



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for riving av eksisterende reingjerde og bygging av nytt gjerde på en strekning på ca. 3 km langs grensen mellom Norge og Russland. Klager anførte at tildelingskriteriet «Miljø» var i strid med anskaffelsesforskriften § 7-9, da kriteriet kun var vektet 15 prosent. Klagenemnda konkluderte med at bruken av tildelingskriteriet og minstekrav om miljø oppfylte unntaksvilkårene i § 7-9 (4), men at innklagede hadde brutt begrunnelsesplikten. Feilen medførte ikke avlysningsplikt.

Klagenemndas avgjørelse 13. november 2024 i sak 2024/639

Klager: HT Gjerde Finnmark AS

Innklaget: Landbruksdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Landbruksdirektoratet (heretter innklagede) kunngjorde 22. februar 2024 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av riving av et gammelt gjerde og bygging av nytt reingjerde lang riksgrensen mellom Norge og Russland. Strekningen var på omkring tre kilometer, og anskaffelsens verdi ble estimert til 2 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfristen var 25. mars 2024. Oppdraget skulle fullføres innen 1. oktober 2024.
- (2) Tildelingskriteriene var «Pris» (vektet 65 prosent), «Kvalitet» (vektet 20 prosent) og «Miljø» (vektet 15 prosent).
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 7.3 «Miljø» sto det følgende om hva som ville bli vektlagt under miljøkriteriet:

«Leverandøren skal beskrive hvordan natur- og miljøhensyn ivaretas under gjennomføringen av oppdraget.

I tillegg skal eventuelle miljøsertifiseringer dokumenteres.

I hvor stor grad leverandøren tilbyr løsninger som bidrar til å redusere negative miljøpåvirkninger vurderes og poengsettes.»

- (4) I konkurransegrunnlaget kapittel 5 var kvalifikasjonskrav opplistet. I punkt 5.6 «Miljøkrav» sto det følgende:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

| Kvalifikasjonskrav | Dokumentasjon |
|--|--|
| Leverandøren skal frakte materiell med helikopter for å beskytte sårbar arktisk natur. | En redegjørelse av plan for transport/frakt av materiell inn og ut, inkludert en henvendelse om innhenting av tilbud fra leverandøren av helikoptertjenester. |
| Leverandøren skal håndtere avfall slik at miljøbelastning minimeres. | Avfallet skal sorteres da trykkimpregnerte stolper regnes som spesialavfall og skal leveres på godkjent avfallsdeponi. Før innlevering skal avfallet mellomlagres i godkjente containere. Stolpene må deklarerer av leverandør på www.avfallsdeklarering.no (EAK-kode 0302) |

- (5) Den 28. februar 2024 stilte klager spørsmål om vektingen av tildelingskriteriet miljø:

«Hvorfor går Landbruksdirektoratet i motsatt retning i forhold til alle andre offentlige og private instanser i forhold til miljøkrav og bærekraft? Miljø er redusert til å telle 15% i 2024 mot 20% i 2023. Anleggsbransjen krever at entreprenører bruker elektriske hjullastere og gravemaskiner og forsvaret har strenge miljøkrav til sine leverandører, men ikke Landsbruksdirektoratet. Er ikke dette å gå litt bakover i tid?»

- (6) Innklagede ga følgende svar 29. februar 2024:

«Landbruksdirektoratet setter miljøkravene høyt. I dette oppdraget har vi to absolutte miljøkrav (se punkt 5.6 i konkurransegrunnlaget). Disse to absolutte krav bidrar til å minske miljøbelastninger.

I tillegg har vi bedt konkurransedeltakerne å beskrive hvordan natur- og miljøhensyn ivaretas under gjennomføringene av oppdraget (se punkt 7.3 i konkurransegrunnlaget). Der har alle mulighet til å skrive selv hvordan disse hensynene ivaretas. Vi har altså miljøkrav som absolutte krav under kvalifikasjonskravene og miljø er et av de tre (høyeste) tildelingskriteriene i oppdraget slik som regelverket krever i anskaffelsene i denne størrelsesorden.

Sammenlignet med oppdraget fra 2023, ble det ikke stilt absolutte miljøkrav i oppdraget.»

