



Statens vegvesen

SAMFERDSELSDEPARTEMENTET

Postboks 8010 DEP

0030 OSLO

Label_Behandlende enhet: Label_Saksbehandler/L_telefon: L_Vår referanse: L_Deres referanse: L_Vår dato:
Cecilie Waterloo Lindheim / 22/248294-8 27.02.2023
99156238

Høringsvar fra Statens vegvesen – Forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser

Vi viser til brev fra Samferdselsdepartementet av 12. desember 2022, med ønske om å få oversendt Statens vegvesen sitt høringssvar til Nærings- og fiskeridepartementet sin høring av forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser.

1. Innledende

1.1 Oppsummering av Statens vegvesens innspill

Et krav om å vekte miljøhensyn med minimum 30 % er en endring av regelverket som i stor grad vil påvirke handlingsrommet til offentlige innkjøpere. Regelendringen vil medføre en betydelig innskrenking av oppdragsgivers muligheter til å tilpasse konkurransegrunnlaget til den enkelte anskaffelse. Konsekvensen av et krav om 30 % vekt på miljø som tildelingskriterium vil etter Statens vegvesens syn være at samfunnets ressurser ikke benyttes effektivt. Dette gjelder særlig fordi det ikke gis rom for å utforme konkurransegrunnlaget slik at det gir mest mulig miljø for pengene, men også fordi det vil påvirke oppdragsgivers handlingsrom utover det at miljø skal hensyntas. I en større sammenheng vil regelen medføre at det ikke er anledning til å kanalisere pengebruken til de anskaffelsene der det vil gi mest effekt for miljøet.

I praksis fratas oppdragsgiver viktige virkemidler, og kravet medfører at oppdragsgivere i mange tilfeller er tvunget til å fjerne andre typer miljøkrav fra konkurransegrunnlagene for å oppfylle kravet til at miljø skal vektes minimum 30 %. I motsetning til ved bruk av tildelingskriterier, vil leverandørene der det er stilt absolutte krav i konkurransegrunnlaget være forpliktet til å innta dette i tilbudene. Fordi det i tildelingsvurderingen ikke er anledning til å premiere for oppfyllelse av krav tilbyderne uansett er forpliktet til å oppfylle, kan det bli

Postadresse
Statens vegvesen
506M744441M744783M744787M
Postadresse
Postnummer

Telefon: 02030
firmapost@vegvesen.no
Org.nr: 971032081

Kontoradresse
Brynsengfare 6A
0667 OSLO

Fakturaadresse
Statens vegvesen
Landsdekkende regnskap
9815 Vadsø
Telefon: 78 94 15 50

for lite igjen å evaluere på til at kravene kan beholdes i kombinasjon med 30 % vekt på miljø i tildelingsevalueringen. Forslaget vil derfor kunne virke mot sin hensikt.

Det er også uklart hva som ligger i et krav om at miljø skal vektes minimum 30 %. En bestemmelse der det er den nominelle vekten av kriteriet som er avgjørende, ikke den reelle effekten kravet vil ha for miljøet, er ikke bare uegnet til å nå sitt formål, men vil også være styrende for oppdragsgivers valg av evalueringsmetodikk og på denne måten hindre optimalisering av anskaffelsesprosessen. Det vil også vanskeliggjøre bruk av forutberegnelige evalueringsmodeller, fordi oppdragsgiverne vil ha et ønske om å velge en evalueringsmetode der den beregnede betalingsvilligheten er forsvarlig.

Som en stor offentlig innkjøper ønsker Statens vegvesen å bidra til å redusere den skadelige miljøpåvirkningen (også av de store prosjektene), og vi jobber kontinuerlig for å redusere den skadelige miljøpåvirkningen ved vår virksomhet. For å få mest mulig miljøeffekt ut av de midler vi har til rådighet, er vi imidlertid avhengig av å kunne utøve skjønn slik at tiltak for å ivareta miljøhensyn kan gjøres der potensialet for miljøbesparelser er størst og på en måte som fanger opp både stedlige forhold og rammebetingelsene for prosjektet. Ivaretagelse av klima- og miljøhensyn gjennom offentlige anskaffelser er komplekse øvelser, og et område i stor utvikling. Derfor er det også viktig at offentlige oppdragsgivere gis fleksibilitet til å kunne stille miljøkrav gjennom kvalifikasjonskrav, kontraktskrav, minstekrav og tildelingskriterier på den måte som fagpersonene hos oss mener at gir størst reduksjon av miljø og klimapåvirkningen ved en effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Av de tre forslagene i høringsnotatet mener Statens vegvesen at alternativ 3 er best egnet, fordi det i størst grad bidrar til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Alternativ 1 og 2 har etter vårt syn store svakheter, da de vil fjerne fleksibilitet vi er avhengige av for å ivareta miljøhensyn i store og kompliserte anskaffelser. Vi er også bekymret for at disse alternativene vil øke antall tvister om tildeling av kontrakter, fordi tildelingsvurderingen i utgangspunktet er en mer kompleks øvelse for oppdragsgiver enn når det stilles absolutte krav.

I tillegg til at en ny forskriftsbestemmelse må ivareta oppdragsgivers fleksibilitet til å stille de miljøkrav og kriterier som de vurderer som best egnet i de konkrete anskaffelsene, mener vi det er viktig å satse på kompetansebygging. Det kreves miljøfaglig kompetanse for å utarbeide gode konkurransegrunnlag på miljøområdet. I tillegg til dette mener vi at det med fordel kan innføres en begrunnelsesplikt, slik at offentlige oppdragsgivere skriftlig må begrunne sine valg av miljøkrav og -kriterier i konkurransegrunnlaget.

1.2 Kort om begrepsbruken

«Miljøkrav» er i høringsbrevet brukt som en felles betegnelse på de krav og kriterier som oppdragsgiver stiller i anskaffelsesprosessen, både for å redusere skadelig miljøpåvirkning, men også for å fremme klimavennlige løsninger. Statens vegvesen mener denne terminologien kan være problematisk fordi det som foreslås ikke er å stille krav, men en plikt til å benytte miljø som tildelingskriterium, noe som i praksis vil medføre det motsatte –

at oppdragsgiver vil måtte fjerne miljøkrav slik begrepet normalt benyttes i regelverket for offentlige anskaffelser. Vi oppfatter den offentlige debatten vedrørende miljøhensyn i offentlige anskaffelser slik at en del misforstår hva som foreslås. Vi oppfatter også at media i en del saker fremstiller måten offentlige oppdragsgivere ivaretar miljøet feilaktig, der vi antar at nettopp begrepsbruken er en del av årsaken til misforståelsene.

1.3 Fremstillingen videre

I høringsnotatet er det stilt en rekke spørsmål til høringsinstansene under det enkelte forslag. Kjernen i forslag 1 og 2 er at det stilles krav om at miljø skal vektes med 30 %. Siden dette er det sentrale i disse forslagene, vil Statens vegvesen i de første punktene bruke tid på å drøfte hvorfor vi mener dette ikke er hensiktsmessig.

I pkt. 2 si noe om hvorfor det etter vårt syn ikke gir mening å innføre et krav til en bestemt vekt på miljøkriteriet uten at det gis en nærmere forklaring på hva som menes med dette. Pris og miljø er to usammenlignbare størrelser, og det er derfor svært uklart hva det betyr at miljø skal vektes 30 % uten at dette ses i sammenheng med evalueringsmetoden som benyttes.

I pkt. 3 vil vi helt overordnet redegjøre for hvorfor vi mener et krav om 30 % vekt på miljø som tildelingskriterium vil begrense oppdragsgivers fleksibilitet i alt for stor grad. Vi vil der gi eksempler på hvordan vi i Statens vegvesen også benytter andre virkemidler for ivaretagelse av miljøet, og vise hvorfor vi mener at et krav om 30 % vekt på miljø i realiteten vil frata oss disse virkemidlene.

I pkt. 4 tar vi for oss hvorfor vi mener forslaget ikke innebærer en effektiv bruk av samfunnets ressurser, og forklarer hvorfor vi mener at det vil påvirke anskaffelsene negativt også på andre områder enn miljø.

I pkt 5 forklarer vi hvorfor vi mener de foreslåtte endringene vil være prosessdrivende, og i pkt. 6 kommenterer vi de tre alternative forslagene i høringsnotatet, og svarer ut de konkrete spørsmålene i høringsbrevet.

Avslutningsvis vil vi i pkt. 7 peke på andre virkemidler for å oppnå at det tas miljøhensyn i anskaffelsene.

2 Hva betyr et krav om 30 % vekt? (evalueringsmetodikk)

Gjennom tildelingskriteriets vekt angir oppdragsgiver sin betalingsvillighet for det som inngår under kriteriet. For leverandørene er denne informasjonen viktig, fordi de vil utforme tilbudet på den måten de mener vil gi dem best mulighet for å vinne konkurransen. Da er det viktig å vite hvordan kostnad og miljø veies mot hverandre, altså hvor mye oppdragsgiver er villig til å *betale ekstra* for en mer miljøvennlig løsning.

