

Vest-Agder fylkeskommune
Fylkesrevisjonen v/Terje Osnes
Postboks 770
4611 KRISTIANSAND S

Deres ref
TO

Vår ref
200301077-66/JHB

Dato
19.05.2004

Forespørsel vedr Lov / forskrift om offentlig anskaffelser og selvstendig innkjøpskompetanse

Det vises til brev datert 27. juni 2003, hvor det reises spørsmål om hvorvidt anskaffelsesregelverket pålegger at fylkeskommunens forskjellige virksomheter og enheter samordner sine anskaffelser ved anskaffelse av såkalte "ensartede varer eller tjenester" jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3 (5).

Det vises også til omtale om fylkeskommunens organisatoriske inndeling, herunder fylkeskommunens forskjellige forvaltningsenheter og virksomheter med eget innkjøpsansvar. Videre pekes det på ulike praktiske problemstillinger vedrørende koordinering av anskaffelser, dersom man må sammenholde anskaffelser av "ensartede varer eller tjenester" for hele fylkeskommunen under ett når verdien på anskaffelsene skal beregnes.

Det skal innledningsvis bemerkes at det er domstolen, og ikke departementet, som har den rettslige kompetansen til å fortolke forskriften med bindende virkning. Som forvalter av anskaffelsesregelverket ønsker likevel departementet å kommentere spørsmålet. I denne sammenheng bemerkes det at spørsmålet som er reist også kan knyttes til den generelle reglen om forbudet mot oppdeling av en anskaffelse for å unngå at loven eller forskriften kommer til anvendelse. I kommentarene nedenfor, vil departementet under punkt 1 og 2 nedenfor redegjøre for dette forholdet for å imøtekomme disse aspektene ved deres og lignende henvendelser. Punkt 3 nedenfor går imidlertid direkte på deres spesifikke spørsmål.

Postadresse	Kontoradresse	Telefon	Avdeling for	Saksbehandler
Postboks 8014 Dep	Einar Gerhardsens plass 1	22 24 90 90	næringsregulering og	Johan Henrik Bjørge
0030 Oslo		Org no.	skipsfart	22246696
		972 417 890	Telefaks	
			22 24 66 69	

1. Fylkeskommunens plikt til å følge anskaffelsesregelverket

Forskriften slår fast at fylkeskommuner er en oppdragsgiver som er omfattet av anskaffelsesregelverket, § 1-2 (1). Dette innebærer at samtlige enheter/virksomheter som er en del av fylkeskommunens juridiske person, som utgangspunkt skal følge det alminnelige anskaffelsesregelverket. Unntak gjelder imidlertid fylkeskommunal virksomhet innen forsyningssektorene (herunder transport). Her gjelder "Forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene)".

Det kan tenkes situasjoner der anskaffelser både skal dekke behov til en enhet som faller innunder det alminnelige anskaffelsesregelverket og en enhet som omfattes forsyningsforskriften. For eksempel kan dette være aktuelt ved oppføring av bygg som både en forsyningsvirksomhet og en alminnelig forvaltningsenhet skal benytte. Regelverkene gir ikke direkte svar på hvilken av de to forskriftene som da skal brukes.

Hensynet til å unngå omgåelser av regelverket, tilsier at man i disse tilfellene velger det strengeste regelverket. Da bør man ta utgangspunkt i den enkelte enhets andel av den totale anskaffelsen, og vurdere hvilke regler som ville fått anvendelse dersom anskaffelsen kun gjaldt denne. Et eksempel kan være kjøp av kopimaskiner til 900.000 der den alminnelig forvaltningsenhet skal ha en tredel og en forsyningsenhet to tredeler av maskinene. Forsyningsforskriften krever ikke kunngjøring av denne kontrakten, siden terskelverdien for varekjøp er høyere. Andelen for den alminnelige forvaltningsenheten overstiger imidlertid 200.000,- kroners grensen for direkte kjøp. Dermed bør anskaffelsen kunngjøres. Det kan riktignok tenkes argumentert for at man anvender regelverket som gjelder den enhet som skal finansiere mer enn halvparten av kontraktsverdien, eller på annen måte har en kontroll med hvem som skal tildeles kontrakt. I denne sammenheng vises det til at dette prinsippet gjelder ved blandende kontrakter (jf. innkjøpsforskriftens § 2-6). Departementet oppfatter imidlertid at man i mangel av klar rettspraksis, bør legge til grunn det regelverket som størst grad gir regler for å ivareta anskaffelseslovens prinsipp om konkurranse.

Tilsvarende prinsipp kan legges til grunn der forvaltningsenheter gjør innkjøp sammen med private oppdragsgivere, hvor både den private og offentlige part har rettigheter og plikter etter samme kontrakt.

