



Nærings- og fiskeridepartementet - NFD

Postboks 8090 Dep  
0032 OSLO

Vår referanse: 23/00036-1  
Arkivkode: 601  
Saksbehandler: Benita Tjørn  
Tobiasson  
Deres referanse:  
Dato: 01.03.2023

## Høringsvar - Forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser

### 1. Om høringen

Vi viser til Nærings- og fiskeridepartementets høringsnotat 8. desember 2022, med forslag om skjerpede krav til miljø i forskrift om offentlige anskaffelser § 7-9, forsyningsforskriften § 7-9 og konsesjonskontraktforskriften § 7-6. Høringsfristen er 8. mars 2023.

Som ledd i medlemsdialogen har vi konferert med KS Anskaffelsesforum.<sup>1</sup>

### 2. Forslaget

Departementet opplyser i høringsbrevet at forslagene følger opp «*Hurdalsplattformens tiltak om å endre regelverket for offentlige anskaffelser slik at det støtter viktige mål som bærekraft*», og «*at regjeringen vil vekte klima- og miljøhensyn med minimum 30 prosent i offentlige anskaffelser og høyere der det er relevant*».

Departementet fremmer tre alternative forslag. Felles for disse er at de oppstiller en skjerpet plikt for oppdragsgivere til å stille miljøkrav i offentlige anskaffelser.

Kort om de alternative forslagene:

- Det første forslaget («**Forslag 1**») vil blant annet pålegge oppdragsgiveren å stille miljøkrav i *enhver* anskaffelse. Forslaget stiller et uttrykkelig krav om å benytte miljø som tildelingskriterium og vekte dette med minst 30 prosent.
- Det andre forslaget («**Forslag 2**») vil pålegge oppdragsgiveren å stille miljøkrav på minst ett av følgende trinn i anskaffelsesprosessen: kvalifikasjonskrav, kravspesifikasjon, tildelingskriterium eller kontraktsvilkår. I tillegg foreslås det å gi oppdragsgiveren en plikt til å benytte miljø som tildelingskriterium og vekte dette med minst 30 prosent på områder med «*ikke uvesentlig miljøbelastning*».
- Det tredje forslaget («**Forslag 3**») innebærer at for anskaffelser med «*ikke uvesentlig miljøbelastning*» skal oppdragsgiveren enten stille miljøkrav til ytelsen eller benytte miljø som tildelingskriterium og vekte dette med minimum 30 prosent. Miljøkrav og vektning kan også kombineres.

Departementet lister opp 16 spørsmål i høringsnotatet. Disse blir berørt på forskjellig vis i det følgende.

<sup>1</sup> KS Anskaffelsesforum (KSA) er et fagforum for kommuner og fylkeskommuner med fokus på offentlige anskaffelser. KSAs formål er «*å høyne forståelsen og kunnskapen om anskaffelser i kommunal sektor med sikte på effektiv bruk av samfunnets ressurser og hvordan anskaffelser kan brukes som et strategisk politisk verktøy for å fremme andre samfunnsmessige hensyn*», jf. fagforumets vedtekter.

### 3. Vår anbefaling

Det er positivt at regjeringen vil bruke anskaffelsesregelverket som virkemiddel for å fremme bærekraftig utvikling. Samtidig følger det allerede av lov om offentlige anskaffelser (LOA) § 5 at oppdragsgiveren har en *plikt* til å ta miljøhensyn i sine anskaffelser. I utgangspunktet er det derfor ikke behov for endringer i regelverket. Rapporter fra Riksrevisjonen og DFØ fra 2022 viser dessuten at oppdragsgivere har behov for kompetanseheving og veiledning for å ta miljøhensyn. Fokuset bør ligge her, og ikke på generelle og absolutte krav. Våre innspill nedenfor reflekterer dette.

Vi ser imidlertid at det kan ha en pedagogisk verdi å synliggjøre hvor det er relevant å stille miljøkrav. Departementets forslag begrenser imidlertid i for stor grad det innkjøpsfaglige skjønnet, uten at potensialet for ønskede miljøgevinster øker.

Dermed kan vi ikke støtte noen av de tre foreslåtte alternativene.

Samtidig mener vi det kan være rom for en viss tydeliggjøring i forskrift sammenlignet med dagens regelverk. Dette har vi illustrert med forslag til endret forskriftstekst i punkt 6 nedenfor, som vi mener bør kunne gjennomføres uten lovendring.