Et krav om 30 % vekt på miljø som tildelingskriterium, er lite konkret uten at det samtidig gis føringer om hva som ligger i dette. Det er uklart om det er tilstrekkelig at tildelingskriteriet nominelt har 30 % vekt, eller om det reelt sett skal ha 30 % vekt i evalueringen. Det siste er

det eneste som gir mening hvis en ønsker at kravet reelt skal være førende for oppdragivers reelle betalingsvilje. Det er også nødvendig for å oppnå forutsigbare anskaffelser. Hvilken metode som benyttes for omgjøring av pris til poeng vil være helt avgjørende hvor hvilken reell vekt kriteriet får i den konkrete anskaffelsen. Det finnes en rekke forskjellige varianter av forholdsmessige og lineære metoder, som vil gi forskjellige utslag i evalueringen. Generelt er det også av stor betydning om det benyttes eksogene eller endogene metoder, altså om oppdragsgiver selv fastsetter en referanseramme eller om man bruker det beste tilbudet som referanseramme ved evalueringen, og hvordan det beskrives at skalaen skal benyttes. Hvordan oppdragsgiver deretter benytter skalaen på de kvalitative kriteriene (altså hvordan tilbudene plasseres ut over skalaen) kan i praksis være helt avgjørende for den reelle vekten av kriteriet.

Uansett hvilken metode som benyttes for evalueringen av tildelingskriteriene, vil tilbudet som vurderes som best på et tildelingskriterium få bedre uttelling enn de øvrige tilbudene på dette kriteriet. Valg av evalueringsmetode spiller derimot inn på hvilke poengutslag differansene mellom det beste tilbudet og de øvrige gis i evalueringen av hvert tildelingskriterium. Konsekvensene ved valg av evalueringsmetode er derfor størst når tildelingskriteriene holdes opp mot hverandre i den samlede vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.

Evalueringsmetoder der tildelingskriterier (som miljø) gis en vekt i prosent og evalueringen gjøres i poeng har klare svakheter. Dette er også bakgrunnen for at DFØ nå anbefaler en evalueringsmodell med prissetting av kvalitet (herunder miljø) istedenfor evaluering i poeng. Istedenfor å gi tildelingskriteriene en vekt i prosent og gjøre om pris til poeng i evalueringen, oppgis betalingsvillighet for det enkelte kriterium i kroner og evalueringen foretas ved at uttelling på kriteriene gir trekk i evalueringsprisen. Statens vegvesen har gjort dette i lang tid, og har gode erfaringer med denne måten å evaluere på.

En av de positive effektene ved å foreta tildelingsevalueringen i kroner istedenfor i poeng, er at oppdragsgiver blir bevisst sin egen betalingsvillighet for de egenskapene ved tilbudet en ønsker å premiere gjennom tildelingskriteriene. Dette fremgår også av DFØs veileder, som påpeker at «*Den maksimale pengeverdien som kan komme til fradrag skal gjenspeile oppdragsgivers faktiske betalingsvilje for kvalitative egenskaper som overgår minstekravene til ytelsen. Oppdragsgiver må derfor på forhånd ta stilling til sin betalingsvilje for hvert enkelt tildelingskriterium. Størrelsen på de maksimale pengeverdiene som kan komme til fradrag vil vise oppdragsgivers preferanser, og vil erstatte relativ vekt oppgitt i prosent.*» I tråd med dette påpekes det både i DFØs veileder i evaluering av tilbud og i høringsnotatet, at for å oppfylle kravet til 30% vekt må «*tildelingskriteriet miljø gis en pengeverdi for maksimalt mulig fratrukk som tilsvarer 30% av anskaffelsens totale verdi*»¹. Etter vårt syn er dette en naturlig forståelse av et krav om en bestemt vekt. Det harmonerer imidlertid dårlig med den effekten et 30%-krav vil ha med andre – vanlige – evalueringsmetoder, der den beregnede betalingsvilligheten for kriteriet kan variere veldig.

¹ DFØs veileder <http://anskaffelser.no/veileder-i-evaluering-av-tilbud>

Også der evalueringen skal foretas i kroner og ikke i poeng, vil den reelle vekten av kriteriet avhenge av andre faktorer. Bruken (og evt. angivelsen av) skalaen være avgjørende for den reelle vekten av kriteriet. Hva som skal til for å gi maks uttelling og hva som utgjør bunnen av skalaen (for eksempel absolutte krav i kontrakt/kravspesifikasjon) vil være avgjørende premisser. Dette vil i prinsippet også være tilfellet ved bruk av endogene metoder (der beste tilbud gis maks score) fordi det vil påvirke hvordan skalaen benyttes på de øvrige tilbudene.

Et eksempel kan være to oppdragsgivere som har forskjellig forventning til leverandørene på miljøkriteriet, slik at vurderingen av hvor godt det beste tilbudet er vil være forskjellig. Begge leverandørene vil gi beste tilbud maks score på kriteriet, men de vil bruke skalaen forskjellig ved evalueringen av de øvrige tilbudene opp mot det beste. Grunnen til dette er at forskjellene mellom tilbudene relativt sett blir mindre der oppdragsgiver har større forventninger. En oppdragsgiver som vurderer samtlige tilbud i en konkurranse som dårlige på oppfyllelsen av miljøkriteriet, vil gi beste tilbud maks uttelling, men de øvrige tilbudene vil også få god uttelling på skalaen, fordi avstanden til beste tilbud er liten – relativt sett. En oppdragsgiver med lavere «forventning» til tilbudene på miljøkriteriet vil vurdere det samme tilbudet som bedre enn den første oppdragsgiveren, og vil derfor mene at avstanden er større mellom tilbudene relativt sett og bruke skalaen i større grad. I realiteten vil den siste oppdragsgiveren gi større uttelling på miljøkriteriet enn den første. Dette har også en side til hvorvidt oppdragsgiver på annen måte har stilt miljøkrav i konkurransegrunnlaget, fordi disse forholdene ikke kan inngå i tildelingsvurderingen. «Spennet» som benyttes i vurderingen av miljøkriteriet blir da mindre, og hvert enkelt tiltak vil telle mer enn om det ikke er stilt krav.

En annet eksempel på en faktor som vil være helt avgjørende for den reelle vekten av kriteriet, er hvis oppdragsgiver inntar en makspris for kontrakten i konkurransegrunnlaget. I slike tilfeller vil tildelingskriteriene i realiteten ha mye mindre vekt, fordi maksprisen vil legge absolutte premisser for i hvilken grad det er rom for å tilby miljøvennlige løsninger. Ettersom pris blir ivaretatt på en annen måte, er behovet for å vurdere priselementet som tildelingskriterium mindre.

At den reelle vekten av et kriterium avhenger av andre faktorer, har rettslig sett vært mindre problematisk. Det avgjørende rettslig sett er at relevante forskjeller mellom tilbudene er identifisert, mens oppdragsgiver har hatt større handlefrihet i vurderingen av hvordan disse forholdene holdes opp mot hverandre.² Vurderingen av hvilke poeng leverandørene får under det enkelte kriterium må være forsvarlig og saklig begrunnet, og poenggivningen må gjøres i tråd med det som er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Det viktige er at det er gitt

² I NIDA-saken (Rt. 2007 s. 1783) la Høyesterett til grunn at poengutslag kan settes til side hvis de fremstår som vilkårlige eller kvalifisert urimelige.

I Dimarso-saken (C-6/15) antyder EU-domstolen at den anvendte evalueringsmetoden ikke ivaretok tildelingskriterienes vekt. Selv om kriterienes nominelle vekt ikke var endret, bygget domstolen på at vekten i realiteten vil endres hvis det er lettere å få uttelling for lav pris enn for god kvalitet.

Om denne problemstillingen se Trygstad «Tildeling av offentlige kontrakter», pkt. 24.3.

tilstrekkelige opplysninger i konkurransegrunnlaget til at det er forutberegnelig for leverandørene hvilken vekt oppdragsgiver legger på kriteriet. Hvilken måte dette gjøres på er ikke avgjørende.

Hvis oppdragsgiver for eksempel benytter forskjellige evalueringsmetoder eller skalaer på de forskjellige kriteriene, slik at vekten kriteriene er oppgitt å skulle ha i realiteten forskyves, er dette uproblematisk såfremt det fremgår tydelig nok i konkurransegrunnlaget hvordan evalueringen skal foretas. Det viktige er altså forutberegnelighet for leverandørene. Med en regel om plikt til 30 % vekt på miljøkriteriet innføres det imidlertid et nytt element, nemlig om kriteriet har fått den vekten det skal ha i henhold til *bestemmelsen*, ikke bare i henhold til konkurransegrunnlaget.³

Eksemplene ovenfor viser at den reelle vekten av et tildelingskriterium avhenger av mange faktorer, og det gir derfor mindre mening alene å stille absolutte krav til den nominelle vekten av et tildelingskriterium. Siden blant annet evalueringsmetoden i realiteten er av like stor betydning som hvilken prosentvise vekt kriteriet er gitt rent nominelt, vil et krav om en bestemt nominell vekt i praksis påvirke hvilke evalueringsmetoder som benyttes. Hvis oppdragsgiver mener det generelle kravet om 30% vekt reelt sett er for høyt i den konkrete anskaffelsen, vil han kunne se seg nødt til å unngå en reell vekt på 30 % ved valg av evalueringsmetode og ved den konkrete scoringen på kriteriet. Dette gir liten forutsigbarhet, og er naturligvis ikke i tråd med formålet med regelverket. Ikke bare vil det føre til mindre forutsigbarhet for leverandørene, men kravet vil også gjøre det vanskelig for oppdragsgivere som ønsker å optimalisere evalueringsmetodikken. Det vil vanskeliggjøre bruk av forutberegnelige evalueringsmodeller, fordi oppdragsgiverne vil kunne ha et behov for å kunne tilpasse evalueringen for at det ikke skal bli uforholdsmessig dyrt.

