

Nærings- og fiskeridepartementet

Sendt elektronisk

DERES REF.: 22/7109
VÅR REF.: 326072

DATO: 2. mars 2023

Høring av forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser

1 Innledning

Advokatforeningens tillitsvalgte advokater utfører et omfattende frivillig og ulønnet arbeid for å ivareta rettsstaten, rettsikkerheten og menneskerettighetene. En del av dette arbeidet består i å utarbeide høringsuttalelser.

Advokatforeningens høringsarbeid er organisert i 27 lovutvalg og 13 faste utvalg, oppdelt etter særskilte rettsområder og rettslige interesseområder. Om lag hundre høringsuttalelser utarbeides av Advokatforeningens tillitsvalgte advokater hvert år.

Alle våre høringsuttalelser er forfattet av advokater med ekspertise innenfor det rettsområdet som lovforslaget gjelder. En ekspertise som ikke er hentet kun fra juridisk teori, men fra advokatenes praktiske erfaring med å bistå sine klienter – i den norske rettsstatens hverdag. Denne høringsuttalelsen er skrevet ut fra Advokatforeningens ønske om å bidra til gode lovgivningsprosesser, og gode lover.

2 Sakens bakgrunn

Vi viser til høring av forslag til endringer i regelverket om offentlige anskaffelser, publisert 8. desember 2022, med høringsfrist 8. mars 2023.

Høringen gjelder forslag til endringer i anskaffelsesforskriften § 7-9, forsyningsforskriften § 7-9 og konsesjonskontraktforskriften § 7-6 som skal medføre at oppdragsgivere stiller skjerpede miljøkrav i offentlig anskaffelser.

Denne høringsuttalelsen er utarbeidet av Advokatforeningens lovutvalg for forvaltningsrett og lovutvalg for miljø, klima og bærekraft. Lovutvalget for forvaltningsrett består av Kristian Brandt (leder), Fredric Holen Bjørddal, Knut Erik Marthinussen Harjang, Siv Myrvold-Torsnes og Jørgen Aandal Vangsnes. Lovutvalget for miljø, klima og bærekraft består av Cathrine Aulie, Einar Bratteng, Cathrine Hambro, Camilla Meland Madsen, Liv Monica Stubholt og Arne Oftedal (leder).

3 Kommentarer til forslagene

3.1 Innledning

Forslaget fra departementet er en gjennomføring av Hurdalsplattformen og et ledd i regjeringens foreslåtte Norgesmodell. Utgangspunktet er derfor et politisk ønske om at miljø skal vektes 30 prosent i offentlig anskaffelser.

Advokatforeningen gir her innspill til departementets forslag, men vil gi sitt syn samlet og ikke som et svar på de til dels svært detaljerte spørsmålene i høringsnotatet.

3.2 Samlet vurdering av forslagene

Advokatforeningen er generelt positive til at det stilles strengere miljøkrav i anskaffelsesprosessen og at regelverket tilpasses slik at dette gjennomføres i flere anskaffelser enn tidligere.

Etter Advokatforeningens mening vil forslag 1 eller forslag 2 innebære størst måloppnåelse. Forslag 3 vil etter Advokatforeningens syn kunne møte de samme utfordringer som dagens miljøbestemmelser – at det i for liten grad blir stilt miljøkrav i offentlige anbudskonkurranser.

Departementet går i høringsnotatet i noen grad inn på hva et miljøkrav er, men Advokatforeningen savner en bredere diskusjon av hva disse kravene kan være. I høringsnotatet beskrives det som krav og kriterier «*for å redusere skadelig miljøpåvirkning, men også for å fremme klimavennlige løsninger.*» I forslag til ny forskrift brukes uttrykket «*å minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger*» om den generelle plikten til oppdragsgiver for de ulike stadier i anskaffelsen, mens når det gjelder annet punktum – 30 prosentregelen – brukes uttrykket «*miljøhensyn*» uten at det er nærmere definert eller avgrenset.

Advokatforeningen stiller spørsmål ved hvor bred denne kategorien er, og savner eksemplifisering og en noe grundigere avgrensning i selve forskriften. Dette gir også opphav til en vesentlig innvending til forslaget, ved at hva som er «*miljø*» og hva som er «*positivt*» for miljøet i stor grad overlates til den enkelte offentlige innkjøper å avgjøre. Det understrekes at ulike miljøhensyn svært ofte vil 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 i 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. Advokatforeningens poeng er at det ikke er åpenbart hva som er «*miljøkrav*» og på ingen måte opplagt hvordan positive miljøeffekter skal estimeres og måles. Det pågår et betydelig arbeid både på europeisk og internasjonalt nivå i tilknytning til disse spørsmålene, jf. blant annet EUs taksonomiforordning (forordning (EU) 2020/852) som vier betydelig oppmerksomhet til spørsmålet om hva som er en «*bærekraftig*» investering. Det er også et arbeid på gang i EU med utarbeidelse av nye retningslinjer for grønne innkjøp og et regelverk for å kunne beregne miljøeffekter av ressursbesparelse med videre. Til eksempel kan det hentes veiledning fra avfallshierarkiet i EUs rammedirektiv for avfall (2008/98 EF artikkel 4) og den prioritetsrekkefølge som dette gir.

