

NOTAT

Til	Regnskogfondet, Zero og Stiftelsen Miljømerking i Norge
Emne	Vurdering av om det kan fastsettes i forskrift at palmeoljebasert biodrivstoff ikke godtas i offentlige anskaffelser
Fra	Advokatfirma DLA Piper Norway DA v/advokat Robert Myhre og advokat Kjetil H. Johansen
Vår referanse	LSS/LSS/56648/501/NOM/3197043.1
Dato	30. august 2018
Ansvarlig advokat:	Advokat Robert Myhre

1. INNLEDNING

I det følgende vil vi gi en vurdering av hvorvidt det kan fastsettes i forskrift at palmeoljebasert biodrivstoff ikke aksepteres i offentlige anskaffelser. Som det vil fremgå, er vår vurdering at et slikt forbud vil være lovlig.

Behovet for utredningen har aktualisert seg etter at Stortinget i dokument 8:69 S (2016-2017), Innst. 331 S (2016-2017) har vedtatt at "*regjeringen gjennom forskrift til lov om offentlige anskaffelser skal stille krav om at det ikke skal benyttes biodrivstoff basert på palmeolje eller biprodukter av palmeolje, og at endringen skal tre i kraft snarest mulig*".

I det følgende vil vi først, i punkt 2, redegjøre kort for rettslig plassering og sentrale kilder. I punkt 3 vil vi redegjøre for EØS-reglens relevans generelt, og vi vil drøfte betydningen av EØS-avtalens forbud mot kvantitative importrestriksjoner, samt betydning av EUs drivstoffkvalitetsdirektiv. I punkt 4 vil det gjøres en anskaffelsesrettslig vurdering av hvorvidt bestemmelsen er lovlig, før det avslutningsvis konkluderes i punkt 5.

Notatet begrenser seg til å se på muligheten for å forby kjøp av drivstoff med palmeolje i forskrift om offentlige anskaffelser. Det er derfor avgrenset mot forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene, forskrift om konsesjonskontrakter og forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

2. RETTSLIG Plassering mv.

En bestemmelse om å ikke godta palmeoljebasert biodrivstoff, vil eventuelt kunne inntas i forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974, som er hjemlet i lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016. Det kan også fastsettes en ny forskrift, hjemlet i loven, men det antas å være en retts teknisk fordel å begrense antallet forskrifter under loven.

For å sikre forutberegnelighet bør en bestemmelse om at palmeolje ikke godtas, inntas

i selve konkurransegrunnlaget, i de konkurranser hvor det kunne være aktuelt å tilby palmeolje. Forskriften bør derfor fastsette at selve konkurransegrunnlaget må inneholde en slik regulering, i de tilfelle hvor det er aktuelt.

Et forbud vil kunne håndteres i mange tilfeller ved at offentlige innkjøpere fastsetter i kravspesifikasjonen av palmeoljebasert biodrivstoff ikke godtas. Det er nødvendig å dokumentere at palmeolje ikke inngår i drivstoffet. Det kan for eksempel skje ved å tilby svanemerket biodrivstoff.

De nasjonale anskaffelsesbestemmelsene gjennomfører anskaffelsesdirektiv 2014/24/EU. Det er en konsekvens av Norges medlemskap EØS-avtalen, som har økonomisk markedstilpasning som siktemål. Norge er i likhet med de andre EFTA-statene en del av det indre marked i EU, med fri flyt av varer, tjenester, arbeid og kapital, og samme konkurransevilkår i næringslivet.

EØS-avtalen oppstiller i art. 6 et homogenitetsmål. Bestemmelser som i sitt materielle innhold er identiske med bestemmelser i EU-retten, skal tolkes på samme måte som bestemmelsene tolkes i EU. Praksis fra EU-domstolen er en sentral rettskilde når det norske anskaffelsesregelverket skal tolkes, som en konsekvens av at de nasjonale reglene gjennomfører anskaffelsesdirektivet. I dette notatet vil derfor avgjørelser fra EU-domstolen brukes i vurderingen av om det kan fastsettes i forskrift at palmeoljebasert biodrivstoff ikke godtas i offentlige innkjøp.