Etter vårt syn er det viktig at oppdragsgivere har handlefrihet til å tilpasse konkurransegrunnlag og evalueringsmetode slik at disse blir forutberegnelige for leverandørene, og samtidig godt egnet til å identifisere det beste tilbudet.

3. Det er ikke hensiktsmessig å begrense virkemidlene oppdragsgiver har til rådighet

3.1 Overordnet om ivaretagelse av miljøhensyn i Statens vegvesens anskaffelser

Statens vegvesen gjennomfører et sted mellom 700 og 800 anskaffelser i året, og anskaffer for over 30 mrd. Anskaffelsene strekker seg over et vidt spekter av områder fra mindre vare og tjenesteanskaffelser, via IT-anskaffelser til Drift og vedlikehold av vegnettet og store investeringsprosjekter. Kompleksiteten og verdien av anskaffelsene er naturlig nok svært forskjellig. Dette gjelder også miljøbelastningen som følge av anskaffelsene og mulighetene for reduksjon av denne.

Statens vegvesen følger aktivt opp statens miljøpolitikk og de føringer som er gitt for vår virksomhet gjennom tildelingsbrev, styringsdialog og instruksjoner fra Samferdselsdepartementet, samt føringer som gis gjennom Stortingsvedtak, i statsbudsjettet og Nasjonal transportplan (NTP). Toppmålene i NTP og i Statens vegvesen er blant annet

³ Poenget med innføringen av regelen er jo at det skal ha reell effekt på miljøet.

beskrevet som; "Bidra til å oppfylle Norges klima- og miljømål", Mer for pengene" og "Effektiv bruk av ny teknologi".

Som en av landets største byggherrer har vi et spesielt ansvar for å ivareta disse hensynene i alle nivåer av planlegging, bygging, drift og vedlikehold av vegene våre. I dette ligger også et ansvar for å bruke innkjøpsmakten vår til å nå målene, herunder blant annet til å bidra til å oppfylle klima- og miljømålene ved for eksempel å stimulere til klima- og miljøvennlige løsninger.

Det ligger i vegprosjektenes natur at de er komplekse og berører mange ulike interesser og hensyn på ulike måter, og vi møter derfor ofte målkonflikter. For å kunne levere på mål som mer for pengene og oppfyllelse av klima- og miljømål, er vi som offentlig innkjøper avhengig av å ha fleksibilitet til å tilpasse hvordan miljøhensyn vektlegges i den enkelte anskaffelse, slik at vi kan vektlegge miljø mest i de prosjektene hvor potensialet for miljøgevinst er størst, men også fleksibilitet til å hente ut miljøgevinster der vi kan i de prosjektene hvor potensialet for miljøgevinster er mindre.

Vi må ha en helhetlig tilnærming til miljø for å kunne finne riktige virkemidler for å optimalisere måloppnåelsen vår. Eksempelvis må det for nye vegprosjekter tas hensyn til både anskaffelsesfase, byggefase og driftsfase for vegprosjektet. Det gjøres viktige valg med påvirkning på miljøet også i konseptvalgutredningen i planleggingsfasen. Det ligger for eksempel stor miljøgevinst i valg av trase og gjenbruk av eksisterende veg. Miljøgevinster kan altså i stor grad hentes ut i planleggingsfasen, før konkurransen utlyses.

På den organisatoriske siden har divisjonen Utbygging begynt på arbeidet med å bli miljøsertifisert og implementere miljøstyringssystem for å settes i stand til å ta mer bærekraftige valg. Vi arbeider også aktivt på utviklingssiden, blant annet med å knytte klima opp mot modellbasert bygging, og gjennomfører pilotprosjekter innenfor klima og miljø slik som piloteringen av utslippsfrie anleggsplasser.

3.2 Anskaffelsesrettslige virkemidler

SVV bruker aktivt en rekke ulike anskaffelsesrettslige virkemidler for å sikre ivaretagelse av klima- og miljø både i form av kvalifikasjonskrav, krav i kravspesifikasjonen, kontraktskrav, og som del av tildelingskriteriene. Vår erfaring er at en oppnår klart best resultater ved å tilpasse miljøkrav og -kriterier til den enkelte anskaffelse. For eksempel må konkurransegrunnlaget tilpasses

- hvor stor miljøbelastningen som følge av anskaffelsen er
- potensialet for å minimere miljøbelastningen
- hvor modent markedet er
- hvilke sertifiseringsordninger som er aktuelle
- om det er rom for innovative løsninger
- om det vil oppnås tilstrekkelig konkurranse ved å stille absolutte krav
- om kontrakten er på et område der den teknologiske utviklingen går raskt
- om det er behov for strengere krav eller ekstra incentiver til forbedring ilt kontraktsperioden,

- hvordan krav bør utformes med tanke på kontraktsoppfølgingen
- hvordan krav og kriterier vil påvirke små og mellomstore bedrifters muligheter til deltakelse i konkurransen
- osv.

Mange av Statens vegvesens prosjekter er store og komplekse, og hvordan vi best kan ivareta miljø ved anskaffelsene vurderes i et samarbeid mellom teknisk, miljøfaglig, juridisk og innkjøpsfaglig kompetanse. Ivaretagelse av klimahensyn i et større entrepriseprojekt krever fagkunnskap i flere felt, en fleksibilitet til å gjøre tilpasninger med hensyn til hvordan kravene stilles, og ofte også en kombinasjon av kvalifikasjonskrav, kontraktskrav, krav i kravspesifikasjonen og tildelingskriterier.

I tilfeller der det vil være tilstrekkelig konkurranse om oppdraget selv om det stilles miljøkrav til leverandøren og/eller tilbudet, vil det ofte være hensiktsmessig å gjøre dette. Ved å stille absolutte krav istedenfor kun å gi uttelling for miljø ved tildelingen, får vi sikkerhet for at miljøkravene blir innfridd. I tillegg vil vi kunne legge stor vekt på pris for å sikre hard priskonkurranse om å vinne anbudet og samtidig ha rom for å vektlegge også andre forhold ved tilbudet.

Statens vegvesen stiller ofte miljøkrav til leverandørene i kvalifikasjonsfasen. I våre maler både for utbygging og drift og vedlikehold av veg stiller vi krav til leverandørens miljøstyringssystem. Ved å kreve at leverandøren skal være sertifisert etter ISO 14001 (2015), EMAS (EU Eco- Management and Audit Scheme for environmental management) eller Miljøfyrtårn, med relevans for tilsvarende samferdselsprosjekter, sikrer vi at vi inngår kontrakter med leverandører som er opptatt av å hensynta miljø. Miljøsertifisering er kostbart og tidkrevende, men fordi vi gradvis har innført krav til dette i anskaffelsene våre er det nå en større del av leverandørmarkedet som oppfyller dette enn tidligere.

Der vi mener markedet er modent for det, bruker SVV ofte kravspesifikasjonen til å stille miljøkrav. Dette kan gjøres både til tekniske krav, materialvalg, miljøvennlige metoder, minimum resirkuleringsgrad, elektrifisering, massetransport osv. Ved å stille krav får vi sikkerhet for en miljøvennlig løsning, mens ved bruk av tildelingskriterier kan vi risikere å måtte inngå kontrakt med en leverandør som ikke har tilbudt noen miljøvennlige løsninger, men som har utkonkurrert de andre på pris.

I fergekontraktene våre (et område der det virkelig er gjort store miljøfremskritt) har vi benyttet vektning av miljø i mange år. Vi har nå kommet dit at det er rimeligere å drifte en ferge på strøm enn på MGO (marine gassoljer). Dette er et resultat av teknologiutviklingen drevet frem gjennom fergeanskaffelsene de siste årene- hvor vi vektet miljø i en fase hvor hybride løsninger (Strøm + MGO) var antatt nødvendig for de fleste fjordkryssinger. For å oppnå størst mulig grad av elektrisk drift (lavest mulig CO₂-utslipp) var det derfor hensiktsmessig å vektlegge CO₂-utslipp. Per i dag vil det være lite hensiktsmessig å vekte CO₂-utslipp på de fleste driftskontrakter på fergeområdet, fordi markedet nå er modent for at vi stiller absolutte krav. Vi kan bruke et krav vi stiller i fergekontraktene på riksveg som eksempel:

«Minimum 90 % av det årlige totale energiforbruket til hovedfartøyene på sambandet, knyttet til de aktiviteter som inngår i miljørapportering iht. pkt. 2.10.1, skal komme fra nullutslippsløsning som drives med strøm, hydrogen, andre nullutslippsløsninger eller en kombinasjon av disse. Det åpnes for at inntil 10 % av samlet årlig energiforbruk for hovedfartøyene kan komme fra null- eller lavutslippsløsning som drives med f.eks. avansert bærekraftig biodrivstoff. Dette ekskluderer f.eks. LNG. De 12 første månedene etter driftsoppstart kan 75 % av samlet energiforbruk for hovedfartøyene komme fra null- eller lavutslippsløsning som drives med f.eks. avansert bærekraftig biodrivstoff.

