



HØRINGSSVAR FRA ADVOKATFIRMAET BERNGAARD

08. mars 2023

--

Vi viser til høringsnotat med forslag til endring av miljøbestemmelsene i forskrifter relatert til offentlige anskaffelser.

Advokatfirmaet Berngaard AS («Berngaard») takker for denne muligheten og vil med denne høringsuttalelsen dele våre betraktninger. Våre kommentarer er generelle og vil i stor grad ha relevans enten det dreier som anskaffelser relatert til anskaffelsesforskriften, forsyningsforskriften eller konsesjonsforskriften.

Undertegnede representerer et advokatfirma med advokater som enkeltvis og samlet har arbeidet med anskaffelsesregelverket i mer enn 30 år, de siste 15 som operative advokater og rådgivere for både oppdragsgiver- og leverandørsiden i et meget stort antall anskaffelsesprosesser av svært varierende karakter, art og betydning. Vår erfaring med anskaffelsesregelverket er derfor mangfoldig. I tillegg har Berngaard satt seg mål om være landets beste på grønn juss.

Prinsipielt er vi for å skjerpe plikten til å ivareta miljøhensyn (i vid forstand) i den norske anskaffelsesvirksomheten og vi mener at dette også må synliggjøres i anskaffelsesregelverket. Vi mener imidlertid at alle forslagene til forskriftsendringer er for premature. Vi har sympati med at det er «ønskelig å komme raskt i gang», men anskaffelsesregelverket utgjør kun én brikke blant mange tiltak for å oppnå de mål de fleste trolig kan enes om. Forslaget er (uansett modell) lite helhetlig, uklart, ikke fundert i et presist overordnet formål, dårlig forankret med eksisterende lovbestemmelser og vanskelig å sette seg inn i når de ikke beskrives i sammenheng med ulike typer anskaffelser og andre nødvendige regelverksendringer. Det er dessuten svært uklart om og hvordan departementet vil sette i gang andre nødvendige tiltak som tydeligere kompetansebygging og veiledning, enhetlig arbeid med standardisering og måling og rapportering av at tiltaket faktisk virker.

Vår overordnede anbefaling er derfor at myndighetene nå i første omgang går tydelig ut og kommuniserer sin vilje til å stramme til anskaffelsesregelverket som virkemiddel for å ivareta de relevante hensyn knyttet til miljø i vid forstand og bærekraft, - for eksempel ved å formulere noen klare mål slik det er gjort i Danmark. På denne måten vil oppdragsgivere og de berørte bransjer i stor grad bli varslet om at de nå må starte sine forberedelser for dette. Men Departementet bør bruke noe mer tid på å formulere de relevante bestemmelser, herunder knytte disse til nødvendige andre endringer i regelverket. Det vises til at det allerede er igangsatt et nytt regelverksarbeid. Dette bør integreres.

1 Trenger vi en plikt til å hensynta miljø- og klima i anskaffelsesregelverket?

1.1 Innledning

Anskaffelsesregelverket slik vi kjenner det i dag, inneholder en rekke bestemmelser som de fleste vil si i større grad ivaretar andre hensyn enn de rent anskaffelsesfaglige. Slike hensyn omtales også ofte som «andre hensyn».

Spørsmålet om ivaretagelse av såkalt ikke- anskaffelsesfaglige hensyn som del av den offentlige anskaffelsesvirksomheten har vært diskutert og vurdert i Norge siden regelverksutviklingen skjøt fart tidlig på 90-tallet. I NOU 2014:4 uttalte et samlet utvalg