3. EØS-RETTLIGE VURDERINGER

3.1 Innledning

Indonesia og Malaysia er landene hvor palmeolje i hovedsak produseres. Verken Indonesia eller Malaysia er avtalerettslig integrert i EU/EFTA-landenes indre marked. EØS-avtalen, og de direktiver og forordninger som er gjennomført i nasjonal lovgivning som følge av våre EØS-forpliktelser, beskytter derfor ikke tilbydere fra Indonesia eller Malaysia

Det er imidlertid ikke avgjørende hvor råvaren er hentet fra, dersom produktet er tilstrekkelig bearbeidet eller foredlet i EØS-området, jf. EØS-avtalen protokoll 4 art. 2. Palmeoljebasert biodrivstoff produseres i stor utstrekning i Europa. EØS-avtalen med forordninger og direktiver vil som en konsekvens av dette være relevant for spørsmålet om det kan fastsettes i forskrift at palmeoljebasert drivstoff ikke aksepteres i offentlige anskaffelser.

Med dette generelle utgangspunktet vil vi i de to følgende punkter redegjøre for hvordan en forskriftsregel som pålegger oppdragsgivere å ikke akseptere palmeoljebasert drivstoff, stiller seg til EØS-regler om fri bevegelse av varer i næringslivet.

3.2 Forholdet til EØS-avtalens bestemmelse om kvantitative importrestriksjoner

3.2.1 Vurdering av om det foreligger en kvantitativ importrestriksjon

Formålet med EØS-avtalen er å sørge for like konkurransevilkår, jf. EØS-avtalen art.

1, og fritt varebytte er en av de fire friheter, jf. art. 2. Det fremgår av EØS-avtalen art. 11 at "*Kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene*".

EU-domstolen uttaler følgende i sak C-456/10 om den tilsvarende bestemmelsen i EU-pilaren (32 og 33):

"Ifølge fast retspraksis skal enhver regulering af handelen i medlemsstaterne, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, kan hindre samhandelen inden for Unionen, anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion i henhold til artikel 34 TEUF (jf. bl.a. dom af 11.7.1974, sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837, præmis 5, og af 10.2.2009, sag C-110/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 519, præmis 33).

Det fremgår ligeledes af fast retspraksis, at artikel 34 TEUF afspejler forpligtelsen til at overholde principperne om forbud mod forskelsbehandling og om gensidig anerkendelse af varer, der er lovligt fremstillet og markedsført i andre medlemsstater, samt princippet om at sikre EU-varer fri adgang til de nationale markeder (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 34, og dom af 2.12.2010, sag C-108/09, Ker-Optika, Sml. I, s. 12213, præmis 48).

(...)

Enhver anden foranstaltning, der hindrer varer med oprindelse i andre medlemsstater adgang til markedet i en medlemsstat, er ligeledes omfattet af samme begreb (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 37, og Ker-Optika-dommen, præmis 50)."

Bestemmelsen i EØS-avtalen art. 11 hindrer altså en nasjonalstat i å innføre nasjonale regler som generelt begrenser en vares adgang til det nasjonale markedet.

Det er i denne saken ikke aktuelt å innføre et generelt forbud, men en begrensning av offentlige oppdragsgiveres muligheter til å kjøpe inn biodrivstoff med palmeolje. Det vil derfor fortsatt være mulig å markedsføre, importere og selge drivstoff i Norge med palmeolje.

Når det skal avgjøres hvorvidt det foreligger en restriksjon etter art. 11, vil det være relevant å se hen til hvor stor andel av palmeoljebasert biodrivstoff, som kjøpes inn av det offentlige. Dersom markedstilgangen i praksis er tilstrekkelig begrenset, vil det kunne foreligge et "*tiltak med tilsvarende virkning*" etter art. 11. Det foreligger ikke konkrete tall på hvor stor andel av slikt drivstoff det offentlige kjøper inn. Uansett det er ikke nødvendig å endelig ta stilling til dette, ettersom en evt. slik restriksjon under enhver omstendighet vil gå klar av EØS-avtalen art. 13. Det vil sies mer om det i punkt 3.2.2 nedenfor.

