

FINSEMINARET 2023

# Miljø- og klimabevisste tildelingskriterier, tilbud og kontraktbestemmelser

Jurist-/advokatperspektivet

PARTNER WENCHE SÆDAL

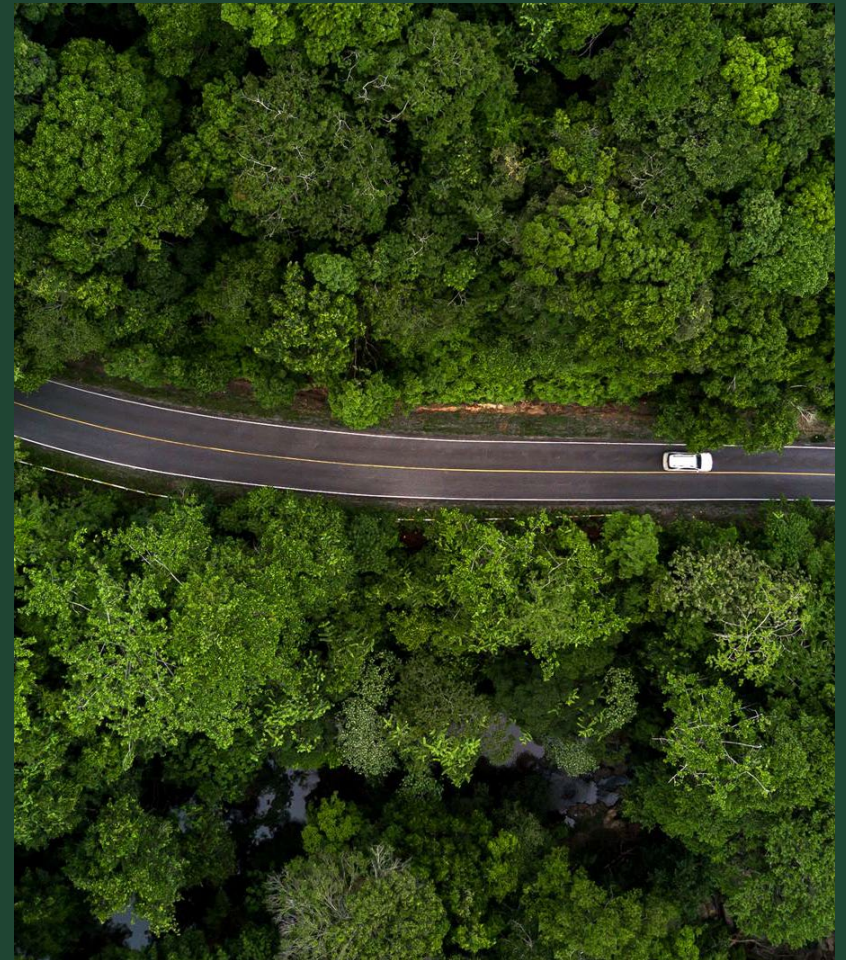
20.04.2023

THOMMESSEN

# Agenda

- Innledning
- Miljø- og klimabevisste tildelingskriterier
- Miljø- og klimabevisste tilbud
- Miljø- og klimabevisste kontraktbestemmelser

# Innledning



# Klima og miljø i bygge- og anleggsanskaffelser



Offentlige anskaffelser, herunder bygg- og anlegg, har betydelig innvirkning på Norges **klimafotavtrykk**

**Riksrevisjonen:** kritikkverdig at myndighetene **ikke bruker innkjøpsmakten godt nok** for å minimere miljøbelastningen (Riksrevisjonens undersøkelse av grønne offentlige anskaffelser, dokument 3:5 (2021–2022))

**DFØ:** Offentlige oppdragsgivere **mangler nødvendig kompetanse** for å avgjøre hvilke miljøkrav som bør stilles i en konkret anskaffelse og **få følger opp** kravene som stilles (undersøkelse fra DFØ 2022)

