

Anskaffelsesutvalget

Dato: 23.10.2023
Saksref: 202316231-1
Deres ref.:
Side: 1 / 4**Vår saksbehandler:** Trine Elstad
Telefon:
Mobil: +4791377247
E-post: Trine.Elstad@banenor.no

INNSPILL FRA BANE NOR SF TIL ANSKAFFESESUTVALGET

1. INNLEDNING

Bane NOR SF er et statlig foretak med ansvar for den nasjonale jernbaneinfrastrukturen. Samfunnsoppdraget til Bane NOR er planlegging, utbygging, forvaltning, drift og vedlikehold av det nasjonale jernbanenettet, samt trafikkstyring og forvaltning og utvikling av jernbaneeiendom.

I forbindelse med sitt samfunnsoppdrag gjennomfører Bane NOR et bredt spekter av anskaffelser. Det vil eksempelvis si anskaffelse av bygg- og anleggsarbeider, rådgivningstjenester, prosjekteringstjenester, jernbanemateriell, IKT-systemer, osv. Bane NOR gjennomfører anskaffelser til en årlig verdi på ca. 21 milliarder.

Bane NOR er underlagt regelverket om offentlige anskaffelser, nærmere bestemt anskaffelsesloven og forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektoren. Med utgangspunkt i Bane NORs erfaring med nåværende regelverk, som trådte i kraft 1. januar 2017, og da sett opp mot andre krav og rammebetingelser som gjelder for statlige eide virksomheter, oversendes våre innspill til anskaffelsesutvalget.

2. AVVISINGSREGLENE

2.1. Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

2.1.1. Generelt

Forsyningsforskriften § 20-2 (2) og (3) oppstiller en *rett* for oppdragsgiver (og for visse oppdragsgivere en *plikt*, jf. § 20-2 (4)) til å avvise en leverandør på visse vilkår. Vilkårene er svært strenge, og Bane NORs erfaring er at bestemmelsene i praksis derfor er lite anvendbare. Sett opp mot den geopolitiske situasjonen som påvirker mange offentlige oppdragsgivere, samt de forventninger om at statlig eide selskap har en særskilt plikt til å bli ledende på bærekraft, herunder forretningsetikk mm, så vil dagens strenge innretning innebære at anskaffelsesregelverket står i veien for å realisere de forventninger som ligger på selskap som Bane NOR. Av disse grunner er det ønskelig at det i forbindelse med revisjonsarbeidet ses på muligheten for å lempe noe på disse kravene.

2.1.2. Ulovlig konkurransesamarbeid

Bane NOR ser særlig utfordringer knyttet til anvendelsen av bestemmelsen i forsyningsforskriften § 20-2 (3) bokstav e) som oppstiller en rett for oppdragsgiver til å avvise en leverandør:

«når oppdragsgiver har **klare holdepunkter** for at leverandøren har inngått avtale med hensikt å vri konkurransen» (vår utheving).

Det er uklart hva som ligger i «klare holdepunkter» og hva som skal til for at vilkåret anses oppfylt. I praksis avventer man gjerne konkurransemyndighetenes undersøkelser og vedtak, som erfaringsmessig kan ta lang tid. Da vil man også støte på utfordringer knyttet til at avvisningsretten etter denne bestemmelsen kun gjelder for en tidsbegrenset periode på inntil tre år, jf. forsyningsforskriften § 20-6 (2). En eventuell revisjon av bestemmelsen anbefales for øvrig å også ses opp mot gjennomføringen av varslingsdirektivet, (EU) 2019/1937 i norsk rett.

2.2. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

Det følger av forsyningsforskriften § 20-8 (1) bokstav b) at:

«Oppdragsgiveren skal avvise et tilbud som

[...]

inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene»

Utgangspunktet etter denne bestemmelsen er at det foreligger en avvisningsplikt for oppdragsgiver dersom et tilbud inneholder vesentlige avvik.

Videre følger det av forsyningsforskriften § 20-10 (2) at:

«[...] I en konkurranse med forhandling, konkurranse om innovasjonspartnerskap eller konkurransepreget dialog kan oppdragsgiver utsette avgjørelsen om avvisning etter § 20-8 første ledd **bokstav a) og c)** eller annet ledd **til han har avsluttet forhandlingene eller dialogen**»

Der det foreligger avvisningsgrunn kan oppdragsgiver, etter ovennevnte bestemmelse, vente med å avvise til etter at forhandlingene er gjennomført. Bestemmelsen viser imidlertid ikke til bokstav b) – de tilfeller hvor tilbudet inneholder vesentlige avvik.