I punkt 4 knytter vi enkelte generelle bemerkninger til forslagene, før vi vurderer departementets tre forslag i punkt 5. I punkt 6 spiller vi inn og begrunner forslag til ny forskriftstekst.

### 4. Vurdering – Overordnede synspunkter

#### 4.1 Utfordrer det lokale selvstyret

Departementet fremmer tre alternative forslag, som alle oppstiller en skjerpet plikt for oppdragsgivere til å stille miljøkrav. Samtlige forslag innebærer i noe varierende grad en begrensning av det innkjøpsfaglige skjønnet.

Krav som begrenser kommunal skjønnsutøvelse, innebærer en begrensning av det kommunale selvstyret. Skjerpede krav som går ut over innkjøpsfaglig skjønn, vil få stor betydning for samtlige kommuner i Norge. I 2021 kjøpte fylkeskommuner og kommuner varer og tjenester for i underkant av 275 milliarder kroner. Mer rigide miljøkrav for offentlige anskaffelser innebærer med andre ord en begrensning av den kommunale handlefriheten som er kodifisert i Grunnloven § 49 annet ledd – og som følger av Det europeiske charteret artikkel 2 og kommuneloven<sup>2</sup> – uten at kommunene av den grunn settes i stand til å ta mer miljøvennlige valg.

Etter kommuneloven § 2-1 tredje ledd må begrensninger i det kommunale selvstyret ha hjemmel i lov, og etter kommuneloven § 2-2 første ledd bør ikke det kommunale selvstyret begrenses mer enn det som er «nødvendig». Vi mener de foreslåtte forskriftsendringene går for langt i å begrense det lokale selvstyret – eller det innkjøpsfaglige skjønnet i denne sammenheng – *uten* at det er hjemlet i lov og *uten* at det er nødvendig eller hensiktsmessig for å ivareta miljøhensyn.

#### 4.2 Oppdragsgivere må beholde sitt innkjøpsfaglige skjønn

---

<sup>2</sup> Grunnloven § 49, annet ledd: «*Innbyggerne har rett til å styre lokale anliggender gjennom lokale folkevalgte organer*», Tilleggsprotokoll til Europeisk charter for lokalt selvstyre vedrørende rett til deltakelse i lokale myndigheters saker – CETS 207 og lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) 2-1 tredje ledd: «*Kommunene og fylkeskommunene utøver sitt selvstyre innenfor nasjonale rammer. Begrensninger i det kommunale og fylkeskommunale selvstyret må ha hjemmel i lov*» og § 2-2 første ledd: «*Det kommunale og fylkeskommunale selvstyret bør ikke begrenses mer enn det som er nødvendig for å ivareta nasjonale mål*».

Etter dagens regelverk er det opp til et innkjøpsfaglig skjønn å avgjøre både på hvilket trinn i anskaffelsesprosessen miljøkrav skal stilles, og på hvilken måte. Det er det gode grunner til. Når og hvordan miljøkrav og kriterier skal stilles, vil blant annet avhenge av oppdragsgiverens behov, hva som utgjør miljøbelastningen, modenhet i markedet, konkurransesituasjonen og leverandørens mulighet til å dokumentere miljøbelastningen.<sup>3</sup>

I likhet med departementet mener vi derfor at en fleksibilitet for oppdragsgiveren til å stille de miljøkravene og kriteriene oppdragsgiveren selv vurderer som best egnet i de konkrete anskaffelsene, er viktig for å nå målet om mer miljøvennlige anskaffelser, jf. høringsnotatet side 12. Vi vurderer det derfor ikke som hensiktsmessig å fastsette obligatorisk krav til miljø slik departementets Forslag 1 – og langt på vei også Forslag 2 – innebærer.

Vi finner støtte for dette synet i blant annet fortalen til anskaffelsesdirektivet<sup>4</sup> avsnitt 95:

*«Det er avgjørende å fullt ut utnytte det potensialet offentlige innkjøp har til å nå målene for Europa 2020-strategien for smart, bærekraftig og inkluderende vekst. I den forbindelse bør det bemerkes at offentlige innkjøp er avgjørende for å drive nyskaping, som er av stor betydning for framtidig vekst i Europa. I lys av de store forskjellene mellom de forskjellige sektorene og markedene, ville det imidlertid ikke være hensiktsmessig å fastsette generelle obligatoriske krav til innkjøp med hensyn til miljø, samfunn og nyskaping.»*

*Unionens regelgiver har allerede fastsatt obligatoriske innkjøpskrav for å nå bestemte mål i sektoren for veigående motorvogner (europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/33/EF og kontorutstyr (europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 106/2008). Dessuten er det gjort betydelige framskritt med hensyn til definisjonen av felles metoder for beregning av livssyklus kostnad.*

