



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Avdelinger og enheter innen innklagede anskaffet brune- og hvitevarer samt småelektrisk utstyr uten å kunngjøre konkurranse. Klagenemnda kom til de enkelte enheter som hadde stått for innkjøpene måtte vurderes for seg ved fastlegningen av beløpsgrensene for lovlige direktekjøp, men at innkjøpene i saken for øvrig gjaldt ensartede, lignende eller samme type kjøp som derfor måtte ses samlet for hver innkjøpsenhet.

Klagenemndas avgjørelse 12. november i sak 2007/79

Klager: Elkjøp Norge AS

Innklaget: Kristiansand kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder: Spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) Kristiansand kommune (heretter kalt innklagede) har i flere år anskaffet brune- og hvitevarer samt småelektrisk utstyr, delvis uten å kunngjøre konkurranser.
- (2) Høsten 2003 besluttet innklagede å ikke gjennomføre en konkurranse om rammeavtale for brune- og hvitevarer og småelektrisk utstyr. Fra brev til Elkjøp Stormarked AS av 9. oktober 2003 hitsettes:

”AVLYSNING AV KONKURRANSE OM RAMMEAVTALE

Jeg vil med dette informere om at vi har besluttet å ikke gjennomføre noen konkurranse om rammeavtale for kjøp av småelektriske artikler, brune- og hvitevarer.

Vi kommer til å stille alle våre enheter fritt til å kjøpe produkter der de finner det mest hensiktsmessig for sitt aktuelle kjøp.

Ved kjøp over 200.000,- skal det gjennomføres egne anbudskonkurranser, ihht. Lov om offentlige anskaffelser.”

- (3) I brev fra innklagede til Elkjøp Norge AS (heretter kalt Elkjøp) datert 19. april 2007 fremgikk følgende:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

”Viser til Deres brev til Kristiansand kommune v/Rådmann Tor Sommerseth datert 27. mars 2007, hvor det fremkommer at Elkjøp Norge AS har observert at Kristiansand kommune over lengre tid har foretatt sine innkjøp av hvite- og brunevarer samt småelektrisk, uten at rammeavtale er utlyst eller at anbudsrunder har blitt kunngjort.

Vi har dessverre ikke lyst ut noen rammeavtale på ovenfornevnte varegrupper. Årsaken til dette er begrensede ressurser hos innkjøpstjenesten som har gjort at vi har funnet det nødvendig å prioritere konkurranseutsetting av varegrupper for varer og tjenester til drift med større volum enn ovenfornevnte varegrupper. Vi kan allikevel opplyse om at konkurranseutsetting av rammeavtale for disse varegruppene er lagt inn i planen for konkurranser som skal kjøres i løpet av 2008.

Det medfører ikke riktighet at vi ikke har kjørt anbudsrunder på ovenfornevnte varegrupper til prosjekter. Vi kan opplyse om at varer innenfor disse varegruppene til en verdi av ca. kr. 800 000,- ble lyst ut 2.11.2006 som en del av anbudet på inventar og utstyr til nytt oppført sykehjem, Straitunet bo- og servicesenter. Anskaffelser av inventar og utstyr som inkluderer ovenfornevnte varegrupper til prosjekter som oppføring av nye skoler, barnehager og sykehjem blir lyst ut på anbud.”