Den tradisjonelle forståelsen av dette har vært at tilbud som inneholder vesentlige avvik skal avvises, og at det dermed ikke vil være anledning til å forhandle om disse, jf. blant annet departementets uttalelse på s. 288-289 i veileder til regelverket om offentlige anskaffelser:

«I en konkurranse med forhandling, konkurranse om innovasjonspartnerskap eller konkurransepreget dialog kan oppdragsgiver utsette avgjørelsen om avvisning av tilbud til han har avsluttet forhandlingen eller dialogen i de tilfellene som er listet opp i § 24-8, **med det viktige unntaket at oppdragsgiveren ikke kan utsette å avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. § 24-10 annet ledd annet punktum.**»

I nyere praksis fra KOFA og domstolene åpnes det imidlertid for at det er adgang til dette i en konkurranse med forhandling, og at beslutningen om å avvise et tilbud med vesentlige avvik dermed kan utsettes til *etter* at forhandlingene er avsluttet, jf. KOFA i sak 2021/2139 Vestland fylkeskommune (avsnitt 38) og LB-2022-60123 Sykehuspartner – Telenor.

I Bane NOR benyttes i stor utstrekning anskaffelsesprosedyren konkurranse med forhandling. Selv om det med støtte i nyere praksis fra henholdsvis KOFA og domstolene kan argumenteres for at vesentlige avvik kan forhandles bort, oppleves dette fremdeles som risikabelt, all den tid departementets uttalelse står uendret. Etter Bane NORs syn er det behov for en klargjøring av oppdragsgiver handlingsrom på dette punktet, og gjerne også en tydelig regulering av dette i nytt regelverk.

3. BEGRENSNING AV LEVERANDØRER TIL LAND NORGE HAR ET SIKKERHETSSAMARBEID MED

I enkelte anskaffelser kan Bane NOR ha behov for å stille krav om at leverandøren det skal inngås kontrakt med, er fra et land som Norge har sikkerhetssamarbeid med. Bane NORs erfaring er at

dette i dag vanskelig lar seg gjøre uten å samtidig legge anskaffelsesregelverket på strekk. I forbindelse med revisjonsarbeidet er det ønskelig at lovutvalget ser på muligheten for å gi oppdragsgivere et større handlingsrom enn det som følger av regelverket i dag, det vil si til å stille slike krav hvor dette er begrunnet i sikkerhetsmessige forhold. Som eksempel vises det til Kraftberedskapsforskriften § 7-14 bokstav k hvor man for leveranser til driftskontrollsystemer kun tillater utenlandske leverandører fra land som er medlem av EFTA, EU eller NATO. Tilsvarende vises det til nyere regelverksutvikling knyttet til eierskap. Til sist, men ikke minst, vises det til sikkerhetslovens kapittel 7, objekt- og infrastrukturens sikkerhet. En forutsetning for at selskap som Bane NOR skal kunne ivareta forpliktelsene som følger av sikkerhetslovgivningen, vil være at anskaffelsesregelverket sikrer handlingsrom som er i harmoni med øvrig lovgivning.

4. ERSTATNINGSREGLENE

4.1. Vilkårerne for erstatning

I lys av utviklingen i rettspraksis er det behov for en tydeliggjøring av vilkårerne for erstatning, både for den negative – og positive kontraktsinteressen, ved brudd på anskaffelsesregelverket. Videre bør vilkårerne etter vår oppfatning nedfelles i lov eller forskrift.

4.2. Utmåling av erstatning

Ved utmålingen av erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket er det i praksis leverandørens egne kalkyler som domstolene legger til grunn. Bane NOR etterlyser konkrete retningslinjer for hvordan tapet skal beregnes.

5. ULOVLIG DIREKTE ANSKAFFELSE

I gjeldende anskaffelsesregelverk er ikke begrepet «*ulovlig direkte anskaffelse*» definert, slik det var i tidligere regelverk. For å finne frem til svaret på hva som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse må man gå til forarbeidene, praksis fra KOFA og domstolene, mv., og er sånn sett vanskelig tilgjengelig. Dette er lite heldig, særlig med tanke på de store konsekvenser en ulovlig direkte anskaffelse kan få for oppdragsgiver. Etter Bane NORs oppfatning bør det inntas en klar og entydig definisjon av hva en «ulovlig direkte anskaffelse» er i lov eller forskrift.

6. SKJERPEDE MILJØKRAV

Med virkning fra og med 1. januar 2024 innføres nye og skjerpede krav til miljø i offentlige anskaffelser, hvor det i forsyningsforskriften § 7-9 (2) vil bli stilt krav om at klima- og miljøhensyn skal vektas med minimum tretti prosent. Unntaksvis kan oppdragsgiver velge klima- og miljøkrav i kravspesifikasjonen i stedet, men kun hvor det er «*klart*» at dette gir en bedre klima- og miljøeffekt, jf. (4). Begrepet gir anvisning på en høy terskel, og det er uklart når et tilfelle er klart nok til at vilkåret anses oppfylt. I tillegg vil miljø- og klimakrav kunne innebære to høyst ulike forhold med målkonflikt mellom de to.