«at anskaffelsesregelverket ikke er eller bør være til hinder for at oppdragsgivere kan legge vekt ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, slik det er fremhevet også i det nye anskaffelsesdirektivet. Dette kan skje på ulike stadier av anskaffelsesprosedyren, for eksempel ved beskrivelsen av anskaffelsen i konkurransegrunnlaget, ved kvalifiseringen av leverandører, i tildelingsfasen eller i kontraktsvilkårene. Utvalget presiserer imidlertid at det hviler et stort ansvar på offentlige myndigheter når det gjelder styring av og støtte til oppdragsgivere som eventuelt ønsker å ivareta slike hensyn. Det bør fokuseres på å tilby kunnskap og veiledning til oppdragsgivere om hvilke hensyn som lovlig kan ivaretas, og hvordan dette best kan og bør gjøres, slik at man samtidig sikrer effektive anskaffelser og en sunn konkurranse. I den grad det er ønskelig å forene ikke-anskaffelsesfaglige hensyn med anskaffelsesfaglige hensyn, bør dette skje på en standardisert og kvalitetssikret måte. Dette forutsetter gode faglige miljøer som forstår både de anskaffelsesfaglige utfordringene og de aktuelle hensyn som eventuelt skal trekkes inn i anskaffelsesprosessen.»

Den siste revisjonen av anskaffelsesregelverket skjedde i 2017. I innledningen til departementets veileder uttales:

«Det nye regelverket legger også godt til rette for at offentlige oppdragsgivere kan ivareta miljø- og klimahensyn, sosiale hensyn, innovasjon og andre samfunnshensyn gjennom sine anskaffelser.

De nye reglene vil imidlertid være av begrenset verdi, dersom dere som offentlige innkjøpere ikke utnytter de mulighetene som ligger i de nye anskaffelsesreglene. For å oppnå "det gode innkjøp" er det helt nødvendig at offentlig oppdragsgivere vektlegger innkjøpsfaglig kompetanse hos sine medarbeidere.»

Vi støtter departementets intensjon om å gjøre forpliktelsene til å ivareta miljø og bærekraft tydeligere enn i dagens regelverk. Krav i anskaffelser kan endre hele markeder. Det kan få fram nye innovative løsninger, påvirke næringslivet til satsing på klimaløsninger, - og vi kan få til grønn verdiskapning.

Anskaffelsesmyndighetenes bevissthet om det ansvaret og den påvirkningskraft man har i kraft av å anskaffe for ca 650 mrd kroner, må styrkes. Å forene gode anskaffelser med et

effektivt arbeid knyttet til miljø, klima og bærekraft (og andre hensyn) gir fantastiske muligheter til å gjøre en forskjell i Norges og vårt eget miljøarbeid.

Når dette er sagt, mener vi de forslagene som er fremlagt i høringsutkastet - som forskriftsendringer- er for premature. Vi har sympati med at det er «ønskelig å komme raskt i gang», men anskaffelsesregelverket utgjør kun én brikke blant mange tiltak for å oppnå de mål vi trolig kan enes om. Forslaget er (uansett modell) lite helhetlig, uklare, ikke fundert i et presist overordnet formål, dårlig forankret med eksisterende lovbestemmelser og vanskelig å sette seg inn i når de ikke beskrives i sammenheng med ulike typer anskaffelser og andre nødvendige regelverksendringer. Det er dessuten svært uklart om og hvordan departementet vil sette i gang andre tiltak som tydeligere kompetansebygging og veiledning, enhetlig arbeid med standardisering og måling og rapportering av at tiltaket faktisk virker.

Vår overordnede anbefaling er derfor at myndigheter nå i første omgang går tydelig ut og kommuniserer sin vilje til å stramme til anskaffelsesregelverket som virkemiddel for å ivareta de relevante hensyn knyttet til miljø,- og bærekraft,- for eksempel ved å formulere noen klare mål slik det er gjort i Danmark. På denne måten vil oppdragsgivere og de berørte bransjer i stor grad bli varslet om at de må starte sine forberedelser for dette. Men departementet bør bruke noe mer tid på å formulere de relevante bestemmelser, herunder knytte disse til nødvendige andre endringer i regelverket.