- (7) Ved utløpet av tilbudsfristen hadde 10 leverandører inngitt tilbud, blant annet Sara John Aslak Aslaksen (heretter *valgte leverandør*) og HT Gjerde Finnmark AS (heretter *klager*).
- (8) 24. april 2024 klagde klager på tildelingen og viste til at innklagede ikke hadde fulgt forskriften § 7-9 (2) sitt krav om å vekte miljøkriteriet 30 prosent. Klager ønsket en ny evaluering der miljøkriteriet ble vektet med minimum 30 prosent, kvalitetskriteriet 20 prosent og priskriteriet 50 prosent, da klager ikke kunne se at vektingen kunne endres på annen måte.
- (9) Til klage på tildelingen og varsling om klage til KOFA, svarte innklagede samme dato:

«Vi har mottatt deres klage om tildeling.

Vi viser også til deres tidligere spørsmål om vektlegging av klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser (sendt til oss 28.02.24) og vårt svar til dere.

Landbruksdirektoratet setter miljøkravene høyt. I dette oppdraget hadde vi to absolutte miljøkrav (se punkt 5.6 i konkurransegrunnlaget). Disse to absolutte krav anser vi til å bidra med å minske miljøbelastningene. I tillegg ba vi konkurransedeltakerne å beskrive hvordan natur- og miljøhensyn ivaretas under gjennomføringene av oppdraget (se punkt 7.3 i konkurransegrunnlaget). Der hadde alle en mulighet til å skrive selv hvordan disse hensynene ivaretas. Disse svarene har vi evaluert slik som det kommer frem i meddelelsesbrevet. Vi har altså hatt miljøkrav som absolutte krav under kvalifikasjonskravene og miljø er et av de tre (høyeste) tildelingskriteriene i oppdraget slik som regelverket krever i anskaffelsene i denne størrelsesorden. Sammenlignet med oppdraget fra 2023, ble det ikke stilt absolutte miljøkrav i oppdraget.

Klima- og miljøhensyn er nærmere regulert i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 7-9. (<https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974/§7-9>)

Denne anskaffelsen er under EØS terskelverdi (57,9 mill. kroner for bygge- og anleggskontrakter), noe som innebærer at skal-regel om vektning av klima- og miljøhensyn med minimum 30 % ikke gjør seg gjeldende her. Denne anskaffelsen følger regelverket i FOA del II. I praksis betyr det at klima- og miljøhensyn bør være blant de tre høyest prioriterte tildelingskriteriene, dette jf. FOA § 7-9 nr. 3. Bestemmelsen lyder: «Der oppdragsgiver angir tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge, bør klima- og miljøhensyn være blant de tre høyest prioriterte». Slik er det i denne anskaffelsen, tildelingskriteriet Miljø er tredje høyest prioritert tildelingskriteriet. I tillegg har vi stilt absolutte miljøkrav slik som beskrevet i avsnittet ovenfor.

Med dette anser vi dette spørsmålet avklart, og vi vil ikke imøtekomme deres ønske om en ny vurdering av vektingen.»

- (10) Kontrakt mellom valgte leverandør og innklagede ble inngått i uke 21 i 2024.
- (11) Klagen ble brakt inn for Klagenemda for offentlige anskaffelser 26. april 2024.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 4. november 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har brutt anskaffelsesforskriften ved å ikke vekte miljø med 30 prosent. Regelen etter forskriften § 7-9 gjelder også for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Dersom unntaket i fjerde ledd gjør seg gjeldende, har innklagede uansett brutt sin begrunnelsesplikt. Det foreligger ingen begrunnelse i konkurransegrunnlaget eller meddelelsen for anvendelse av unntaket. Innklagede har heller ikke sannsynliggjort at utfrakting med helikopter gir betydelig bedre klima- og miljøeffekt enn å frakte ut materiell med ATV, eventuelt snøscooter på vinterføre, hvor en samtidig ville klart å spre materiellet utover i traséen uten å lage spor i sårbar natur. I tillegg er det ikke blitt oppgitt noen begrunnelse for at avfallshåndteringen vil gi bedre klima- og miljøeffekt enn det som ellers er å forvente av en aktør som skal håndtere avfall på vegne av oppdragsgiver.