*Det synes derfor hensiktsmessig å fortsette på denne måten og overlate til det sektorspesifikke regelverket å fastsette obligatoriske mål med hensyn til den bestemte politikken og de bestemte vilkårene som skal gjelde for de relevante sektorene, og å fremme utviklingen og bruken av europeiske metoder for beregning av livssyklus kostnad for ytterligere å underbygge bruken av offentlige innkjøp til støtte for bærekraftig vekst (våre understrekninger).»*

For å oppnå ønskede mål, må det med andre ord gjøres konkrete vurderinger av hvordan et krav best kan implementeres i den enkelte anskaffelsen – enten helt konkret eller sektorvis og på produktnivå – fremfor generelle og obligatoriske krav.

Departementet ga uttrykk for dette synspunktet i sitt høringsnotat 11. november 2017 vedrørende høring om ny forskriftsbestemmelse. Vi viser til punkt 3 i dette høringsnotatet:

*«I anmodningsvedtaket fra Stortinget ble regjeringen bedt om å innføre krav om minimum 30% miljøvektning. Tolket bokstavelig innebærer dette at offentlige oppdragsgivere skal stille miljøkrav som tildelingskriterium med minimum 30% vekt i alle anskaffelser der det er relevant. Dette setter en klar begrensning på oppdragsgivers valg av fremgangsmåte for å ta miljøhensyn i sine anskaffelser, noe departementet vurderer som uheldig både anskaffelsesfaglig og miljøfaglig. Vektning av miljø med 30% eller mer kan i en del anskaffelser være den mest hensiktsmessige og effektive måten å stille miljøkrav på, men ikke alltid (vår understrekning).»*

<sup>3</sup> Høringsnotat 11. november 2016, «Ny forskriftsbestemmelse om miljø i regelverket for offentlige anskaffelser».

<sup>4</sup> Direktiv 2014/24/EU.

Departementet synes heller ikke i høringsnotatet 8. desember 2022 å mene at det er én løsning for alle anskaffelser.

#### 4.3 Behov for veiledning og kompetanseheving

Utbedringstiltak bør ta utgangspunkt i hva som er den definerte utfordringen eller problemet, og løsningen ligger ikke nødvendigvis i regelverket. Undersøkelser i 2022 fra Riksrevisjonen<sup>5</sup> og DFØ<sup>6</sup> viser som nevnt at oppdragsgivere har behov for kompetanseheving og veiledning. Det er snarere manglende evne enn vilje hos oppdragsgivere som gjør at oppdragsgivere angivelig ikke bruker innkjøpsmakten godt nok.

Vi mener at kompetanseheving – gjerne gjennom veiledning og tilskudd til kompetanseheving – vil være mer effektive tiltak for å ivareta ønskede hensyn, enn eksempelvis å pålegge bruk av miljø som tildelingskriterium med en vekt på minimum 30 prosent. Oppdragsgivere bør herunder bli fortrolige med hvilket potensial som ligger i valget mellom de ulike kravstypene – kvalifikasjonskrav, kravspesifikasjon, tildelingskriterium og kontraktsvilkår – og derigjennom hvilke miljøkrav som bør stilles, når og på hvilken måte.

#### 4.4 Nødvendig med en helhetlig tilnærming til miljø

Riksrevisjonens rapport fremhever at mange oppdragsgivere mangler en helhetlig tilnærming for å ivareta miljøhensyn i offentlige anskaffelser. Et absolutt krav til miljø som *tildelingskriterium* vil forsterke dette ytterligere, da et ensidig fokus på kun ett stadium i prosessen vil kunne redusere betydningen av øvrige, vel så viktige stadier.

Behovsanalysen i forberedelses- og planleggingsfasen kan ofte være en av de mest sentrale fasene for å kunne oppnå miljøgevinster, selv om gjeldende regelverk ikke oppstiller noen plikt for oppdragsgiveren til å undersøke markedet, jf. «kan» i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 8-1. Erfaringer fra Leverandørutviklingsprogrammet (LUP) underbygger dette.<sup>7</sup> Oppdragsgiveren kan allerede i den tidligste fasen ha besluttet for eksempel gjenbruk fremfor nyanskaffelse eller skomakertjenester fremfor anskaffelse av nye sko til ansatte. Oppdragsgiveren kan gjennom markedsdialog med leverandørene ha undersøkt hvilke miljøvennlige løsninger som finnes, og vurdert hvordan oppdragsgiverens behov i størst mulig grad kan imøtekommes og med minst mulig miljøbelastning.