I mange år har man sagt at anskaffelsesregelverket er vanskelig å etterleve. Innkjøpsnorge er derfor godt befolket med jurister, men det trenger vi ikke nå. Vi trenger de som kan sammenhengene mellom hvilke behov som skal fylles, hvilke hensyn vi må ta tak i og etter beste evne ivareta og hva som til enhver tid er teknologisk mulig,- og de som kan fortelle oss hva som er gode klima,- og miljømessige løsninger og hva som ikke er det.

Å kun jobbe på regelverkssiden er symbolpolitikk.

1.2 Forslagenes formål er uklare

Høringsutkastet er svært uklart med hensyn til hvilke formål og hensyn som skal ivaretas. Av den innledende teksten forstår vi at departementet foreslår nye forskriftsbestemmelser slik at regelverket ivaretar hensynet til bærekraft. Det vises til at bærekraft har en miljømessig, sosial og økonomisk dimensjon. Det miljømessige bærekraftbegrepet gjelder klima og miljø, og dreier seg om å finne en løsning på klimakrisen. Det sosiale bærekraftbegrepet handler om å sikre menneskerettighetene, ved å for eksempel motvirke sosial dumping og bekjempe arbeidslivskriminalitet. Det økonomiske bærekraftbegrepet handler om å sikre økonomisk trygghet for mennesker og samfunnet.

Men klima- og miljøhensyn har neppe en så omforent og overordnet forståelse som departementet synes å legge til grunn? Det tas i liten grad stilling til hva et miljøkrav er.

Vi ser formuleringer som krav og kriterier «for å redusere skadelig miljøpåvirkning, men også for å fremme klimavennlige løsninger» og videre «minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger». I «30-prosentregelen» benyttes uttrykket «miljøhensyn».

Vi mener det må gis tydeligere retning om hvilke mål som skal oppfylles. Handler det bare om Co2?

En ting er når det ikke er klart «hva som er miljø». Men hva er egentlig «positivt» for miljøet? Vi mener at intensjonen med skarpere forpliktelser i anskaffelsesregelverket undermineres dersom det i stor grad overlates til den enkelte offentlige innkjøper å avgjøre dette. Ulike miljøhensyn vil svært ofte kunne komme i konflikt med hverandre. Eksempelvis vil et ønske om å bevare jomfruelige naturressurser i form av resirkulering av avfall kunne føre til en økning av diffuse forurensende utslipp til det ytre miljø og være mer energikrevende slik at klimagassutslippene totalt sett øker.

Et ønske om bruk av fornybar energi vil igjen kunne føre til at naturarealer beslaglegges til fortrengsel for biologisk mangfold.

Og hvordan måler og estimerer man den positive miljøeffekten?

Vi mener at Norge må se hen til Sverige, som nå synes å innføre en regel om at «klima, miljø, menneskers helse, dyreomsorg og sosiale og arbeidsrettslige aspekter skal ivaretas i offentlige anskaffelser, dersom anskaffelsen art tilsier at det bør vektlegges.»

1.3 Forslaget er ikke hjemlet i eksisterende lovbestemmelse

Norge og lovgiver har per dags dato regulert hovedprinsippene for hvordan oppdragsgiver skal balansere anskaffelsesfaglige og aktuelle samfunnsutfordringer i sin anskaffelsesvirksomhet i Lov om offentlige anskaffelser («loa») § 5;

«Statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant. Dette skal blant annet skje ved at oppdragsgiveren tar hensyn til livssyklus kostnader. Disse oppdragsgiverne skal også ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Departementet kan gi forskrift om det nærmere innholdet av bestemmelsen.» (Våre understrekninger)

Bestemmelsen gjelder uavhengig av anskaffelsens verdi, men det følger av forarbeidene at forholdsmessighetsprinsippet kommer til anvendelse, hvilket innebærer at kravene om stilles, må stå i forhold til det som anskaffes. Eksempelvis må den miljømessige effekten av kravene veies opp mot kostnadene og de administrative byrdene som partene påføres ved overholdelse og oppfølging av kravene.

Til tross for ordlyden «skal», er det ikke en absolutt plikt.