# Rett og plikt til å hensynta miljø- og andre samfunnshensyn

## LOA § 1

Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser

## LOA § 5

Oppdragsgiver har plikt til å

- Redusere skadelig **miljøpåvirkning** og fremme **klimavennlige løsninger**
- Ha egnede rutiner for å fremme respekt for **grunnleggende menneskerettigheter**

## FOA/FFO § 7-9

- Oppdragsgiver **skal** legge vekt på å **minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger** ved sine anskaffelser
- Oppdragsgiver **kan** stille **miljøkrav og kriterier** i alle trinn av anskaffelsesprosessen der det er relevant og knyttet til leveransen
- Der miljø brukes som tildelingskriterium, **bør** det som hovedregel **vektes minimum 30 prosent**

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter og forskrift om informasjons-, påseplikt og innsynsrett

Oppdragsgiver skal stille krav om **lønns- og arbeidsvilkår** for ansatte hos leverandører som medvirker til å oppfylle kontrakten

Forskrift om energi- og miljøkrav ved offentlig anskaffelse av kjøretøy til veitransport § 4

Oppdragsgiver har plikt til å stille miljøkrav ved anskaffelse av nærmere angitt kjøretøy

# Offentlige miljøkrav

- Miljøkrav er spredt i flere ulike regelverk, eksempelvis:
  - **Plan og bygningsloven**
    - Loven skal fremme bærekraftig utvikling til det beste for den enkelte, samfunnet og fremtidige generasjoner
  - **Byggeteknisk forskrift – TEK17**
    - Kapittel 9 og 10: Håndtering av helse- og miljøskadelige stoffer, grunnforurensing, naturmangfold og håndtering av avfall mv.
    - Fra 1.7.2022: krav om at nye bygg skal bygges slik at de senere kan demonteres, at materialer skal kartlegges for ombruk ved større arbeid i eksisterende bygg, krav om klimagassregnskap, strengere krav til sortering av avfall, mv.
  - **Forskrift om forbud mot bruk av mineralolje til oppvarming av bygg (fra 2018):**
    - Fra 1.1.2022 forbudt å bruke mineralolje til midlertidig oppvarming og tørking av bygninger og bygningsdeler for bygg under oppføring/rehabilitering
- Særlig om miljøkrav i entreprisekontrakter:
  - Ingen krav i standardkontraktene, utover at byggverket eller anlegget skal være i henhold til offentligrettslige krav
  - Byggherrene stiller krav til miljø og bærekraft – store aktører har gjerne egne standardbestemmelser/standardkrav
  - Sertifisering

# EUs taksonomi

- Taksonomien er et **frivillig klassifiseringssystem**
  - Hensikten er å definere hvilke aktiviteter som er bærekraftige
  - For bygg- og anleggsbransjen opererer taksonomien med syv ulike relevante aktiviteter, herunder: oppføring av nye bygg, renovering av eksisterende bygg, og anskaffelse og eierskap til bygg
- Inntatt i norsk lov via ny lov om bærekraftig finans – **trådte i kraft 1.1.23**
- Rapporteringsplikt (foreløpig) kun for finansinstitusjoner og større virksomheter

31.01.2023 publiserte KMD en veileder for *energirammer for nesten nullenergibygg og utregning av primærenergibehov, målt i primærenergi* som skal gi avklaring knyttet til taksonomien for eiendomsbransjen

# Hvordan hensynta miljø og klima i anskaffelser?

Det kan stilles krav eller kriterier til miljø i alle anskaffelsenens faser:

