



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Næringslivets Hovedorganisasjon
Att. Direktør Petter Haas Brubakk
Postboks 5250 Majorstuen
0303 OSLO

Deres referanse

Vår referanse
2010/359

Dato
21.03.2011

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse 20. desember 2010 mot Forsvaret Flo Ikt Kb Tdk (heretter kalt innklagede). Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den er gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Sakens bakgrunn:

- (1) Ulike enheter i Forsvaret har over flere år anskaffet skytetrening og formidling av skytetrening fra foretaket Capsicum Flemming Mark Pedersen uten at dette er skjedd etter kunngjort konkurranse.
- (2) Innklagede opplyser å ha anskaffet skytetrening og formidling av skytetrening for kr 1 485 486,76 inklusiv merverdiavgift i perioden 28. desember 2008 til 28. desember 2010.
- (3) Samtlige fakturaer er adressert til Forsvarets Regnskapsadministrasjon, Postboks 1, Haakonsværn, 5386 Bergen, men oppgir flere ulike bestillere og leveringsadresser, herunder spredte lokasjoner i Nord-Norge, Gardermoen, Rygge og Haakonsværn.
- (4) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser av Næringslivets Hovedorganisasjon (heretter kalt klager) ved brev 20. desember 2010. Vedlagt klagen fulgte utdrag fra Riksrevisjonens rapport vedrørende revisjon og kontroll for budsjettåret 2009. Fra rapporten refereres:

”Riksrevisjonen har kontrollert 133 driftanskaffelser. Det har vært kontrollert om rammeavtaler er benyttet, om Forsvarets logistikkorganisasjons (FLO) innkjøpsmiljøer er benyttet og om dokumentasjonen har vært tilfredsstillende.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

[...]

Riksrevisjonen har kontrollert anskaffelser av skyteopplæring/kurs fra et sivil firma. Alle forsvarsgrener og FLO har kjøpt tjenester fra dette firmaet gjennom mange år uten konkurranse.”

- (5) Innklagede ble varslet ved klagenemndas brev 28. desember 2010.
- (6) Innklagede har redegjort for innkjøp som er foretatt av de ulike enhetene. Redegjørelsen viser at enhetenes innkjøp i perioden 28. desember 2008 til 28. desember 2010 ikke overstiger nasjonal terskelverdi på kr 500 000 eksklusiv merverdiavgift.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (7) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse slik fremkommer av Riksrevisjonens revisjon og kontroll for budsjettåret 2009.

Innklagedes anførsler:

- (8) Innklagede anfører at anskaffelsene av skytetrening og formidling av skytetrening er foretatt av 10 selvstendige enheter. Det vises til at innklagede som organisasjon er plassert over hele landet. Øverste ledelse er Forsvarsdepartementet og Forsvarssjefen. Forsvarets logistikkorganisasjon (FLO) anskaffer materiell- og tjenestekapasiteter over investeringskapittelet på vegne av Forsvarsledelsen. Når det gjelder driftsmidler, så er enhetene organisert i egne budsjettansvarlige avdelinger (heretter kalt BRA). BRA har selvstendig styring over de midler de er tildelt over budsjettet. Hver BRA sin innkjøpsmyndighet er begrenset til kr 500 000. Innkjøp over kr 500 000 skal gjennomføres av FLO. BRA er forpliktet til å følge regelverket for offentlige anskaffelser og anskaffelsesregelverket for Forsvaret (ARF).
- (9) Innklagede kan ikke gå inn på lokalisering av de ulike enheter som har gjennomført anskaffelsene, men peker på at de er gjort av ulike avdelinger i Hæren, Luftforsvaret, Heimevernet og Sjøforsvaret. Etterretningsbataljonen, Hærens jegerkommando, Garnisonen i Porsanger, Lufteroperativ Inspektorat, HV 14, Marinejegerkommandoen og Kystjegerkommandoen er egne selvstendige BAR og er lokalisert i Oslo, Østfold, Hedmark, Buskerud, Rogaland, Hordaland, Troms og Finnmark.
- (10) Skytetreningen i aktuelle sak er anskaffet og benyttet av den bestillende enhet. Beslutning om anskaffelse har ikke vært avhengig av godkjenning fra FLO eller annen myndighet, idet anskaffelsen er under terskelverdi.
- (11) Samlet er det i perioden 28. desember 2008 til 28. desember 2010 anskaffet tjenester fra Capsicum Flemming Mark Pedersen for kr 1 485 486, 76 inklusiv merverdiavgift, men anskaffelsene som er foretatt av den enkelte innkjøpsenhet er under nasjonal terskelverdi.

Sekretariatets vurdering:

- (12) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a 1. ledd.

- (13) Av klagenemndsforordningen § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b 3. ledd. Av bestemmelsen fremgår at adgangen til å illegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved brev 20. desember 2010, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev 28. desember 2010.
- (14) Klager anfører at innklagede, med bakgrunn de funn Riksrevisjonen har gjengitt i sin rapport for 2009, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av skytetrening og formidling av skytetrening. Innklagede har imøtegått klagers anførsel ved å vise til at anskaffelsene er foretatt av 10 selvstendige enheter (BRA) og at anskaffelsene dermed faller under terskelverdien for kunngjøringsplikt.
- (15) Problemstillingen blir da hvorvidt innklagedes anskaffelse av skytetrening er foretatt av selvstendige innkjøpsenheter.
- (16) Reglene om beregning av terskelverdiene følger av forordningen § 2-3. Forordningen regulerer imidlertid ikke eksplisitt hva som skal anses som én anskaffelse når flere enheter gjør innkjøp. Dette er, så vidt sekretariatet kan se, heller ikke behandlet i rettspraksis.
- (17) Veileder til Fornøyings-, Administrasjons- og kirkedepartementet (2006) om offentlige anskaffelser oppgir følgende sentrale momenter som må vektlegges i vurderingen av hvorvidt flere enheters innkjøp skal ses i sammenheng ved beregning av terskelverdi (s. 51), jf. også Sue Arrowsmith (2005) s. 387:
- Om enheten har et eget budsjett og selvstendig innkjøpsansvar
 - Om anskaffelsen kun er til denne enheten, og om
 - Beslutningen om inngåelse av kontrakt kan tas utelukkende av denne enheten for denne type anskaffelse.
- (18) Veilederen viser også til kjennelse 17. juli 2002 fra Klagenævnet for Udbud i Danmark (der en avdeling innen kommune ble ansett som en innkjøpsenhet, omtalt med tilslutning av S E Hjelmberg m. fl. i EU Udbudsretten (2005) s. 141-142) og til lovforarbeidet Ot.prp. nr. 62 (2005-2006). Fra sistnevnte refereres følgende:
- ”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.”*
- (19) Klagenemndas sak 2007/79 gjaldt ulike avdelinger og enheter innenfor Kristiansand kommune sine anskaffelser av brune- og hvitevarer samt småelektrisk utstyr. Etter å ha gjennomgått de relevante rettskildene på området i premiss 32 – 44, konkluderte nemnda med følgende i premiss 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.”

- (20) Sekretariatet legger til grunn innklagedes forklaring om at enhetene som har anskaffet skytetrening, har eget budsjett og selvstendig innkjøpsansvar for anskaffelser inntil 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift. Fakturaene som innklagede har fremlagt understøtter dette. Det fremgår av fakturaene med bilag og innklagedes to tilsvær i saken at ulike enheter, eksempelvis Marinejegervåpenet, Garnisonene i Porsanger, Kystjegerkommandoen og Luftoperativt inspektorat står oppført som bestillere og at skytetreningen synes benyttet ved de respektive enheters lokasjoner i ulike fylker og landsdeler. Etter sekretariatets syn må ”bestiller” i dette tilfellet anses som ”beslutningstaker”, jf. tredje punkt i premiss 17. At faktura er sendt til innklagedes regnskapsadministrasjon for videre håndtering rokker ikke ved dette.
- (21) Sekretariatet har på denne bakgrunn kommet til at de ulike enheters anskaffelser av skytetrening og formidling av skytetrening i perioden 28. desember 2008 til 28. desember 2010 ikke kan ses i sammenheng ved beregning av terskelverdiene. Ettersom ingen av enkeltanskaffelsene i perioden overstiger terskelverdien på 500 000 kr eksklusiv merverdiavgift, foreligger det ingen ulovlig direkte anskaffelse av skytetrening og formidling av skytetrening.
- (22) Klagers anførsler kan på dette grunnlag ikke føre frem, og saken avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Med vennlig hilsen

Lene Kristin Hennø
rådgiver

Mottakere:
Næringslivets
Hovedorganisasjon