Dersom et fartøy under ruteproduksjon ikke mottar planlagt lading ved et kailigge skal fartøyet likevel kunne gjennomføre minimum en rundtur (ferjekai A – ferjekai B – ferjekai A) ved bruk av nullutslippsløsninger (som f.eks. batteri- eller hydrogen) om bord på fartøy .»

Kravet medfører altså at minst 90 % av energien skal komme fra nullutslippsløsninger. Grunnen til at det ikke kreves 100% er at vi ønsker en redundant løsning. Vi er nødt til å ha en reserveløsning ved strømstans for å gi forutsigbarhet for trafikantene. (I tillegg gir nettselskapene oss stort sett bare en utkoblbar tariff, noe som medfører at vi i enkelte tilfeller kan miste strømmen uten at vi kan kreve erstatning.) Som det fremgår, ville det ikke være noe særlig å vinne på å vekte ytterligere CO₂-utslipp, fordi det som allerede ivaretas gjennom krav, ikke samtidig kan være en del av tildelingsvurderingen. Det kan fremdeles være rom for å vekte miljø i tildelingsevalueringen, men for å kunne vekte miljø med 30 % vi vi i disse tilfellene måtte *fjerne* kravet og isteden innføre vektning av miljø som tildelingskriterium. Dette vil bare føre til ekstraarbeid, uten miljøgevinst i andre enden. Uten krav vil vi også risikere mindre miljøvennlige løsninger.

Kontrakten er et godt virkemiddel for å sikre ivaretagelse av miljøet. Kontraktskrav kan benyttes for å sikre at leverandørene faktisk gjennomfører kontrakten i tråd med det som er tilbudt. Det vil ofte være fornuftig å innføre sanksjonsbestemmelser i kontrakten, slik at kontrakten blir enklere å håndheve. Kontraktskrav kan imidlertid også benyttes for å stille krav *utover* det leverandørene har tilbudt og er evaluert på. Det kan stilles krav til gjennomføringen, og det kan legges opp til en gradvis opptrapping av intensitet i miljøkravene, eksempelvis ved at maskiner skal byttes ut med bestemte mer miljøvennlige alternativer innen et bestemt tidspunkt. Fergeanskaffelsen det er sitert fra ovenfor er nettopp et eksempel på dette, der det åpnes for en høyere grad av biodrivstoff det første året, for at leverandørene skal ha noe tid på å få den elektriske løsningen på plass. Som vi vil komme tilbake til i pkt. 6 er det anskaffelsesrettslig vanskelig å vektlegge noe i tildelingsevalueringen som leverandøren ikke allerede har på plass ved tilbudsutforming. Kontraktskrav er et bedre virkemiddel der mer miljøvennlige løsninger først kan etableres underveis i kontraktsperioden.

Det kan også inntas kontraktsbestemmelser som gir incentiver til *ytterligere* forbedring underveis i kontraktsperioden. Ofte vil mulighetene for ytterligere miljøtiltak nettopp vise

seg når kontrakten er i gang. I flere av våre kontrakter har vi innført bonus og trekkordninger, der leverandørene får uttelling for å redusere utslippene sine. Et eksempel på dette er konkurranser der tilbudene blir evaluert på klimagassutslipp. For å sikre at leverandøren det inngås kontrakt med forsøker å levere i henhold til de tilbudte klimagassutslippene, er det inntatt kontraktsbestemmelser der differansen mellom klimagassbudsjettet og klimagassregnskapet danner grunnlag for bonus eller trekk. Som eksempel kan det for å gi et incentiv til reduksjon i klimagassutslipp utbetales 1500 kr for hvert tonn CO₂-ekvivalenter i differanse hvis differansen mellom klimagassbudsjett og klimagassregnskap er positiv. For å sikre at leverandøren holder det de har lovet i tilbudet, vil det dersom differansen er negativ gis 5000 kr i trekk for hvert tonn CO₂-ekvivalenter i differanse.

Uten denne kontraktsbestemmelsen ville det være vanskeligere å sikre at leverandøren leverer i henhold til det klimagassutslippet han er evaluert på, og leverandøren ville ikke hatt incentiver til ytterligere forbedring. I tilfeller der den teknologiske og markedsmessige utviklingen går raskt på miljøområdet kan det være ekstra viktig å utforme kontraktskrav for å ha legge opp til kontinuerlig forbedring i kontraktsperioden.

Ved å innta kvalifikasjonskrav, minstekrav og kontraktskrav til miljø sikrer man at miljøhensyn ivaretas, uten at man «spiser av» det som skal vektlegges i evalueringen. Miljø ivaretas da gjennom kravene, samtidig som man gjennom utformingen av tildelingskriteriene kan sikre at oppdraget tildeles den som har det billigste og beste tilbudet.

Som eksemplene over viser, vil vurderingen av hvilke virkemidler som passer i den enkelte anskaffelse, bero på en rekke forhold. Også for anskaffelser som er relativt like i innhold, vil mulighetene for miljøvennlige løsninger kunne være forskjellig. Et eksempel på dette er anskaffelser med en særlig satsning på elektriske maskiner. Tilgangen på strøm er sterkt varierende i forskjellige deler av landet, noe som påvirker leverandørenes muligheter og kostnader. For å kunne utarbeide gode konkurransegrunnlag kreves det alltid kunnskap hos oppdragsgiverne. En god måte å opparbeide seg mer kunnskap om mulighetene er generelt sett å ha dialog med leverandørmarkedet i planleggingsfasen. I tillegg kan det være nødvendig med ekstern bistand. Statens vegvesen har for eksempel bestilt en rapport om nettopp tilgangen på strøm fordi dette vil ha stor betydning for mulighetene og konsekvensene av å stille krav om elektriske maskiner på konkurransene i det konkrete området.

Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor mener vi at tildelingskriterier ikke alltid er det beste virkemiddelet når miljø skal hensyntas. Ved å stille krav i kravspesifikasjon og kontrakt og belønne uttelling i løpet av kontraktsperioden, sikrer vi at det er realitet i det leverandørene premieres for, og vi er sikret et bestemt nivå når det gjelder miljøhensyn. Et tildelingskriterium sikrer ikke en miljøvennlig løsning på samme måte som krav gjør, fordi leverandørene kan vinne konkurransen på andre forhold, typisk pris. Kravene vi har stilt i fergekontraktene, er gode eksempler på hvor komplisert miljø kan være, og hvorfor det kan være nødvendig å regulere dette i krav istedenfor å la det være opp til leverandørene å tilby

løsninger vi deretter skal sammenligne miljøgevinsten av. Det vil også være lettere med god kontraktsoppfølging og sanksjoner der kravene er like for samtlige leverandører, enn der det tilbys forskjellige løsninger. For å kunne bidra til utvikling av markedet i en mer miljøvennlig retning er det også fornuftig å kunne stille krav som skal oppfylles fortløpende utover i kontraktsperioden. Ofte vil det være slik at leverandørene ikke kan investere i nye maskiner/utstyr/teknologi osv. før etter at kontrakt er inngått.

4. Det er ikke hensiktsmessig med et krav om tildelingskriterium med 30 % vekt

4.1 Forslaget gir ikke mest mulig miljø for pengene

Slik det fremgår av punktet ovenfor, mener vi at et krav om at miljø må benyttes som tildelingskriterium med minimum 30 % vekt i praksis vil frata oppdragsgiver viktige virkemidler, og at det ikke nødvendigvis vil være den beste måten å ivareta miljøet på *i den enkelte anskaffelsen*. Et godt konkurransegrunnlag er et resultat av skreddersøm, og faste krav og prosentsatser er svært uhensiktsmessig. For å oppnå gode innkjøp er det helt grunnleggende at konkurransegrunnlagene må tilpasses det som skal anskaffes. Dette er nødvendig for at anskaffelsen i størst mulig grad skal bidra til at innkjøper får det han har behov for, og å oppnå best mulig avveining mellom pris og kvalitet, men også for å hensynta miljøet på best mulig måte.

I tillegg til dette mener vi at en sjablongmessig regel om 30 % vekt, ikke vil gi mest mulig miljø for pengene *totalt sett*. En effektiv ressursbruk på miljøområdet, vil være at en får mest mulig miljø for pengene, noe som ikke oppnås ved å innføre en sjablongmessig regel der miljøhensyn skal vektes med en bestemt prosentsats uten at det tas hensyn til hva en vil oppnå med dette i den konkrete anskaffelsen. Pengene bør kunne kanaliseres til de prosjektene og anskaffelsene der de gir mest miljøgevinst – når anskaffelsene ses under ett.

Tildelingskriterier en måte å synliggjøre betalingsvillighet på. Det ligger altså i tildelingskriterienes natur at det koster penger å bruke dem. Miljøtiltak som ikke er kostbare, kan tilbys uten at det er behov for høy vekt på tildelingskriteriet. En høy vekt på kriteriet vil imidlertid medføre at leverandørene vurderer om det er *andre* tiltak de kan tilby, aller helst som andre leverandører ikke vil komme på eller ha mulighet til å tilby, fordi dette vil kunne gi stor uttelling i evalueringen og gi dem en bedre posisjon i konkurransen. Det er viktig å være oppmerksom på at den samfunnsøkonomiske verdien av miljøtiltakene som tilbys ikke vil være avgjørende for hva oppdragsgiver må gi av uttelling i evalueringen og dermed må betale for. Oppdragsgivers betalingsvillighet for god uttelling på kriteriet er angitt gjennom vekten tildelingskriteriet er gitt. Det er noe av grunnen til at det er så viktig at konkurransegrunnlaget (inkludert tildelingskriteriene) må være tilpasset den konkrete konkurransen.

