

Norges forskningsråd
Boks 2700 St. Hanshaugen
0131 OSLO

Deres ref.
200806515-6

Vår ref.
09/1730

Dato
12.04.11

Vurdering av Norges forskningsråds forståelse – terskelverdier ved offentlige anskaffelser

Det vises til brev fra Norges forskningsråd av 12.06.2009, samt foreløpig svar sendt 26.10.2009. Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet (FAD) beklager den lange saksbehandlingstiden.

I brev av 12.06.2009 blir FAD bedt om å vurdere hva som er én anskaffelse når flere enheter i Forskningsrådet foretar anskaffelser hos én leverandør, samt spørsmål vedrørende beløpsgrensen for EØS-terskelverdi.

Det skal innledningsvis bemerkes at det er domstolen, og ikke departementet, som har den rettslige kompetansen til å fortolke forskriften med bindende virkning. Departementet tar derfor ikke stilling til konkrete saker. Som forvalter av anskaffelsesregelverket ønsker departementet likevel å kommentere spørsmålene.

HVA ER ÉN ANSKAFFELSE NÅR FLERE ENHETER GJØR INNKJØP?

Norges forskningsråd ber om at FAD foreta en vurdering av hva som er én anskaffelse når flere enheter gjør innkjøp.

Det rettslige utgangspunkt er at Norges forskningsråd utgjør det relevante rettssubjekt etter regelverket om offentlige anskaffelser, jf. lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (LOA) § 2 og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (FOA) § 1-2. Såfremt de enkelte enheter ikke er skilt ut fra virksomheten som egne rettssubjekter, inngår de som en del av Forskningsrådets økonomiforvaltning.

En offentlig virksomhet bestemmer imidlertid selv hvordan den vil organisere innkjøpsansvaret. Ansvarer kan derfor tilpasses det som best passer organisasjonen. Dette innebærer at innkjøpsansvaret fritt kan sentraliseres eller delegeres til de enkelte virksomheter, eventuelt mindre enheter, uten at dette vil stride mot anskaffelsesregelverket. Videre står organisasjonen (her: Norges forskningsråd) fritt til å sentralisere ansvaret for noen innkjøpsområder, mens andre desentraliseres.

Generelt for alle typer kontrakter gjelder imidlertid at en oppdragsgiver ikke må dele opp kontrakten i flere delanskaffelser i den hensikt å unngå at bestemmelser i loven eller forskriften kommer til anvendelse. Dette vil være brudd på omgåelsesreglene som fremgår av LOA § 5 og FOA § 2-3 tredje og fjerde ledd.

Hvilke kontrakter som skal ses i sammenheng når flere enheter fortar innkjøp, er ikke klart. Spørsmålet om hva som utgjør "én anskaffelse" når flere enheter gjør innkjøp er verken løst i forskriften eller tatt opp i direktiv 2004/18/EF av 13. mars 2004, som ble gjennomført i norsk rett gjennom anskaffelsesforskriften i 2006. Det foreligger heller ikke rettspraksis fra nasjonale domstoler eller EU-domstolen som berører spørsmålet direkte.

EU-kommisjonen skriver følgende om oppdeling av kontrakter i dokumentet "Veiledning om EU-reglerne om offentlige indkøb af varer"¹ som gjelder det tidligere varedirektivet 93/36/EØS:

*"F.eks. skal en ordregivende myndighed, der består af flere forskellige afdelinger, ved beregningen af en indkøbsaftales værdi tage højde for samtlige afdelingers indkøbsbehov, hvis afdelingerne ikke er **administrativt selvstændige enheder** og derfor ikke kan betragtes som ordregivende myndigheder, der selv kan indgå en indkøbsaftale i direktivets forstand."* (Departementets uthevning)

Utgangspunktet etter Kommisjonens veiledning er altså at en oppdragsgiver som har organisert sin virksomhet i flere forskjellige avdelinger, skal ta høyde for samtlige avdelingers behov ved beregningen av en anskaffelses verdi. Den danske "Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne 2006"² og forfatteren Sue Arrowsmith³ tolker uttalelsen fra Kommisjonen dit hen at *administrativt selvstendige enheter* (omtales også som *innkjøpsuavhengige enheter* eller *selvstendige desentraliserte innkjøpsenheter*) skal holdes utenfor ved beregning av verdien på anskaffelser som er foretatt av den juridiske personen dersom visse vilkår er oppfylt.

¹ Dokumentet er tilgjengelig her:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/supply_da.pdf

² Se Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne av 30. juni 2006 punkt 4.6.4. Tilgjengelig her: <http://www.konkurrencestyrelsen.dk/udbud/vejledninger/konkurrencestyrelsens-vejledning-til-udbudsdirektiverne-2006/>

³ Arrowsmith, Sue: "The Law of Public and Utilities Procurement" (2005) side 387.

Med støtte i juridisk teori og Kommisjonens veiledningsdokument vil man kunne legge til grunn at dersom avdelinger og enheter kan regnes som *innkjøpsuavhengige enheter* vil de som utgangspunkt kunne vurderes for seg ved beregning av terskelverdier. Det må imidlertid alltid foretas en konkret vurdering ved den enkelte anskaffelse.

Problemstillingen videre blir da om Forskningsrådets ulike divisjoner skal betraktes som *innkjøpsuavhengige enheter*, slik at verdien av hver enkelt divisjons innkjøp kan vurderes for seg, eller om divisjons innkjøp av slike tjenester må ses i sammenheng ved beregning av terskelverdier.

Kommisjonen har oppstilt en rekke kriterier, som vil være veiledende ved vurderingen av om oppdragsgivers ulike avdelinger skal betraktes *innkjøpsuavhengige enheter*.⁴

- Har enheten et selvstendig budsjett?
- Står enheten selv for finansieringen av kontrakten?
- Står enheten for anskaffelsen og er ansvarlig for anskaffelsens forløp⁵?
- Kan enheten bestemme hvem det skal inngås kontrakt med?
- Er anskaffelsen beregnet på enhetens eget virke, på flere enheter eller på den overordnede oppdragsgiver?
- Forsøker overordnet oppdragsgiver å utnytte sin posisjon for å oppnå stordriftsfordeler til tross for at innkjøpskompetansen er delegert til underordnede enheter?

Tilsvarende kriterier nevnes også i FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser⁶ og er også gjentatt i den danske veiledningen til anskaffelsesdirektivet.⁷ I sistnevnte nevnes det videre at for å vurderes som en administrativt selvstendig enhet forutsettes det at enheten reelt foretar uavhengige beslutninger og at enheten har full kompetanse til å anvende egne midler. Enheten må heller ikke på det konkrete området ha noen forbindelse til oppdragsgivers innkjøpsavdeling.

⁴ "Vejledning om EU-reglene om offentlige inkøb af varer under Directive 90/531/EEC". Dokumentet er tilgjengelig her: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/supply_da.pdf

⁵ Eller for innhenting av tilbud, forhandlinger og inngåelse av kontrakt dersom det ikke er tale om en formell anskaffelsesprosedyre.

⁶ Se FADs veileder til regelverket om offentlige anskaffelser punkt 4.2.3.

⁷ Se Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne av 30. juni 2006 punkt 4.6.4. Tilgjengelig her: <http://www.konkurrencestyrelsen.dk/udbud/vejledninger/konkurrencestyrelsens-vejledning-til-udbudsdirektiverne-2006/>

Sue Arrowsmith skriver at beslutningen om å foreta anskaffelsen må være tatt av enheten alene, og at anskaffelsen trolig ikke kan være avhengig av samtykke fra overordnet oppdragsgiver.⁸

Arrowsmith nevner videre at britiske skoler ofte vil oppfylle disse betingelsene for innkjøpsuavhengige enheter. Tilsvarende fremgår også av de norske forarbeidene til endring av lov om offentlige anskaffelser i 2006.⁹ Det legges her til grunn at norske skoler, et departement og underliggende organer ”kan være oppdragsgivere i lovens forstand”.

Det er imidlertid verdt å merke seg at dersom en enhet koordinerer kjøp for flere andre enheter, for eksempel gjennom en felles kontrakt eller rammeavtale, må verdien av alle de planlagte innkjøpene sees i sammenheng ved beregning av terskelverdiene. Dette gjelder selv om de forskjellige enhetene ellers har selvstendig innkjøpsansvar.¹⁰

Hvorvidt de organisatoriske forhold er av en slik karakter at en avdeling, seksjon mv. er en *innkjøpsuavhengig enhet* i forhold til reglene om offentlige anskaffelser beror på en konkret vurdering. Det foreligger ingen klar praksis på hvilke kriterier som beskriver en slik enhet, men med støtte i juridisk teori, FADs veileder og Kommisjonens veiledningsdokument vil man kunne legge de ovennevnte momenter til grunn. Disse viser at man i vurderingen av hva som skal anses som én anskaffelse når flere enheter foretar innkjøp, både må se hen til enhetens generelle status som administrativt selvstendig/innkjøpsuavhengig enhet, og de konkrete forhold ved den enkelte kontrakt.

Med hensyn til spørsmålet om Forskningsrådets divisjoner skal vurderes samlet eller hver for seg ved beregning av terskelverdi, vil dette bero på en konkret vurdering som blant annet vil måtte avgjøres på bakgrunn av de veiledende kriteriene gjengitt ovenfor. FAD har ikke forutsetninger for å gå inn i denne vurderingen.

BELØPSGRENSEN FOR EØS-TERSKELVERDI

Om WTO/GPA-avtalen

WTOs avtale om offentlige anskaffelser, Government Procurement Agreement (GPA) fra 1994 er en plurilateral avtale med 15 medlemmer: Armenia, Aruba (Nederland), Canada, EU (27 medlemsstater), Hong Kong (Kina), Island, Israel, Japan, Korea, Liechtenstein, Norge, Singapore, Sveits, Taipei (Kina) og USA.

⁸ Arrowsmith, Sue: ”*The Law of Public and Utilities Procurement*” (2005) side 387.

⁹ Se Ot. Prp. Nr. 62 (2005-2006) side 26.

¹⁰ FADs veileder til regelverket om offentlige anskaffelser punkt 4.2.3.

Formålet med avtalen er å sikre transparens rundt lovverk, reguleringer og innkjøpspraksis. GPA-avtalen legger derfor et grunnlag for velfungerende markeder og bedre ressursbruk gjennom internasjonal konkurranse om leveranser til stat og kommuner.

Flere opplysninger om GPA-avtalen finnes her:

- <http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/tema/Handelspolitikk/wto/WTO--Doha-runden/Offentlige-anskaffelser-i-WTO-GPA-avtale.html?id=439702>
- http://www.wto.org/english/tratop E/gproc e/gp_gpa e.htm

GPA-avtalen er inkorporert i norsk rett gjennom lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter.

Terskelverdi for Norges forskningsråd

Norges forskningsråd er per i dag listet opp under "sub-central government entities" under appendix 1 annex 2 i GPA-avtalen (se http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/appendices_e.htm).

I følge appendix 1 annex 2 vil høyeste terskelverdi gjelde for såkalte "sub-central government entities". Forskningsrådet kan derfor per i dag forholde seg til høyeste terskelverdi, som for årene 2010/2011 ligger på 1,6 millioner kroner, uten å bryte GPA-avtalen.

Etter forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 1-2 første ledd får forskriften anvendelse for "statlige myndigheter". EØS-terskelverdi for statlige myndigheter er på kroner 1 million, jf. FOA § 2-2 første ledd.

Norges forskningsråd er en "statlig myndighet" som sorterer inn under Kunnskapsdepartementet. I forskrift om offentlige anskaffelser er det ikke lenger noen henvisning til WTO-avtalen om offentlige innkjøp for fastsettelse av terskelverdier.¹¹ Dagens forskrift inneholder heller ingen andre unntak for "sub-central government entities" eller tilsvarende. På bakgrunn av den informasjon som Forskningsrådet har sendt departementet har ikke departementet grunnlag for å vurdere om eventuelt andre unntak i forskriften kommer til anvendelse for Forskningsrådets tjenesteanskaffelser.¹²

¹¹ Den opphevede forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 § 2-2 annet ledd lød som følger:

(2) For statlige oppdragsgivere som omfattes av WTO-avtalen om offentlige innkjøp, jf. avtalens vedlegg 1, gjelder imidlertid denne forskrifts del II vare- og tjenestekontrakter der den anslåtte verdi overstiger 1,1 mill. kroner eks. mva.

¹² I brevvekslingen mellom Norges Forskningsråd og Riksrevisjonen fremgår det at problemstillingene har vært knyttet til Forskningsrådets anskaffelser av journalist- og trykkeritjenester. FAD nevner i denne forbindelse at trykkervirksomhet er en prioritert tjeneste, jf. FOA vedlegg 5 nr. 15. Anskaffelser av trykkeritjenester er derfor omfattet av direktivene og skal følge del III i forskriften hvis anskaffelsen

Dette tilsier at Norges forskningsråd må forholde seg til laveste terskelverdi som for tiden ligger på kroner 1 million.

Oppsummert betyr dette at dersom Norges forskningsråd forholder seg til høyeste terskelverdi på kroner 1,6 millioner, vil dette utgjøre et brudd på *norsk rett og forskrift om offentlige anskaffelser*, men ikke et brudd på Norges forpliktelser etter *GPA-avtalen*.

Forhandlinger om GPA-avtalen

Det pågår for tiden forhandlinger om revisjon av GPA. Forhandlingsmandatet går ut på å forbedre og forenkle selve avtalen og utvide avtalens dekningsområde, det vil si å forbedre adgangen til de enkelte lands markeder for offentlige anskaffelser.

Forhandlingene har pågått over lengre tid, men er nå i slutfasen. En ny avtaletekst er stort sett på plass og det som gjenstår er en avsluttende runde med forhandlinger om markedsadgang.

For Norges vedkommende fremforhandles den nye avtalen av UD og FAD.

I den nye avtalen ønsker Norge en generisk (artsbestemt) definisjon av omfattede oppdragsgivere, fremfor en positiv listing. Dette innebærer at samtlige statlige oppdragsgivere blir omfattet av annekset 1, og dermed må forholde seg til laveste terskelverdi, som for tiden ligger på kroner 1 million. Dette vil være i samsvar med systematikken i FOA. For å sikre gjennomsiktighet for andre GPA-parter skal det utarbeides en indikativ (dvs. veiledende) liste over statlige oppdragsgivere. På denne listen vil Forskningsrådet bli nevnt. Når det anvendes en generisk definisjon innebærer det imidlertid at en oppdragsgiver som tilhører staten som rettssubjekt, blir omfattet av avtalen under annekset 1 uansett om denne står på den indikative listen eller ei.

Med hilsen

Monica Auberg (e.f.)
konstituert avdelingsdirektør

Kristine Røed Brun
førstekonsulent

Kopi: Kunnskapsdepartementet

overstiger EØS-terskelverdiene. Journalisttjenester kan imidlertid klassifiseres under "andre tjenester" i FOA vedlegg 6 nr. 27 som en uprioritert tjeneste. Uprioriterte tjenester reguleres av FOA del II, men skal i tillegg følge reglene om tekniske spesifikasjoner i § 17-3 og kunngjøring av konkurranseresultater i § 18-3 i del III, hvis anskaffelsen overstiger EØS-terskelverdiene. Hvis en anskaffelse inneholder både prioriterte og uprioriterte tjenester, skal reglene om prioriterte tjenester følges dersom verdien av de prioriterte tjenestene er høyere enn verdien av de uprioriterte tjenestene. Dette fremgår av forskriftens § 2-4 tredje ledd.