3.2.2 Særlig om allmenne hensyn

3.2.2.1 Generelt

Dersom det legges til grunn at det foreligger en restriksjon etter art. 11, er det uansett

vår vurdering at restriksjonen vil være lovlig etter EØS-avtalen art. 13.

Etter EØS-avtalen art. 13 er ikke art. 11 til hinder for restriksjoner som er begrunnet i bl.a. vern om dyrs og menneskers helse og/eller planteliv, så lenge restriksjonen eller forbudet ikke brukes til vilkårlig forskjellsbehandling, eller er en skjult hindring på handelen mellom avtalepartene.

En forskriftsregel som hindrer offentlige oppdragsgivere å gå til innkjøp av biodrivstoff som inneholder palmeolje, vil gjennomføres for å bevare viktige miljøinteresser. Det gjelder spesielt planteinteresser, ettersom bruken av palmeolje har en uheldig effekt på biomangfoldet, samt uheldige avskogingseffekter. En slik regel vil ikke representere noen vilkårlig forskjellsbehandling eller en skjult handelshindring.

3.2.2.2 Vurdering av konsekvenser av mulig palmeoljedyrking uten avskogingseffekt, eller andre uheldige miljøeffekter

Art. 13 vil etter vår vurdering tillate et innkjøpsforbud for offentlige oppdragsgivere, selv om det legges til grunn at palmeolje enkelte steder dyrkes, uten at det foreligger noen uheldig effekt på biomangfoldet, eller noen uheldig avskogingseffekt.

Det kan ikke innfortolkes i art. 13 et krav om at restriksjonen i ethvert konkret tilfelle må medføre at det tilsiktede vernet oppnås. Det avgjørende for om en restriksjon står seg etter art. 13, begrunnet i vern om dyrs og menneskers helse og/eller planteliv, må være hvorvidt restriksjonen i tilstrekkelig grad - i et helhetlig perspektiv - gir et slikt vern.

Når det gjelder et slikt forbud som drøftes i dette notatet, vil restriksjonen i tilstrekkelig klart gi et slikt vern. Det kan i den forbindelse nevnes at det er anerkjent på EU-nivå at palmeoljebruk er uheldig. Det vises til notatet punkt 4.2.4, hvor dette utdypes.

Dersom den faktiske situasjonen endrer seg, og det i fremtiden konkluderes med at palmeoljedyrking ikke har de uheldige konsekvenser slik dyrking har i dag, må et anskaffelsesrettslig forbud revurderes.

Alternativet vil være å innføre et anskaffelsesrettslig forbud mot palmeoljebasert drivstoff, som kun omfatter palmeolje hvor utvinningen har negative miljøkonsekvenser. En slik bestemmelse ville imidlertid være vanskelig å håndheve, samt gi retts tekniske utfordringer. På EU-nivå skilles det heller ikke mellom de ulike typer palmeolje, jf. punkt 4.2.4. Et slikt alternativt forbud, hvor det skilles mellom ulike typer palmeolje, vil dessuten kunne medføre at det øvrige verdensmarkedet i større grad benytter palmeolje med uheldige miljøeffekter. Det er derfor usannsynlig at miljøgevinsten blir større i et globalt perspektiv.

Vår konklusjon er altså at et generelt forbud mot palmeoljebasert biodrivstoff, må godtas etter EØS-avtalen art. 13.

3.3 Særlig om EUs drivstoffskvalitetsdirektiv

Relevansen av EUs drivstoffkvalitetsdirektiv vil her kort kommenteres.