Bane NOR er positiv til et økt klima- og miljøfokus i offentlige anskaffelser og dertil hørende strengere krav. Etter Bane NORs oppfatning vil imidlertid et tilnærmet absolutt krav om at miljø skal vektas med minimum tretti prosent, ikke være det beste virkemiddel for å oppnå miljøgevinster. Bane NOR mener det er nødvendig med større fleksibilitet og handlingsrom enn hva det er lagt opp til i forsyningsforskriften § 7-9, til å velge en kombinasjon av virkemidler som i den enkelte anskaffelse vil gi størst mulig miljøgevinst, herunder ved å eksempelvis harmonere denne type krav med metodeverket i det kommende bærekraftsrapporteringsdirektivet, samt taksonomien. En slik tilnærming vil for eksempel kunne bety at virksomhetenes vesentlighetsanalyser/risikoanalyser skal ligge til grunn for slike krav. Med en slik tilnærming vil en oppnå harmonisering, samt fokus på de forhold som for den enkelte virksomhet vil utgjøre en reell effekt.

For nærmere informasjon vises det til Bane NORs innspill til departementets forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser datert 16.03.2023, som følger vedlagt.

Fra Bane NOR sitt perspektiv, så er anskaffelsesregelverket et av flere viktige virkemidler for å realisere både andre lovkrav, samfunnsansvar, eiers forventninger og egen forretningsstrategi. Dermed mener vi også at en oppdatering av anskaffelsesregelverket er viktig for nettopp å sikre harmonisering mellom ulike rettsområder, og dermed reell effekt og oppnåelse av statens

forpliktelser under EØS-avtalen. Vi står til disposisjon for å utdype og supplere innspillene over. Eventuelle spørsmål eller henvendelser kan rettes til undertegnede.

Med vennlig hilsen

Gunhild Hernes Synnestvedt
Juridisk direktør
Konsernjuridisk avdeling

Dokumentet er godkjent elektronisk og sendes uten signatur

Vedlegg:

Høringssvar fra Bane NOR SF datert 16.03.2023

NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENTET
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Dato: 16.03.2023
Saksref: 202305606-2
Deres ref.:
Side: 1 / 7

FORSLAG TIL SKJERPEDE MILJØKRAV I OFFENTLIGE ANSKAFFELSER – HØRINGSSVAR FRA BANE NOR SF

1. INNLEDNING

Det vises til Nærings- og fiskeridepartementets høringsbrev og -notat av 8. desember 2022, med forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser. Bane NOR SF (heretter BN) oversender med dette sine innspill til de foreslåtte endringer.

BNs samfunnsoppdrag er å drifte, vedlikeholde, planlegge, og bygge ut det nasjonale jernbanenettet, samt drive trafikkstyring, forvaltning og utvikling av jernbaneeiendom. Virksomhetens miljøpåvirkning er størst i det operative arbeidet, som i hovedsak utføres av leverandører og underleverandører til BN. Anskaffelse av leverandører til utførelse av slikt arbeid, reguleres for BNs del i all hovedsak av regelverket for offentlige anskaffelser. Krav og kriterier relatert til klima og miljø i offentlige anskaffelser, samt oppfølgingen av dem gjennom kontraktperioden, er dermed viktige virkemiddel for å adressere klima- og miljøutfordringene også for BNs del.

BN er svært positiv til et økt miljøfokus i offentlige anskaffelser og dertil hørende strengere krav. BN er imidlertid av den oppfatning at et krav om at miljø skal vektes med 30 % i de aller fleste anskaffelser, ikke er det beste virkemiddel for å oppnå miljøgevinster (i hovedtrekk departementets forslag 1 og 2). BN mener det er nødvendig med større fleksibilitet til å velge en kombinasjon av virkemidler som i den enkelte anskaffelse vil gi størst mulig miljøgevinst, og vil redegjøre nærmere for dette nedenfor.

I høringssvaret vil BN blant annet se nærmere på hvordan et krav om vektning av miljøhensyn med 30 % vil slå ut for ulike typer anskaffelser i BN. Deretter vil vi presentere et alternativt forslag til hvordan miljøhensyn kan få en større plass i offentlige anskaffelser, men slik at oppdragsgiver kan ivareta behovet for å stille krav på en slik måte at det vil få størst mulig miljøeffekt i den enkelte anskaffelse.