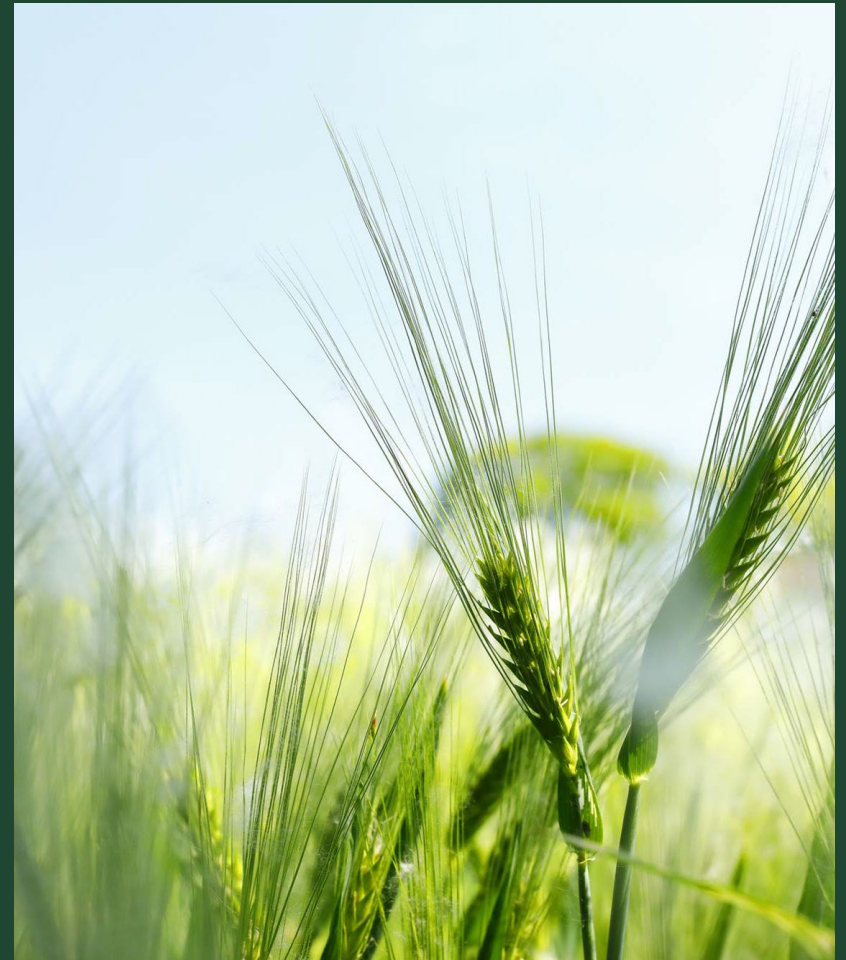
- ➔ Kvalifikasjonskrav (minstekrav til leverandøren)
- ➔ Tildelingskriterium (konkurransparameter)
- ➔ Kravspesifikasjon (krav til ytelsen)
- ➔ Øvrige kontraktskrav (administrative krav)

Oppdragsgivers skjønnsmargin: Hva passer best i den enkelte anskaffelse?

- Hvilke og hvordan miljøhensyn skal tas



# Miljø- og klimabevisste tildelingskriterier



# Krav til tildelingskriterienees innhold og utforming

## Være tilknyttet leveransen

*Sak C-448/01 Wienstrom*

Kunne ikke lovlig vektlegge mengden elektrisitet fra vedvarende energikilder utover oppdragsgivers forventede behov.

*KOFA-sak 2022/277*

Kriteriet "om leverandøren har, eller i ferd med å innføre, et miljøledelsessystem [...]" (vektet 10 %) manglet nødvendig tilknytning til leveransen. De underliggende egenskapene leverandørene måtte oppfylle for å kvalifisere for sertifiseringene ble ikke hensyntatt.

## Klart og forutsigbart

*KOFA-sak 2015/102*

Krav om at motoren skulle være i "høyeste tilgjengelige miljøklasse" var ulovlig. Uklart om oppdragsgiver siktet til miljøklassen for alle maskiner eller den aktuelle modellen.

*KOFA-sak 2022/545*

Krav om at produktene skulle være Fairtrade-merket eller ha «tilsvarende merkeordning» var ikke uklart idet tilbudte merkeordninger kunne sammenliknes opp mot kravene for å oppnå Fairtrade-merket.