- (14) Da begrunnelsesplikten i miljøbestemmelsen er brutt, må innklagede gjøre en ny vurdering. Den nye vurderingen skal vekte miljø med 30 prosent, 20 prosent på kvalitet og 50 prosent på pris.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) På tidspunktet for gjennomføring av konkurransen var innklagede i unnskyldelig rettsvillfarelse. Bestemmelsen er ny, og det foreligger ikke klare rettskilder som gir veiledning om tolkningen av bestemmelsen. Innklagede var ikke klar over feil forståelse av anskaffelsesforskriften § 7-9 tredje ledd før etter de mottok klagen til KOFA og rådførte seg med advokat. Dersom innklagede hadde vært kjent med at det gjelder et krav om minst 30 prosent vekting i del II dersom tildelingskriteriene vektet, ville innklagede ha gitt en begrunnelse i tråd med unntaksbestemmelsen i fjerde ledd, fordi de vurderte det slik at det ga en klart bedre effekt på miljø å sikre overholdelse av skånsom frakt og riktig avfallshåndtering gjennom absolutte krav. Selv om kravene er stilt som kvalifikasjonskrav, er dette i realiteten minstekrav til ytelsen.
- (16) Innklagede erkjenner at bestemmelsens fjerde ledd om unntak ikke er fulgt fullt ut ved at det ikke er gitt en begrunnelse for bruk av unntaksbestemmelsen. Begrunnelsen som gis i svar på spørsmål før og etter tilbudsfrist, innebærer imidlertid at det i realiteten er gitt en begrunnelse som oppfyller kravene i anskaffelsesforskriften § 7-9 (4).
- (17) Brudd på begrunnelsesplikten kan ikke føre til at en tildeling må omgjøres. Feilen har ikke hatt påvirkning på tildelingen. Dersom innklagede ikke hadde vært i unnskyldelig rettsvillfarelse, ville unntaksbestemmelsen ha vært påberopt i konkurransegrunnlaget og konkurransegrunnlagets minstekrav og tildelingskriteriet hadde vært de samme. Bruddet gir ikke avlysningsplikt.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder riving av et gammelt gjerde og bygging av nytt reingjerde, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi ble estimert til 2 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (19) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om innklagede har brutt anskaffelsesforskriften § 7-9 ved ikke å vekte tildelingskriteriet «*Miljø*» med 30 prosent.
- (20) Anskaffelsesforskriften § 7-9 er en alminnelig bestemmelse lagt til del I av forskriften, som gjør seg gjeldende for alle anskaffelser omfattet av forskriften, jf. § 5-1 (1). Formålet med bestemmelsen er å redusere anskaffelsens samlede klimaavtrykk eller miljøbelastning, jf. § 7-9 (1).
- (21) Det fremgår av anskaffelsesforskriften § 7-9 (2) at en «*[o]ppdragsgiver skal vekte klima- og miljøhensyn med minimum tretti prosent*». Etter ordlyden gjelder kravet om å vekte klima- og miljøhensyn med minimum 30 prosent både for del II- og del III-anskaffelser.
- (22) Når oppdragsgiver vokter et tildelingskriterium, bestemmer man hvilken betalingsvilje man har for den aktuelle egenskaper ved ytelsen, også sammenlignet med eventuelle andre kvalitetskriterier. Forskriftens krav om 30 prosent vekting viser således hvilken

vekt forskriften krever at miljøkriteriet skal tillegges når miljø vektet opp mot andre egenskaper ved ytelsen. Bestemmelsen forplikter dermed enhver offentlig oppdragsgiver som vektet tildelingskriteriene. Der oppdragsgiver i en konkurranse etter del II har valgt å vekte tildelingskriteriene, må miljøkriteriet derfor i utgangspunktet vektet 30 prosent i tråd med hovedregelen i § 7-9 (2).

- (23) Hovedregelen om 30 prosent vektning av tildelingskriteriet «Miljø» gjaldt derfor i utgangspunktet for denne anskaffelsen etter del II.
- (24) Spørsmålet i denne saken er om unntaket fra kravet om 30 prosent vektning av miljøkriteriet i forskriften § 7-9 (4) kommer til anvendelse.
- (25) Forskriften § 7-9 (4) sier:

«Tildelingskriterier etter andre og tredje ledd kan erstattes med klima- og miljøkrav i kravspesifikasjonen, dersom det er klart at dette gir en bedre klima- og miljøeffekt og dette begrunnes i anskaffelsesdokumentene. Dersom oppdragsgiver ikke prioriterer i tråd med tredje ledd, skal det stilles klima- og miljøkrav i kravspesifikasjonen, og dette skal begrunnes i anskaffelsesdokumentene.»