For at kriteriet reelt skal ha en vekt på 30 %, må det være mulig å oppnå full uttelling på kriteriet. Hvor mye oppdragsgiver ender opp med å betale for de tilbudte miljøtiltakene, vil både avhenge av hva tiltaket koster for leverandørene og på konkurransesituasjonen. Hva oppdragsgiver må betale for det enkelte tiltaket, vil imidlertid også bero på hvilke muligheter det er for å tilby løsninger/tiltak som kan vektlegges i evalueringen. Hvis det er

få muligheter for å tilby miljøvennlige løsninger og dermed lite å evaluere på i utgangspunktet, vil det samme tiltaket gi mye mer uttelling i evalueringen, og altså koste mer for oppdragsgiver, enn om dette kun er ett av mange mulige tiltak. Et lite virkningsfullt tiltak vil altså kunne gi stor uttelling i evalueringen.

Der det er stilt *krav* i kravspesifikasjon og kontrakt, må tildelingsvurderingen dreier seg om miljøtiltak som går *utover* disse kravene eller omfatter noe annet. Tiltak som omfattes av kravene er noe tilbudene *må* omfatte, ellers vil tilbudet avvises fra konkurransen. Det er derfor kun tiltak *utover* kravene som gir merverdi, og som det er anledning til å vektlegge i tildelingsevalueringen.

Hvis det innføres et krav om 30 % vekt på miljø, vil dette være et avgjørende premiss for hvordan innkjøperne må tenke når de utformer konkurransegrunnlaget. For å oppnå en forsvarlig bruk av offentlige midler (og unngå å overkompensere for miljøtiltakene), må det legges til rette for at det vil være tilstrekkelig å vurdere i tildelingsfasen. I realiteten vil oppdragsgiver derfor kunne ende opp med å måtte fjerne miljøkrav i kravspesifikasjonen og kontrakten, fordi det må være tilstrekkelig med forhold å evaluere under tildelingskriteriet. For at 30 % vekt ikke skal innebære en vesentlig overkompensasjon, må tiltakene som kunne ha vært stilt som krav isteden inntas som mulige punkter leverandørene kan få uttelling på i evalueringen. Vi vil da ikke ha den samme sikkerheten for at tilbudet som velges er miljøvennlig. For ordens skyld vil vi også påpeke at forskriftens tilknytningskrav også vil gjelde for miljøhensyn. Forholdene som skal gi uttelling i evalueringen må ha tilstrekkelig tilknytning til kontrakten, og det vil derfor også være begrenset hva slags miljømessige forhold det er lovlig å hensynte i vurderingen.

4.2 Konsekvenser for andre områder

Å innføre et krav om høy vekt på miljø, vil være problematisk også på andre måter. En utilsiktet side av en plikt til å vekte miljø med en bestemt minimumssats, vil være at oppdragsgivers forventninger til tilbudspris avsløres i konkurransegrunnlaget når DFØs anbefalte modell (vekting i kroner) benyttes. Hvis beløpet for maksimalt fratrekk fastsettes basert på estimert verdi og et krav om 30% miljøvekting, vil en avsløre budsjettet for den enkelte kontrakt. At markedet vil kjenne til estimert verdi for kontrakten kan påvirke konkurransesituasjonen negativt.

Å forplikte oppdragsgiver til å bruke tildelingskriteriene, istedenfor andre virkemidler for å hensynte miljø i anskaffelsen, vil påvirke virkemidlene oppdragsgiver har til rådighet også på andre områder enn miljø. Som eksempel fremgår det innledningsvis i høringsnotatet at regjeringen ønsker å bruke offentlige anskaffelser aktivt for å fremme bærekraftig utvikling i bred forstad. Hvis en også skal vektlegge de andre dimensjonene av bærekraft, må det være rom for å vektlegge dette. Hvis en «bruker opp» 30 % av totalen på miljø, vil det kunne gå på bekostning av den sosiale dimensjonen. Produksjon av batterier kan f.eks. oppfylle strenge miljøkrav, men ha mangelfull etterlevelse av HMS og arbeidsmiljø. Med internasjonale leverandører er det en problemstilling som kan være relevant.

Når en vesentlig del av evalueringen av tilbudets egenskaper forbeholdes miljøhensyn, «spiser» det av mulighetene oppdragsgiver i realiteten har til å vektlegge andre kvalitative sider ved tilbudet. Dersom markedet er modent for å stille krav til bestemte miljøegenskaper isteden, vil en ved å gjøre dette kunne sikre seg at tilbudet tilfredsstillter kravene, og samtidig «frigi» mer av vekten i tildelingen til andre hensyn og formål, eksempelvis innovasjon.

Statens vegvesen har konkurranser der vi ønsker å bidra til teknologisk utvikling. I slike kontrakter ønsker vi sterkt å kunne vektlegge det som skal utvikles med for eksempel 30 % og kanskje generell gjennomføringsevne med 10 %. Kvalitets-elementet må åpenbart vektles høyt i disse tilfellene. Hvis vi i tillegg er forpliktet til å ha 30 % vekt på miljø, vil det bli svært lite igjen til priskriteriet. Kostnaden ved å ha en stor vekt på andre kriterier enn pris er ikke alene kostnaden ved løsningene/tiltakene som tilbys, men den ekstra kostnaden det innebærer at leverandørene ikke har noe incentiv til å gi en god pris. Leverandørene vil naturlig nok innrette seg slik at de har best mulig forutsetninger for å vinne konkurransen med størst mulig fortjeneste, og hvis pris har liten vekt i evalueringen er det liten grunn til å senke prisene.

Kravet om 30 % vekt på miljø vil i realiteten derfor påvirke mulighetene oppdragsgiver har til å vektlegge andre forhold, fordi en må ha et minimum av vekt på pris for at det ikke skal bli uforholdsmessig dyrt for samfunnet.

Hvis det i den konkrete anskaffelsen er et større behov for å ivareta et annet aspekt ved tilbudet enn miljø, for eksempel fordi kvaliteten på produktet er av særlig stor betydning eller det er rom for betydelig innovasjon, må dette/disse kriteriene gis større vekt enn 30 %. Grunnen til dette er at uttellingen for relevante forskjeller relatert til ett tildelingskriterium skal svare til uttellingen for tilsvarende forskjeller relatert til de øvrige kriteriene.⁴ I slike tilfeller kan det bli svært dyrt, hvis priskriteriet ender opp som en «restkategori», og det styrende utgangspunktet for fastsettelsen av alle tildelingskriterienes vekt i realiteten er at miljø må vektles 30 %. I mange anskaffelser kan hele denne problematikken unngås ved å benytte andre virkemidler enn tildelingskriteriene for å ivareta miljøet, for eksempel ved å stille krav.

En annen problematisk side ved å legge mer vekt på miljøkriteriet enn det mulighetene for reduksjon i miljøbelastningen skulle tilsi, er at dette kan gi et konkurransefortrinn til useriøse leverandører. 30 % vekt på miljø som tildelingskriterium uavhengig av mulighetene for å tilby miljøvennlige løsninger, vil føre til at leverandørene har mye å tjene på å være oppfinnsomme og/eller love mer enn de kan holde. Forslaget kan dermed medføre «grønnvasking» og at en ender opp med «feil» entreprenører hvis oppdragsgiverne ikke er gode på oppfølging.

⁴ Om dette se Trygstad «*Tildeling av offentlige kontrakter*» med henvisninger til relevant rettspraksis.

4.3 Det er nødvendig med en målrettet innsats for å nå miljømålene

Plikten til å vektlegge miljø er foreslått innført, uten at det er gjort noe nærmere forsøk på å definere hva som ligger i miljøbegrepet, eller hvordan forskjellige miljøhensyn bør vektes mot hverandre.

Når høringsforslaget legger opp til en plikt for offentlige innkjøpere til å vektlegge miljø med minimum 30 % innebærer det samtidig at innkjøperne må sette av store offentlige midler til miljø. Når høringsforslaget ikke definerer nærmere hva som ligger i miljøbegrepet, blir det opp til den enkelte innkjøper å definere miljøkriterier i sine anskaffelser. F.eks. innebærer dette på klimaområdet at innkjøperen selv må ta stilling til prioriteringen mellom klimagassutslipp som skjer innenlands og utenlands, eller om de skjer i kvotepliktig eller ikke-kvotepliktig sektor. Videre blir det opp til den enkelte innkjøper å ta stilling til prioritering mellom for eksempel klima og annen miljøpåvirkning, herunder forurensning, støy og naturmangfold.

For å nå miljømålene er det nødvendig med en bevisst og systematisk tilnærming med et større perspektiv enn den enkelte innkjøper sine anskaffelser. Hvis det skal vedtas bestemmelser med plikt til å vekte miljø, er det etter vårt syn samtidig viktig at lovgiver prøver å definere nærmere hva som ligger i miljøbegrepet, slik at man får best mulig effekt for samfunnet, på tvers av de enkelte innkjøperne.