## Stille egnet dokumentasjonskrav

*HR-2019-1801 A Fosen Linjen*

Stilles krav til at oppdragsgiver kan etterprøve tildelingskriterium på en objektiv måte. I følge Høyesterett var det en feil at tildelingskriteriet "miljø" ikke var ledsaget av tilstrekkelige dokumentasjonskrav.

*KOFA-sak 2016/127*

For tildelingskriteriet økokjøring var tilbyderne invitert til å beskrive hvilken metodikk som ville bli implementert for å kjøre økonomisk og miljøvennlig. EU-domstolens avgjørelse i Wienstrom kan ikke forstås slik at den er til hinder for å oppstille et slikt kriterium.

# Miljø- og klimabevisste tilbud





# Hvordan utforme tilbudet?

- Svar på konkurransegrunnlaget
- Vær særlig oppmerksom på tildelingskriteriene og kravspesifikasjonen
- Tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene skal avvises, jf. FOA § 24-8 og FFO § 20-8
  - Dokumentasjon
  - Formuleringer
- Ha et bevisst forhold til tilbudets bindende kraft



# Anbudskrangel endar i retten: Krev 73 millionar frå Bybanen Utbygging

Implenia Norge AS meiner dei burde fått jobben med å bygge bybanetunnel til Fyllingsdalen. No har dei gått til millionsøksmål.

Publisert: 9. mai 2020



## LG-2021-84575

- I anbudskonkurransen var det fastsatt to tildelingskriterier, henholdsvis "**total pris**" (75%) og "**oppgaveforståelse**" (25 %)
  - "Grønnere bybane"
  - Minstekrav på 80% andel fornybar energi
- Implenia (saksøker) anførte blant annet at deres tilbud objektivt sett bedre enn vinnende tilbyder med hensyn til driftsopplegg, fremdrift og grønnere bybane
- Lagmannsretten anså at ingen av tilbyderne forpliktet seg til en merverdi knyttet til andel fornybar energi utover minstekravet på 80 % og dermed kunne ikke Implenias anførsel føre frem

# Tildelingskriteriet

2	<b>Oppgaveforståelse</b> Kriteriet vil bli vurdert basert på en helhetlig vurdering av:  Gjennomføring av entreprisen i praksis, herunder Grønnere Bybaneutbygging (se Vedlegg A Arbeidsbeskrivelse punkt 2.30)	Redegjørelse av hvordan leverandør vil gjennomføre oppdraget. I tillegg skal det redegjøres for de største utfordringene og risiki i prosjektet og hvordan de er tenkt håndtert, hvordan HMS, KS og ytre miljø (støy og støv) er ivaretatt, samhandling med oppdragsgiver samt hvordan Bybanen Utbyggings mål om en Grønnere bybaneutbygging er ivaretatt i anleggsgjennomføring.	25 %
---	--	---	------