- (26) For å anvende unntaket fra hovedregelen må to kumulative vilkår være oppfylt. Det må for det første være «klart» at å stille minstekrav vil gi en bedre klima- og miljøeffekt enn å benytte det som tildelingskriterium, og for det andre må dette begrunnes i anskaffelsesdokumentene.
- (27) Innklagede har i pkt. 5.6 «Kvalifikasjonskrav», utformet to krav som innklagede hevder gir en bedre miljøeffekt enn å vurdere de samme forholdene som tildelingskriterier. Kravene er kalt kvalifikasjonskrav, men knytter seg til kontraktsutførelsen og er i realiteten å regne som tekniske krav til ytelsen, jf. forskriften § 8-5. Det er kravenes innhold som er avgjørende, og de aktuelle kravene kan inngå i vurderingen av om vilkårene i § 7-9 (4) er oppfylt.
- (28) Klagenemnda tar først stilling til om det er «klart» at innklagedes valg av miljøkriterier som minstekrav gir en bedre klima- og miljøeffekt enn å vekte et tildelingskriterium som ivareta miljø 30 prosent.
- (29) Klima- og miljøbestemmelsen er vedtatt som forskrift og er særnorsk. Det er dermed ingen forarbeider eller rettskilder fra EU. Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) har utarbeidet en veileder for forståelsen av den nye bestemmelsen. I klagenemndas avgjørelse i sak 2024/1387 avsnitt 25 viste nemnda til DFØ sin veileder ved tolkningen av hva som skulle til for at krav er “klart” bedre enn hovedregelen:

“Hva som må til for at det er klart, vil bero på en konkret vurdering av hver enkel anskaffelse. [...] Det er sentralt at oppdragsgiver under planleggingen av anskaffelsen kartlegger hvilke klimaavtrykk og miljøbelastninger anskaffelsen har, og hvilke klima- og miljøhensyn som vil ha effekt på disse. Dette gir oppdragsgiver mulighet til å sammenlikne de ulike tiltakene, og vurdere om det gir bedre klima- og miljøeffekt å bruke klima- og miljøkrav, i stedet for å ivareta hensynene i tildelingskriteriene.”

- (30) I vurderingen av om det er «klart» at innklagedes valg av miljøkriterier som minstekrav gir en bedre klima- og miljøeffekt enn å vekte dette 30 prosent som tildelingskriterium, vil det være relevant at innklagede har vektet et tildelingskriterium som premierer miljø

15 prosent. Ut ifra formålet med hovedregelen og unntaket, er det den samlede effekten av tildelingskriteriet og minstekravene som klart må være bedre enn 30 prosent vekting av miljøkriteriet.