Eksemplene i forrige avsnitt illustrerer at en oppdragsgiver allerede før anskaffelsen har blitt kunngjort, kan ha eliminert mindre miljøvennlige løsninger. Å tvinge oppdragsgivere til å stille miljøkrav for eksempel som *tildelingskriterium*, kan gjøre at fokuset flyttes bort fra denne tidligere og sentrale fasen.

Vi viser for øvrig til eksemplene i høringsnotatet punkt 5.2 som viser at de ulike miljøkravene og kriteriene – kvalifikasjonskrav, kravspesifikasjoner, tildelingskriterier og kontraktsvilkår – kan ha ulike miljøgevinster. Eksemplene viser at miljø som tildelingskriterium ikke alltid er mest egnet, og at ulike anskaffelser krever ulike miljøkrav og kriterier. Vi støtter dette, og supplerer med noen betraktninger:

- Miljø som *kvalifikasjonskrav* kan være egnet til å sile ut uegnede leverandører, typisk i modne markeder.
- Miljø som *kravspesifikasjonskrav* kan utelukke eksempelvis lite energieffektive leveranser ved krav til energimerking. Dersom oppdragsgiveren i stedet må bruke miljøhensyn som

<sup>5</sup> Dokument 3:5 (2021 -2022) «Riksrevisjonens undersøkelse av grønne anskaffelser», publisert 3. februar 2022.

<sup>6</sup> Hovedrapport: Anskaffelsesundersøkelsen. Direktoratet for forvaltning og økonomistyring 2022.

<sup>7</sup> LUP er et samarbeid mellom NHO, KS, Innovasjon Norge og Forskningsrådet. LUP startet i 2010, og har som oppgave å «øke innovasjonseffekten av offentlige anskaffelser». Formålet er «bedre og mer effektive tjenester, næringsvekst og lavere utslipp», jf. nettsiden.

*tildelingskriterium*, kan ambisjonen om energieffektivitet – eller et annet miljøhensyn – bli utkonkurrert av øvrige tildelingskriterier som for eksempel pris.

- Miljø som *tildelingskriterium* kan riktignok være egnet til å stimulere nye miljøvennlige løsninger, men det sikrer ingen miljøvennlig leveranse. En absolutt og generell plikt til å vekte et tildelingskriterium med 30 prosent kan tvinge oppdragsgiveren til å måtte vekte andre, viktige kvalitetskrav lavere enn det behovet tilsier.
- Miljø som *kontraktsvilkår* sikrer etterlevelse i kontraktens løpetid, og kan være egnet i situasjoner hvor det er vanskelig å dokumentere oppfyllelse på forhånd. Videre er kontraktsvilkår egnet til å stimulere til innovasjon og meroppfyllelse av minimumskrav.

En helhetlig tilnærming til miljø omfatter også at oppdragsgivere i større grad følger opp at leverandører etterlever kontraktsvilkår knyttet til miljø. Dagens regelverk stiller ikke andre krav til dette, enn at manglende håndhevelse av kontraktsvilkår kan innebære en ulovlig vesentlig endring, jf. FOA §§ 11-2 og 28-2, jf. KOFA-2015-27 (RenoNorden). Etter vårt syn er det behov for å øke kompetansen til oppdragsgivere om hvordan miljøkrav kan følges opp. Kontraktsoppfølging er et underkommunisert virkemiddel med et stort og uoppdaget potensial for miljøgevinster.

#### 4.5 Administrative og økonomiske konsekvenser

Departementet ber høringsinstansene gi en tilbakemelding på hvilke estimerte økonomiske konsekvenser de ulike forslagene vil kunne få, jf spørsmål 16 i høringsnotatet. Departementet ber særlig om innspill fra kommunene, jf. side 24 i høringsnotatet.

Vi bemerker for ordens skyld at det etter vårt syn tillegger departementet å foreta en utredning av de økonomiske konsekvensene av endringsforslagene. Det er en grunn til å stille spørsmål ved hvorfor høringsnotatet ikke omfatter noen slik økonomisk og helhetlig vurdering.

De økonomiske konsekvensene av forslagene vil uansett kunne være vesentlig forskjellig avhengig av hvordan de nye miljøkravene utformes og hvordan de følges opp. Felles for forslagene er imidlertid at de potensielt kan belaste kommunebudsjettene i vesentlig grad. En regel om at oppdragsgiveren alltid skal vekte miljø med minst 30 prosent, jf. Forslag 1, vil eksempelvis raskt kunne føre til uforholdsmessige kostnader og dessuten være i strid med lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. LOA § 1.