- (4) Dokumentasjon innklagede har fremlagt for klagenemnda viser at for inneværende år var det per 1. oktober 2007 anskaffet brune- og hvitevarer samt småelektrisk utstyr for kr 1 554 601 eks mva. Totalsummen er i følge innklagedes dokumentasjon delt opp i utgifter til drift og utgifter til investering/prosjekter. Per 1. oktober 2007 har innklagede anskaffet utstyr til driften for kr 773 312 eks mva. Innklagede har opplyst at det, ved kjøp av brune- og hvitevarer samt småelektrisk utstyr til driften, er vanlig praksis å anskaffe dette direkte, enten ved å ringe rundt til flere leverandører eller ved å gå direkte til én leverandør. Fremlagt dokumentasjon for 2007 (per 1. oktober) viser at brune- og hvitevarer og småelektrisk utstyr anskaffet gjennom investering/prosjekter er anskaffet på tre ulike måter; ved henvendelse til en leverandør, forespørsel til flere leverandører og gjennom kunngjorte konkurranser. Av den totale omsetning gjennom investering/prosjekter, kr 781 289 eks mva, er det ved henvendelse til en leverandør til sammen anskaffet varer for kr 76 552 eks mva, ved henvendelse til flere leverandører er det anskaffet varer for kr 136 089 eks mva og gjennom kunngjorte konkurranser er det kjøpt varer til en samlet verdi av kr 568 648 eks mva. Totalt har innklagede således anskaffet brune- og hvitevarer samt småelektrisk utstyr til en verdi av kr 985 953 eks mva, direkte uten kunngjøring.
- (5) Den fremlagte dokumentasjon viser at innklagede fra 2004 til 2007 har anskaffet varer fra flere ulike leverandører, hvorav rundt 50 % av anskaffelsene til drift og investering/prosjekter per år er anskaffet hos Rolfs Elektro AS/Rolfs Elektro avd. Sørlandsparken (for 2007 var 65 % av anskaffelsene per 1. oktober gjort hos disse leverandørene). Tall fra 2007 (per 1. oktober) viser at varer for kr 456 006 eks mva er kjøpt fra Rolfs Elektro AS/Rolfs Elektro avd. Sørlandsparken gjennom kunngjorte konkurranser, mens varer for kr 555 238 eks mva er anskaffet direkte fra disse leverandørene.

- (6) Fremlagt dokumentasjon viser at anskaffelse av brune- og hvitevarer og småelektrisk utstyr, er anskaffet av flere ulike enheter hos innklagede, herunder skoler, barnehager, omsorgssentre og sykehjem/aldershjem.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (7) Innklagede har ikke lagt anskaffelse av hvite- og brunevarer ut på anbud. Innklagede har utøvd denne praksisen i de fem siste årene, minst.
- (8) Innklagede har favorisert en enkelt leverandør, Rolfs Elektro, uten presumptivt å få de beste betingelser.
- (9) Innklagedes tolkning av departementets brev av 19. mai 2004 og veileder til regelverket om offentlige anskaffelser, avviker fra andre kommuners tolkning, samt klagers oppfatning av regelverket. Anskaffelser over kr 500 000 skal konkurranseutsettes.

Innklagedes anførsler:

- (10) En stikkprøvekontroll foretatt av innkjøpstjenesten i forbindelse med klagen til KOFA, viser at ved større kjøp av hvite- og brunevarer og småelektrisk utstyr til driften er det vanlig praksis å ringe rundt til flere leverandører og få tilbud, for deretter å velge det beste tilbudet. Ved mindre kjøp er det mer utberedt å gå direkte til en leverandør. At praksis med å sjekke tilbud ikke gjøres på flere kjøp, beklages.
- (11) Praksis ved investeringsprosjekter (nybygg/rehabilitering) er at hvite- og brunevarer samt småelektrisk utstyr inngår i byggentreprise og således har vært med i en anbudskonkurranse. Dette er blant annet tilfelle ved Lovisenlund, Strømme, Torridal og Flekkerøy skole. Alternativt blir løst inventar kjørt i egen konkurranse, eksempel på dette er Straitunet bo- og servicesenter. I noen tilfeller blir det også foretatt direkte kjøp som ved driftskjøp.
- (12) På grunn av stort arbeidspress hos innkjøpstjenesten har anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale vedrørende kjøp av hvite- og brunevarer og småelektrisk utstyr, dessverre blitt forskjøvet. En slik konkurranse vil bli gjennomført så snart som mulig, og senest i løpet av 2008.
- (13) Innklagede har vurdert at kjøp av hvite- og brunevarer og småelektrisk utstyr gjennom flere år er fordelt mellom mange leverandører, og har dermed fått godgjort at kjøp ikke bare foretas fra én leverandør i markedet. I tillegg har innklagede vektlagt at markedet for hvite- og brunevarer og småelektrisk utstyr er velfungerende med mange leverandører og produkter, og at det er sterk konkurranse i dette markedet. Disse faktorene bygger opp under innklagedes vurdering om å utsette gjennomføringen av en konkurranse for inngåelse av rammeavtale vedrørende kjøp av hvite- og brunevarer og småelektrisk utstyr, i forhold til andre konkurranser.
- (14) Innklagede reiser imidlertid spørsmål ved om det påhviler en rettslig forpliktelse til å gjennomføre en konkurranse for inngåelse av en slik rammeavtale. Innklagede har tolket departementets uttalelse i brev til Vest-Agder fylkeskommune av 19. mai 2004, i retning av at det ikke foreligger en plikt til å gjennomføre en konkurranse.

- (15) Videre vises det til forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3 (8) og departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser punkt 4.2.3.
- (16) Innklagede er delt inn i ulike sektorer, som igjen er delt inn i ulike enheter med selvstendig budsjettansvar og tilhørende selvstendig innkjøpsansvar. Innenfor budsjettrammen vurderer enhetene selv behovet for innkjøp og foretar innkjøp i tråd med dette til den enkelte enhet. Innklagede har i tillegg en egen innkjøpstjeneste organisert som en egen avdeling underlagt direktøren for administrasjonssektoren i kommunen. Innkjøpstjenesten bistår kommunens ansatte i innkjøpsfaglige spørsmål og gjennomfører også konkurranser for kommunens enheter og også samarbeidskommunene i Knutepunkt Sørlandet innkjøpssamarbeid.

Klagenemndas vurdering:

Klagefrist

- (17) Det følger av de nye saksbehandlingsreglene for saker vedrørende ulovlige direkte anskaffelser, at klage kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov om offentlige anskaffelser § 7b, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a. Dette innebærer at adgangen til å påklage ulovlige direkte anskaffelser, bortfaller to år etter den ulovlige direkte anskaffelsen finner sted. Fristen avbrytes når klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (18) Innklagede ble ved brev av 27. juni 2007 meddelt at klagenemnda hadde mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klagen i nærværende sak vedrører således kontrakter inngått to år tilbake i tid fra dette tidspunkt.

Regelverk

- (19) Anskaffelser iverksatt før 1.1.2007 følger forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 (FOA 2001), mens anskaffelser iverksatt senere enn dette følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (FOA 2006). Siden klagen gjelder anskaffelser både før og etter 1. januar 2007, kommer begge regelverk til anvendelse.

Hjemmel for direkte anskaffelser uten kunngjøring – lovens § 5, FOA 2001 § 11-2 og FOA 2006 § 2-1 (2)

- (20) Lovens § 5 setter krav om at enhver offentlig anskaffelse så langt det er mulig skal være basert på konkurranse. Selv om de påklagde innkjøp blir ansett for å ligge under terskelverdiene for kunngjøring, må oppdragsgiver i rimelig grad sørge for å oppnå best pris og kvalitet i det relevante marked. Innklagede har påvist at man har kjøpt fra flere leverandører i den periode saken gjelder. Klagenemnda har merket seg dette, men saken er ikke tilstrekkelig opplyst til at nemnda kan avgjøre om lovens § 5 er fulgt for alle de kjøp det er tale om. Forholdet ligger dessuten på siden av klagerens anførsler.
- (21) Etter FOA 2001 § 11-2 (1) a kunne en anskaffelse skje uten kunngjøring i Doffin-databasen og uten anbudskonkurranse hvis prisen på anskaffelsen ikke oversteg 200.000. Ved endring av 9. september 2005 (i kraft straks) ble denne nasjonale terskelverdien satt opp til kr 500.000 eks mva. Det er på det rene at en rekke av kjøpene foretatt før 1. januar 2007 enkeltvis ligger under disse beløpsgrensene. Etter ny forskrift FOA 2006 § 2-1 (2) er den nasjonale terskelverdien på kr 500.000