2. OPPSUMMERING AV BN SITT HØRINGSSVAR

BN er av den oppfatning at det bør stilles miljøkrav i enhver anskaffelse. Offentlige oppdragsgivere bør imidlertid få velge de krav og kriterier som gir den beste miljøeffekten. Det er ikke hensiktsmessig å begrense virkemidlene som offentlige oppdragsgivere har til rådighet.

En bastant og høy vektingsprosent på et tildelingskriterium knyttet til miljø vil ofte være et mindre egnet virkemiddel enn en kombinasjon av kvalifikasjonskrav, kontraktsvilkår og krav i kravspesifikasjonen.

Formålet med å regulere miljøkrav i offentlige anskaffelser bør være å sikre fokus mot virkemidler som monner mest, i motsetning til hva som er lett å måle/telle i anskaffelsesfasen.

Et krav om at miljøhensyn skal vektes med 30 % kan være egnet for enkelte typer anskaffelser, men vil kunne være svært uheldig ved for eksempel store infrastrukturprosjekter. Oppdragsgiver må derfor kunne ha en fleksibilitet i valg av krav og kriterier som bidrar til å sikre best mulig miljøeffekt i den enkelte anskaffelse.

3. KRAV OM 30 % VEKTING AV MILJØHENSYN

3.1 Et krav om 30 % vekting av miljøhensyn i den enkelte anskaffelse vil kunne stride mot de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene

Departementet fremhever følgende på side 11 i høringsnotatet:

«De foreslåtte endringene endrer ikke de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper som blant annet innebærer at alle tildelingskriterier må ha en tilknytning til det som leveres, og være egnet til å skille tilbudene fra hverandre. Krav som stilles til selve ytelsen som skal leveres må ha tilknytning til leveransen, og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi. Dette gjelder også for miljøkrav.»

Ved å stille et krav om vekting av miljø med 30 % for de aller fleste anskaffelser over terskelverdi (departementets forslag 1 og 2), vil man i mange anskaffelser (for eksempel rådgiverkontrakter og ofte totalentrepriser), ikke finne gode tildelingskriterier innen miljø som kan forsvare en vekt på 30 %. En slik vekting kan bli alt for stor i forhold til hva som skiller tilbudene (på grunnlag av hva som kan dokumenteres på tilbudstidspunktet). Et krav om 30 % vekting av miljø i slike situasjoner vil kunne være uproporsjonalt, usaklig og ikke egnet til å skille tilbudene fra hverandre på en slik måte at forskjeller i tilbudene gjenspeiles i evalueringen. Et generelt krav om vekting av miljø med 30 % vil således ikke være egnet til å identifisere det beste tilbudet.

Både domstolene og KOFA har gjentatte ganger presisert at tildelingskriteriene skal være egnet til å identifisere tilbudet som har det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Det er kun kriterier som kan premiere relevante styrker og svakheter ved tilbudene som vil være egnet. Dette er blant annet slått fast i flere avgjørelser fra EU-domstolen, se for eksempel sak C-31/87 Beentjes. Departementets foreslåtte unntak for henholdsvis forslag 1 – unntak ved uforholdsmessige kostnader – eller forslag 2 – områder med uvesentlig miljøbelastning – vil høyst sannsynlig ikke fange opp situasjonene nevnt over.

BN ønsker å understreke hvor viktig det er at oppdragsgiver i den enkelte anskaffelse kan beslutte type miljøkriterier og -krav selv og ikke minst vekten av et eventuelt tildelingskriterium knyttet til miljø. Virkemidlene for å oppnå mest mulig miljøvennlige anskaffelser, må spesialtilpasses den enkelte anskaffelse for at formålet skal oppnås.

3.2 Hvordan et krav om 30 % vekting av miljøhensyn vil treffe i ulike typer anskaffelser i BN

3.2.1 Generelt

For å bygge, drifte og vedlikeholde kompleks jernbaneinfrastruktur kreves et bredt spekter av anskaffelser; eksempelvis bygg- og anleggsentrepriser, prosjekteringstjenester, jernbaneteknisk materiell, elektro-/tele- og kommunikasjonsløsninger og utstyr, spesialisttjenester/rådgivningstjenester og facilitytjenester, samt anskaffelse av andre varer og

tjenester innen ulike kategorier. Anskaffelsesbehovet i BN er svært variert og med ulik grad av miljøbelastning. Et tilnærmet generelt krav om vektning av miljøhensyn med 30 % vil ha svært ulik effekt i ulike typer anskaffelser. I noen typer anskaffelser vil det ikke være mulig å finne miljøkriterier som kan godtgjøre en vekt på 30 %, i andre vil miljøvektning med 30 % kunne føre til at miljøkrav i kravspesifikasjonen må fjernes for at man skal finne miljøhensyn som kan forsvare en vekt på 30 %.