Bestemmelsen er fulgt opp i eksisterende FOA § 7-9, som heller ikke er en absolutt plikt til å kombinere miljøhensyn med offentlige anskaffelser.

De fremlagte alternativene skjerper plikten til å ivareta miljøhensyn. Høringsutkastet problematiserer ikke om dette er hjemlet i loven. Vi er av den oppfatning at det ikke er det. Vi mener at om vi i Norge skal introdusere skjerpede plikter til å ivareta miljø- og klimahensyn (og for så vidt også andre hensyn), må dette ses i sammenheng med tydeligere forpliktelser - og ditto rettigheter for leverandørene - i loven.

2 Viktige forutsetninger for en tydeligere regulering av oppdragsgivers forpliktelser til å ivareta miljøhensyn (og andre samfunnshensyn)

2.1 Særlig om prinsippet om konkurranse

Vi oppfatter at det er allment akseptert i norsk anskaffelsesrett at den offentlige anskaffelsesvirksomheten skal baseres på konkurranse. Det vises til LOA § 4 om at

«Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet»

Konkurranse er både et mål og et virkemiddel for å sikre effektiv ressursbruk i det offentlige og økt verdiskaping i samfunnet.

Kravet til konkurranse innebærer at oppdragsgiver må ha særskilt hjemmel for å foreta en anskaffelse direkte fra en leverandør uten konkurranse.

Dersom det settes strengere miljøkrav enn det markedet er modent for, risikerer man at det bare er en leverandør som kan oppfylle kravene. Vi mener at departementet i større grad må redegjøre for konsekvensen av dette grunnleggende prinsippet dersom det skal forenes med en plikt til alltid å legge vekt på miljøhensyn.

2.2 Reguleringen må hensynta at anskaffelsesvirksomheten omfatter et meget bredt spekter av anskaffelser - hvor er vurderingene av forholdsmessighetsprinsippet?

På et overordnet nivå har vi ovenfor påpekt at forslaget fremstår lite presist med hensyn til hvilke mål forslaget skal oppnå. Det er også lite presist i forhold til hvordan kravet skal gjennomføres i den enkelte anskaffelse. Selv om det de siste årene har etablert seg en mer samlet opinion rund å ivareta miljøhensyn (i bred forstand) er temaet også preget av stor kompleksitet og usikkerhet. Dette smitter selvfølgelig over på offentlige oppdragsgivere. Det skjer mye bra hva gjelder å bygge kompetanse om offentlig anskaffelsesvirksomhet generelt. Vår erfaring er likevel at vi er langt fra mål hva gjelder å bygge kompetanse og kunnskap hverken generelt eller om miljø (i vid forstand) spesielt.

Ved å tillegge offentlige oppdragsgivere en absolutt og generell plikt til å vektlegge miljøhensyn pålegges innkjøpsmiljøene en ytterligere plikt til å bygge kompetanse.

At offentlige oppdragsgivere (og de relevante bransjer) forstår hvordan miljøkrav og kriterier skal utformas for å oppnå en så stor miljønytte som mulig, utgjør i seg selv en kompleks

oppgave. Hertil kommer at det vil forventes at oppdragsgivere har kjennskap til eksisterende miljøtiltak av relevans for den aktuelle anskaffelsen. I tillegg må oppdragsgiveren ha nødvendig kompetanse om hvordan de relevante markeder ivaretar miljøhensyn.

Det er stor variasjon med hensyn til graden av "greenness" i ulike bransjer, sektorer, varer og tjenester. Noen sektorer har kommet langt og noen har knapt begynt, i den forstand at det ikke finnes miljøtilpassede alternativ tilgjengelig på markedet. En innkjøper vil i løpet av sin karriere gjennomføre et stort antall anskaffelser og det er stor forskjell fra anskaffelse til anskaffelse hvordan man best kan ivareta kravet til miljø. Og det kan gå mange år mellom hver gang en innkjøper jobber med samme type anskaffelse. For at anskaffelsesregelverket skal ha en effekt, må det lages slik at det er mulig for en innkjøper å håndheve, uten å være ekspert på miljøkrav knyttet til hver enkelt anskaffelse. Vi minner her om at en rekke offentlige oppdragsgivere er små og har begrensede innkjøpsressurser til rådighet.