videreført, hvilket betyr at noe flere av de enkeltkjøp som er dokumentert i saken ville kunne gjennomføres uten kunngjøring dersom kjøpene ikke ses i sammenheng.

- (22) Det oppstår to spørsmål i saken, dels om det foreligger en slik sammenheng mellom de enkelte kjøp at man må se kjøpene som kjøp av ensartede varer av samme type, dels om enkeltkjøp foretatt av kommunens enkelte enheter skal regnes som kjøp foretatt av kommunen under ett eller av hver enkelt enhet.

Hvorvidt enkeltkjøpene skal ses i sammenheng

- (23) Innklagede har forklart at det har blitt kjøpt inn brune- og hvitevarer samt småelektrisk utstyr, uten at det har vært kunngjort konkurranser. Dokumentasjonen innklagede har forelagt klagenemnda, viser at de fleste enkelte anskaffelsene har ligget under henholdsvis 200.000 (før 9.9.2005) og kr 500 000 (etter 9.9.2005) (alle beløp eks mva). Ved varekontrakter som inngås *"med regelmessige mellomrom"* følger det av forskriftens § 2-3 (11) at den anslåtte kontraktsverdi skal beregnes basert på en av følgende måter:

- "a. enten den samlede faktiske verdien av de påfølgende kontraktene av samme type tildelt i løpet av de tolv foregående månedene eller det foregående regnskapsåret, om mulig justert for å ta hensyn til endringer i mengde eller verdi som kan forekomme i løpet av de tolv månedene som følger etter inngåelse av den opprinnelige kontrakten, eller*
- b. den samlede anslåtte verdien av de påfølgende kontraktene tildelt i løpet av tolv måneder fra den første leveransen eller i løpet av regnskapsåret dersom dette er lengre enn 12 måneder."*

- (24) Det er således årlig forbruk/forbruk i løpet av en 12 måneders periode som skal danne grunnlaget for verdiberegningen.

- (25) Spørsmålet blir etter dette om kontrakter om kjøp av brune- og hvitevarer samt småelektrisk utstyr, kan anses som *"lignende varekontrakter"* evt kontrakter *"av samme type"*, jf FOA 2001 § 2-3 (8) a. FOA 2006 § 2-3 (11) omtaler bare alternativet *"av samme type"*, men nemnda antar at det med dette ikke er tilsiktet noen realitetsendring i forhold til formuleringen i forskriften av 2001.

- (26) Forskriftens ordlyd gir liten veiledning på hva som ligger i begrepet *"av samme type"*. Klagenemnda har heller ikke funnet andre kilder som klargjør dette Begrepene *"av samme type"* og *"ensartede varer"* står i samme bestemmelse i forskriften, og hensynet bak begge reglene er det samme, nemlig å hindre omgåelse av regelverket ved oppdeling av kontrakter. På denne bakgrunn finner nemnda det naturlig å se hen til de samme vurderingene ved avgjørelsen av hva som er kontrakter *"av samme type"*, som ved vurderingen av hva som er *"ensartede varer"*, slik også G Amdal og I Roll-Matthiesen, Lov og forskrift om offentlige anskaffelser (2 utg 2004) s 162, som med rette påpeker at *"samtidig"* i FOA 2001 § 2-3 (5) ikke må tolkes bokstavlig, men slik at bestemmelsen også må få anvendelse når anskaffelsene skal foretas over et kort tidsrom.