I konkurransegrunnlaget skal oppdragsgiver oppgi hvordan leverandørene skal dokumentere oppfyllelse av tildelingskriteriene, da evalueringen av tildelingskriteriene skal være mulig å etterprøve. I mange entrepriser kan det være nærmest umulig å finne egnede tildelingskriterier som vil kunne gi god miljøeffekt og som samtidig er mulig å dokumentere og evaluere på tilbudstidspunktet. BN stiller for eksempel krav om at anleggsarbeid skal sertifiseres etter BREEAM Infrastructure-ordningen (miljøsertifiseringsordning for infrastrukturprosjekter). Det vil da følge av kontrakten hvordan entreprenøren skal arbeide og hvilke krav som skal oppfylles for å oppnå kontraktsfestet sertifiseringsnivå. I dette tilfellet vil det ikke være mulig for tilbydere å dokumentere oppfyllelse under tildelingskriterier. Kompetanse, ressurser og kapasitet som skal til for å oppnå sertifiseringen, gjelder leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og egner seg i de fleste tilfeller bedre som kvalifikasjonskrav enn som tildelingskriterium. En plikt til å vekte miljøhensyn med 30 % i slike tilfeller vil etter BNs oppfatning både være uforholdsmessig og uegnet.

For jernbaneteknisk materiell og elektromekanisk utstyr består miljøbelastningen overordnet i uttak av råvarematerialer, utslipp og energiforbruk i forbindelse med tilvirkning og transport, energibruk og utslipp i driftsfase, samt ved avhending. Disse forholdene påvirkes erfaringsvis best ved å stille minimumskrav og kontraktskrav, eventuelt i kombinasjon med kvalifikasjonskrav. Insentivløsninger i kontraktperioden for å stimulere til økning av miljøfremmende prestasjoner, eksempelvis økt grad av gjenbruk og sorteringsgrad for materiell i avhendingsfasen, kan erfaringsmessig også gi god effekt. Disse anskaffelsene gjennomføres ofte som rammeavtaler med flere års varighet. Innovasjonstakten gjennom en slik langvarig kontrakt kan vanskelig stimuleres tilstrekkelig ved hjelp av tildelingskriterier. Selv om det for enkelte materielltyper vil være både fornuftig og hensiktsmessig å benytte miljøhensyn som tildelingskriterier, vil det være svært utfordrende/tilnærmet umulig å få best mulig effekt av miljøtiltak i alle anskaffelsene på området ved et generelt krav om 30 % vektning av miljø.

BN har et stort fokus på å begrense utslipp i anleggsfasen. Erfaringsmessig er minimumskrav og kontraktskrav best egnet også i dette tilfellet. Utfasing av fossildrevne maskiner til fordel for elektrifiserte maskiner krever tilgjengelig kapasitet i strømmnett og ladeinfrastruktur. Jernbanenettet strekker seg over store geografiske områder, og arbeid på og langs linjen skjer i stor grad utenfor bynære strøk der det ikke finnes tilgjengelig kapasitet. Det vil derfor være meget uhenkingsmessig å la tilbyderne konkurrere om eksempelvis grad av fossilfrie anleggsmaskiner, når utfordringen med tilgjengelig ladeinfrastruktur vil være stor. Også i dette tilfellet vil et absolutt krav om 30 % vektning av miljø etter BNs oppfatning være uforholdsmessig og lite egnet.

BN arbeider for å øke innovasjonstakten i markedet, også gjennom europeisk jernbanesamarbeid. Anlegg, materiell og installasjoner kan ha en levetid på opptil 60 år eller mer, og bærekraft må derfor sees i et levetidsperspektiv som kan være vanskelig å dokumentere på tildelingstidspunktet. Miljøkriterier må inngå i en helhetlig kvalitetsvurdering. Ved å vekte miljøkriterier 30 % i slike anskaffelser, vil man ikke sikre gode miljøeffekter i et levetidsperspektiv.

Videre vil det etter BNs syn også være uegnet å vekte miljøhensyn med 30 % i anskaffelser av rådgivningstjenester. I disse tilfellene vil det være svært utfordrende å finne relevante miljøkriterier som kan forsvare en vektning på 30 %.