En absolutt plikt vil derfor bare i begrenset grad treffe de hensyn som må ivaretas. I praksis vil offentlige innkjøpere da tvinges til å vektlegge klima og miljøhensyn, selv når det ikke er relevant. Dette vil gi lite effektiv ressursbruk, samtidig som det ikke bidrar til oppnåelsen av klima- og miljømål.

2.3 Om de ulike alternativene

Forslag 1: Offentlige oppdragsgivere må vekte miljø med minst 30 prosent i sine anskaffelser.

«Oppdragsgiveren skal legge vekt på å minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger ved sine anskaffelser, og skal stille miljøkrav og kriterier i anskaffelsesprosessen. Miljøhensyn skal alltid vektes med minimum 30 prosent og høyere der det er relevant»

Et alternativ hvor det ikke lenger vil være valgfritt for offentlige oppdragsgivere å stille miljøkrav og kriterier treffer ikke de mål vi mener en regelverksendring skal favne. Som det vil fremgå av avsnittene ovenfor, mener vi det er meningsløst med en så kategorisk bestemmelse.

Hva gjelder høringsutkastet forslag til unntaksbestemmelse viser vi til punkt 2.6 nedenfor.

Forslag 2: Vekting av miljøkriterier ved ikke uvesentlig miljøbelastning

«Oppdragsgiveren skal ta hensyn til å minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger ved sine anskaffelser. Offentlige oppdragsgivere skal stille miljøkrav eller kriterier på minst ett av følgende trinn i anskaffelsesprosessen:

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

Forslag til ny § 18-1 (3a)

«På områder med ikke uvesentlig miljøbelastning skal miljøhensyn alltid vektes minimum 30 prosent.»

I lys av de hensyn vi har påpekt innledningsvis, mener vi dette alternativet, - med noen tilpasninger, presiseringer og en bedre forankring med LOA § 5 er det beste.

Vi støtter plikten til å minimere miljøbelastningen, gitt at oppdragsgiver kan angi hvilken miljøbelastning det siktes til. Og vi støtter friheten til å velge hvordan dette best kan ivaretas, det være seg som krav til aktuelle leverandører, krav til ytelsen som alle må respondere på (og som kan følges opp i kontrakt) som tildelingskriterium som kan skille leverandører fra hverandre og/eller som kontraktskrav. Den optimale løsning vil som sagt variere både fordi anskaffelsene er så forskjellig og fordi modenheten i de relevante markeder hele tiden vil endre seg.

Vi forstår alternativet slik at oppdragsgiver selv kan velge hvordan de relevante mål best kan nås. Vi mener eksempelvis at man oppnår ikke forslagets gode intensjoner om man benytter miljø som minstekrav, når leverandørene som bransje ikke kan respondere. Da kan miljø som tildelingskriterium være relevant. Det samme dersom det er ønskelig å stimulere til innovasjon og miljøvennlige løsninger eller gi signal om kommende minstekrav (ved neste anskaffelse).

Vi mener at dette, - sammen med god veiledning og tiltakende standardisering gir det beste rommet til å ivareta det ansvaret det offentlige har.

Vi noterer at også her foreslås det et «absolutt krav om bruk miljø som tildelingskriterium og vekting på 30 %. Det fremstår uklart om dette også skal gjelde i de såkalte kombinasjonstilfellene. Uansett er det ikke målrettet å stille et slikt krav, dersom de relevante kravene kan stilles på en mer formålsspesifikk måte.

Vi mener at uansett valg av plikt til å ivareta miljøkrav, må det åpnes for at plikten ikke gjelder dersom kravene (uansett hvordan hvilken del av anskaffelsesprosessen de nedfelles i) fremstår meningsløse. Terskelen for å at det foreligger en «ikke uvesentlig miljøbelastning» må være lav.