For å nå miljømålene må vi tenke helhetlig og bruke pengene der det gir størst effekt. Før det vedtas endringer i forskriftsbestemmelsene bør det gjøres grundige samfunnsøkonomiske beregninger av hva dette vil koste, og hvor mye miljø man vil oppnå for pengene, og det bør utredes om dette er den beste fremgangsmåten.

4. De foreslåtte endringene vil være prosessdrivende / skape tvister

Effekten med å bruke tildelingskriterier vil generelt sett alltid være mer usikker enn ved å stille konkrete krav. Det vil være lettere for oppdragsgiverne å stille krav der markedet er modent for det, enn å oppfordre tilbyderne til å levere slik vi ønsker og forsøke å «bake» dette inn i tildelingsvurderingen på en forutberegnelig måte. Ved å være klar på hva som kreves, reduseres risikoen for tvist, fordi en unngår den risikoen vekting av tildelingskriterier normalt medfører.

Utfallet av en tilbudsevaluering vil i mye større grad enn oppfyllelse av klare krav kunne avhenge av den som evaluerer. Risikoen for at oppdragsgiver og de forskjellige leverandørene har forskjellig oppfatning både av hva som er relevant å vektlegge under kriteriet og hvilken vekt disse forholdene skal ha innbyrdes (altså under miljøkriteriet) er stor.

Ved å stille ulike former for krav der dette er hensiktsmessig, kan oppdragsgiver selv styre hvordan vi ønsker å vektlegge disse forholdene. I tillegg flyttes deler av miljøkravene ut av tildelingsevalueringen og kan gjøre tildelingsvurderingen mer spisset, forutberegnelig og treffsikker. Som nevnt ovenfor vil dette imidlertid ikke være mulig med 30 % vekt på

tildelingskriteriet, fordi det må sørges for at det er tilstrekkelig igjen å vurdere i tildelingsvurderingen.

For at 30 % skal være en forsvarlig bruk av det offentlige midler, bør miljøkriteriene ofte være vidt formulert slik at de rommer mye. Dette øker naturlignok risikoen for uenighet om hva som er relevant å vurdere under kriteriet, og hvordan tiltakene skal veies opp mot hverandre. I tillegg til dette, øker risikoen for at forholdet også er relevant under et annet tildelingskriterium, slik at det er en fare for at leverandøren får uttelling for det samme forholdet under flere kriterier, noe som innebærer ekstra juridiske utfordringer. For eksempel vil en del av automatiseringen nevnt fergeeksempelet ovenfor også kunne påvirke miljø, for eksempel ved energiforbruk. Det samme kan være tilfellet ved evaluering på fremdriftsplan og gjennomføringsevne/oppgjørforståelse.

En annen side av dette er hvilke tildelingskriterier som kan regnes med i en vurdering av om det foreslåtte kravet til minimum 30 % vekt på miljø er overholdt. Det vil kunne hevdes at for eksempel et tildelingskriterium vedrørende kvaliteten på produktet kan medregnes i de 30, fordi levetiden på produktet har betydning for miljøbelastningen.

Som nevnt ovenfor vil det ofte være vanskelig å dokumentere miljøtiltakene på tilbudsstadiet, fordi enkelte av tiltakene kan være noe leverandøren først får på plass etter kontraktsinngåelse.⁵ Dette er enda et forhold som medfører risiko for tvist når oppdragsgiver forpliktes til å velge tildelingsvurderingen som virkemiddel. Fosen-Linjen-saken er et eksempel på at oppdragsgiver ikke krevde tilstrekkelig dokumentasjon for tildelingskriteriet miljø, og ikke etterprøvde om det var forsvarlig det valgte leverandør hevdet vedrørende drivstofforbruk. Høyesterett slo fast at der oppdragsgiver er i tvil, kan han ikke nødvendigvis legge til grunn bindende opplysninger i tilbudet og henvise til at dette skal kontrolleres – og eventuelt sanksjoneres – i kontraktsperioden. Det må kontrolleres om opplysningene er troverdige, noe som i mange tilfeller krever spesialkompetanse hos oppdragsgiver. Det kan være vanskelig å dokumentere ytelser som ligger langt frem i tid, særlig ved innovative løsninger slik vi ofte er ute etter på miljøområdet. Et annet eksempel på en slik situasjon er saken omtalt på anbud365 i september 21 der Statens innkjøpscenter måtte avlyse en konkurranse pga manglende dokumentasjon på gradvis innføring av el-biler⁶. Da oppdragsgiveren skulle lyse ut konkurransen på nytt, valgte de å benytte absolutte krav isteden.

Vi påpeker også at praksis fra KOFA og domstolene har vist at flere offentlige oppdragsgivere har hatt utfordringer med å stille tildelingskriterier for miljø som har tilstrekkelig tilknytning til anskaffelsen. Vi viser her til blant annet KOFA sak 2021-60

⁵ Noen tiltak kan kreve store investeringer slik at leverandørene ikke vil ha dette på plass før de har fått et oppdrag der dette verdsettes. Et eks. kan være elektriske kjøretøy, der leverandøren gjerne vil bruke el-kjøretøy, men ikke kan forsvare å kjøpe disse før de kan regne kostanden ved innkjøpet inn i et oppdrag

⁶ <https://www.anbud365.no/regelverk/klart-for-rettsoppgjor-om-dokumentasjon-av-nullutslippskrav/>

(Stavanger kommune), 2020/607 (Bergen kommune), 2022/277 (Harstad kommune), og 2022/596 (Sandnes, Sola, Stavanger og Randaberg kommune m.fl.). I samtlige av disse sakene har KOFA konkludert med at tildelingskriterier som gjaldt miljø var i strid med anskaffelsesregelverket.

Evaluerings- eller prismodell er ofte gjenstand for tvist. I flere saker er det anført at evalueringsmetodikken har medført en forskyvning i vektingen av tildelingskriteriene. De siste års diskusjoner vedrørende såkalt normalisering, viser også at evalueringsmetodikken er sentral. Som omtalt ovenfor vil oppdragsgivere i praksis kunne føle seg tvunget til å tøye grensene ved evalueringsmetodikken for å kunne gi miljøkriteriet en mer passende vekt som reelt gir utslag i en merverdi for oppdragsgiver i den konkrete anskaffelsen. Det vil derfor være ekstra viktig med avklaringer knyttet til evalueringsmodeller hvis det stilles absolutte krav til vekting. Ettersom miljø er et komplisert område må det også antas at temaet vil komme på spissen i flere saker hvis kriteriet har stor vekt i konkurransen.

Kompetansen på å stille miljøkrav er ulik ut ifra de ulike innkjøpsmiljøenes størrelse, og flere av sakene ovenfor viser at også for store og kompetente innkjøpsmiljø er det utfordrende å stille treffende og lovlige tildelingskriterier som gjelder miljø. Vi er bekymret for at en ubetinget plikt til å benytte tildelingskriterier knyttet til miljø med en vekt på minst 30% vil virke prosessdrivende, og vil føre til et omfattende antall saker for domstolene og KOFA. Særlig for mindre innkjøpsmiljøer vil det være betydelig lettere å stille treffende krav til miljø i kravspesifikasjonen eller i kontraktsbestemmelsene, enn å oppstille gode tildelingskriterier for miljø. Også av denne grunn bør oppdragsgivere ha stor fleksibilitet mht. hvordan miljøkrav stilles.

6. Kommentarer til de 3 alternative forslagene i høringsnotatet

Det fremgår av høringsbrevet at også NFD mener at *«en fleksibilitet for oppdragsgiver til å stille de miljøkrav og kriterier som de vurderer som best egnet i de konkrete anskaffelsene, er viktig for å nå målet om mer miljøvennlige anskaffelser»*. Vi er enige i dette, og er av den oppfatning at forslag 1 og 2 ikke ivaretar denne fleksibiliteten. Selv om vi på generelt grunnlag mener at det er uhensiktsmessig med sjablongmessige regler om vekt, og valg av type virkemiddel, mener vi at forslag 3 vil være det beste av de tre.

I høringsnotatet bes det om tilbakemelding på hvordan miljøkrav kan dokumenteres. Et eksempel på standardisering av dokumentasjon på miljøpåvirkning, er EPDene som i våre anskaffelser benyttes i leverandørenes klimabudsjettt og klimaregnskap. En EPD er et kortfattet dokument som oppsummerer miljøprofilen til en komponent, et ferdig produkt eller en tjeneste på en standardisert og objektiv måte. De lages på grunnlag av en livsløpsanalyse etter en ISO-standard. Uavhengig verifiserte miljødeklarasjoner gjør det lettere å verifisere den reelle miljøeffekten.

Tildelingskriterium på miljø i dag er ofte brukt for å fremme innovasjon og kreativitet hos leverandørene og er derfor ofte relativt åpne kriterier for å ivareta dette. Det blir da vanskeligere for oppdragsgiver å vurdere hvilken dokumentasjon som er nødvendig i forkant. Det vil da i mange tilfeller være opp til leverandøren selv hvordan de skal

dokumentere at de kan holde det de lover. Dette er særlig viktig fordi det kan være avgjørende for hvilket tilbud som anses best. Der det er mulig å standardisere dokumentasjon vil dette være et godt hjelpemiddel, men vi ser ikke for oss at dette er mulig i praksis på mange områder. Det vil i alle tilfelle være stort behov for veiledning.