3.2.2 Særlig om totalentrepriser

I en anskaffelse av større bygg- og anleggsoppdrag på totalentreprisekontrakter vil et krav om 30 % vektning av miljøhensyn kunne slå særlig uheldig ut. Dette skyldes prosjektenes karakter; de er langvarige, gjelder betydelige pengebeløp, krever spesialkompetanse innen ulike tekniske

disipliner, prosjektering og prosjektledelse, samt vil i stor grad modnes frem *etter* kontraktsignering. De forholdene som har størst betydning for oppnåelse av miljøeffekter i prosjektet er med andre ord ikke mulig å dokumentere og evaluere på tildelingstidspunktet: Effekttaket er avhengig av detaljprosjektering, optimaliseringsarbeid, tekniske løsninger, gjennomføringsplan og logistikk; alle forhold som først kan ferdigstilles *etter* kontraktsinngåelsen. Normalt er derfor en kombinasjon av minstekrav og kontraktskrav betydelig mer egnet som virkemidler til å oppnå miljøformål i disse anskaffelsene. De forholdene som lar seg dokumentere og evaluere på tildelingstidspunktet, har derimot betydelig mindre miljøeffekt: Det er ikke miljøklassen på maskinparken, men hvor mange hundre tusen kubikkmeter med stein og masser som sprenges, transporteres, deponeres og må erstattes med pukk som utgjør miljøpåvirkningen i størst grad. Dersom en tilbyder vinner konkurransen ved å tilby helelektriske maskiner, men deretter i detaljprosjekteringen legger opp til betydelig større masseuttak, ineffektiv logistikk og stor bruk av sement mv. sammenliknet med hva en annen tilbyder ville kunnet oppnå, er dette et veldig uheldig resultat, både fra et miljø- og samfunnsperspektiv.

Normalt er det en nær sammenheng mellom en tilbyders oppdragsforståelse og tilbudte kompetanse og potensialet til å oppdage løsninger og gjennomføre prosjektet på en miljøvennlig måte. Det er derfor viktig, også av miljøhensyn, at oppdragsgiver på tilbudstidspunktet «har igjen» rom til å vektlegge og evaluere oppdragsforståelse, gjennomføringsmetodikk, logistikk, fremdriftsplan mv, for å sikre at man får en tilbyder som er best egnet til å detaljprosjekttere, optimalisere og gjennomføre prosjektet, også med tanke på miljøaspekter.

I den grad miljø også skal evalueres som et tildelingskriterium, er det viktig at tilbudte løsninger sees i sammenheng med øvrige kvalitative sider av tilbudet, og ikke evalueres separat. Momenter som vil påvirke miljø lar seg ikke skille ut fra for eksempel anleggsgjennomføring, oppdragsforståelse mv. Eksempelvis er massehåndtering og optimalisering av tekniske løsninger forhold som kan ha stor miljøpåvirkning, men disse henger tett sammen med fremdriftsplan og gjennomføringsmetodikk. I henhold til anskaffelsesfaglige prinsipper kan ikke samme forhold evalueres/vektlegges under to ulike tildelingskriterier, slik at informasjonen da bare kan ses på under ett av kvalitetskriteriene. Hvis man i eksempelet evaluerer massehåndtering under et eget miljøkriterium, kan det oppstå dissonans mellom beskrivelsen under dette kriteriet og øvrig gjennomføringsmetodikk, som det da ikke kan trekkes for i evalueringen. Hvis massehåndteringen evalueres under gjennomføringsmetodikk, står man igjen med «lite verdifulle» miljøgevinster å evaluere på under et 30 % miljøkrav, som da kan føre til at mindre miljøforhold får urimelig stor vekt. Dette gir igjen betydelig risiko for klager og uheldige utslag i evalueringen, der forhold som reelt sett har mindre verdi for å få en vellykket anskaffelse blir utslagsgivende for hvem som vinner konkurransen.

4. ALTERNATIVT FORSLAG TIL BESTEMMELSE OM MILJØ

4.1 Generelt

BN mener at de forslag til § 7-9 som fremgår av høringsutkastet ikke er treffende og foreslår i stedet en alternativ bestemmelse. Det alternative forslaget fremmer betydningen av at det i offentlige kontrakter legges vekt på miljøhensyn. I motsetning til høringsutkastet vil det alternative forslaget åpne for å ta inn miljøkrav der det treffer best i den konkrete anskaffelsen. Siden det offentlige inngår en betydelig rekke ulike kontrakter, må det være en fleksibilitet i hvor miljøkravene kan settes.

4.2 Forslag til alternativ bestemmelse i forsyningsforskriften § 7-9

Forslag til ny bestemmelse i § 7-9 i forsyningsforskriften, med virkeområde over og under EØS-terskelverdi:

«Oppdragsgivere som nevnt i §1-2 første ledd bokstav a til d skal legge vekt på å minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger ved sine anskaffelser. Offentlige oppdragsgivere skal, der dette er forholdsmessig og hensiktsmessig, stille miljøkrav eller kriterier på minst to av følgende trinn i anskaffelsesprosessen for å oppnå denne effekten:

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

Oppdragsgivere skal vurdere og begrunne hvilke miljøkrav og kriterier som er relevante for anskaffelsen.

