten kunne sikre ivaretagelse av klima- og miljøhensyn, hvilket på en side taler for at den er egnet til å ivareta vilkåret i § 5 første ledd. På en annen side synes imidlertid modellen å være mindre egnet til å ivareta innovasjonsaspektet i vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» i § 5 første ledd.

Det er særlig positivt at prissetting av kvalitet innebærer en bevisstgjøring for oppdragsgiver om hvilken kvalitet han er villig til å betale for, hvilket bidrar til å ivareta formålet i § 1. Hva gjelder ivaretagelse av vilkåret i § 5 første ledd, viser imidlertid drøftelsen at evalueringsmodellen kan ha noe motstridende virkning. Dersom vektingskravet i § 7-9 (2) reduseres til en nominell vekt og evalueringsmodellen samtidig stenger for innovasjon, vil evalueringsmodellen medføre at § 7-9 (2) ikke virker etter sin hensikt om å følge opp forpliktelsene etter § 5 første ledd. Dette tilsier i så fall at prissetting av kvalitet er mindre egnet til å «fremme klimavennlige løsninger», jf. § 5 første ledd.

5.3.3 Ren pris- eller kostnadskonkurranse?

Flere offentlige aktører har påpekt at det vil være svært uhensiktsmessig dersom § 7-9 som hovedregel stenger for muligheten til å velge tilbud utelukkende på grunnlag av pris eller kostnad.¹⁸⁰ Forutsatt at klima- og miljøkriterier er det eneste kvalitetskriteriet inntatt av oppdragsgiver, er problemstillingen om rene pris- eller kostnadskonkurranser er bedre egnet til å fremme klimavennlige løsninger enn valg av tilbud på grunnlag av beste forhold mellom pris/kostnad og kvalitet.

¹⁷⁷ Askheim, Rekkedal og Røkke (2024) avsnitt 9.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Se Klagenemnda (2023), Tromsø kommune (2023), NAV (2023) og Kartverket (2023).

Hvorvidt rene pris- eller kostnadskonkurranser er bedre egnet til å fremme klimavennlige løsninger har en side til markedets modenhet, ettersom slike konkurranser også utelukker klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene. Rene pris- eller kostnadskonkurranser kan på den ene siden være mer egnet til å ivareta vilkåret i § 5 første ledd fremfor beste forhold mellom pris/kostnad og kvalitet i tilfeller hvor markedet er i stand til å levere på krav eller vilkår relatert til klima og miljø. I markeder hvor offentlige anskaffelser er betydelige og hvor leverandørene antas å ha kommet lenger i sin teknologiutvikling, vil klima- og miljøkrav gi størst sikkerhet for at kravene blir ivaretatt og at de gir reell klima- og miljøgevinst.¹⁸¹ På den andre siden vil klima- og miljøhensyn i tildelingskriteriene kunne være på å premiere leverandører som fremmer innovasjon av klima- og miljøløsninger for å imøtekomme kvalitetskriteriene. Dette tilsier at valg av tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet egner seg bedre i tilfeller hvor markedet *ikke* er like modent.

Oslo Economics gjennomførte i 2017 en analyse av «grønne anskaffelser», hvor de tok sikte på å kartlegge virkningene av å ta klima- og miljøhensyn i 10 eksempelanskaffelser hvor det ble benyttet «anskaffelsestiltak»¹⁸². Den ene anskaffelsen gjaldt Ruters kjøp av busstjenester til Oslo by. Som følge av at en leverandør tilbød bruk av biodiesel for å vinne tildelingskriteriet «miljø», ble klimagassutslippene til anskaffelsen redusert med 65 til 90 prosent.¹⁸³ Sett på undersøkelsen isolert, tyder dette på at valg av tilbud på bakgrunn av det beste forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet er best egnet til å ivareta vilkåret i § 5 første ledd. Likevel viser en spørreundersøkelse blant offentlige oppdragsgivere at *kravspesifikasjonen* er det viktigste elementet for å ivareta klima- og miljøhensyn.¹⁸⁴ Dette tilsier at resultatet fra undersøkelsen om Ruters anskaffelse ikke kan legges ukritisk til grunn for kapittelets problemstilling, men at problemstillingen heller må tolkes i lys av hva offentlige oppdragsgivere i *praksis* opplever gir den beste klima- og miljøeffekten.