Forslag 3: Kombinasjon av miljøkrav og vekting av miljøhensyn.

«På områder med ikke uvesentlig miljøbelastning skal oppdragsgiver enten stille miljøkrav til ytelsen, eller vekte miljøhensyn med minimum 30 prosent. Bruken av miljøkrav og vekting av miljøhensyn kan også kombineres».

Forslaget angir nødvendig handlingsrom, men kun mellom krav (til ytelsen) og tildelingskriterier. Som det fremgår av våre kommentarer til alternativ 2 mener vi dette er for snevert.

Vi påpeker også at forslaget ikke uttrykkelig angir hvilken relativ vekt miljøhensyn skal ha. Det er således ikke gitt noen uttrykkelige føringer på vektingsprosent i de tilfeller miljøkrav og vekting av miljøhensyn kombineres, og dette vil være opp til den enkelte oppdragsgiver å bestemme.

Når det gjelder henvisningen til ikke uvesentlig miljøbelastning, viser vi til vår kommentar ovenfor.

2.4 Vekt på 30 % - Større eller mindre?

Angivelsen av et krav om 30 %-vekting er i svært liten grad utdypet. Hvorfor nettopp 30 %? Vi antar dette er en videreutvikling fra anmodningsregelen fra 2017, men i gjeldende bestemmelse er 30 % et utgangspunkt, som kan justeres. Det er ikke tilfellet i forslaget.

Vi mener en fleksibilitet fortsatt er viktig, for å ivareta at krav og kriterier tilpasses markedssituasjonen i den konkrete anskaffelsen. Angivelsen av 30 % bør derfor fortsatt anses som en veiledning, ikke som en rettslig skranke. For anskaffelser som gjennomføres i umodne leverandørmarked kan 30 % miljøvekting vurderes som for høyt samtidig som oppdragsgiver allikevel har et ønske om å synliggjøre et fokus på miljø / dekke miljøhensyn som ikke er tatt inn andre steder. I slike tilfeller må oppdragsgiver ha en mulighet til å vekte miljø lavere da alternativet vil kunne være at man da i stedet unnlater å benytte miljø som tildelingskriterium.

Når dette er sagt, erfarer vi at dersom kriteriet angis med for lav vekting, fremstår miljøkriteriet ofte som en form for grønnvasking; noe som må med, men ikke får reell betydning for anskaffelsen. Vi mener at dersom miljøkriteriet skal inngå i evalueringen, bør det telle så vidt mye at det reelt skaper incitament til å investere i grønn produksjonsteknologi. Om forventningen til å levere på miljø får for liten betydning, sammenlignet med andre kvalitative egenskaper og pris, kan et tilbud med lav eller tilnærmet ingen miljøeffekt vinne konkurransen og da er vektleggingen av miljø tilnærmet virkningsløs, det vil si, ingen effekt på det egentlige problemet.

2.5 Bruk av standarder og merkeordninger

Departementet ber om innspill om hvordan miljøkrav kan dokumenteres på en god måte, f.eks. gjennom metoder/systemer eller ordninger. Og bør dokumentasjon av miljøkrav standardiseres i regelverket, eller bør det i regelverket eller veiledning peke på anerkjente metoder og verktøy?

Vi mener at regelverket tydelig må legge opp til både beskrivelse av anskaffelsen relatert til ønsket miljøeffekt og dokumentasjon av miljøkrav (i vid forstand) standardiseres.

I EU er regelverket endret i 2017 slik at oppdragsgivere kan spørre direkte om miljømerker i anskaffelser. Vi tror dette bidrar til å stille krav som monner for å møte EUs miljøambisjoner (som også antas å være Norges ambisjoner.)

Vi erfarer at det i EU stadig utvikles kriterier for EUs miljømerke (EU Ecolabel) parallelt med offentlige kriteriesett (EUs Green Purchasing Principles). Vi mener at departementet parallelt med strengere krav til miljø må bygge opp en god integrering i prosessverktøy/styringssystem som sikrer gjennomføring «on default», herunder utnyttelse av den kompetanse som tross alt er utviklet.