Omsetning og markedsføring av drivstoff er regulert i EU-retten. Direktiv 98/70/EF regulerer kvaliteten av bensin og dieselolje. Art. 5 i direktivet fastsetter at "*Ingen medlemsstat må forbyde, begrense eller hindre markedsføring af brændstoffer, der er i overensstemmelse med kravene i dette direktiv.*" (vår understrekning). Formuleringen i den engelske versjonen av direktivet lyder slik: "*No Member State may prohibit, restrict or prevent the placing on the market of fuels which comply with the requirements of this Directive*".

Ordlyden i den danske versjonen av direktivet synes noe snevrere, idet denne bare omtaler "markedsføring". Den svenske versjonen synes imidlertid mer på linje med den engelske ("får förbjuda, begränsa eller förhindra utsläppandet på marknaden av bränslen").

Den engelske og svenske versjonen synes således mer å handle om markedsadgang, enn kun "markedsføring". En slik tolkning antas også å være mest i samsvar med direktivets formål, og vi legger den til grunn.

Den nevnte art. 5 tillater derfor ikke forbud, begrensning eller hindring av markedsadgang for drivstoff som omfattes av direktivet. Bestemmelsen vil f.eks. hindre nasjonale regler som fastsetter at drivstoff som omfattes av direktivet, ikke kan selges i Norge.

Et forbud mot kjøp av drivstoff med palmeolje i offentlige anskaffelser legger i seg selv ingen restriksjon på markedsadgangen for drivstoffet. Det vil fortsatt være adgang til å omsette og markedsføre drivstoff med palmeolje.

Basert på ordlyden i bestemmelsen, antas denne derfor å være mindre relevant for spørsmålet om det kan forbys kjøp av av drivstoff med palmeolje, i offentlige anskaffelser.

Det nevnes likevel at markedsføringsbegrensninger begrunnet i visse miljøhensyn, uansett vil kunne være lovlige, jf. drivstoffkvalitetsdirektivet art. 6. I tillegg vil EØS-avtalen art. 13 gjelde også her, slik at de resonnementer som fremgår av notatet punkt 3.2.2, også er relevante her.

Det presiseres at det ikke er vurdert hvorvidt drivstoff som inneholder palmeolje faktisk vil falle inn under direktivets anvendelsesområde, da direktivet altså uansett har liten relevant for spørsmålet som drøftes her.

3.4 Oppsummering

Etter vår vurdering er det ikke EØS-rettslige skranker, utenfor anskaffelsesregelverket, til hinder for en forskriftsbestemmelse om at palmeoljebasert drivstoff ikke kan aksepteres av oppdragsgivere i offentlige anskaffelser.

I det følgende vil vi derfor vurdere hvorvidt anskaffelsesreglene stenger for en slik bestemmelse.

4. ANSKAFFELSESRETTLIG VURDERING

4.1 Innledning

Spørsmålet er altså om anskaffelsesregelverket hindrer at det kan fastsettes i forskrift at palmeoljebasert biodrivstoff ikke kan aksepteres i offentlige anskaffelser.

Utgangspunktet er at Norge står fritt til å innføre særnorske anskaffelsesbestemmelser, med mindre regler vi har gjennomført som følge av våre EØS-forpliktelser, hindrer det.

En slik hindring kan komme av at bestemmelsene strider mot selve EØS-avtalen, eller mot direktiver eller forordninger som er gjennomført på grunn av våre EØS-forpliktelser. Som det fremgår av punkt 3 i dette notatet, mener vi at en eventuell begrensning må fremgå av anskaffelsesdirektivene, da det ikke finnes hindringer i selve EØS-avtalen eller i andre direktiver/forordninger.

Det vil heller ikke være lovlig å innføre bestemmelser som står i motstrid med bestemmelsene i anskaffelsesdirektivet. Herunder kan ingen regler stride mot de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper i lov om offentlige anskaffelser § 4.

Så lenge det ikke foreligger noen slike hindre, er det adgang til å fastsette særnorske bestemmelser. Det forutsettes også i forarbeidene til anskaffelsesregelverket, NOU 2014:4 punkt 6.1: *"Hovedstammen i regelverket er altså av EU/EØS-rettslig opprinnelse. I tillegg har lovgiver valgt å innføre nasjonale regler for offentlige anskaffelser som går videre enn det EU/EØS-retten krever."*

I punkt 4.2 vil det vurderes hvorvidt den aktuelle bestemmelsen vil stride mot direktivets bestemmelser. Konklusjonen følger av punkt 5 nedenfor.

4.2 Vurdering

4.2.1 Oversikt

Det er ingen bestemmelser i anskaffelsesdirektivene som direkte regulerer palmeolje som bestanddel i varer. Det vil derfor ikke foreligge noen direkte motstrid med direktivet dersom bestemmelsen innføres.

Som nevnt kreves det imidlertid også at de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper overholdes. Spørsmålet vil bli om det strider mot konkurranseprinsippet i lov om offentlige anskaffelser § 4 å innføre bestemmelsen om palmeolje.

4.2.2 Tilknytningskrav i EU-domstolens praksis

Det følger av praksis fra EU-domstolen at tildelingskriterier må ha en tilstrekkelig relevans eller tilknytning til kontraktsgjenstanden.

I sak C-513/99 (Concordia) kom EU-domstolen til at utslipp av nitrogenoksider og støynivå fra busstransport, kunne knyttes til kontraktsgjenstanden. Anskaffelsen gjaldt kjøp av lokal busstransport i Helsinki.

I sak C-448/01 (Wienstrom) var derimot ikke tilknytningsvilkåret tilfredsstillt. Saken gjaldt en anskaffelse av elektrisitet. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det forventede elektrisitetsbehovet til oppdragsgiver årlig var angitt å være 22,5 gigawattimer. Konkurransegrunnlaget bestemte imidlertid også at elektrisitetsmengede fra vedvarende energikilder som oversteg oppdragsgiverens forventede behov, skulle vektlegges positivt. EU-domstolen kom til at det ikke var adgang til å på denne måten vektlegge mengden av elektrisitet fra vedvarende energikilder utover oppdragsgivers forventede behov.

Det kan altså utledes av de nevnte avgjørelser at oppdragsgiver kan ta hensyn til miljøkriterier ved tildelingen, såfremt de har tilknytning til kontraktens gjenstand.

Selv om det kan ha en konkurransebegrensende effekt å fastsette i tildelingskriteriene at busser over et visst støynivå og utslippsnivå ikke godtas, aksepteres en slik begrensning, i og med at kravene er tilstrekkelig *relevante*.

I bunn og grunn vil det her foretas en avveining av hensynet til konkurranse på den ene siden, og hensynet til miljø på den andre siden. Dersom oppdragsgiver har tilstrekkelig god grunn til å stille et miljøkrav, taler EU-domstolens avgjørelser for at kravet vil godtas, selv om det betyr at noen aktører kan utelukkes fra å delta.

Det må her presiseres at det ikke er relevant hvorvidt et generelt *omsetningsforbud* i Norge ville vært godtatt. Spørsmålet EU-domstolen tok stilling til i Concordia-saken, var altså ikke hvorvidt busser med et visst lyd- og forurensningsnivå kan forbyes i omsetningen, men hvorvidt oppdragsgivere har anledning til å la være å kjøpe inn slike busser. Det vises i den forbindelse også til resonnementet i dette notatets punkt 3.

4.2.3 Betydningen for forskriftsreguleringen

De to nevnte avgjørelser fra EU-domstolen gjaldt tildelingskriterier. De samme hensyn må imidlertid gjøre seg gjelde uavhengig av hvor en befinner seg i anskaffelsesregelverket, altså enten det er tale om bestemmelser i kravspesifikasjonen, i kontraktvilkårene mv. Poenget er altså at konkurransebegrensninger vil være lovlig, såfremt det er tilstrekkelig relevant å stille det konkurransebegrensende kravet.

De samme krav og hensyn må også gjelde når spørsmålet er om en endring kan foretas i selve forskriften.