- (31) Innklagede stilte for det første krav om at materiell til arbeidet skulle fraktes med helikopter. Klagenemnda forstår det slik at det aktuelle alternativet for frakt av materiell ville være bruk av ATV, eventuelt snøscooter dersom snøen kommer før ferdigstilling, og at frakt ved bruk av ATV eller snøscooter antas å være billigere. En forutsetning for innklagedes valg om å stille minstekrav om bruk av helikopter i stedet for som tildelingskriterium, vil dermed være at det billigere alternativet ATV eller snøscooter fører til større miljøbelastning enn bruk av helikopter.
- (32) Klagenemnda legger til grunn at begge fraktmetodene vil innebære en miljø- og klimabelastning, men på til dels ulikt vis. Om helikopter eller ATV vil gi minst klima- eller miljøbelastning, vil derfor kunne avhenge av hvordan man vektlegger ulike miljø- og klimahensyn. Innklagede har stilt minstekrav for å ivareta «sårbar arktisk natur». Forskriftens § 7-9 første ledd angir at kravene skal ha som mål å redusere anskaffelsens samlede klimaavtrykk «eller» miljøbelastning. Klimaavtrykk og miljøbelastning er etter ordlyden alternative hensyn. En naturlig forståelse av målet om å «*redusere anskaffelsen samlede miljøbelastning*» vil også omfatte vern av sårbar arktisk natur. Klagenemnda forstår det dermed slik at bruk av ATV i denne konkrete anskaffelsen ville innebåret en miljøbelastning i sårbar arktisk natur som man unngår ved bruk av helikopter, og nemnda leser kravet slik at innklagede har vært opptatt av å ivareta dette miljøhensynet. Det er en prioritering som innklagede kan gjøre.
- (33) Med dette som bakgrunn, blir spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til om det er bedre for klima- og miljøet å oppstille helikopterfrakt som et minstekrav enn som et tildelingskriterium.
- (34) Innklagede har forklart at bakgrunnen for minstekravet er for å unngå at leverandører som har priset seg lavt uten å ivareta miljøhensyn vil kunne nå opp i konkurransen. Nemnda antar at frakt med helikopter er mer prisdrivende enn frakt med ATV eller snøscootere. Minstekrav i stedet for tildelingskriterium om helikopterbruk er dermed nødvendig for å sikre at leverandørene anvender helikopter i stedet for ATV ved kontraktsgjennomføringen. Nemnda anser det dermed klart at minstekravet om helikopterbruk gir en bedre miljøeffekt enn bruk av tildelingskriterium.
- (35) Etter dette har klagenemnda kommet fram til at det er «*klart*» at innklagedes valg av miljøkrav som minstekrav, holdt sammen med et tildelingskriterium om miljø på 15 prosent, gir en bedre klima- og miljøeffekt enn å anvende de aktuelle kravene som tildelingskriterier med 30 prosent vekting.

Begrunnelsesplikten

- (36) Det neste spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til er om innklagede har brutt begrunnelsesplikten ved anvendelse av unntaket i § 7-9 (4).
- (37) Ved anvendelse av unntaket skal «*dette begrunnes i anskaffelsesdokumentene*», jf. § 7-4 (1) første punktum. En etterprøvable begrunnelse skal etter ordlyden inneholde en redegjørelse for hvorfor oppdragsgiver har vurdert at kravspesifikasjonen ivaretar hensynet bedre enn tildelingskriterier i den konkrete anskaffelsen.

- (38) Det er på det rene at konkurransegrunnlaget i foreliggende sak ikke inneholder en eksplisitt begrunnelse for anvendelsen av unntaket i § 7-9 (4). Oppdragsgiver fikk et spørsmål om vektingen av miljø få dager etter kunngjøring som ble svart ut en snau måned før tilbudsfristen. Spørsmålet gjaldt imidlertid hvor strenge krav til miljø det var stilt i en foregående anskaffelse i forhold til denne anskaffelsen, og svaret knyttet seg derfor til dette. Svaret oppfyller dermed ikke begrunnelsesplikten etter § 7-9 (4). Det foreligger derfor et brudd på begrunnelsesplikten for anvendelse av unntaket i § 7-9 (4).
- (39) Bruddet på begrunnelsesplikten kan ikke rettes, siden begrunnelsen skulle vært inntatt i anskaffelsesdokumentene. Spørsmålet blir derfor om feilen medfører plikt til å avlyse konkurransen.
- (40) En oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått feil som kan ha påvirket utfallet av konkurransen eller deltakerinteressen, og som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, se blant annet HR-2019-1801-A avsnitt 85 og EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-16/16 avsnitt 106.
- (41) Det er ikke anført og dermed heller ikke sannsynliggjort at den manglende begrunnelsen har påvirket gjennomføringen av anskaffelsen, det vil si om deltakerinteressen ble påvirket eller at klager hadde blitt vurdert annerledes i konkurransen. Klagenemnda ser det slik at innklagede har handlet i tråd med formålet etter § 7-9 (1) om å redusere anskaffelsens samlede klimaavtrykk eller miljøbelastning. Feilen medfører ikke avlysningsplikt.

Konklusjon:

Landbruksdirektoratet har brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å begrunne bruk av unntaket i forskriften § 7-9 (4). Feilen gir ikke avlysningsplikt.

Øvrige anførsler fører ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur