

Haavind Nyhetsbrev 01/2009

Offentlige anskaffelser

Utvidet bruk av hasteprosedyre på grunn av finanskrisen

EU-Kommisjonen åpner for utvidet bruk av hasteprosedyre ved offentlige anskaffelser. Dette kan være av stor betydning både for oppdragsgivere og for leverandører, men det er likevel viktige begrensninger og visse uklarheter i uttalelsen.

Av Erlend Dahl

EU-Kommisjonen publiserte 19. desember 2008 er pressemelding der det åpnes for utvidet bruk av hasteprosedyre ved offentlige anskaffelser. På grunn av finanskrisen anerkjenner Kommisjonen at medlemsstatene har et særskilt behov for å foreta raske innkjøp, for å stimulere økonomien og begrense skadevirkningene på næringsliv og sysselsetting. Oppdragsgivere har nå en utvidet adgang til å korte ned fristene for inngivelse av tilbudsforespørsel og fristen for tilbudsinnngivelse i begrensede anbudskonkurranser. Dette kan være av stor betydning både for oppdragsgivere og for leverandører. Det er imidlertid viktige begrensninger og visse uklarheter knyttet til pressemeldingen.

Utgangspunktet for begrenset anbudskonkurranse over EUs terskelverdier er at det skal gå minst 30 dager fra kunngjøring av konkurransen i DOFFIN til leverandører må melde sin interesse ved tilbudsforespørsel. Dernest velger oppdragsgiver ut et antall leverandører som så inviteres til å gi sitt tilbud på kontrakten. Fristen for å sende inn endelig

tilbud må være minst 40 dager fra invitasjonen sendes ut. Dette er minimumsfrister, slik at oppdragsgiver kan fastsette lengre frister, jf. § 19-2. Etter regelverket kan disse fristene kortes ned til 10 dager hver, dersom det foreligger et "hastetilfelle" som gjør det "umulig å anvende fristene", jf. § 19-5. Kommisjonen uttaler i pressemeldingen at finanskrisen i seg selv gjør at det foreligger et hastetilfelle som gjør det umulig å anvende de opprinnelige fristene, og at denne generelle forutsetningen vil gjelde gjennom hele 2009 og 2010. Dette vil gjelde for "all major public projects".

Det er først viktig å se at uttalelsen ikke er en endring av regelverket, men en uttalelse om hvordan en unntaksregel skal tolkes. Dette gjør at oppdragsgiver ikke ubetinget kan bruke korte frister i alle nye innkjøp. Uttalelsen gjelder kun begrensede konkurranser, og ikke åpne anbudskonkurranser. I sisteveinte tilfelle, må den normale fristen på 45 dager fremdeles følges. Uttalelsen vil trolig også måtte gjelde for konkurranse med forhandlinger, som er en form for begrenset konkurranse. Uttalelsen sier ikke at det er en utvidet adgang til direkteanskaffelse, dvs. å unnlate kunngjøring. Uttalelsen gjelder videre "all major public projects", hvilket innebærer at prosjektet må være av en viss størrelse. Dette kan tyde på at mindre innkjøp som ledd i den normale driften, f.eks. rekvisita og renholdstjenester, ikke er omfattet. Det er viktig å se at uttalelsen er klar på dette punkt, så oppdragsgivere må utvise et forsvarlig skjønn og bør protokollføre en begrunnelse for at prosjektet har en tilknytning til finanskrisen. Utvidelsen omfatter etter ordlyden alle prosjekter, dvs. ikke bare prosjekter som settes i gang direkte med

formål å avhjelpe finanskrisen. Selv om et større prosjekt har vært planlagt og midler avsatt før finanskrisen, vil fristene kunne kortes inn i henhold til uttalelsen. For oppdragsgivere er det helt sentralt å sikre skriftlighet omkring vurderingene forut for en kunngjøring med forkortet frist. Fornyingsdepartementet har i brev av 16. januar 2009 lagt til grunn at tiltak som kommer som følge av regjeringens tiltakspakke av 26 januar vil omfattes, samt andre anskeffaler med "klare sysselsettingsstimulerende effekter".