Når det offentlige gjør innkjøp, er det ikke tale om myndighetsutøvelse. Det dreier seg derimot om utøvelse av det offentliges private autonomi. Det kommer til uttrykk ved at det offentlige selv avgjør hva som skal kjøpes inn, og i stor grad hvilke ytelseskrav mv. som skal stilles. Selv om det offentlige innkjøp må gjennomføres i tråd med regelverket, har altså oppdragsgiver en betydelig grad av frihet, ved at oppdragsgiveren i betydelig utstrekning kan gjøre egne innkjøpsfaglige vurderinger.

Det kan utledes av Concordia-saken at *hvilken som helst* oppdragsgiver som ønsker det, kan bestemme at et visst støy- og forurensningsnivå ikke vil aksepteres ved innkjøp av busstransport. Så lenge et krav er tilstrekkelig relevant, må det også aksepteres anskaffelsesrettslig at den samme reguleringen gjøres på forskriftsnivå. Det bunner i en betraktning om at det offentlige selv avgjør hvilke innkjøp det ønsker å

foreta, så lenge det ikke foreligger brudd på bestemmelser i regelverket.

Dersom palmeoljekravet er relevant å stille, er derfor vår vurdering at det kan fastsettes i forskrift at palmeoljebasert biodrivstoff ikke aksepteres i offentlige anskaffelser.

4.2.4 Særlig om palmeoljekravet

Etter vår vurdering er det liten tvil om at det vil være relevant og ikke-diskriminerende å kreve at oppdragsgivere ikke godtar biodrivstoff med palmeolje.

Miljø har fått stadig større fokus i anskaffelser. Det er fastsatt både i anskaffelsesforskriften og i loven at det skal tas hensyn til miljø ved gjennomføringen av offentlige innkjøp, jf. anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften § 7-9, samt konsesjonskontraktsforskriften § 7-6 og loven § 5.

Miljøfokuset fremgår også av anskaffelsesdirektivene. Det vises til anskaffelsesdirektivets fortale premiss 41, hvor følgende fremgår:

"Dette direktiv er ikke til hinder for, at der indføres eller anvendes foranstaltninger, som er nødvendige for at beskytte den offentlige orden, den offentlige sædelighed og den offentlige sikkerhed, sundheden, menneskers og dyrs liv samt plantesundheden, eller andre miljøforanstaltninger, navnlig med henblik på en bæredygtig udvikling, forudsat at disse foranstaltninger er i overensstemmelse med TEUF."

Målet om å fremme en bærekraftig utvikling fremgår av fortalen premiss 91.

I forslag til nytt EU-direktiv om bruk av energi fra fornybare ressurser, datert 21. juni 2018, fremgår det dessuten at palmeoljebruk skal utfases. Det følger av forslaget at såkalt "førstegenerasjonsdrivstoff", det vil si drivstoff fra planter som også brukes til matproduksjon, som f.eks. palmeolje, soya og sukkerrør, skal begrenses i bruk, jf. artikkel 25. Det fremgår også at medlemsstater kan sette strengere krav for bruken, noe som altså indikerer at det fra EU-nivå er ønskelig med lavere palmeoljebruk. En slik regulering tilsier i seg selv at det fra EU-nivå ikke anses diskriminerende å innføre bestemmelse om at innkjøpere ikke kan kjøpe palmeoljeprodukter.

Anskaffelsesreglenes miljøfokus, kombinert med det nye forslaget fra EU-Parlamentet, tilsier at kravet vil være lovlig.

Dersom palmeolje enkelte steder dyrkes, uten at det foreligger noen uheldig effekt på biomangfoldet, eller noen uheldig avskogingseffekt, er vår vurdering at et anskaffelsesrettslig forbud likevel vil være lovlig. Det vises i den forbindelse til de vurdering som fremgår av punkt 3.2.2.2 i notatet, som også gjør seg gjeldende her.

5. KONKLUSJON

Det kan fastsettes i forskrift om offentlige anskaffelser at palmeoljebasert biodrivstoff ikke aksepteres i offentlige anskaffelser.

Med vennlig hilsen


Advokatfirma DLA Piper Norway DA

Robert Myhre
Advokat - Partner
Robert.Myhre@dlapiper.com