2. Beregning av anskaffelsens verdi

Hva "utgjør" en anskaffelse?

Det prinsipielle utgangspunkt er at det er den antatte verdien av hver individuelle vare- eller tjenestekontrakt som planlegges inngått, som skal legges til grunn når anskaffelsens verdi skal fastsettes. Dette forutsetter imidlertid at den individuelle kontrakten "utgjør" hele anskaffelsen. I § 2-3 åpnes det for at oppdragsgiver etter eget

skjønn kan dele opp anskaffelsen i separate kontraktsinngåelser der dette er hensiktsmessig (særlig aktuelt ved tjenester). Dvs at oppdragsgiver åpner for muligheten om del-leveranser i forbindelse med en anskaffelse eller planlegger å inngå flere kontrakter på forskjellige tidspunkt som samlet sett skal komplettere en anskaffelse. I slike tilfeller må samtlige kontrakter som sammen utgjør hele anskaffelsen tas med i beregningen av anskaffelsens verdi, når oppdragsgiver skal avgjøre om anskaffelsen overstiger terskelverdiene. Dette fremgår av bestemmelsens første ledd, som lyder:

(1) *Anskaffelsens verdi beregnes på grunnlag av den samlede verdi av de kontrakter som utgjør anskaffelsen på kunngjøringstidspunktet*

(4) *Når en tjeneste eller et bygge- og anleggsarbeid er inndelt i flere delarbeider som det skal inngås særskilte kontrakter for, skal verdien av hvert delarbeid tas med i beregningen.*

Oppdragsgiver må derfor først vurdere om de kontrakter som planlegges inngått er en del av samme anskaffelse. Et naturlig utgangspunkt i en vurdering om hva som "utgjør anskaffelsen" er om det man planlegger å anskaffe av varer eller tjenester som til sammen har til formål å dekke et bestemt behov. For eksempel vil planlagt kjøp av PC-er og software til PC-ene utgjøre en anskaffelse, selv om oppdragsgiver velger å inngå separate kontrakter. Motsatt vil resultatet være om man skal kjøpe elektrotjenester og rørleggertjenester, såfremt man ikke står ovenfor en bygg og anleggskontrakt. Det bemerkes likevel at det ikke kan være avgjørende i en vurdering av om man står ovenfor en eller flere forskjellige anskaffelser at anskaffelsen innebærer både kjøp av varer og tjenester (f.eks. rørleggertjenester).

Omgåelsesreglene

Videre følger av de grunnleggende kravene til offentlige anskaffelsesvirksomhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 at en:

"oppdragsgiver ikke skal dele opp en planlagt anskaffelse i den hensikt å unngå at bestemmelsen gitt i eller i medhold av denne lov kommer til anskaffelse"

Lovens § 5 fastsetter dermed et generelt forbud mot å dele opp en planlagt anskaffelse når motivet for oppdelingen er å omgå lovens eller forskriftens bestemmelser, mens forskriften presiserer i § 2-3 at dette gjelder blant annet valg av måten verdien av kontraktene beregnes på, samt taktisk inndeling av kontrakter eller mengde. I denne sammenheng vises det særlig til § 2-3 nr 2 og 3, som lyder:

(2) *Valget av metode for beregning av anskaffelsens verdi skal ikke foretas i den hensikt å unngå at bestemmelser i denne forskrift får anvendelse på kontrakten.*

(3) *En planlagt anskaffelse av en bestemt ytelse kan ikke deles opp i den hensikt å unngå at bestemmelser i denne forskrift kommer til anvendelse.*

Bestemmelsen tar utgangspunkt i at en anskaffelse kan deles opp når det foreligger saklige grunner for dette. Eksempler på saklig grunn kan være at oppdragsgiver

vurderer innholdet eller omfanget av fremtidig behov som usikkert, usikkerhet knyttet til fremtidige budsjettmessige forhold eller anskaffelsen gjelder produkter hvor markedet hyppig skrifter ut og forbedrer produktene eller løsningene. Det bemerkes også at overnevnte bestemmelser ikke legger føringer på hvordan oppdragsgiver skal planlegge sine anskaffelser. Hovedpoenget er med bestemmelsene er å fange opp anskaffelsesmetoder som ikke er basert på kommersielle metoder, og hvor kontraktene på en kunstig måte splittes opp i enheter for å unngå regelverkets forpliktelser.