Slik samtlige av kravene er formulert, vil de også gjelde for inngåelse av rammeavtaler. Det vil være utfordrende å vekke miljø ved inngåelsen av selve rammeavtalen, da de konkrete arbeidene som skal utføres i den enkelte kontrakt ikke er kjent. Det vil derfor kunne være vanskelig for leverandøren å forplikte seg til bestemte løsninger, og det kan derfor være lite å evaluere på ved inngåelsen av den overordnede rammeavtalen. Vår erfaring er at det for denne type rammeavtaler er hensiktsmessig å isteden vektlegge miljø ved den enkelte minikonkurransen under rammeavtalen, der det inngås rammeavtale med flere leverandører.

Alternativ 1:

Etter vårt syn er dette det minst egnede av de foreslåtte alternativene, siden dette alternativet i størst grad begrenser hvilke virkemidler innkjøpsmiljøene har tilgjengelige for å redusere klimaavtrykket fra den enkelte anskaffelse.

Alternativet vil, dersom det vedtas, medføre at det må settes av betydelige summer til miljøtiltak i eksempelvis de store prosjektene til Statens vegvesen, uten at det er gitt at miljøgevinstene står i forhold til denne kostnaden. Vi mener at det er lettere å oppnå god miljøgevinst på en måte som effektivt benytter samfunnets ressurser dersom vi har en fleksibilitet til å kombinere ulike former for miljøtiltak i den enkelte anskaffelse.

Det fremgår av bestemmelsen at oppdragsgiver er forpliktet til både å stille miljøkrav og benytte miljø som tildelingskriterium. Det er ikke formålstjenlig at oppdragsgivere blir tvunget til å stille krav uavhengig av om markedet er modent for dette. Kravet til 30 % vekt i tildelingsvurderingen, gjelder i utgangspunktet uavhengig av anskaffelsens miljøpåvirkning. Vi mener det er klart at dette ikke vil være i tråd med kravet om en effektiv ressursbruk.

Unntaket som foreslås inntatt i andre ledd, avbøter problemet noe, men terskelen bør være langt fra så høy som det beskrives i høringen. For ordens skyld vil vi også påpeke at vi mener forskriftsteksten er uklar i annet ledd. Annet ledd gir unntak for hele første ledd basert på om kriteriets vektning vil gi uforholdsmessige kostnader. Følgen av dette er at kravet til bruk av miljøkrav forsvinner samtidig, basert på om tildelingskriteriet er fornuftig. Oppdragsgiver må etter bestemmelsen oppgi en begrunnelse for å ikke ha brukt verken krav eller kriterier, mens unntaket er gitt etter en begrunnelse for at vekten av tildelingskriteriet vil medføre uforholdsmessige kostnader. Det er mulig en her ikke har ment å innføre en plikt til å stille krav, bare å benytte miljø som tildelingskriterium, men slik bruken av ordene «krav» og «kriterium» er i anskaffelser i dag, er dette i så fall uklart.

I høringsnotatet stilles spørsmålet om forslaget andre punktum bør flyttes ut av § 7–9 eller om virkeområdet bør angis der. Vi har ingen kommentarer til dette rent lovteknisk, men prinsipielt sett mener vi at det er lite hensiktsmessig at det kun er i anskaffelsene som følger

del III plikten til ivaretagelse av miljøet skal skjerpes⁷. I høringsforslaget hevdes det at siden del III-anskaffelser er av en viss verdi, er dette områder der klima- og miljøvennlige anskaffelser kan ha særlig stor betydning for å nå fastsatte klima- og miljømål. Slik vi ser det bør det være muligheten til miljøpåvirkning som er avgjørende, ikke størrelsen på anskaffelsen. Det er naturlig at det generelt sett kan brukes mer penger på miljø i en større anskaffelse, men det er ikke logisk at det skal være *forholdsmessig* mer. (Det er ingen grunn til å tro at en skal oppnå mer miljø per krone i anskaffelser med større verdi.) Også i mindre anskaffelser kan det ha ringvirkninger å ta miljøhensyn, slik at en påvirker bransjen i en mer miljøvennlig retning. Denne type forhold bør være minst like relevant å vurdere som hvorvidt det er tale om en beløpsmessig stor anskaffelse eller ikke. Det er klart at det i mange tilfeller kan være mer penger å hente for eksempel til innovasjon i de større anskaffelsene, men potensialet for utvikling og innovative anskaffelser kan være større i markeder som normalt leverer mindre mengder i hver anskaffelse.

Departementet ber om høringsinstansenes innspill til andre relevante avgrensninger enn «uforholdsmessige kostnader» for å bestemme anvendelsesområdet. Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor, er det etter vårt syn ingen grunn til at oppdragsgiver ikke skal stå fritt til å velge virkemiddel for ivaretagelse av miljø. Vi mener derfor at det bør være unntak for kravet der oppdragsgiver i tilstrekkelig grad har tatt miljøhensyn gjennom andre virkemidler.

Det bes også om innspill til om en forskriftsbestemmelse som spesifikt stiller krav til minst 30 prosent vektning av miljø vil kreve lovendring. Som fremhevet flere steder i vårt innspill, mener vi at et sjablongmessig krav til 30 % vekt på miljø uten at det foretas en konkret vurdering av hvilken effekt dette vil ha, ikke vil være i tråd med lovens formål om å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Departementet ber også om høringsinstansenes syn på om det bør åpnes for at oppdragsgivere kan velge tilbud utelukkende på grunn av pris eller kostnad. Det er åpenbart ressursbesparende å velge tilbud kun basert på kostnad, men i prinsippet ser vi ingen grunn til at plikten til å vektlegge miljø skal være annerledes i situasjoner der det ikke er relevant å vurdere for eksempel kvalitet enn i tilfeller der det også er kvalitative sider av tilbudet som skal vurderes.

Det siste departementet ber om tilbakemelding på under forslag 1 er om det vil være tilfeller hvor det er uforholdsmessig å vekte miljøhensyn med minimum 30 prosent, og hvilke

⁷ I pkt. 5.3.1 uttales det at «For at offentlige oppdragsgivere skal kunne oppfylle kravet, må anvendelsesområdet til bestemmelsen avgrenses til de anskaffelsene hvor oppdragsgiver etter regelverket for øvrig er forpliktet til å angi tildelingskriterienes relative vekt.» Regelverket er ikke til hinder for at oppdragsgivere vekt kriteriene også i del II-anskaffelser, men det er ingen plikt til dette slik regelverket er per i dag. Det er altså ikke slik at offentlige oppdragsgivere ikke kan oppfylle kravet også i disse anskaffelsene, men et krav om å vekte miljø med en vis prosent vil altså medføre en plikt til vektning en per i dag ikke har.

tilfeller dette er. Det er etter vårt syn klart at det på mange områder vil være lite formålstjenlig å legge stor vekt på miljø i anskaffelsen. Dette vil for eksempel gjelde de fleste typer konsulentanskaffelser. Denne type kontrakter henvender seg til et marked som i stor grad består av kompetansebedrifter som benytter seg av digitale verktøy og moderne teknologi, slik at det vil være minimale miljøgevinster å hente. Selv på områder med stor miljøbelastning vil 30 % vekt på miljø som tildelingskriterium kunne være for høyt. Dette kan være i tilfeller der det er liten mulighet for reduksjon i miljøbelastningen, eller der konkurransegrunnlaget stiller miljøkrav på annen måte.

Hvorvidt 30 % vil være for høyt, vil i praksis også bero på hva en legger i dette, slik omtalt i pkt. 2 ovenfor. Selv i anskaffelser der det er stor miljøbelastning er det klart at det ikke alltid vil være mulig å sette av 30 % av pengene til miljøtiltak. Hvis en i kontrakter med anslått kostnad i milliardklassen, skal sette av 30 % av pengene til miljø, bør det ligge grundige vurderinger til grunn, der effekten vurderes konkret.

Alternativ 2:

Alternativ 2 gir fleksibilitet til anskaffelser i del II, men ikke i del III. I del II gjelder kravet imidlertid uavhengig av om det er tale om et område med ikke uvesentlig miljøbelastning. Heller ikke for anskaffelser i del II mener vi det vil være i tråd med regelverkets formål å vektlegge miljø i anskaffelser der miljøbelastningen er uvesentlig. Pengene bør benyttes der de gir størst effekt.

Hva gjelder reguleringen i del III mener vi, som nevnt over, at det er en feilslutning å legge til grunn at muligheten for å redusere miljøbelastning er større i anskaffelser med høyere verdi. Det er heller ikke slik at det avgjørende bør være kun om miljøbelastningen er vesentlig eller ikke, men også i hvilken grad det er mulig å oppnå reduksjon i denne. Det bør stilles krav til å ta miljøhensyn der nytten er høy. Det er klart at graden av miljøbelastning er viktig, men det bør være like viktig i hvilken grad det er mulig å redusere denne.⁸

Det er heller ikke fornuftig med en enten eller-løsning, der en må vekte miljø med 30 % der det er en ikke uvesentlig miljøbelastning. Det finnes mange tilfeller der det er relevant å vektlegge miljø, og det kan være aktuelt å åpne opp for innovative løsninger, men der det ikke vil være hensiktsmessig å vektlegge dette med 30 %.