Det understrekes at forslaget åpner for et betydelig skjønn hos den enkelte innkjøper. Hvilke «*miljøkrav*» som vil bli satt, vil avhenge av hvilket av miljøhensyn som veier tyngst hos den aktuelle innkjøper. Selv innkjøpere av samme tjeneste eller vare og med de samme behov vil kunne stille vidt ulike «*miljøkrav*» avhengig av hvilket miljøperspektiv som er inntatt av innkjøperen. Dette kunne skape betydelige utfordringer og redusert forutberegnelighet for tilbyderne, både i forhold til hvordan aktørene må innrette sin virksomhet for å oppnå en konkurransefordel i offentlige anskaffelser, men også i forhold til hvordan de ulike aktørene skal kunne

dokumentere positive miljøeffekter av sitt tilbud. Dette innebærer en klar risiko for at forslagets normerende effekt og eventuelle positive miljøeffekter av forslaget vil kunne bli svekket.

I denne sammenheng er det viktig at den offentlige innkjøper i det enkelte konkurransegrunnlag er presis i sin utforming av miljøkriterier på de ulike stadiene i konkurransen. Myndighetene oppfordres i alle tilfeller til å arbeide aktivt for å konkretisere hvilke miljøhensyn og kriterier som i praksis typisk kan vektlegges og anvendes.

Det er videre uklart om også anskaffelser som fremmer klima- og bærekraftige løsninger er omfattet av begrepet «miljøhensyn» i den nye reglen knyttet til vekting, og om det i så fall bare er i en snever forstand på miljøområdet den kommer til anvendelse. Dette kan ha betydning for behovet for og omfanget av unntaksbestemmelser i alle forslagene.

Advokatforeningen oppfatter det ikke som noe stort problem at muligheten til å velge en ren priskonkurranse blir borte i de tilfellene der oppdragsgiver er omfattet av kravet til å vekte miljø 30 prosent. Det som Advokatforeningen ser at kan være et større problem, er om det er tilstrekkelig handlingsrom igjen til andre kriterier når det er et krav om at miljøhensyn skal vektas med 30 prosent. Dette kan medføre at pris får en svært lav vekt i strid med hva som er samfunnsøkonomisk eller at mer tradisjonell kvalitet på varen eller tjenesten blir vektet uforholdsmessig lavt slik at oppdragsgiver sitter igjen med en vare eller tjeneste av dårlig kvalitet, samtidig som det ikke er oppnådd tilstrekkelig gevinst for miljøet.

3.3 Kommentarer til forslag 1

Advokatforeningen mener at forslag 1 er ambisiøst og har retts tekniske fordeler, men samtidig vil kunne gi uhensiktsmessige løsninger og virkninger uten en unntaksregel. I forslaget til forskrift er det ingen unntaksregel knyttet til forslaget, men i teksten i høringsnotatet har departementet inntatt et slikt forslag;

«Første ledd gjelder ikke i de tilfeller hvor vekting av miljø med minimum 30 prosent vil medføre uforholdsmessige kostnader, vurdert for hele livsløpet. Oppdragsgiverens begrunnelse for ikke å stille miljøkrav eller kriterier skal i disse tilfellene gjengis i anskaffelsesprotokollen.»

Unntaksregelen slik den er formulert og forklart i høringsnotatet fremstår i utgangspunktet som hensiktsmessig. Samtidig er det viktig å ha en regel som er enkel å praktisere i den konkrete anskaffelse. I høringsnotatet er det beskrevet at vurderingen ikke skal knytte seg opp mot oppdragsgivers økonomi. Det fremstår ut fra ordlyden og begrunnelsen ikke for Advokatforeningen som klart i hvilke tilfeller det vil medføre «uforholdsmessige kostnader, vurdert for hele livsløpet» å vekte miljø med minimum 30 prosent. En ytterligere presisering bør vurderes.

Etter Advokatforeningens syn bør regelen ikke bare gjelde der det er plikt til å angi tildelingskriterienes relative vekt, men der det faktisk blir gjort. Det er ikke uvanlig at oppdragsgivere også oppgir relativ vekt i anskaffelser etter forskriftens del II.