Forslagene vil også for øvrig ha stor innvirkning på ressursituasjonen i kommunene. Skjerpede krav krever at kommunene må sikres med tilstrekkelig kompetanse. For flere kommuner vil dette innebære økt bruk av konsulenttenester. Videre kan skjerpede krav gjøre det nødvendig å etablere flere sentraliserte innkjøpsordninger, noe som kan øke avstanden til de som kjenner behovet best.

## 5. Vurdering av departementets alternative forslag

### 5.1 Forslag 1

#### 5.1.1 Generelt

Forslag 1 annet punktum innebærer en plikt til å stille miljø som *tildelingskriterium*, og at dette skal vektas med minimum 30 prosent eller høyere der det er relevant. Forslaget gjelder for anskaffelser hvor oppdragsgiveren plikter å oppgi tildelingskriterienes relative vekt. Det vil i praksis si anskaffelser over EØS-terskelverdiene – altså anskaffelser etter FOA del III.

Vi mener at Forslag 1 har økonomiske, anskaffelsesrettslige og lovtekniske utfordringer, og dersom forslaget vedtas, må bestemmelsen gi en vidtgående unntaksadgang.

### 5.1.2 Forslaget gir negative virkninger for anskaffelsesprosessen

Forslaget begrenser oppdragsgiverens valg både med hensyn til tidspunkt for når miljøkrav skal stilles og hvilken vekt miljøkravet skal ha. Oppdragsgiveren fratras med andre ord betydelig fleksibilitet.

Tildelingskriterier må for øvrig ledsages av dokumentasjonskrav, jf. FOA §§ 8-11 fjerde ledd og 18-1 niende ledd. I enkelte situasjoner kan det være vanskelig eller umulig å dokumentere oppfyllelse på tilbudstidspunktet. Rettspraksis viser at det kan være særlig utfordrende å stille adekvate dokumentasjonskrav til miljø, jf. Høyesteretts avgjørelse i *Fosen-Linjen* (HR-2019-1801-A), avsnitt 90 følgende.

EU-domstolen har uttalt at et tildelingskriterium som ikke inneholder et dokumentasjonskrav som gjør det mulig å foreta en effektiv kontroll av tilbudene, er i strid med EØS-retten, jf. sak C-448/01 (Wienstrom), premiss 51 og 52. Konsekvensene av å ta feil blir raskt at konkurransen må avlyses.

Utfordringene knyttet til hvilke dokumentasjonskrav som lovlig kan stilles til miljø som tildelingskriterium, underbygger at det ikke er hensiktsmessig å fastsette generelle obligatoriske miljøkrav til anskaffelser.

Dersom Forslag 1 likevel vedtas, må oppdragsgivere få tilstrekkelig med veiledning om blant annet anerkjente metoder og verktøy, jf. departementets spørsmål 2. Forslagets annet punktum bør i så fall inntas i de delene av forskriften kravet gjelder for, jf. spørsmål 3.

Forslag 1 stenger for muligheten til å velge tilbud utelukkende på grunn av pris eller kostnad etter FOA § 18-1 første ledd bokstav a og b, jf. departementets spørsmål 7. Vi mener det ikke er en hensiktsmessig begrensning. Som nevnt i punkt 4.4, kan oppdragsgiveren i planleggingsfasen ha eliminert mindre miljøvennlige løsninger eller oppdragsgiver har stilt strenge minimumskrav, og lavest pris står igjen som den eneste, meningsfulle konkurranseparameteren.

### 5.1.3 Forslag 1 krever lovendring

Vår vurdering er at et krav til vekting med minst 30 prosent krever lovendring, jf. departementets spørsmål 6. Dette gjelder også innføringen av plikten til å bruke miljø som tildelingskriterium for alle del III-anskaffelser, slik både Forslag 1 og Forslag 2 i praksis legger opp til.

Etter LOA § 5 «skal» oppdragsgivere innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger «der dette er relevant», jf. første ledd. Bestemmelsens annet ledd viser uttrykkelig at det er opp til oppdragsgivere å velge når og hvordan dette gjøres, jf. «kan».