Vi mener det må tas et aktivt valg med hensyn til å gjøre det obligatorisk å bruke type 1 miljømerker (livssyklusmerker) eller tilsvarende dokumentasjon i offentlige innkjøp, der dette er relevant.

Gjeldende bestemmelser om standarder og merkeordninger må gjennomgås og revideres.

2.6 Formuleringer knyttet til unntak – bør henge sammen med en redegjørelsesplikt

Vi er bedt om å kommentere om det bør innføres et unntak for helt spesielle tilfeller?

Som det fremgår ovenfor er vi for en plikt, men den kan ikke formuleres så absolutt at oppdragsgivere mister enhver fleksibilitet. Det er meningsløst med et krav om vektlegging av et tema som markedet ikke nødvendigvis kan respondere på eller som ikke har relevans for oppdragsgiveren og for miljøet.

Følgelig er vi for at det skapes fleksibilitet, men med klare rammer herunder med redegjørelsesplikt for hvorfor det eventuelt ikke stilles krav til miljø i konkurransen og/eller i kontrakten. Vi mener ikke at det skal være et fritt skjønn. Beslutningen om ikke å stille krav og kriterier til miljøhensyn (i vid forstand) må baseres på så objektive fakta som mulig. Vi er skeptiske til at unntaket skal relateres til uforholdsmessige kostnader. Det vet jo faktisk ikke oppdragsgivere før de har sondert i markedet gjennom dialog g/eller gjennomført i konkurransen.

Vi anbefaler at unntaksregel knyttes til mer objektive forhold; som mangel på teknologi, mangel på standardisering og/eller at det gitt anskaffelsens art og omfang ikke hensiktsmessig at oppdragsgiver selv beskriver dette. At markedet ikke kan respondere er også et objektivt krav, men det forutsetter at det er gjennomført en dialog (se om dette nedenfor) med markedet.

Unntakene må være knyttet til de tilfellene hvor markedet ikke kan respondere på miljøkravene i det hele tatt.

I forlengelsen av dette bør departementet angi hvordan en absolutt plikt til å ivareta miljøhensyn skal overvåkes og sanksjoneres dersom oppdragsgivere ikke følger opp.

Hvilke rettigheter skal leverandørene ha? Og allmennheten?

Vi har merket oss at det i Danmark gjelder en protokollplikt. Danske oppdragsgivere risikerer en økonomisk sanksjon på 1 % av kontraktens verdi (maks 100 000 DK) hvis det ikke er gitt en begrunnelse. Om man skal få en virksom pliktbestemmelse, bør noe tilsvarende vurderes også i det norske regelverket.

3 En plikt til å ivareta miljøhensyn må linkes til klare plikter og veiledning om andre deler av anskaffelsesregelverket

Som det fremgår ovenfor støtter vi prinsippet en sterk skjerpelse av kravet til å vektlegge miljøhensyn i den norske, offentlige anskaffelsesvirksomheten. Regelverket er en viktig faktor for dette. Men som det også fremgår, bør ikke dette gjøres med snevre absolutte plikter.

Vi er av den oppfatning at et så vidt markant skifte hva gjelder oppdragsgivers plikter og leverandørenes rettigheter må være del av en bred gjennomgang og endring av anskaffelsesregelverket.

Det er en kjensgjerning at miljøhensyn kan ivaretas i alle faser av en anskaffelsesprosess. For at oppdragsgivere skal få en god veiledning om dette, må også lovgiver vise hvordan.

3.1 Planlegging og dialogfasen

I denne fasen har oppdragsgiver store muligheter til å planlegge anskaffelsen, herunder velge hvilke mål og behov som ønskes oppnådd. I denne fasen har oppdragsgivere gode muligheter til å få hjelp til å utvikle effektive krav og kriterier. Om oppdragsgivere virkelig ønsker å gjøre en forskjell med hensyn til positive miljøeffekter, må det brukes ressurser i denne fasen. Og dette bør klart fremgå av regelverket (om enn ikke med absolutte plikter).

Målet om gode, effektive anskaffelser som samtidig bidrar til å nå de mål man ønsker å oppnå, forutsetter god kunnskap om hva markedet kan bidra med. Oppdragsgivers plikter til å gi og få informasjon i dialogfasen må skjerpes slik at anskaffelsesprosessene ikke blir «spill for galleriet». Hensikten er å skape gjensidig forutsigbarhet om hva som er mulig og hvilke mål som ønskes oppnådd.

I denne fasen, som del av de miljømessige mål som ønskes oppnådd, bør oppdragsgiver dessuten ta aktive grep for å vurdere samordning med andre oppdragsgivere. Det er eksempelvis tilnærmet meningsløst om den enkelte kommune har «egne krav og kriterier», mens nabokommunen har et helt annet. Om man skal skape incitamenter for endring av produkter og/eller leverandører bør man enes om felles krav og kontraktsvilkår. Dette skal neppe reguleres i anskaffelsesregelverket, men bør uttrykkes som en viktig premiss og forutsetning for i det hele tatt å nå de mål som disse reglene skal bygge opp under.

Respons og utvikling av innovative gode løsninger som er miljømessig bedre enn eksisterende forutsetter at det settes av nok tid til planlegging og gjennomføring av anskaffelsesprosedyrene. Det er i disse tilfellene en uting å holde seg til minimumsfrister i regelverket.

3.2 Gjennomføring av anskaffelsesprosessen

Forutsetninger for innovative og miljømessige gode anskaffelser skapes gjennom beslutninger knyttet til krav og kriterier. Det kan tilpasses det miljøhensyn man ønsker å bidra til å oppnå.

Bevisstheten om dette tilsier at temaet bør omtales særskilt i konkurransegrunnlaget og vi mener at temaet bør inngå som del av hva et konkurransegrunnlag «skal» inneholde. Dette henger også sammen med utvikling av digitale løsninger i relevante konkurransegjennomføringsverktøy.

Dette vil selvfølgelig variere, men anskaffelsesbransjens tendens til hele tiden å velge konkurranseformen anbudskonkurranse, fremfor konkurranse med forhandling, bør utfordres. Vår erfaring er at når forhandlinger utelukkes i konkurranser relatert til store innovative løft, overlates all risiko til den private parten. Det kan sies mye om dette, men vi opplever at dette i mange tilfeller er demente for den ønskede måloppnåelsen som ligger til grunn for krav og/eller kriterier.

3.3 Implementering og kontraktsoppfølging

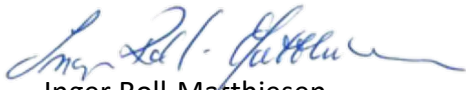
Vår erfaring er at det i norsk anskaffelsesvirksomhet er for stort fokus på anskaffelsesprosessene frem til tildeling av kontrakt, til fortrenghet for faktisk og formell kontraktsoppfølging.

Bare gjennom at krav og kriterier relatert til miljøet faktisk følges opp i kontraktsperioden vil man faktisk oppnå de mål man ønsker seg.

Dersom man virkelig ønsker å oppnå gode miljøgevinster sammen med sine leverandører, er det også av betydning å se hen til endringsreglene i kontraktene. Store innovative anskaffelser med potensielt viktige miljømessige gevinster er ofte også beheftet med betydelig kommersiell usikkerhet. Ofte er dette ubalansert og til dels formålsdempende. Antagelig er det slik at de store gevinstene knyttet til miljø- og klima kan hentes ut i gode samarbeidsprosjekter mellom offentlig og privat sektor. Dette forutsetter at oppdragsgivere frigjør seg fra de tradisjonelle kontraktstandardene.

Med vennlig hilsen

Advokatfirmaet Berngaard AS



Inger Roll-Matthiesen