På områder med vesentlig miljøbelastning skal oppdragsgivere vekte miljøhensyn på en måte som sikrer at miljø er gitt relevant vekt ved anskaffelsen. Miljøhensyn kan inngå som et moment i vurderingen av kvalitative sider ved tilbudet for å sikre sammenheng med øvrige vurderingstema, dersom anskaffelsens karakter gjør dette hensiktsmessig.

Oppdragsgiver skal sikre oppfølgingsmekanismer av miljøkrav i alle kontrakter. I langvarige kontrakter skal det som hovedregel vurderes sertifiseringsordninger og/eller inntas insentiver (bonus/malus) til videre forbedring og reduksjon av miljøbelastningen. Oppdragsgiver kan under anskaffelsen og gjennomføringen av kontrakten åpne for innovasjon og justeringer av ytelsen for å oppnå en ytterligere reduksjon i miljøbelastningen.»

Forslaget bygger på departementets forslag 2 for forsyningssektoren, men søker å oppnå enkelte justeringer:

- Tydeliggjøring av at miljøhensyn skal vektlegges i alle anskaffelser (både over og under terskelverdi), men da under forutsetning av at dette er i tråd med overordnede prinsipper i anskaffelsesregelverket som forholdsmessighet og saklighet. Oppdragsgivere skal vektlegge miljø, men må avpasse vekten til totaliteten i den konkrete anskaffelsen.
- Det inntas en presisering om at miljøkrav og kriterier skal utformes slik at de oppnår å minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig å stille et miljøkrav i to ulike trinn av anskaffelsesprosessen dersom valgte krav/kriterier ikke er egnet til å oppnå denne effekten.
- Det foreslås en begrunnelses- og dokumentasjonsplikt, for å sikre at miljøkrav er vurdert, og at man har innarbeidet miljøhensyn i anskaffelsen der potensialet for miljøbesparelser er størst. Dette sikrer at oppdragsgiver har fokus på miljøhensyn, samtidig som denne gis fleksibilitet i valg av virkemidler for å oppnå dette. Løsningen bidrar til en effektiv bruk av samfunnets ressurser, og sikrer ivaretagelse av anskaffelsens særtrekk.
- På områder med vesentlig miljøbelastning bør miljøhensyn gis relevant vekt i anskaffelsen. Oppdragsgivers handlingsrom er imidlertid ivaretatt ved at det åpnes for at dette evalueringsteknisk kan gjøres på en måte som er tilpasset den konkrete anskaffelsen. Da det for mange anskaffelsestyper vil være svært uhensiktsmessig å evaluere miljø separat fra øvrige kvalitative momenter (som oppdragsforståelse, gjennomføringsmetodikk, fremdriftsplan mv.) tydeliggjøres det at det kan gjøres en samlet vurdering av relevante momenter. Dermed sikres det at tilbudt løsning for disse momentene støtter opp under hverandre, at det er en logisk sammenheng mellom tilbudets ulike deler. Risikoen for klager og tvister knyttet til anskaffelsen reduseres også ved denne fleksibiliteten.
- Tydeliggjøring av oppdragsgivers plikt til å følge opp at miljøkravene overholdes i gjennomføringsfasen, eksempelvis gjennom en handlingsplan. Bestemmelsen søker å gi handlingsrom for å tilpasse mekanismene til den konkrete anskaffelsen, for å sikre at oppdragsgiver kan premiere aktiv innsats og prosess for forbedringsfokus, innovasjon, optimaliseringer, og tiltak som har reell betydning for miljøet, fremfor å bli forhåndsbundet til hva som er lett å konkret tallfeste/måle eller forutse på anskaffelsesstadiet. Særlig i store

og langvarige kontrakter kan det være vanskelig å forutse hvilke optimaliseringer, innovasjonsløsninger eller endringer av logistikk, gjenbruk mv som er mulig (på tilbudstidspunktet og før detaljprosjekteringen er utført). Incentivmekanismer bør derfor kunne tillates å være fleksible så lenge formålet er miljø og klima. Hensikten med siste setning i forslaget er – innenfor anskaffelsesrettens rammer – å øke oppdragsgivers mulighetsrom for å tillate tilpasninger av ytelsen og innovasjon gjennom både anskaffelses- og gjennomføringsfasen, dersom formålet er miljømessige forbedringer. Dette for å unngå at forbedringer drevet av miljøhensyn «fryses» til hva som var kjente muligheter og løsninger på anskaffelsestidspunktet. Dette er særlig viktig for å hente ut miljøgevinster og sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser i langvarige kontrakter og prosjekter.

5. DEPARTEMENTETS TRE ALTERNATIVE FORSLAG

BN mener departementets forslag 1 og 2 ikke vil bidra til god oppnåelse av miljøeffekter i offentlige anskaffelser. Selv med foreslåtte unntak, er bestemmelsene alt for lite fleksible til å kunne ivareta ulike miljøhensyn i ulike anskaffelser. Det vises til drøftelsen over. Videre ser vi også et potensiale for økt antall tvister om tildeling av kontrakter med disse alternativene. Dette som følge av at evalueringen av tilbudene opp mot tildelingskriteriene kan være langt mer komplisert sammenlignet med det å eksempelvis vurdere oppfyllelsen av absolutte krav.

Som nevnt over, foreslår BN et eget alternativ som både stiller strengere krav om ivaretagelse av miljø i anskaffelser, men som også sikrer oppdragsgiver nødvendig fleksibilitet i den enkelte anskaffelse.

Subsidiært vil BN anse departements forslag 3 som det alternativet som gir oppdragsgiver mest handlingsrom og dermed har potensiale for anskaffelser med størst miljøgevinster.

6. ØVRIGE INNSPILL

6.1 Miljømessig innovasjon

For mer langsiktige kontrakter bør offentlige oppdragsgivere kunne legge inn krav om miljømessig innovasjon i kontraktsbestemmelsene/oppdagsbeskrivelsen. Det er i dag noe uklart om slike klausuler som fremmer miljømessig innovasjon er endringsklausuler som vil tilfredsstillende kravene i anskaffelsesregelverket og som oppdragsgiver dermed lovlig kan fastsette (jfr. forsyningsforskriften § 15-1, 2. ledd, anskaffelsesforskriften § 19-1), eller om slike klausuler vil anses som en vesentlig endring av kontrakten (jfr. forsyningsforskriften § 24-1, anskaffelsesforskriften § 28-1 og § 28-2).

En klargjøring av om at miljøbesparende effekter innenfor oppdagsbeskrivelsen vil kunne anses som en lovlig endring av kontrakten, vil kunne gi positive miljøgevinster.

6.2 Dokumentasjon av miljøkrav

I høringsnotatet spør departementet om dokumentasjon av miljøkrav bør standardiseres i regelverket, eller om det i regelverk eller veiledning bør pekes på anerkjente metoder og verktøy.

Til dette vil BN bemerke at oppfyllelse av miljøkrav ikke enkelt kan måles i en gitt størrelse eller form som egner seg for standardisering i regelverk, da miljø er et svært vidt og bredspektret område. Det finnes allerede mange standarder som kan benyttes for å fremme gode dokumentasjonskrav på forskjellige områder, for eksempel BREEAM. For materiellanskaffelser vil det være hensiktsmessig å dokumentere oppfyllelse av visse miljøkrav ved hjelp av standardisert dokumentasjon som måler produkters miljøprestasjon, såkalt «Environmental Product Declaration» (EPD), men dette kan ikke benyttes for tjenesteanskaffelser. Anerkjente metoder og verktøy vil kunne endre seg i takt med innovasjon og utvikling på miljøområdet, og under forventningen om at denne utviklingen vil gå raskt fremover, vil det være uhenktsmessig om regelverket peker på metoder og verktøy som kan risikere å bli utdatert. Dokumentasjonskrav skal sikre etterprøvnbarhet og stå i forhold til miljøkravet som stilles i den enkelte anskaffelse. Regelverket bør heller legge opp til en nødvendig fleksibilitet for å ivareta disse hensynene, fremfor en regulering som nødvendigvis må bli særdeles omfattende for å favne alle kategorier av anskaffelser.

BN ser imidlertid behovet for klarer veiledning på området. En utfordring med å sette krav til klima og miljø i anskaffelser er at miljø ikke er ett enkeltfag, men egentlig mange fagområder som hver krever dybdekunnskap inn i den enkelte anskaffelse, sammen med kunnskap om markedssituasjonen for det som anskaffes og juridisk kompetanse for å ivareta regelverket. I dag finnes det en del veiledning og beste praksis for klimaområdet, men for andre miljøtema er det mangelfullt. Det foreligger heller ikke en prioritering av ulike tema, eller retningslinjer for hvilke mål som skal få forrang når det oppstår målkonflikter. Utfra et miljøfaglig ståsted mener vi det ligger et potensiale i å kategorisere både offentlige anskaffelser og miljøtema og lage mer spesifikke og målrettede veiledere som også er tydeligere på hva statens ambisjonsnivå bør være. Innenfor et slikt rammeverk, bør den enkelte virksomhet da fortsatt inneha den nødvendige fleksibiliteten til å vurdere hvilke miljøaspekter som er mest relevante og kunne bruke ulike virkemidler utfra egnethet.

Med vennlig hilsen

Lars Tore Fredriksen
Fungerende Juridisk direktør
Konsernjuridisk avdeling

Dokumentet er godkjent elektronisk og sendes uten signatur