Kontrakter av samme type som skal fornyes ved utløp - 12 måneders regelen

For kontrakter av samme art som inngås regelmessig eller som fornyes i løpet av en bestemt periode, må oppdragsgiver være oppmerksom på reglene i § 2-3 nr 8. Dette gjelder uavhengig om oppdragsgiver rent faktisk planlegger å inngå en ny løpende kontrakt for lignende varekontrakter eventuelt for samme type tjenestekontrakter, da beregningen minimum skal baseres på samlede kontrakter av samme type med en eller flere leverandører innenfor en 12 måneders periode. Bestemmelsen innebærer at tidligere inngåtte kontrakter også skal inngå i beregningen av anskaffelsens verdi (bokstav a) eller alternativt skal man legge til grunn antatte verdi av fremtidige kontrakter innen de neste 12 månedene (bokstav b). Det er opp til oppdragsgiver å velge om det er bokstav a eller b som best dekker de faktiske forhold, forutsatt at ikke valg av metode alene skjer ut fra den hensikt å omgå regelverket. For eksempel vil det være naturlig å legge til grunn beregningsmetoden i bokstav a, dersom man ikke har oversikt over det fremtidige behovet. Motsatt vil oppdragsgiver måtte legge til grunn verdien av fremtidige kontrakter (bokstav b), dersom det er sannsynlig at det fremtidige behovet vil være større enn foregående år. Utgangspunktet for beregning av periode vil i praksis være kalender år, men også oppdragsgivers budsjett år kan legges til grunn når dette avviker fra kalender året.

Det typiske og praktiske anvendelsesområdet for bestemmelsene vil være kjøp av renholdstjenester, kontorrekvisita, sanitærartikler, elektrisitet o.l. Juridisk teori at pekt på at det vil være et sentralt vurderingstema om hva som anses som "tilsvarende varekontrakter eller samme type tjenester", om varen eller tjenesten kan dekkes av samme leverandørmarked. I denne sammenheng vises det også til punkt 3 som berører tilsvarende spørsmål.

Det bemerkes også at hovedpoenget med bestemmelsen er at man ikke skal omgå reglene ved å legge til grunn kun den individuelle kontraktsverdien dersom den etablerte anskaffelsespraksis innebærer repetitive tilsvarende kontrakter av mindre verdi, når behovet for gjennatte kjøp fortsatt vil eksistere. Bestemmelsen er imidlertid ikke til hinder for at man operer med kontrakter av kortere varighet som fornyes. Det opplyses også at dersom en slik avtale er lengre enn 12 måneder, fortrenger den de to omtalte bestemmelsene. I slike tilfeller skal oppdragsgiver legge til grunn den antatte verdien for hele perioden.

3. Om organisering av innkjøpsansvar og en eventuell plikt til å ta hensyn til organisasjonens kontrakter av tilsvarende type ved beregning

Anskaffelsesregelverket legger ikke føringer på statens, fylkeskommunenes eller kommunenes måte å organisere innkjøps- og forsyningsansvaret. Ansvarer kan derfor tilpasses til det som best passer organisasjonen. Dette innebærer at innkjøpsansvaret fritt kan sentraliseres eller delegeres til de enkelte virksomheter eventuelt mindre enheter, uten dette vil stride mot anskaffelsesregelverket. Videre står organisasjonen (fylkeskommunen) fritt til å sentralisere ansvaret for noen innkjøpsområder, mens andre desentraliseres.

Med hensyn til spørsmålet om verdien av en planlagt kontrakt skal legges sammen med tilsvarende kontrakter¹ som en annen enhet eventuelt administrasjonen planlegger å inngå, har forskriften ingen bestemmelser som direkte gir svar på om dette retter seg mot kontrakter i hele organisasjonen eller om dette gjelder den enkelte enhet. Derimot finnes det, som nevnt under punkt 2, regler om hvilke planlagte kontrakter i organisasjonen som har en så nær sammenheng at de til sammen "utgjør" en anskaffelse og om inngåelse av flere kontrakter av samme type innenfor samme planleggingsperiode. I denne sammenheng vises det til reglene i § 2-3 nr 1 og 5, samt omgåelsesreglene hvis motivet for at hver enhet inngår individuelle kontrakter skjer ut fra den hensikt å omgå regelverket.

Forskriftens § 2-3 nr 1

Dersom enkelte underliggende eller sidestilte enheter planlegger inngåelse av kontrakter som sammen utgjør en anskaffelse, må disse kontraktene vurderes etter denne regelen. Det er altså hva som utgjør en anskaffelse som er vurderingstema, ikke hvem i organisasjonen som planlegger å inngå den enkelte kontrakt. I slike tilfeller er det uten betydning om deler av anskaffelsen rent praktisk gjennomføres av flere enheter, herunder om det ligger til den enkelte enhet å administrere inngåelse av en eller flere delkontrakter. Tilsvarende vil som regel gjelde når flere offentlige juridiske personer går sammen om en anskaffelse eventuelt i samarbeid med en eller flere private aktører, da disse mange tilfeller anses å være en type "sammenslutning" (jf § 1-2) som på selvstendig grunnlag omfattes av reglene.