Lovgiver har i forarbeidene lagt til grunn at oppdragsgiveren skal ha et innkjøpsfaglig skjønn ved utformingen av miljøkrav i de enkelte anskaffelsene, jf. Prop.51 L (2015-2016) på side 83:

*«Kravene til oppdragsgivers samlede anskaffelsespraksis må også reflekteres i de enkelte anskaffelsene som gjennomføres. Dette må underlegges en grad av rettslig kontroll. I en slik vurdering bør det tas utgangspunkt i oppdragsgivers anskaffelsesstrategi eller rutiner og hvorvidt disse er fulgt opp i den enkelte anskaffelse. Dersom en overordnet strategi eller rutiner ikke gjenspeiles i de konkrete anskaffelsene, vil det kunne foreligge brudd på anskaffelsesloven § 5. Hvordan oppdragsgiver konkret velger å la disse hensynene komme til uttrykk i de enkelte anskaffelsene, for eksempel hvordan oppdragsgiver formulerer relevante miljøkrav ved utformingen av konkurransegrunnlaget i en konkret anskaffelse, er imidlertid underlagt det innkjøpsfaglige skjønn (vår understrekning)».*

Å innføre en plikt til å stille miljøkrav som tildelingskriterium, og krav om at dette skal vektes med minst 30 prosent, er ingen utfylling av LOA § 5, men en endring i strid med lovgivers uttalte intensjon og krever således lovendring.

Departementet foreslår å endre § 5 ved å tilføye at «[d]epartementet kan også gi forskrift om at miljø alltid skal vektes med minimum 30 prosent og høyere der det er relevant». Vi ser det likevel som problematisk at klar lovtekst og klare forarbeider fravikes med en forskriftshjemmel, jf. legalitetsprinsippet. Vi viser i den sammenheng også til punkt 4.1 over, hvor det blant annet fremgår at retten til kommunalt selvstyre også er forankret i Grunnloven, Det europeiske charteret og kommuneloven og at begrensninger krever hjemmel i lov.

Videre følger det som nevnt av kommuneloven § 2-2 første ledd at det kommunale selvstyret ikke bør begrenses mer enn det som er «nødvendig for å ivareta nasjonale mål». Vi er enige med departementet i at miljøhensyn kan være et slikt nasjonalt mål, jf. høringsnotatet på side 23. Det er imidlertid ikke grunnlag for å si at en generell og absolutt regel om å oppstille miljø som tildelingskriterium med minimum 30 prosent vekt, vil være «nødvendig» for de anskaffelsene som omfattes. Tvert imot kan en slik regel virke mot sin hensikt.

I tillegg til det som er nevnt over, viser vi til LOA § 5 annet ledd om at kravene må ha «tilknytning til leveransen». En absolutt plikt til å stille miljø som tildelingskriterium kan innebærer at oppdragsgiveren får en plikt til å stille miljø som tildelingskriterium, selv om kravet ikke har tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden.

#### 5.1.4 Forslaget forutsetter rom for vidtgående unntak

Som det fremgår over, kan vi ikke stille oss bak en generell og absolutt regel om miljø som tildelingskriterium og at dette skal vektes med minst 30 prosent.

Dersom en slik bestemmelse vedtas, må den inneholde en vidtgående unntaksadgang. Oppdragsgiveren må innrømmes et vidt skjønn til selv å vurdere om det er grunnlag for unntak, jf. departementets [spørsmål 4, 5 og 8](#).

Unntaksadgangen bør åpne opp for ikke bare kvantitative vurderinger som «uforholdsmessige kostnader», men også kvalitative egenskaper som for eksempel om oppdragsgiveren vurderer at miljøgevinst kan oppnås på en annen og bedre måte. Det må herunder være grunnlag for unntak hvor miljøkravet ikke fremmer en effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. LOA § 1. Videre må det gjelde et unntak for situasjoner hvor kravet er konkurransebegrensende i strid med LOA § 4. Små og mellomstore bedrifter vil raskt kunne bli avskåret fra å delta i slike konkurranser.

Et krav om begrunnelse for unntak antas å ville følge av kravet til etterprøvnbarhet i LOA § 4. Et begrunnet unntak kan eventuelt også være et «vesentlige forhold» etter FOA § 10-5 annet ledd bokstav o) og § 25-5 annet ledd bokstav p), slik at beslutningen om å gjøre unntak etter dagens regelverk uansett må angis og begrunnes i anskaffelsesprotokollen.

For å unngå unødvendig tvil og for å sikre noenlunde ensartet praksis, mener vi likevel at et slikt krav om protokollføring bør presiseres, slik det eksempelvis gjøres for oppdeling av anskaffelser i FOA § 25-5 annet ledd bokstav c) og § 19-4 annet ledd.