Departementet stiller spørsmål ved om forslagene vil kreve endringer i anskaffelsesloven § 1. Advokatforeningen kan ikke se at det er behov for lovendring så lenge forslag 1 også inneholder en unntaksregel. Dette kan stille seg annerledes hvis det uten unntak skal stilles krav om 30 prosent vekting av miljøkrav, men en slik unntaksfri adgang mener Advokatforeningen at ikke bør innføres.

3.4 Kommentarer til forslag 2

Advokatforeningen mener at forslag 2 har sin styrke i at det stiller konkrete krav, samtidig som det gir noe mer fleksibilitet i de mindre anskaffelsene. Dette åpner imidlertid for at det er anledning til å stille «uambisiøse» minstekrav og innebærer i praksis et betydelig mindre ambisiøst krav.

Forslaget innebærer et krav om 30 prosents vekting for del III anskaffelser, der dette medfører en «ikke uvesentlig miljøbelastning». Advokatforeningen mener dette uttrykket gir lite veiledning og stiller spørsmål ved om andre og mer velkjente terskler kan anvendes. I miljøinformasjonsloven § 9 benyttes begrepet «ikke ubetydelig påvirkning på miljøet», som igjen bygger på bestemmelsen om miljørapportering i regnskapsloven. Advokatforeningen oppfatter at departementet ønsker en noe tilsvarende avgrensning her. Fordelen med å bruke begrepet fra miljøinformasjonsloven er at dette allerede er et begrepet som er etablert og som det er knyttet praksis til. Advokatforeningen synes også dette begrepet språklig sett gir bedre uttrykk for intensjonen bak forslaget og anbefaler en bredere vurdering av hvilken formulering som gir den beste regelteknikk og måloppnåelse.

Advokatforeningen viser også til at unntaket gjelder «på områder med ikke uvesentlig miljøbelastning» og stiller spørsmål ved hva «på områder med» egentlig viser til. Det fremgår ikke klart av verken utkastet til forskrift eller høringsnotatet hva som menes med uttrykket. Advokatforeningen mener derfor at denne delen av unntaket bør klargjøres. Siktes det til områder hvor det generelt kan oppstå miljøbelastninger, typisk områder som er regulert av miljølovgivningen (slik som avfall, utslipp av forurenset væske, energiproduksjon, uttak av naturressurser, bruk av kjemikalier etc.) eller er meningen av forslag 2 skal omfatte at en anskaffelse – uavhengig av område eller sektor – som kan medføre en ikke uvesentlig miljøbelastning – skal vekte miljø med 30 prosent. Uttrykket «område» kan kanskje også være litt kunstig å benytte overfor en offentlig oppdragsgiver.

I praksis tenker Advokatforeningen at en anskaffelse innen en rekke områder og sektorer kan medføre en ikke uvesentlig miljøbelastning.

3.5 Kommentarer til forslag 3

Som nevnt i punkt 3.2 mener Advokatforeningen at dette forslaget, selv om det er noe strammere enn dagens regel, vil kunne medføre mange av de samme problemer som dagens regel. Det vil si at oppdragsgiver enten stiller uambisiøse miljøkrav eller anvender unntaket for «ikke uvesentlig miljøbelastning».

I tillegg mener Advokatforeningen at bestemmelsen oppstiller en unntaksvurdering som vil skape rettslig usikkerhet. Dette er det samme kriteriet som vi har omtalt ovenfor. Skulle departementet velge dette forslaget mener Advokatforeningen at begrepet «ikke ubetydelig påvirkning på miljøet» i utgangspunktet er et bedre vurderingstema enn «ikke uvesentlig miljøbelastning», og at formuleringen av terskelen må vurderes nærmere i lys av formålet med bestemmelsen.

4 Dokumentasjonskrav

Advokatforeningen er positiv til bruk av standardisering hvor dette er praktisk mulig for å underbygge at leverandøren eller ytelsen har et miljøledelsessystem eller oppfyller miljøkrav til ytelsen. Det vil være naturlig å bygge videre på de merke- eller sertifiseringsordninger som finnes i dag og utvikle dette videre. Forslaget slik det foreligger er for generelt utformet til at det er mulig å ta nærmere stilling til hvilke dokumentasjonskrav som er hensiktsmessige i relasjon til de miljøhensyn som ønskes fremmet ved forskriftsendringen.

5 Avslutning

Advokatforeningen har i denne høringsuttalelsen gitt innspill av regelteknisk karakter og gitt uttrykk for sine foretrukne forslag, samt stilt spørsmål ved behov for ytterligere avklaringer og presiseringer før det blir gjort endring i forskriftene.

Samlet sett mener Advokatforeningen at departementet bør bearbeide forslagene til forskriftsendring, utrede forslaget ytterligere og sende ut en revidert tekst på ny høring (høring nr. 2).

Vennlig hilsen



Jon Wessel-Aas
leder



Merete Smith
generalsekretær

SAKSBEHANDLER: Hedda Emilie Berntsen
heb@advokatforeningen.no