En undersøkelse gjennomført av Konkurrencesverket i Sverige konkluderer på sin side tydelig på at anvendelse av laveste pris som eneste tildelingskriterium, *ikke* betyr dårligere kvalitet.¹⁸⁵ Undersøkelsen omhandlet matvareanskaffelser, og gikk ut på å se om kommuner som bare benyttet laveste pris som tildelingskriterium fikk lavere kvalitet enn de kommunene som

¹⁸¹ KOFA-sak 2024/1387 avsnitt 23.

¹⁸² Eksempelvis bruk av «miljø» som tildelingskriterium.

¹⁸³ Oslo Economics (2018) s. 34.

¹⁸⁴ Ibid s. 32.

¹⁸⁵ Konkurrencesverket (2016) s. 38.

hadde benyttet tildelingskriteriet «økonomisk mest fordelaktig».¹⁸⁶ Ingen av de brukte kvalitetsindikatorne var imidlertid tuftet på klima- og miljøhensyn, samtidig som konkurransen omhandlet en snever innkjøpskategori. Dette taler for at undersøkelsen har liten direkte overføringsverdi til gjeldende problemstilling. Likevel kan undersøkelsen anvendes som illustrasjon på spørsmålet om hvorvidt rene pris- eller kostnadskonkurranser er bedre egnet til å fremme klimavennlige løsninger vil variere på bakgrunn av den aktuelle innkjøpskategorien.

Hvorvidt rene pris- eller kostnadskonkurranser er bedre egnet til å fremme klimavennlige løsninger, kan følgelig ikke besvares som et ja/nei-spørsmål. Ved umodne markeder vil krav og vilkår risikere å være konkurransebegrensende og hindre nødvendig behovsdekning. I slike tilfeller bør oppdragsgiver velge tilbud på bakgrunn av pris/kostnad og kvalitet. Dersom markedet er *modent* bør likevel oppdragsgiver tilstrebe å stille klima- og miljøkrav og gjennomføre rene pris- eller kostnadskonkurranser, da dette generelt gir større sikkerhet for at anskaffelsen sikrer reell klima- og miljøgevinst.¹⁸⁷ Hvorvidt rene pris- eller kostnadskonkurranser er bedre egnet til å «fremme klimavennlige løsninger», jf. § 5 første ledd, beror derfor på en nærmere vurdering av *hva* som skal anskaffes.

5.4 Hva egner seg ved klima- og miljøhensyn?

Foregående drøftelse viser at relative poengmodeller og prissetting av kvalitet på hver sin måte er egnet til å ivareta vilkåret «fremme klimavennlige løsninger», jf. § 5 første ledd, og at det i enkelte tilfeller kan være mer hensiktsmessig å ha rene pris- eller kostnadskonkurranser enn å velge tilbud på bakgrunn av pris/kostnad og kvalitet.

Hvorvidt pris- eller kostnadskonkurranser er bedre egnet til å ivareta vilkåret i § 5 første ledd enn tilbud på bakgrunn av pris/kostnad og kvalitet, synes å henge sammen med at markedets respons og imøtekommelse av klima- og miljøkrav er styrende for hvordan oppdragsgiver bør gjennomføre konkurransen. Manglende klima- og miljøkompetanse i markedet taler for at oppdragsgiver bør avholde konkurranse basert på det «beste forholdet mellom pris/kostnad og kvalitet», jf. § 18-1 (1). Ved valg av evalueringsmodell, vil et tungtveiende argument være at relative poengmodeller er mest brukt blant oppdragsgivere og at oppdragsgivere derav har

¹⁸⁶ Hovland (2016) avsnitt 3.

¹⁸⁷ KOFA-sak 2024/1387 avsnitt 22.

størst kjennskap til modellen. Den nylige anbefalingen av prissetting av kvalitet tilsier at optimal bruk krever ytterligere kompetansebygging hos oppdragsgiver. Modellen krever også utførlig forhåndsarbeid, men vil til gjengjeld gjøre oppdragsgiver mer bevisst på hvilken kvalitet leverandøren kan levere. Prissetting av kvalitet stenger imidlertid i større grad for innovasjon, hvilket er et betydelig argument i retning av at modellen er mindre egnet ved bruk av klima- og miljøkriterier. Relative poengmodeller vil på sin side skape et helhetlig inntrykk av anskaffelseselementene, men vil gjennom normalisering risikere at klima- og miljøkriterium gis en uttelling som ikke tilsvarer dets egentlige miljømessige effekt.

De ulike modellene innehar følgelig egenskaper som gjør de egnet til å ivareta vilkåret i § 5 første ledd, men også egenskaper som taler i retning av at de bør unngås ved bruk av klima- og miljøkriterier. Denne sammenfatningen indikerer derfor at *hvilken* evalueringsmodell som er best egnet til å fremme klimavennlige løsninger, eller om det er mest hensiktsmessig å gjennomføre ren pris- eller kostnadskonkurransen, må avgjøres i den konkrete anskaffelsen.

6 Avsluttende betraktninger

Vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» ble i kapittel 4 spaltet opp i 2 elementer; *sikre klima- og miljøgevinster* og *fremme innovasjon av klima- og miljøløsninger*. Hvorvidt § 7-9 (2) er egnet til å sikre de to elementene, avhenger etter min forståelse i stor grad av *hva* oppdragsgiver skal anskaffe og *hvordan* markedet er innrettet i det konkrete tilfellet. Følgelig kan ikke problemstillingen om § 7-9 (2) er egnet til å ivareta vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» i § 5 første ledd besvares som et ja/nei-spørsmål, men må avgjøres på bakgrunn av hvilken *ytelse* som skal anskaffes. Også ved spørsmål om hvilken betydning valg av evalueringsmodell har for muligheten til å fremme klimavennlige løsninger, eller om det bør avholdes pris- eller kostnadskonkurranser, bør oppdragsgiver foreta en selvstendig vurdering av hva som best fremmer klimavennlige løsninger i det konkrete tilfellet.

Drøftelsen viser at § 7-9 (2) vil kunne gi uheldige utslag i enkelte tilfeller. Elementene i vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» er tett tilknyttet hverandre, og danner et sammensatt bilde av hvordan klima- og miljøhensyn best ivaretas i offentlige anskaffelser. Følgelig kan det konstateres at oppdragsgivers *innkjøpsfaglige fleksibilitet* er av vesentlig betydning for hvorvidt § 7-9 (2) er egnet til å «fremme klimavennlige løsninger», jf. § 5 første ledd. Slik hovedregelen i § 7-9 (2) er utformet i dag, synes den nødvendige fleksibiliteten imidlertid *ikke* å bli ivaretatt i tilstrekkelig grad.

Anskaffelsesutvalget har uttalt at ettersom «[d]et samlede bildet av offentlige anskaffelser inneholder kontrakter av svært ulik karakter, og med ulik grad [...] av klima- og miljøbelastning», vil det heller ikke være hensiktsmessig å fastslå at klima- og miljøhensyn skal inntas i en bestemt fase av anskaffelsen.¹⁸⁸ Uttalelsen underbygger standpunktet om at oppdragsgiver bør gis betydelig handlingsrom til å vurdere *hvordan* klima- og miljøhensyn skal inntas i den konkrete anskaffelsen. Anskaffelsesutvalget har som nevnt fremmet forslag til ny klima- og miljøbestemmelse, og det noe varierende utslaget til gjeldende § 7-9 (2) taler i retning av at en lovendring er hensiktsmessig. På denne måten vil oppdragsgiver få et betydelig større handlingsrom til å vurdere hvordan anskaffelsen på best mulig måte ivareta vilkåret «fremme klimavennlige løsninger» i § 5 første ledd. Det er likevel usikkert *om* og *når* en eventuell ny klima- og miljøbestemmelse vil tre i kraft.

¹⁸⁸ NOU 2023: 26 s. 135.

Litteraturliste

Litteratur

Bøker

- Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement – Regulations in the EU and UK Volume 1*, 3. utg., Sweet & Maxwell 2014.
- Caranta og Sanchez-Graells (2021) Caranta, Roberto og Albert Sanchez-Graells, *European public procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, Elgar 2021.
- Dragsten (2020) Dragsten, Marianne, *Anskaffelsesloven med forskrift – Kommentartutgave*, Universitetsforlaget 2020.
- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser – Regelverk, praksis og løsninger*, Universitetsforlaget 2013.
- Goller (2017) Goller, Morten mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utg., Gyldendal juridisk 2021.
- Tuseth og Winge (2024) Tuseth, Bård Sverre og Nikolai K. Winge, *Masteroppgaven i juss*, 3. utg., Universitetsforlaget 2024.