For del III-anskaffelser stilles det krav til 30% vektning både i alternativ 1 og 2. Som redegjort for over, er dette ikke en god løsning av flere grunner. Det vil i realiteten ofte medføre at det ikke stilles absolutte krav som den som får kontrakten under enhver omstendighet må oppfylle, men at miljø isteden kun inngår i evalueringen under tildelingskriteriene. I en slik situasjon vil en tilbyder med den mest forurensende løsningen kunne vinne konkurransen hvis tilbudsprisen er lav nok. I et slikt tilfelle vil ikke forskriftendringen oppnå sitt formål.

⁸ Det mest åpenbare eksempelet er flyreiser. Det er åpenbart at flyreisene medfører vesentlig miljøbelastning, men markedet er ikke modent for å tilby alternative drivstoff eller annet som kan gjøre flyreisen vesentlig mer miljøvennlig.

Departementet ber om tilbakemelding fra høringsinstansene på om det finnes andre bedre egnede måter å identifisere områder som bør være omfattet av en slik vektingsregel, for eksempel gjennom bruk av DFØs prioriterte områder, jf. handlingsplan for økt andel klima- og miljøvennlige offentlige anskaffelser og grønn innovasjon, eller gjennom bruk av CPV-koder. Det bes også om tilbakemelding på om forslaget vektingsregel bør gjelde alle del III-anskaffelser, og ikke være avgrenset til områder med ikke uvesentlig miljøbelastning.

Når det gjelder avgrensningen av hvilke anskaffelser som bør omfattes av et strengere krav til miljøhensyn vil det i praksis være helt avgjørende hvordan bestemmelsen tolkes og hvor terskelen legges for hva som er å anse som en «ikke uvesentlig miljøbelastning». I anskaffelser med uvesentlig miljøbelastning er det etter vårt syn åpenbart at det ikke er samfunnsøkonomisk forsvarlig å vektlegge miljø med 30 %, særlig i tilfeller der anskaffelsens verdi er stor slik tilfellet er i del III-anskaffelser. Det er etter vårt syn svært u hensiktsmessig at vektingsplikten går fra 0 til 30 ved overskridelse av en terskel. Et kriterium med 10 % vekt kan gi gode incentiver til å satse på miljøvennlige løsninger. Slik nevnt vil det bero på evalueringsmodellen hvor stor betydning kriteriet vil ha i praksis. Det er etter vår vurdering helt sentralt at tildelingskriteriene tilpasses den enkelte anskaffelse, og at oppdragsgiver har fleksibilitet til å gjøre nettopp dette.

For at det skal være hensiktsmessig å benytte CPV-koder eller DFØs prioriterte områder, må det forutsettes at disse treffer. Som vi har redegjort for ovenfor kan det også være andre forhold ved anskaffelsen som medfører at miljøhensyn er mer eller mindre relevant enn ellers, og andre virkemidler som er bedre egnet enn tildelingskriteriene. Dette bør det være anledning til å ta hensyn til.

Alternativ 3:

Etter vårt syn er alternativ 3 det som er best egnet til å fremme klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser, da dette er det alternativet som gir innkjøpsmiljøene alternative og fleksible verktøy som kan tilpasses til den enkelte anskaffelse. En utfordring med bestemmelsen, er imidlertid at innkjøpere i tilfeller der 30 % vekt på miljø vil være for mye, kan føle seg nødt til å stille absolutte krav for å unngå kravet til vektning. Ved å stille krav der en er usikker på om dette er riktig, kan en begrense konkurransesituasjonen og de løsningene som kan tilbys, på en uheldig måte.

Departementet stiller spørsmålet om det kan være u hensiktsmessig at bestemmelsen bare setter fokus på miljø som miljøkrav til ytelsen og tildelingskriterium. På områder med ikke uvesentlig miljøbelastning vil det sjelden være tilstrekkelig utelukkende å benytte kvalifikasjonskrav, slik at et valg mellom absolutte krav og tildelingskriterier kan være hensiktsmessig. Vi antar at «miljøkrav» her både omfatter krav i kravspesifikasjonen og kontraktskrav, og at det ikke er meningen å avgrense mot kontraktskrav. Det er mulig dette bør presiseres.

De andre spørsmålene departementet stiller til dette alternativet, har vi svart ut i redegjørelsen ovenfor. Bestemmelsen bør helt klart avgrenses til områder med ikke uvesentlig miljøbelastning, slik at ressursene kan benyttes der de gir mest effekt.

Avslutningsvis des det om innspill til hvilke kostnader forslagene vil få, og om bruk av ulike evalueringmodeller påvirker oppdragsgivers mulighet til å oppfylle et krav om 30 % vekt. Som vi har redegjort for flere steder i innspillet vårt, mener vi at det er svært uklart hva et krav om 30 % vekt betyr i praksis. Dersom departementet går videre med alternativ 1 og 2, anbefaler vi at det presiseres nærmere hva en mener med 30 % vekt. Ordlyden bør endres slik at den harmonerer mer med den evalueringmetodikken som DIFI anbefaler, og at effekten av bestemmelsen ikke vil bero på valg av evalueringmetodikken.

Alternative løsninger

Som det også fremheves i høringsnotatet, er oppdragsgiver avhengig av å kunne skreddersy konkurransegrunnlaget til den konkrete anskaffelsen for å få mest mulig miljø for pengene. Med fleksibilitet til å tilpasse virkemiddelbruken vil det være lettere for oppdragsgiver å oppnå en høyere miljøgevinst til en lavere kostnad enn dersom miljøhensyn må tas på en bestemt måte.

Offentlige oppdragsgivere er også i dag forpliktet til å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant. Hvis Regjeringen mener at offentlige innkjøpsmiljø ikke tar tilstrekkelig miljøhensyn, kan Regjeringen evt. be om at underliggende etater rapporterer både på hvilke strategisk tilnærming de har for å ivareta miljøkrav i anskaffelse og hvilke konkrete anskaffelser det er tatt miljøhensyn.

Ettersom høringen viser til en rapport fra Riksrevisjonen, ønsker vi også å nevne at rapporten analyserte anskaffelser som var kunngjort i 2018 og 2019. Utviklingen har gått veldig fort siden den gang. Det er all grunn til å tro at andelen som vektlegger klima og miljø i anskaffelser er klart høyere i dag. At andelen den gang ikke var høyere, skyldes nok både at det økonomisk koster å være først ute (ny teknologi vil i starten ha en høyere pris), og i tillegg har det vært en ganske stor risiko (juridisk). Det har vært uklart hvor tett tilknytning miljøhensynene måtte ha til leveransen for å kunne vektlegges, uklart hvilke miljøledelsessystemer som kunne likestilles, og hvilke miljømerker som er sammenlignbare. Det har de siste årene blitt enklere for oppdragsgivere å finne ut av hvordan miljø skal håndteres.

Rapporter viser også at det i hovedsak er manglende kompetanse, ikke manglende vilje, som begrenser hvilke miljøkrav og -kriterier som stilles. Hjelp og veiledning vil antagelig i større grad bidra til at det tas miljøhensyn som har effekt, enn at oppdragsgivere uten tilstrekkelig kompetanse forpliktes til å benytte et tildelingskriterium med en bestemt vekt.

I tillegg til satsning på kompetanse og veiledning mener vi det kan oppnås mye ved å stille krav om en forsvarlig vurdering av hvordan miljøhensyn skal ivaretas i hver enkelt anskaffelse. Det kan stilles krav om at denne vurderingen skal dokumenteres. Hvis det er ønskelig med en slik begrunnelsesplikt, kan det hentes inspirasjon fra bestemmelsen om oppdeling av offentlige kontrakter i § 25-5 (2) bokstav c. Det kan for eksempel innføres et nytt punkt i § 25-5 (2) som pålegger oppdragsgiver å beskrive i anskaffelsesprotokollen hvordan plikten som følger av LOA § 5 er ivaretatt i den konkrete anskaffelsen. Ved at det

stilles krav til en forsvarlig skriftlig begrunnelse vil oppdragsgiver måtte sørge for å ha tilstrekkelig kompetanse på området.

I høringsnotatet vises det til lovutvalget som skal «gjennomgå hele anskaffelsesregelverket og komme med forslag til endringer som både skal gjøre regelverket enklere tilgjengelig og vurdere reguleringer av miljøkrav». Når Regjeringen nå har oppnevnt et utvalg som skal se på anskaffelsesregelverket, bør spørsmålet om hvordan man skal regulere miljøhensyn i anskaffelser, gjøres til en del av dette arbeidet. Lovutvalget vil kunne vurdere konsekvensene av forslagene, samt se på om det er andre og mer hensiktsmessige måter å hensynta miljø på, som ikke griper inn i hvor godt anskaffelsesregelverket vil fungere etter sin hensikt. Det er viktig å ha fokus på at formålet med anskaffelsesregelverket er å sikre effektiv ressursbruk.

Med hilsen

Ove Myrvåg
Direktør Økonomi og virksomhetsstyring

Tekst for godkjenning settes inn ved ekspedering.