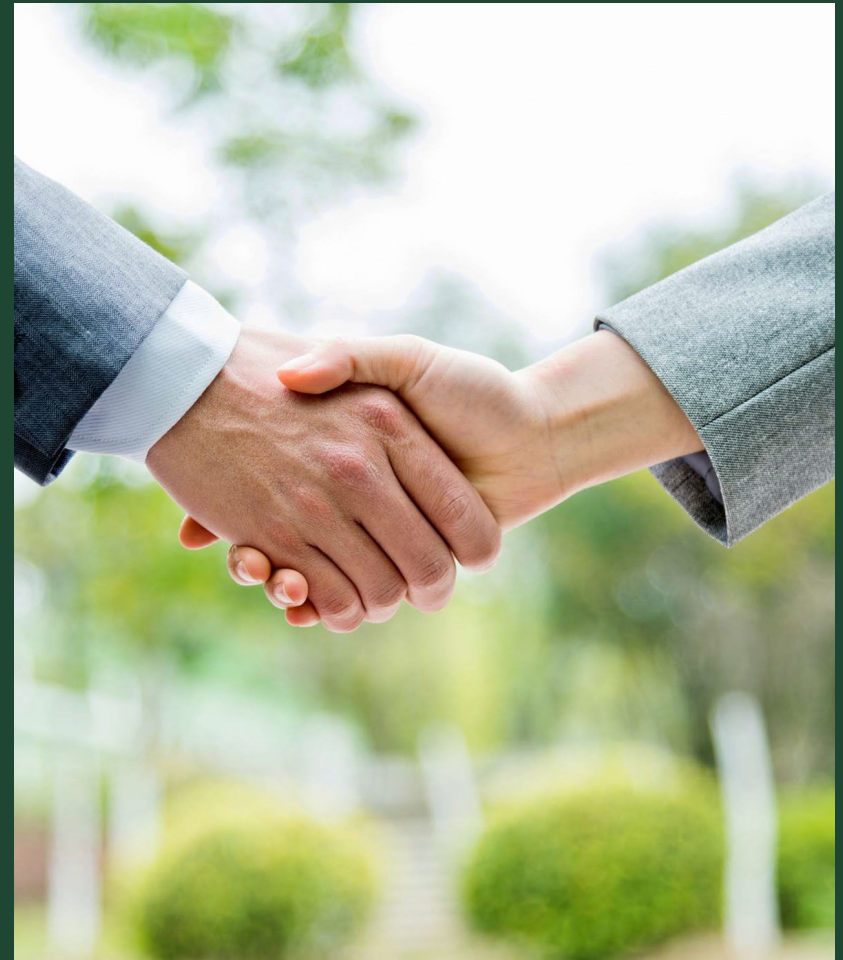
- Retten vurderte at de tre miljøkravene som var listet opp under punkt 2.30 – Grønnere Bybaneutbygging – i arbeidsbeskrivelsen var å anse som absolutte krav, jf. ordlyden:
  - Oppdragsgiver **krever** at alle entreprenørens biler for persontransport skal være nullutslippsbiler
  - Oppdragsgiver **krever** at entreprenøren benytter kjøretøy som tilfredsstillende EURO VI ved massetransport.
  - All produksjon i denne kontrakten **skal** utføres med 80 % fornybar energi. Det er mulig å løse dette med garantert fornybar elektrisitet eller bærekraftsertifisert og palmeoljefritt biodrivstoff.
- Dette i motsetning til ordlyden i de to siste avsnittene under punkt 2.30 hvor det er benyttet uttrykk som "ønsker" og "ber":
  - Oppdragsgiver **ønsker** bruk av lavkarbonbetong av høyeste klasse der dette er gjennomførbart.
  - Oppdragsgiver **ber** leverandør om å synliggjøre hvordan han kan bidra til at Bybanen Utbygging kan redusere sitt klima- og miljøavtrykk lokalt og globalt."

*"Når det gjelder grønnere bybane, legger retten ut fra bevisføringen til grunn at **begge tilbyderne forpliktet seg til å levere i henhold til minstekravet på 80% fornybar energi.** Retten legger videre til grunn at **ingen av dem forpliktet seg til å levere på en høyere andel fornybar energi,** selv om det i begge tilbud var beskrivelser og uttalelser som tilsier at de begge hadde en ambisjon om å kunne levere på en høyere andel fornybar energi. Retten mener således at BU korrekt ikke har tillagt noen av tilbudene en merverdi på dette punktet"*

LG-2021-84575



# Miljø- og klimabevisste kontraktsbestemmelser





# Hvilke kontraktsbestemmelser kan stilles?

- Oppdragsgiver har et vidt handlingsrom til å bestemme hvilke kontraktsbestemmelser som skal benyttes
- **Eksempler**
  - Fossilfri og utslippsfri byggeplass
  - Reguleringsplan som virkemiddel
    - KMD har uttalt at plan -og bygningsloven ikke gir hjemmel for at det i reguleringsplan kan kreves fossilfri/utslippsfri byggeplass
  - Materialvalg og gjenbruk
  - Merkeordninger
- Kontraktsbestemmelser må være tilstrekkelig **klart utformet** i konkurransegrunnlaget, ha **tilknytning** til leveransen og være **forholdsmessig**