Artikler

- Askheim, Rekkedal og Røkke (2024) Askheim, Thuva Cathrine, Karen Anne Rekkedal og Marte Jonstad Røkke, «Prissetting av kvalitet – hva er det oppdragsgiver kvier seg for?», 23. april 2024, <https://www.anbud365.no/regelverk/prissetting-av-kvalitet-hva-er-det-oppdragsgivere-kvier-seg-for/>, (hentet 26. november 2024).

- Christensen og Oftedal (2023) Christensen, Nanna W. og Arne Oftedal, «Historiske forskriftsendringer for å styrke klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser», 11. august 2023, <https://svw.no/artikler/historiske-forskriftsendringer-for-a-styrke-klima-og-miljohensyn-i-offentlige-anskaffelser>, (hentet 2. november 2024).
- Grønhaug (2023) Grønhaug, Bjørnar, «30 % vekting av miljø: benytt mulighetene!», 15. november 2023, <https://innovativeanskaffelser.no/blogg/30-vektning-av-miljo-benytt-mulighetene/>, (hentet 2. desember 2024).
- Hjartlie (2023) Hjartlie, Johannes, «Skjerpede miljøkrav kan virke mot sin hensikt», 8. mars 2023, <https://konkurransetilsynet.no/skjerpede-miljokrav-kan-virke-mot-sin-hensikt/>, (hentet 2. november 2024).
- Hovland (2016) Hovland, Lennart, «Laveste pris gir ikke uten videre dårligere kvalitet», 10. mai 2016, <https://www.anbud365.no/internasjonalt/sverige/lavest-pris-gir-ikke-uten-videre-darligere-kvalitet/>, (hentet 13. november 2024).
- Nærings- og fiskeridepartementet (2021) Nærings- og fiskeridepartementet, «Ansvarsområder og oppgaver i Nærings- og fiskeridepartementet», 15. november 2021, <https://www.regjeringen.no/no/dep/nfd/ansvar/id714/>, (hentet 19. november 2024).
- Nærings- og fiskeridepartementet (2023) Nærings- og fiskeridepartementet, «Nå skal klima og miljø vektas med minst 30 prosent i tildelingskriteriene», 4. august 2023,

[https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/historisk-
endring-na-skal-klima-og-miljo-vektes-minst-30-
i-offentlige-anskaffelser/id2990427/](https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/historisk-
endring-na-skal-klima-og-miljo-vektes-minst-30-
i-offentlige-anskaffelser/id2990427/), (hentet 15.
november 2024).

Platou (2021)

Platou, Tonje, «Den rettslige rekkevidden av miljøkravet i lov om offentlige anskaffelser § 5», vol. 60, *Lov og Rett* 2021, s. 533-551.

Tjernshaugen (2023)

Tjernshaugen, Andreas, «Bærekraft», Store norske leksikon, 17. november 2023, <https://snl.no/bærekraft>, (hentet 19. november 2024).

Veiledere, rapporter og undersøkelser

Anskaffelsesundersøkelsen (2024)

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Anskaffelsesundersøkelsen – Status og utvikling for innkjøps-Norge», 30. mai 2024, <https://anskaffelser.no/sites/default/files/2024-05/Anskaffelsesundersøkelsen%202024.pdf>.

DFØ (2016)

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Veileder for ytelses- og funksjonsspesifikasjoner», 20. desember 2016, https://anskaffelser.no/sites/default/files/2016-12-20_veileder_0.pdf.

DFØ (2021)

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Handlingsplan for økt andel klima- og miljøvennlige offentlige anskaffelser og grønn innovasjon», 9. september 2021, https://anskaffelser.no/sites/default/files/2021-09/dfo_handlingsplan_2021_01.pdf.

- DFØ (2023a) Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Veileder i evaluering av tilbud», 24. april 2023, <https://anskaffelser.no/veileder-i-evaluering-av-tilbud/innledning>.
- DFØ (2023b) Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Utredning om standardiserte minimumskrav i offentlige anskaffelser», 25. mai 2023, https://dfo.no/sites/default/files/2023-06/Rapport_standardiserte_minimumskrav_anskaffelser.pdf.
- DFØ (2024a) Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Veileder til regler om klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser», 2024, <https://anskaffelser.no/verktoy/veiledere/veileder-til-regler-om-klima-og-miljohensyn-i-offentlige-anskaffelser>.
- EU-kommisjonen (2021) EU-kommisjonen, «European Green Deal: Commission proposes transformation of EU economy and society to meet climate ambitions», 14. juli 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3541.
- Konkurrensverket (2016) Konkurrensverket, «Upphandling enligt lägsta pris behöver inte ge sämre kvalitet», Rapport 2016:4, april 2016, https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/informationsmaterial/rapporter-och-broschyrer/rapportserie/rapport_2016-4.pdf.
- Nærings- og handelsdepartementet (2004) Nærings- og handelsdepartementet (slått sammen med Nærings- og fiskeridepartementet 1. januar

- 2014), «Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser», januar 2004,
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/mod/red/2004/0021/ddd/pdfv/197434-ferdig_miljoveileder.pdf.
- Nærings- og fiskeridepartementet (2017) Nærings- og fiskeridepartementet, «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)», november 2017,
<https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-anskaffelser.pdf>.
- Oslo Economics (2018) Oslo Economics, «Virkninger av nye samfunnshensyn i offentlige anskaffelser», 6. juni 2018, https://osloeconomics.no/wp-content/uploads/2018/06/OE-rapport-2018_16.-Nye-samfunnshensyn-i-offentlige-anskaffelser.pdf.
- Riksrevisjonen (2022) Riksrevisjonen, «Riksrevisjonens undersøkelse av grønne offentlige anskaffelser», Dokument 3:5 (2021-2022), 3. februar 2022,
<https://www.riksrevisjonen.no/rapporter-mappe/no-2021-2022/undersokelse-av-gronne-offentlige-anskaffelser/>.

Nettsider

- DFØ (2024b) Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Ivareta samfunnshensyn i offentlige anskaffelser», 8. mars 2024,
<https://anskaffelser.no/avtaler-og-regelverk/ivareta-samfunnshensyn-i-offentlige-anskaffelser>, (hentet 1. november 2024).

- DFØ (2024c) Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Hva er innovative anskaffelser?», 24. juni 2024, <https://anskaffelser.no/innovasjon/hva-er-innovative-anskaffelser>, (hentet 18. november 2024).
- DFØ (2024d) Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Offentlige virksomheters arbeid med innovative anskaffelser», 10. september 2024, <https://dfo.no/nokkeltall-og-statistikk/innkjop-i-offentlig-sektor/offentlige-virksomheters-arbeid-med-innovative-anskaffelser>, (hentet 18. november 2024).
- DFØ (2024e) Direktoratet for forvaltning og økonomistyring, «Utgifter til offentlig innkjøp», 2. oktober 2024, <https://dfo.no/nokkeltall-og-statistikk/innkjop-i-offentlig-sektor/utgifter-til-offentlige-innkjop>, (hentet 21. november 2024).

Norske rettskilder

Lov og forskrift

- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale med Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- 2016 Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).
- 2016 Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).
- 2016 Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften).
- 2016 Forskrift 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter (konsesjonsforskriften).
- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 60 lov om klimamål (klimaloven).

Lovforarbeider og stortingsmeldinger

NOU 1997: 21	<i>Offentlige anskaffelser</i>
NOU 2014: 4	<i>Enklere regler – Bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket</i>
NOU 2023: 26	<i>Ny lov om offentlige anskaffelser – Første delutredning</i>
NOU 2024: 9	<i>Ny lov om offentlige anskaffelser – Andre delutredning</i>
Prop. 51 L (2015-2016)	<i>Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)</i>
Innst. 358 L (2015-2016)	<i>Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)</i>
Meld. St. 22 (2018-2019)	<i>Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser</i>

Høringer og offentlige publikasjoner

Felles nettside til høringssvar: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-3/id2938509/?showSvar=true&consterm=&page=1&isFilterOpen=true>.

Hurdalsplattformen (2021)	Statsministerens kontor. <i>Hurdalsplattformen – For en regjering utgått fra Arbeiderpartiet og Senterpartiet 2021-2025</i> . 14. oktober 2021, https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/hurdalsplattformen/id2877252/ .
Nærings- og fiskeridepartementet (2022)	Nærings- og fiskeridepartementet. <i>Forslag til endringer av forskrift om offentlige anskaffelser § 7-9, forsyningsforskriften § 7-9 og konsesjonskontraktforskriften § 7-6</i> . [Høringsnotat]. 8. desember 2022. https://www.regjeringen.no/contentassets/c4273886e0eb4d0cae52571717c277bf/horingsnotat.pdf .

PFT (2023)	Politiets Fellestjenester. <i>Høring – forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser</i> . 22. februar 2023. [Høringssvar].
Innlandet fylkeskommune (2023)	Innlandet fylkeskommune. <i>Skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser – høringsuttalelse fra Innlandet fylkeskommune</i> . 28. februar 2023. [Høringssvar].
Asker kommune (2023)	Asker kommune. <i>Høringssvar fra Asker kommune – Forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser</i> . 28. februar 2023. [Høringssvar].
Miljødirektoratet (2023)	Miljødirektoratet. <i>Høringssvar – forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser</i> . 1. mars 2023. [Høringssvar].
Forsvarsdepartementet (2023)	Forsvarsstaben til Forsvarsdepartementet. <i>Svar på høring- forslag til endring av miljøbestemmelsene i anskaffelsesregelverket</i> . 6. mars 2023. [Høringssvar].
Hitra kommune (2023)	Hitra kommune. <i>Høring – skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser</i> . 7. mars 2023. [Høringssvar].
SVW (2023)	Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS. <i>Høring av forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser</i> . 7. mars 2023. [Høringssvar].
Tromsø kommune (2023)	Tromsø kommune. <i>Høringssvar – forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser</i> . 7. mars 2023. [Høringssvar].

Kartverket (2023)	Statens kartverk. <i>Offentlig høring av forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser</i> . 7. mars 2023. [Høringssvar].
SVV (2023)	Statens vegvesen. <i>Høringssvar fra Statens vegvesen – forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser</i> . 8. mars 2023. [Høringssvar].
Odin Prosjekt (2023)	Odin Prosjekt AS. <i>Høringssvar – forslag til endring av forskrift om offentlige anskaffelser § 7-9, forsyningsforskriften § 7-9 og konsesjonsforskriften § 7-6</i> . 8. mars 2023. [Høringssvar].
Klagenemnda (2023)	Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved Klagenemndssektretariatet. <i>Svar på høring om forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser</i> . 8. mars 2023. [Høringssvar].
NAV (2023)	Arbeids- og velferdsdirektoratet. <i>Høringssvar – vedrørende forslag om skjerpede miljøkrav</i> . 8. mars 2023. [Høringssvar].
Skatteetaten (2023)	Skatteetaten. <i>Høring av forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser</i> . 9. mars 2023. [Høringssvar].

Avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser

KOFA-sak 2004/16	KOFA-sak 2019/589	KOFA-sak 2024/639
KOFA-sak 2010/192	KOFA-sak 2021/1000	KOFA-sak 2024/1387
KOFA-sak 2018/150	KOFA-sak 2022/587	

Internasjonale rettskilder og fremmed rett

Avgjørelser fra EU-domstolen

SIAC Construction [C5] C-19/00	Dom av 18. oktober 2001 [C5], <i>SIAC Construction Ltd</i> , C-19/00, EU:C:2001:553.
Concordia [GC] C-513/99	Dom av 17. september 2002 [GC], <i>Concordia Bus Finland Oy AB</i> , C-513/99, EU:C:2002:495.
Wienstrom [C6] C-448/01	Dom av 4. desember 2003 [C6], <i>EVN AG and Wienstrom GmbH</i> , C-448/01, EU:C:2003:651.
eVigilo [C5] C-538/13	Dom av 12. mars 2015 [C5], <i>eVigilo Ltd</i> , C-538/13, EU:C:2015:166.
Dimarso [C4] C-6/15	Dom av 14. juli 2016 [C4], <i>TNS Dimarso NV</i> , C-6/15, EU:C:2016:555.
Tim SpA [C2] C-395/18	Dom av 30. januar 2020 [C2], <i>Tim SpA</i> , C-395/18, EU:C:2020:58.

EU-direktiver

Gjeldende direktiv

Direktiv 2014/24/EU om offentlig innkjøp	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlig innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF.
--	---

Opphevede direktiv

Direktiv 2004/14/EF om innkjøp	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/14/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og
--------------------------------	--

anleggskontrakter, kontrakter om
offentlige varekjøp og kontrakter om
offentlig tjenesteyting
[Innkjøpsdirektivet].

Danske rettskilder

Lov

2015 Lov nr. 1564 af 15/12/2015 (Ubudsloven).

Svenske rettskilder

Lov

2016 Lag (2016:1145) 1. desember 2016 om offentlig upphandling (LOU).