Forskriftens § 2-3 nr 5

Bestemmelsen lyder:

(5) Dersom en planlagt anskaffelse av ensartede varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeid kan føre til tildeling av flere enkeltkontrakter samtidig, skal den samlede anslåtte verdi av disse enkeltkontraktene legges til grunn.

Bestemmelsen tar utgangspunkt i planlagte anskaffelser av "ensartede" varer (f.eks. kontormøbler, IT-utstyr, rengjøringsprodukter, kontormaskiner, m.v.) og tjenester (arkitekttjenester, undervisningstjenester, revisjonstjenester, transporttjenester, m.v.),

¹ Vare- og tjenestekontrakter

hvor oppdragsgiver benytter seg av muligheten til å inngå flere kontrakter selv om det også er mulig å få dekket dette gjennom en kontrakt. I juridisk teori legges det til grunn at det vil være et sentralt vurderingstema om de kontraktene som planlegges inngått retter seg til samme leverandørmarked.

Heller ikke denne bestemmelsen, tar direkte opp problemstillingen om det er betydning at underliggende eller sidestilte enheter har selvstendig innkjøpsansvar og dermed kun planlegger de kontrakter som den enkelte enhet skal forestå.

Det skal imidlertid påpekes at forskriftens referanse til ”planlagt” viser til oppdragsgivere som er omfattet av regelverket, men ikke nødvendigvis hele den juridiske person i denne sammenheng. For eksempel skriver Sue Arrowsmith på side 173 i kommentarene til EØS direktivene (tilsvarende bestemmelser som i forskriften):

“...the aggregation rules are not to require the aggregation of contracts awarded by independent units”

I den danske veilederen, som er utarbeidet av Konkurrencestyrelsen på side 77 , omtales slike enheter som “decentrale enheder”.

Arrowsmiths konklusjon baserer seg i hovedsak på en betraktning av formålet med bestemmelsene, og anfører at betraktningen har støtte i et skriv fra EU-kommisjonen hvor kommisjonen omtaler ”innkjøpsuavhengige” enheter som ligger til en juridiske person som er omfattet av reglene.

Både den danske veilederen og Arrowsmith oppgir at kommisjonen har akseptert at den omtalte regel ikke får anvendelse på innkjøpsuavhengige enheter, dersom enheten tilfredstiller alle de følgende forutsetninger:

- Enheten har eget budsjett og selvstendig innkjøpsansvar,
- anskaffelsen er kun til denne enheten (i motsatt fall må § 2-3 nr 1 vurderes), og
- beslutningen om inngåelse av kontrakt, tas utelukkende av denne enheten for den type anskaffelse (dvs at enheten ikke på noen måte trenger godkjenning for anskaffelsen)

Det bemerkes imidlertid at det ikke foreligger noen klar praksis på hvilke kriterier som beskriver en slik enhet, men at man med støtte i juridisk teori og kommisjonens anførsler vil kunne legge ovennevnte til grunn.

Sue Arrowsmith nevner at britiske skoler, ofte vil oppfylle disse betingelsene. Departementet legger til grunn at dette også f.eks. må gjelde for norske skoler, det enkelte departement og underliggende organ, samt mindre enheter/avdelinger som reelt oppfyller ovennevnte kriterier på et eller flere innkjøpsområder.

Omgåelsesbestemmelsene

Det legges til grunn at den reelle begrunnelsen for organisatorisk fordeling av innkjøpsansvar og måten dette gjøres på, i praksis ikke skjer ut fra et motiv om å omgå regelverket. Derimot gis en enhet myndighet på større eller mindre innkjøpsområder, ut fra hensynet til effektiv forsyning og administrasjonsfordeler. Det blir derfor kun i spesielle tilfeller, at omgåelsesreglene i denne sammenheng må vurderes nærmere. Dette kan f.eks. være aktuelt i denne sammenheng å vurdere om en ordning er i strid med hensynene bak omgåelsesreglene dersom det legges opp til at en enhet i hovedsak skal benytte sentralt inngåtte rammeavtaler uten at vilkårene for å inngå selvstendig kontrakter for samme varer eller tjenester er tilstrekkelig klare.

Retten for den juridiske personen til selv å bestemme den hensiktsmessige organiseringen av innkjøpsmyndighet, må antas å gjelde selv om dette rent faktisk kan få betydning for omfanget av organisasjonens samlede kontraktene som faller innunder regelverket eventuelt for hvilke anskaffelsesprosedyrer som må følges for en konkret anskaffelse. For eksempel er det naturlig at organisasjoner med et sentralisert innkjøpsansvar på ett eller flere områder ofte vil inngå større avtaler, da de planlagte anskaffelsene tar utgangspunkt i hele organisasjonens behov.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)
avdelingsdirektør

Johan Henrik Bjørge
seniorrådgiver