# Miljøsertifisering som kontraktskrav

- En praktisk måte å implementere miljøkrav i entrepriseavtaler er ved å benytte miljøsertifiseringsverktøy
- BREEAM-NOR – Norsk tilpasning av BREEAM – den mest brukte miljøsertifiseringen for nybygg og større rehabiliteringer
  - Ny manual BREEAM-NOR v6.0 lansert 28. februar 2022 – **implementerer taksonomikriteriene for miljømål 1**
- BREEAM Infrastructure (tidl. CEEQUAL) – internasjonalt anerkjent miljøsertifiseringssystem for anleggsprosjekter
- Bygherrer og entreprenører gis et felles rammeverk
- Tredjepartssertifisering som sikrer uavhengighet og troverdighet

# Oppfølging av kontraktskrav

- Påse at bestemmelse i kontrakten **aktivt følges opp**
  - Intervaller for oppfølging avhengig **av tid og ressurser**
  - Bruk av **måleindikatorer** for eksempler for utslipp av klimagasser eller andel produkter med lav miljøbelastning
  - Aktive **kontroller** med jevne mellomrom
  - Etabler **rapporteringsrutiner** med leverandør tidlig
- Sørg for egnede **sanksjoner**
  - Proporsjonalitet
  - Retting, prisavslag, bøter, erstatning og heving
  - Vurdere mindre sanksjonsmuligheter i starten
- Miljøbonus
  - Resultatbasert **bonusregime med minstekrav**
  - **Tilleggsutbetalinger** til leverandører som leverer over krav

Manglende kontraktsoppfølging kan føre til at kontrakten er vesentlig endret i strid med anskaffelsesregelverket



# Ikke glem fallgruvene!

## Vinner anbud tross transport på 6000 km – med tilhørende utslipp

TOPICS:: Difl Klima Kompetanse Leverandører Miljø Stortinget Utslipp



Arbeids- og velferdsetaten har nylig startet en ny anskaffelse av ganghjelpemidler. Etaten har brukt mye tid og ressurser i planleggingsfasen av anskaffelsen blant annet for å sikre at viktige hensyn knyttet til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsene blir ivaretatt, opplyste arbeids- og sosialminister Anniken Hauglie i et skriftlig svar på spørsmål fra Stortinget (foto: Jan Richard Kjelstrup/ASD).

Kilde: <https://www.anbud365.no/bransjer/transport/vinner-anbud-tross-transport-pa-6000-km-med-tilhorende-utslipp/>

Byggeindustrien bygg.no Les Byggeindustrien digitalt

Den elektriske gravemaskinen som lades av et dieselaggregat skaper debatt på nett. Skjermdump fra Facebook/Stian Skare

### Her lades den elektriske gravemaskinen med dieselaggregat

Publisert 06.08.2021 16:02 – Oppdatert 28.12.2021 09:28

En video av en elektrisk gravemaskin som lades med et dieselaggregat har skapt stort engasjement i sosiale medier. – En engangshendelse, sier Oslo kommune.

Kilde: <https://www.bygg.no/her-lades-den-elektriske-gravemaskinen-med-dieselaggregat/1473510/>

## Klimatiltak kan koste Oslo flere hundre millioner kroner. Effekt? Ingen.

Oslo-byrådet møter nye skjær i sjøen for å nå klimamålene sine. Nå kan det bli nødt til å fjerne et viktig klimatiltak.



Kilde: <https://www.aftenposten.no/oslo/Oslo-byradet-kan-koste-oslo-flere-hundre-millioner-kroner-effekt-ingen>

# Takk for meg!

thommessen.no  
Oslo • Bergen • Stavanger • London



**Wenche Sædal**

PARTNER // ADVOKAT

Bergen

M +47 45 45 38 65

E [wsa@thommessen.no](mailto:wsa@thommessen.no)