Det er viktig å se at uttalelsen fra kommisjonen innebærer en innskrenkning av konkurransen ved offentlige anskaffelser. Uttalelsen er ikke et lovgivende dokument, men et uformelt uttrykk

for kommisjonens oppfatning og er derfor en form for "kommisjonspraksis". Oppdragsgivere skal alltid være forsiktige med å anvende unntaksbestemmelser fra anskaffelsesreglene, og særlig de som berører såpass sentrale forhold som konkurranseprinsippet. Dersom en norsk leverandør saksøker en oppdragsgiver for brudd på regelverket basert på urettmessig bruk av hasteprosedyre, er det ikke automatisk gitt at norske domstoler må legge uttalelsen til grunn som bindende. Vilåårene er fremdeles at det må foreligge et "hastetilfelle" som gjør det "umulig å anvende" de normale fristene, og oppdragsgiver må fremdeles begrunne at et tiltak er knyttet til finanskrisen på en måte som gjør at det må settes i verk med kortere frister enn normalt.

Enerettsunntaket i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) h

I denne artikkelen redegjøres for adgangen en offentlig oppdragsgivers har til å tildele en annen offentlig oppdragsgiver enerett til leveranse av visse tjenester i henhold til anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) h, på grunnlag av KOFAs uttalelse i sak 2008/77. KOFA har i to tidligere saker, 2008/7 og 2008/8, tatt stilling til fremgangsmåten for tildeling av enerett, som også behandles i det følgende.

Av advokat Stein Ness

Unntaksbestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) h

Tildeling av enerett må ikke forveksles med tildeling av kontrakter i såkalt "egenregi", som også er et unntak fra kravet om konkurranseutsetting. Enerettsunntaket i anskaffelsesforskriften § 1-3(2) h, gjelder kun for anskaffelse av tjenester og i tillegg må følgende vilkår være oppfylt:

- organet som tildeles kontrakten må selv være en offentlig oppdragsgiver som definert i anskaffelsesforskriften § 1-2
- organet må ha fått tildelt en enerett på vedkommende tjenesteområde i henhold til lov, forskrift eller administrativt vedtak som er kunngjort
- tildelingen må være forenelig med EØS-avtalen

Dersom ikke samtlige av disse vilåårene er oppfylt vil det foreligge en ulovlig direkte anskaffelse. Ut fra Fornyingsdepartementets veileder om offentlige

anskaffelser, fortolkningsuttalelser og juridisk litteratur synes hensynene bak enerettsunntaket primært å være at det må dreie seg om tjenester som det offentlige bør ha hånd om på grunn av særlige behov av hensyn til allmennheten, som tilsier at kravene til konkurranse kan tilsesettes.

Kravet om at tildelingen må være i samsvar med EØS-avtalen - KOFAs sak 2008/77

I tillegg til vilkåret om at tildelingen av eneretten må skje fra en oppdragsgiver til en annen, kreves det at tildelingen "må være forenelig med EØS-avtalen". I vilkåret om at tildeling av enerett må være i samsvar med EØS-reglene ligger det i følge teori og praksis et krav om at eneretten må kunne begrunnes i:

- tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungveiene til at de går foran hensynet til den frie bevegelsen av tjenester, og
- at tildeling av enerett er nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene, og at målene ikke kan nås med andre og mindre inngripende midler.

Det må således i utgangspunktet foreligge slike allmenne hensyn som begrunnelse for tildelingen av enerett. Dette krever at det foretas en konkret vurdering i forhold til de enkelte tjenestene som det er aktuelt å tildele enerett for.

KOFA's sak 2008/77 gjaldt spørsmålet om hvorvidt et kommunalt aksjeselskap kunne få tildelt enerett til å behandle husholdningsavfall av eierkommunene i et interkommunalt samarbeid. KOFA kom til at tildeling av eneretten her var forenelig med EØS-avtalen og konstaterte at EØS-avtalens artikkel 59 åpner for at offentlige foretak kan gis særlige eller eksklusive rettigheter. Videre viser KOFA til at håndtering av husholdningsavfall i utgangspunktet er en kommunal oppgave etter forurensningsloven, hvoretter det ikke kreves konkurranseutsetting ved delegasjon av oppgaver tilknyttet avfallshåndtering, og at loven derved ikke er til hinder for tildeling av enerett.

KOFA vurderte imidlertid ikke nærmere eller tok selvstendig stilling til om tildelingen av eneretten, utover ikke å være lovstridig, kunne begrunnes i særlige allmenne hensyn som tilsa at enerett var

nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene, samt hvorvidt hensynene kunne ivaretas med andre og mindre inngripende midler. KOFA viste imidlertid til juridisk teori om temaet, og uttaler at det ikke foreligger holdepunkter for å anta at "opprettelse av enerett til kommunal avfallshåndtering bryter med det overordnede proposjonalitetsprinsippet som eller kan begrense bruken av enerettsordninger i offentlig sektor".

Ut fra KOFAs uttalelse synes det å være avgjørende for adgangen til å tildele enerett at dette ikke strider med den lovgivning som regulerer oppgaven som tildelingen gjelder og at offentlig tillagte oppgaver normalt vil kunne tildeles som enerett til et annet offentlig organ, siden det antas at slike oppgaver primært skal ivareta allmenne interesser. I dette tilfellet kan det også ha hatt betydning at det følger direkte av forurensningslovens bestemmelser at kommunen har en plikt til å besørge renovasjon.

Fremgangsmåten for tildeling av enerett - KOFAs sak 2008/7 og 2008/8

Tildeling av enerett kan etter forskriftens § 1-3 (2) h, skje gjennom lov, forskrift eller ved administrativt vedtak. Når det gjelder tildeling av enerett gjennom administrative vedtak har KOFA i sak 2008/7 og 2008/8, basert på klager i samme sak vedrørende tildeling av enerett for behandling av våtorganisk avfall og kloakkslam, lagt til grunn at det administrative vedtaket må foreligge før og senest samtidig med kontraktstildelingen.

I nevnte sak fattet kommunen et administrativt tildelingsvedtak først en uke etter at kontrakten om leveransen ble inngått. KOFA fant derfor at kravene til fremgangsmåte for bruk av enerettsunntaket ikke var oppfylt og at det av den grunn forelå en ulovlig direkte anskaffelse. KOFA tok ikke i saken nærmere stillingen til hvorvidt kommunen i utgangspunktet hadde en enerett å tildele og hvorvidt tildelingen var "forenelig med EØS-avtalen", men det antas på bakgrunn av sak 2008/77 at kommunen hadde adgang til å tildele enerett til det kommunale foretaket dersom kommunen hadde gått riktig frem.

Interkommunale selskaper og egenregi

EF-domstolen har i sak C-324/07 (Coditel Brabant) tatt stilling til adgangen å drive i egenregi gjennom selskaper eiet av flere offentlige oppdragsgivere. I Norge er problemstillingen særlig aktuell i forhold til å overlate oppgaver til interkommunale selskaper. Det er en viktig avklaring at EF-domstolen nå har uttalt at kontrollvilkåret kan være oppfylt dersom flere oppdragsgivere i fellesskap har den nødvendige kontrollen med selskapet.

Av advokat Marianne H. Dragsten

For at det skal foreligge egenregi i tilfeller hvor en offentlig oppdragsgiver gir et oppdrag til en leverandør som er et eget rettssubjekt forskjellig fra oppdragsgiver, er det to vilkår som må være oppfylt. For det første må oppdragsgiver ha en kontroll over selskapet som tilsvarer kontrollen oppdragsgiver har med egne organer (kontrollvilkåret). For det andre må leverandøren utføre hovedparten av sin virksomhet sammen med den eller de lokale myndighetene den eies av (omsetningsvilkåret).

Det har vært usikkert hvorvidt det ved vurderingen av om kontrollvilkåret er oppfylt kan skje en identifikasjon av flere oppdragsgivere slik at det kan sees hen til oppdragsgivernes samlede kontroll over selskapet. Klagenemnda behandlet dette spørsmålet i sak 2005/251 (Thinway AS og Linær AS/Arendal kommune). Klagenemnda delte seg i et flertall og et mindretall. Flertallet kom til at samtlige eierkommuner kunne identifiseres i

forhold til vurderingen av om tilstrekkelig kontroll med det interkommunale selskapet forelå. Mindretallet mente derimot at slik identifikasjon ikke kunne foretas. Nå foreligger det en dom fra EF-domstolen som er avklarende i så måte.

I saken overlot Uccle kommune forvaltningen av kommunens teledistribusjonsnett til Brutélé som var eiet av flere offentlige oppdragsgivere. Brutélé hadde hovedparten av sin virksomhet med sine eiere og omsetningsvilkåret var derfor utvilsomt oppfylt. Det avgjørende var dermed hvorvidt kontrollvilkåret var oppfylt. Relevante momenter ved vurderingen av om oppdragsgivers kontroll er tilstrekkelig er oppdragsgivers kapital i selskapet, sammensetningen av de besluttede organene og rekkevidden av de beføyelser oppdragsgiver har over selskapets bestyrelse. EF-domstolen legger til grunn at det at oppdragsgiver sammen med andre offentlige oppdragsgivere innehar den samlede kapital i selskapet taler for at kontrollvilkåret er oppfylt. Dette er imidlertid ikke alene avgjørende.

Styret i Brutélés var sammensatt av representanter for eierkommunene. Dette talte også for at kontrollvilkåret var oppfylt ved at oppdragsgiverne herigjennom var i stand til å utøve bestemmende innflytelse så vel i forhold til strategiske målsetninger som i forhold til viktige beslutninger i virksomheten. Videre var det styret som utøvde de mest vidtgående beføyelsene, selv om det var en viss mulighet til å delegere dette til Brutélés øvrige organer. Sistnevnte fratok imidlertid ikke eierne kontrollen da Brutélé som et interkommunalt selskap var bundet av lovgivningen om slike selskaper. I den nasjonale lovgivningen fremgikk det at selskapets vedtektsmessige formål er å utføre oppgaver av kommunal interesse og at det ikke forfølger en interesse som er forskjellig fra oppgaven for de offentlige eierne. Brutélé hadde etter dette ikke en selvstendighet som utelukket at kontrollvilkåret kunne være oppfylt.

Spørsmålet var imidlertid om kontrollvilkåret måtte vurderes i forhold til hver enkelt eier eller om det kunne vurderes samlet. Det ble påpekt

Advokatfirmaet Haavind AS
Bygdøy allé 2
Pb 359 Sentrum
NO-0101 Oslo

T: (+47) 22 43 30 00
F: (+47) 22 43 30 01
Org. nr.: NO 986 420 177 MVA
www.haavind.no

Haavind 

at vurderingen av omsetningsvilkåret kunne skje i forhold til samtlige offentlige eiere. Dette talte for at det samme skal gjelde i forhold til kontrollvilkåret. EF-domstolen påpeker at kontrollen som føres med selskapet skal være effektiv, men det er ikke absolutt nødvendig at den skal være individuell. På den annen side er det i tilfeller hvor selskapet har flere offentlige eiere normalt slik at det er utelukket at en av eierne alene har den avgjørende kontrollen. Det å kreve en individuell kontroll vil dermed stenge for offentlige oppdragsgiveres mulighet til å tilslutte seg arbeidsfellesskap sammensatt av flere offentlige oppdragsgivere. Dette vil ikke være i samsvar

med fellesskapsreglene for offentlige kontrakter. EF-domstolen konkluderte derfor med at i de tilfellene hvor flere offentlige oppdragsgivere eier et selskap som de overlater public service-oppgaver til, kan kontrollen føres i fellesskap av eierne. I den sammenheng er det uten betydning at avgjørelser for eksempel treffes ved flertallsbeslutninger.

Etter dette er det ved vurderingen av egenregi adgang til å se på den samlede kontrollen til de offentlige eierne. EF-domstolen var dermed enige med klagenemndas flertall i den ovennevnte klagenemndsavgjørelsen.