

Nærings- og fiskeridepartementet

Sendt elektronisk

Vår ref.:
LHO/GSF

Deres ref.:
22/7109

Oslo
7. mars 2023

Høring av forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser

1 Innledning

Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS viser til Nærings- og fiskeridepartementets høring om forslag til endringer av miljøbestemmelsene i anskaffelsesregelverket av 8. desember 2022, som har høringsfrist 8. mars 2023.

Forslagene i høringsnotatet følger opp Hurdalsplattformens målsetting om å endre anskaffelsesregelverket slik at det støtter opp om en bærekraftig utvikling, og et politisk ønske om å vekte miljø 30 % i offentlige anskaffelser. I høringsnotatet fremmes tre alternative forslag, men et hovedspørsmål i høringen er om oppdragsgivere skal tvinges til å vekte miljøhensyn med 30 %.

I det følgende gis noen innspill til forslaget. Våre innspill er kun av regelteknisk karakter. Vi har naturligvis forståelse for at regjeringen ønsker å ta grep for å bidra til et bedre miljø. Vi tror likevel at forslagene lider av så store svakheter at de ikke bør gjennomføres i den form de i nå. Dette gjelder særlig forslag 1 og 2.

2 Kommentar til foreslått krav om å alltid vekte miljø med minst 30 prosent

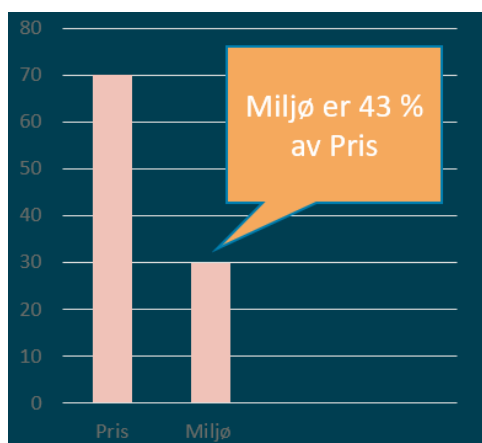
2.1 Hva betyr det å vekte miljøhensyn med 30 %

Et av alternativene i forskriftsforslaget innebærer blant annet at *«Miljøhensyn skal alltid vektes med minimum 30 prosent og høyere der det er relevant»*.

Høringsnotatet inneholder passasjer som viser at departementet forstår hvordan tildelingskriterier og evalueringsmodeller fungerer, men likevel mener vi at spørsmålet ikke drøftes på en klar nok måte.

En sentral forutsetning for forståelsen av forslaget, er at alle kvalitetskriterier, inkludert miljø, har en pris og at vektlegging av kvalitetskriterier innebærer at oppdragsgiver er villig til å betale mer for de kvalitative egenskapene som vurderes under kvalitetskriteriene.

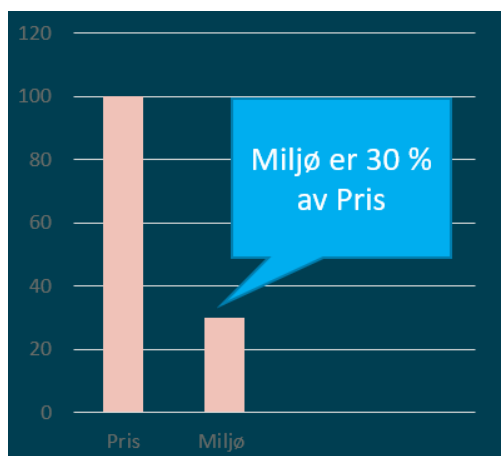
En ren språklig fortolkning av ordlyden i forslaget innebærer at oppdragsgivere minst må vekte miljøhensyn 30 % av en total på 100 %. Det er viktig å være klar over hva dette innebærer. Et enkelt eksempel illustrerer et sannsynlig scenario:



Figur 1 – Miljøhensyn vektes 30 % av 100 %

Hvis oppdragsgiver velger å bruke kun to tildelingskriterier, Pris 70 % og Miljø 30 %, vil Miljø representere 30 % av totalen, men samtidig ca. 43 % av Pris. Dette innebærer at et tilbud med den mest miljøvennlige løsningen kan være svært mye dyrere enn den minst miljøvennlige løsningen, og likevel representere det beste forholdet mellom pris og kvalitet.