## 5.2 Forslag 2

### 5.2.1 Generelt

Etter Forslag 2 kan oppdragsgiveren velge om miljøkravet skal stilles som kvalifikasjonskrav, kravspesifikasjon, tildelingskriterium eller kontraktsvilkår. På områder med «ikke uvesentlig

*miljøbelastning»* skal imidlertid oppdragsgiver bruke miljø som tildelingskriterium og dette skal alltid vektes med minimum 30 prosent.

Det er positivt at Forslag 2 viser hvor det er relevant å stille miljøkrav, da dette har en viss pedagogisk effekt. Rapporten fra DFØ fra 2022 viser som nevnt nettopp at oppdragsgivere mangler kompetanse til å avgjøre hvilke krav som bør stilles i en konkret anskaffelse.

For alle praktiske formål synes det likevel å være lite som skiller Forslag 1 og Forslag 2. Vi støtter derfor heller ikke dette forslaget, og viser til det som er skrevet om Forslag 1 i punkt 5.1.

### 5.2.2 Når gjelder ny § 18-1 (3a)

Departementet mener at Forslag 2 gir oppdragsgiveren en «*betydelig fleksibilitet*», jf. høringsnotatet på side 17. Slik vi forstår Forslag 2, gjelder denne fleksibiliteten kun muligheten til å velge mellom ulike kravstyper, og i praksis kun for anskaffelser *under* EØS-terskelverdi. Vi viser i den sammenheng til høringsnotatet på side 17, hvor departementet antar at de fleste del III-anskaffelser vil ha en «*ikke uvesentlig miljøbelastning*».

For del III-anskaffelser er det da vanskelig å se hva som blir den reelle forskjellen mellom Forslag 1 og Forslag 2. Som for Forslag 1, mister oppdragsgiveren også her fleksibiliteten til å velge *hvordan* miljøkrav skal utformes og hvilken vekt kriteriet skal ha. Vi viser til utfordringene knyttet til Forslag 1 over, som vil gjelde tilsvarende her.

I tillegg til det som er skrevet om Forslag 1, skaper departementets omtale av Forslag 2 en uklarhet knyttet til hvordan vektingsregelen i annet ledd er å forstå. I høringsnotatet på side 13, tredje avsnitt skriver departementet at «*andre ledd i bestemmelsen uttrykkelig skal konkretisere at vektingskravet bare gjelder der oppdragsgiver skal eller velger å angi tildelingskriteriets relative vekt*» (vår understrekning). Basert på dette, vil oppdragsgiveren også i en anskaffelse etter FOA del I eller del II bli omfattet av vektingsregelen, kun fordi han har valgt å angi tildelingskriterienes relative vekt. Det kan være gode grunner for oppdragsgiveren til å velge å angi tildelingskriteriets relative vekt, og det vil være uheldig om dette valget skulle gi slike, utilsiktede konsekvenser.

### 5.2.3 Hva er «ikke uvesentlig miljøbelastning»?

Forslag 2, som var tilsiktet å skulle gi oppdragsgivere et større handlingsrom, blir i stedet – og i tillegg – et alternativ som åpner opp for krevende, skjønnsmessige vurderinger av hva som utgjør «*ikke uvesentlig miljøbelastning*». Dette inviterer til økt ressursbruk og unødvendige tvister for å avklare hvor grensene skal trekkes. Forslaget vil slik sett være en uheldig løsning, spesielt for mindre kommuner.

Dersom oppdragsgiveren vurderer at det foreligger en «*ikke uvesentlig miljøbelastning*», er forskriftsteksten uklar på om dette kravet kommer i tillegg til eller i stedet for miljøkravene listet opp i bokstav a-d.

Vi er for øvrig usikre på hva departementet legger i at forslag 2 innebærer en «*forenkling for offentlige oppdragsgivere, siden forslaget angir på hvilke områder det er relevant å stille miljøkrav*», jf. høringsnotatet side 17, siste avsnitt. Dersom departementet mener at innføringen av vurderingstemaet «*ikke uvesentlig miljøbelastning*» er en forenkling, er vi uenig. Opplistingen av type krav kan kanskje karakteriseres som en forenkling, men det er ikke helt treffende å kalle dette for *områder* å stille krav.

## 5.3 Forslag 3

Forslag 3 gir oppdragsgivere en fleksibilitet ved å kunne velge mellom ulike typer krav for å ivareta miljøhensyn i sine anskaffelser. Sammenlignet med Forslag 2 er imidlertid valgalternativene redusert, da oppdragsgiveren kun kan velge mellom krav til ytelsen – kravspesifikasjonen – eller tildelingskriterium, jf. ordlyden.