- (27) I relasjon til FOA 2006 § 2-3 (8) (sml FOA 2001 § 2-3 (5)) om kjøp av *"ensartede varer"* ved tildeling av enkeltkontrakter i en planlagt anskaffelse kommenteres dette

i FAD Veileder 2006 på s 50 (Veileder for 2001-forskriften (Handels- og næringsdepartementet) (2001) s 21-22 er mer kortfattet):

”Vurderingen må foretas konkret i den enkelte anskaffelsen. I vurderingen av hva som er ensartede varer er det noen momenter som kan være til hjelp:

- *Om varene dekker samme behov.*
- *Hvordan slike anskaffelser tidligere er blitt foretatt.*
- *Om det finnes leverandører som kan levere hele anskaffelsen.*
- *Hvordan anskaffelsen er behandlet i regnskapet (en eller flere poster).*
- *Hvordan man etter en kommersiell vurdering kan oppnå bedre og mer kostnadseffektive anskaffelser.”*

(28) I juridisk teori uttaler Dragsten/Lindalen i Offentlige anskaffelser Kommentartutgave Bind I (s.530) at det avgjørende ved vurderingen av hva som er ”ensartede varer”, vil være om varene utgjør en naturlig enhet.

(29) Moderniseringsdepartementet (nå Fornying- og administrasjonsdepartementet) avga ved brev av 19. mai 2004 til Vest-Agder fylkeskommune en fortolkningsuttalelse om offentlige anskaffelser og selvstendig innkjøpskompetanse. I brevet skriver departementet blant annet følgende i tilknytning til FOA 2001 § 2-3 (8) (jf FOA 2006 § 2-3 (11))

”Det typiske og praktiske anvendelsesområdet for bestemmelsene vil være kjøp av renholdstjenester, kontorrekvisita, sanitærartikler, elektrisitet o.l. Juridisk teori har 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. [...]”

(30) Når det gjelder brune- og hvitevarer samt småelektrisk utstyr, som i nærværende sak, er det ikke snakk om at varene dekker samme eller tilsvarende behov. Det er imidlertid tale om varer som jevnt over har samme levetid og det er varer som anskaffes fra det samme leverandørmarkedet. I tillegg taler fremlagt dokumentasjon for at innklagede selv har ansett dette som enhetlige varekjøp. Klagenemnda er etter en helhetsvurdering kommet til at kontrakter om kjøp av brune- og hvitevarer samt småelektrisk utstyr i dette tilfellet er å anse som kontrakter ”av samme type”, jf forskriftens § 2-3 (11).

(31) Dokumentasjonen innklagede har fremlagt for klagenemnda, viser at det i 2007 (per 1. oktober), er anskaffet brune- og hvitevarer samt småelektrisk utstyr for til sammen kr 985 953 eks mva. Ut fra det syn klagenemnda legger til grunn i det følgende, går nemnda ikke nærmere inn på om forskriften ved dette er brutt.

Hvorvidt de foretatte kjøp skal anses gjort av kommunen

(32) Det rettslige utgangspunktet er at kommunen utgjør det relevant rettssubjekt etter regelverket for offentlige anskaffelser, jf. lovens § 2 og forskriftens § 1-2 (1). De angitte sektorer/enheter som står for anskaffelsene i denne saken er ikke skilt ut fra kommunen som egne rettssubjekt og inngår dermed rettslig som en del av kommunens økonomiforvaltning.

- (33) De aktuelle sektorer/enheter i denne saken er i følge innklagede på den annen side enheter med selvstendig budsjettansvar og tilhørende selvstendig innkjøpsansvar. Innklagede har opplyst for klagenemnda at kommunen er delt inn i ulike sektorer, som igjen er delt inn i ulike enheter. Innenfor budsjettrammen vurderer enhetene selv behovet for innkjøp og foretar innkjøp i tråd med behovet til den enkelte enhet. Klagenemnda har ikke mulighet til å overprøve hvorvidt alle enhetene som har gjort innkjøp, er selvstendige innkjøpsenheter. Men klager har ikke bestridt at innklagede består av selvstendige innkjøpsenheter.
- (34) Hvorvidt en slik desentralisert innkjøpsordning innen kommunen betyr at anskaffelser skal tilskrives hver enhet er ikke løst hverken i 2001- eller 2006-forskriften. Det er heller ikke tatt opp i de EØS-relevante direktiver som dekker innkjøpsperioden i saken (Dir 1993/36/EF frem til Dir 2004/18/EF som ble gjennomført i norsk rett ved forskriftsendringen i 2006).
- (35) Utgangspunktet er at de eneste lovlige unntakene fra anskaffelsesregelverket er de som fremgår av en naturlig fortolkning av regelverket eller domstolenes praksis. Det foreligger ikke rettspraksis, verken fra nasjonal domstol eller fra EF-domstolen, som berører spørsmålet direkte. Klagenemnda har ikke hatt noen sak om dette spørsmålet, men det foreligger en dansk klagenævnsak som omtales nedenfor.
- (36) Den rådende oppfatning synes å være at utskilte innkjøpsfunksjoner innen den juridiske person som utgjør oppdragsgiveren etter omstendighetene må godtas med den virkning at anskaffelsen regnes som foretatt av hver enhet og ikke av det overordnede organ. Noe annet gjelder hvis en enhet (f eks en innkjøpsentral eller kommunen ved rammeavtale) koordinerer kommunale innkjøp, FAD Veileder 2006 pkt 4.2.3. (s 51):

"Hvis en enhet koordinerer kjøp for flere andre enheter, for eksempel gjennom en felles 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. Reglene om omgåelse må også tas i betraktning hvis motivet for at enhetene inngår individuelle kontrakter er å omgå regelverket. Les mer om departementets vurdering i [brevet](#) til Vest-Agder fylkeskommune."

- (37) Veilederen viser til en kjennelse 17. juli 2002 fra Klagenævnet for Udbud i Danmark (der en avdeling innen kommunen ble ansett som innkjøpsenhet, omtalt med tilslutning av S E Hjelmberg m fl EU Udbudsretten (2005) s 141-142) - og til uttalelser i forarbeidene til lovendringen i 2006 - Ot prp nr 62 (2005-2006) s 26 (i omtale av rettssubjektet for overtredelsesgebyr etter lovens § 7b):

"Avgrensningen av begrepet oppdragsgiver følger den samme avgrensning som i forskrift om offentlige anskaffelser. Denne avgrensningen er ikke nødvendigvis sammenfallende med avgrensningen av den aktuelle juridiske person som oppdragsgiver er en del av. Avgrensningen springer ut av en tolkning av forskriftens bestemmelse om beregning av anskaffelsens verdi (gjeldende forskrift § 2-3). I følge denne læren må det dreie seg om innkjøpsuavhengige enheter. Relevante momenter inkluderer selvstendig budsjett og innkjøpsansvar. Dette innebærer for eksempel at

en skole, et departement og underliggende organer, kan være oppdragsgivere i lovens forstand.”

- (38) S. Arrowsmith *The Law of Public and Utilities Procurement* (2 utg 2005) omtaler engelsk lovgivning og antar (s 387) at

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

- slik at anskaffelser foretatt av selvstendige enheter hos den juridiske personen skal holdes utenfor ved beregning av verdien på anskaffelser foretatt av den juridiske personen, dersom enheten tilfredsstiller følgende forutsetninger:

- ”(i) there is a purchase by a “discrete operational unit” (DOU). It is not clear what this means, but it probably covers only unit with budgetary and managerial autonomy.*
- (ii) the goods or services are acquired solely for the purpose of that unit;*
- (iii) the decision over whether to purchase has been wholly devolved to the unit; and*
- (iv) that decision is taken independently of any other part of the contracting authority (which probably involves a requirement that it should not be subject to approval).”*

- (39) I EU-kommisjonens ”Vejledning om EU-reglerne om offentlige indkøb af varer”, (20.1.1993 Doc CC/92/87) skriver Kommisjonen følgende i punkt 2.2.3 om oppdeling av kontrakter:

”For eksempel skal en ordegivende 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.” (Klagenemndas understrekning.)

- (40) I Moderniseringsdepartementets (nå Fornyings- og administrasjonsdepartementet) fortolkningsuttalelse vedrørende forskrift om offentlige anskaffelser og selvstendig innkjøpskompetanse, gitt i brev av 19. mai 2004 til Vest-Agder fylkeskommune, vises det blant annet til Arrowsmith, og departementet gjengir forutsetningene Arrowsmith oppstiller og føyer til:

”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.”

- (41) Synspunktene som fremkom i departementets brev til Vest-Agder fylkeskommune, opprettholdes av departementet i veilederen til reglene om offentlige anskaffelser (FOA 2006), jf punkt 4.2.3 ”Hva er ”én anskaffelse” når flere enheter gjør innkjøp”:

”I vurderingen legges det vekt på om anskaffelsen skjer av innkjøpsuavhengige enheter.

Sentrale momenter i vurderingen er:

- om enheten har eget budsjett og selvstendig innkjøpsansvar,*
- om anskaffelsen kun er til denne enheten, og om*
- beslutningen om inngåelse av kontrakt tas utelukkende av denne enheten for den type anskaffelse. Det vil si at enheten ikke trenger godkjennelse for anskaffelsen.”*

- (42) Også i den danske ”Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne 2006”, er problemstillingen om ”decentrale enheder”, behandlet, jf punkt 4.6.4.:

”Dette afhænger af, om den decentrale enhed udgør en separat og selvstændigt handlende enhed, og om den decentrale enhed har opgivet at udnytte sin position til at opnå stordriftsfordele.”

- (43) Videre er det i den danske veilederen listet opp ulike elementer som vil være veiledende ved vurderingen av om en enhet betraktes som reelt uavhengig. Disse er i det vesentlige sammenfallende med momentene i den norske Veilederen.

- (44) Det bakgrunnsmateriale som klagenemnda har funnet om problemstillingen i foreliggende sak åpner for at anskaffelser foretatt av selvstendige desentraliserte innkjøpsenheter innen kommunen skal holdes utenfor ved beregning av om terskelverdiene etter FOA 2001 § 11-2 (1) og FOA 2006 § 2-1 (2) i forhold til FOA 2001 § 2-3 (8) og FOA 2006 § 2-3 (11) er overskredet. Klagenemnda antar etter dette at innklagedes innkjøpsfaglige enheter i den foreliggende sak må vurderes for seg. Klageren har ikke påberopt seg at det foreligger ulovlige direktekjøp når en slik forståelse av forskriften(e) legges til grunn.

- (45) Klagenemnda vil tilføye at den løsning saken etter dette får ivaretar kommunenes behov for å opprettholde desentraliserte innkjøp innen kommunen. Det er ikke et krav etter regelverket å fremtvinge overordnede rammeavtaler for kommunen under ett – eller pålegge bruk av innkjøpssentraler som etter omstendighetene kan i vareta kommunale innkjøpsbehov og konkurranse i markedet på andre måter. Nemnda understreker at lovens krav til konkurranse for alle offentlige innkjøp (§ 5) vil gjelde også ved en slik desentralisert innkjøpspraksis, og da slik at enheter ut fra marked og lokale forhold må sørge for at man unngår leverandørmonopol ved gjentatte småinnkjøp over tid. Saken er som nevnt ikke godt nok opplyst til at nemnda kan avgjøre om de aktuelle kjøp i denne saken innfrir lovens konkurransekrav.

Konklusjon:

Kristiansand kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
12. november 2007

Kai Krüger