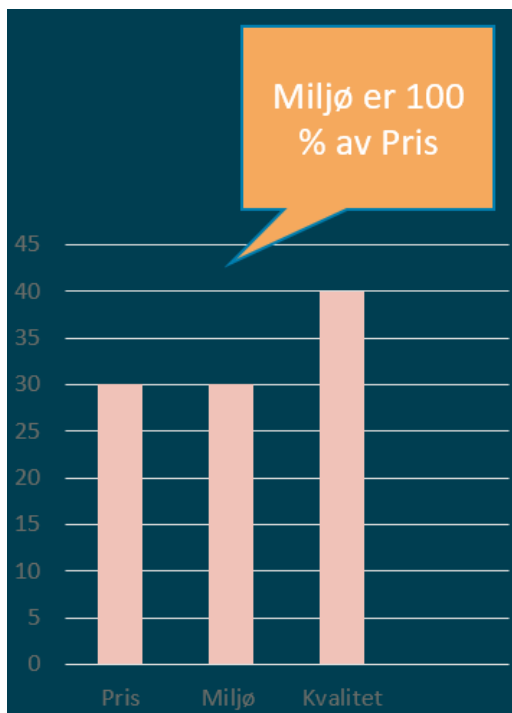
Selv om eksempelet ovenfor er basert på den mest nærliggende lesningen av forslaget, finnes det en annen mulig fortolkning. Denne fortolkningen kan dessuten være den folk flest vil tro er den riktige. Figur 2 representerer denne fortolkningen:



Figur 2 – Miljøhensyn er 30 %, ikke av totalen, men av Pris

For folk flest som hører debatten om 30 % vektning av miljø, kan det være raskt å trekke slutningen at dette betyr at det mest miljøvennlige alternativet kan være 30 % dyrere enn det minst miljøvennlige. Dette trenger ikke være tilfellet, men dersom det man egentlig mener er at Miljøhensyn skal vektes 30 % av Pris, er dette noe man må si tydeligere i forskriftsteksten.

Betydningen av den naturlige fortolkningen av forslaget øker drastisk dersom oppdragsgiver, som normalt, også har andre tildelingskriterier enn Pris og Miljø. Hvis man tenker seg et eksempel der Pris og Miljø vektes med 30 % mens Kvalitet vektes med 40 %, får man følgende figur:



Figur 3 – Miljøhensyn har like høy vekt som Pris

I et slikt scenario, som på ingen måte er søkt, ser vi at Miljø har samme vekt som Pris. Dette kan naturligvis føre til at Miljøkriteriet gir en svært mye dyrere anskaffelse. Avhengig av evalueringsmetoden, er det mulig å tenke seg at anskaffelsen blir *nesten dobbelt så dyr bare på grunn av god score på Miljøkriteriet*.

En tvungen vekting av miljøhensyn med 30 % kan derfor gi ekstreme utslag for hvor mye penger man bruker på anskaffelser og oppdragsgivers mulighet til å ivareta anskaffelseslovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Vi kan ikke se at høringsforslagene og høringsnotatet reflekterer hvor dramatiske disse forslagene egentlig er. I denne sammenheng noterer vi oss at det uttales i høringsnotatet at «Det er ikke utredet om andre tiltak og virkemidler vil være mer effektive for å nå målet».

Videre vises det i høringsnotatet til en undersøkelse fra DFØ der «Resultatene viste at selv om mange har tilstrekkelig kompetanse til å avgjøre i hvilke anskaffelser det er relevant å stille krav til klima og miljø, er det færre som har kompetanse til å avgjøre hvilke krav som bør stilles i en konkret anskaffelse.» (Vår understrekning)

Kombinasjonen av tvungen vekting av miljøhensyn, ekstreme utslag, manglende utredning og manglende kompetanse gir en cocktail som ikke lover godt for norske offentlige anskaffelser.

Det blir viktig i en slik situasjon at oppdragsgivere identifiserer egen betalingsvillighet for kvalitetskriteriene, herunder miljø, enten ved å bruke DFØs anbefalte evalueringsmetode prissetting av kvalitet, eller ved å teste den valgte evalueringsmodellen basert på forventet prisnivå i konkurransen. Dette for å sikre at oppdragsgivers betalingsvillighet for de ulike elementene av kvalitetskriteriene, inkludert miljø, er bevisst og rasjonell og ivaretar lovens formål om effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser.

Videre er det uklart om forslaget at «*Miljøhensyn skal alltid vektes med minimum 30 prosent og høyere der det er relevant*», ikke bare stiller krav om den nominelle, men også den reelle vekt av miljøkriteriet. Den nominelle vekten av et tildelingskriterium er angitt i konkurransegrunnlaget, mens den reelle vekten av et tildelingskriterium først kan fastslås gjennom evalueringsmetoden. Vår forståelse av forslaget er at det stilles krav til nominell vekt, selv om kommentarene knyttet til oppfyllelse av kravet ved bruk av evalueringsmetoden prissetting av kvalitet, kan tyde på det motsatte.

2.2 Miljøhensyn som tildelingskriterium

Når det gjelder forslaget om krav til å alltid vekte miljø med minst 30 %, vil uansett ikke dette bestandig medføre at man oppnår den ønskede miljøgevinsten. Hovedsakelig fordi et kvalitativt tildelingskriterium innebærer at leverandørene innenfor en skala skal tilby en mer eller mindre miljøvennlig leveranse. Anskaffelsen kan dermed tildeles en leverandør som har valgt å tilby en mindre god miljøvennlig leveranse til en lavere pris, enn konkurrenten som valgte å fokusere mer på miljø.

Dersom en oppdragsgiver ønsker en mer miljøvennlig anskaffelse kan det i mange tilfeller gi en bedre miljømessig effekt å heller oppstille kvalifikasjonskrav, absolutte minstekrav eller kontraktskrav til miljø, og så la leverandørene konkurrere om å tilby den laveste prisen.

Det kan fort skje at oppdragsgivere velger å senke eller ikke oppstille minstekrav knyttet til miljø for å ha noe egnet å evaluere på dersom regelverket tvinger oppdragsgiver til å vektlegge miljø som tildelingskriterium.

Vi mener derfor at miljøeffektene best sikres ved å gi oppdragsgivere fleksibilitet, men heller skjerpe prøvingen av om oppdragsgiver oppfyller et mer generelt krav til å hensynta miljø i anskaffelsene.

3 Oppsummering

Vi er svært tvilende til at det er lurt å tvinge oppdragsgivere til å vekte miljøhensyn med 30 %, ikke minst fordi dette fremstår som lite egnet til å gi ønskede miljøeffekter og i flere tilfeller kan skape konflikt med lovens formål om effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser. Hvis et slikt krav skal oppstilles, må det gjøres mye tydeligere hva 30 %-andelen relaterer seg til. Videre, for at andelen ikke skal gi ekstreme utslag, bør den kun relatere seg til Pris/Kostnad eller lignende økonomiske kriterier. Under enhver omstendighet må man sikre at oppdragsgivere er bevisst på egen betalingsvillighet for de miljøhensyn som evalueres og sikre at denne betalingsvilligheten er rasjonell og i tråd med anskaffelseslovens formål.

Med vennlig hilsen
Simonsen Vogt Wiig

Anders Thue
Partner
ant@svw.no

Espen Bakken
Partner
eba@svw.no

Guro Skar Forseth
Senioradvokat
gsf@svw.no

Christian Bjørtuft Ellingsen
Partner
cbe@svw.no