Vi deler departementets oppfatning av at oppdragsgivere fremdeles vil ha adgang til å *supplere* med miljø som kvalifikasjonskrav, kontraktskrav eller begge deler. Det er likevel uheldig at disse alternativene ikke reflekteres i Forslag 3, da disse kravstypene kan være svært effektive virkemidler for å oppnå miljøgevinster i en anskaffelse, jf. departementets spørsmål 13.

For øvrig er det positivt at forslag 3 åpner opp for å kunne kombinere mellom bruken av miljøkrav og vektingsprosent, slik at oppdragsgiveren kan utforme krav og vekting på den måten som vurderes best egnet i den konkrete anskaffelsen.

## 6. Vårt forslag

Som nevnt under punkt 3 mener vi det er rom for en viss endring av kravene som stilles oppdragsgiveren, uten at det kreves lovendring. Vi spiller derfor inn en formulering som etter vår vurdering både fremmer miljøhensyn ytterligere, og samtidig ivaretar det behovet oppdragsgiveren har for fleksibilitet og handlefrihet for å sikre en best mulig bruk av ressurser samlet sett.

### *«§ 7-9 Minimering av miljøbelastning*

*Oppdragsgiveren skal søke å minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger ved sine anskaffelser der dette er relevant. Oppdragsgiveren skal i slike tilfeller stille miljøkrav eller kriterier på minst ett av følgende trinn i anskaffelsesprosessen:*

- a) Kvalifikasjonskrav*
- b) Kravspesifikasjon*
- c) Tildelingskriterium*
- d) Kontraktsvilkår*

*Kravene og kriteriene må ha tilknytning til leveransen.*

*Der miljøhensyn kun stilles som tildelingskriterium, skal det som hovedregel vektes med minimum 30 prosent. Bruken av miljøkrav eller kriterier og vekting av miljøkrav kan også kombineres.»*

Forslaget viser oppdragsgiveren hvor det er relevant å stille miljøkrav. Samtidig ivaretar forslaget altså oppdragsgiverens behov for å utøve sitt innkjøpsfaglige skjønn. Ordlyden «*der dette er relevant*» har forankring i LOA § 5 første ledd om at oppdragsgiveren skal innrette sin anskaffelsespraksis «*der dette er relevant*». Dette er en vurdering oppdragsgiveren uansett må gjøre, og utgjør ingen tilleggsbelastning for oppdragsgiveren slik som vurderingstemaet «*ikke uvesentlig miljøbelastning*» vil innebære, jf. departementets spørsmål 9.

På to områder innebærer dette forslaget en viss skjerpelse sammenlignet med dagens regelverk:

- Oppdragsgiveren plikter å stille miljøkrav på minst ett av de nevnte trinnene i anskaffelsesprosessen der dette er relevant, jf. bruken av begrepet «*skal*».
- Der oppdragsgiveren velger å bruke miljø *kun* som tildelingskriterium, plikter oppdragsgiveren å vekte dette med minimum 30 prosent. I dagens § 7-9 står det at der miljø brukes som tildelingskriterium, «*bør*» det som hovedregel vektes med 30 prosent. Velger oppdragsgiveren å stille miljøhensyn også som for eksempel minimumskrav, står han fritt til å velge om det også skal stilles som et tildelingskriterium, samt hvilken vekt tildelingskriteriet i så fall skal ha.

Oppdragsgiveren gis likevel valgfrihet, da oppdragsgiveren i stedet kan velge å bruke miljøhensyn kun som for eksempel kontraktsvilkår, eller i kombinasjon med miljø som tildelingskriterium med en vekt på mindre enn 30 prosent.

I første ledd foreslår vi en noe mer aktiv plikt for oppdragsgiveren til å «søke å minimere» miljøbelastningen, fremfor «legge vekt på å minimere» i dagens forskrift og «ta hensyn til» i departementets Forslag 2.

Siden forslaget ikke oppstiller en absolutt og generell plikt til å stille miljø som tildelingskriterium, vil ikke oppdragsgiver bli tvunget inn i en potensiell konflikt med tilknytningskravet i LOA § 5 annet ledd, slik departementets Forslag 1 og Forslag 2 legger opp til.

Med hilsen

Tor Allstrin  
Områdedirektør Advokatene

Helge Eide  
Områdedirektør Samfunn, velferd og demokrati

*Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur*