Notat

Fra: Sekretariatet for Interdepartementalt utvalg for K&O-BM

Til: Interdepartementalt utvalg for K&O-BM

Dato: 07.05.2003

Forskrift om offentlige anskaffelser - anvendelse på prosjekter under Interdep. for K&O-BM ?

Lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser omfatter alle anskaffelser som foretas av oppdragsgivere som nevnt i lovens § 2. Loven gir enkelte materielle regler, men er hovedsakelig en fullmaktslov. De nærmere prosedyreregler og avgrensninger følger av forskrift om offentlige anskaffelser fastsatt ved kgl.res. 15. juni 2001.

Utgangspunktet er at alle offentlige anskaffelser, herunder av tjenester, omfattes av lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Når det gjelder forsknings- og utviklingstjenester er dette klassifisert som en "prioritert tjeneste", jf. § 2-4 kategori (8). Dette innebærer at kontrakten skal inngås etter reglene i forskriftens del 2 dersom anskaffelsen overstiger 1,3 mill., og etter forskriftens del 3 dersom anskaffelsen ikke overstiger 1,3 mill.

Forskriften gjør imidlertid unntak for forsknings- og utviklingstjenester som "i sin helhet er betalt av en oppdragsgiver, når fordelen av tjenesten ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i sin virksomhet", jf. § 1-3 (2) bokstav g (Vedlegg 2 i dette notatet).
Forskriften definerer ikke hvem som er "oppdragsgiver" i den konkrete anskaffelsen. Sett i sammenheng med § 1-4 bokstav a er det imidlertid naturlig å anse det som avgjørende for hvem sin regning, og ikke hvem sitt navn anskaffelsen skjer. Dette innebærer derfor at flere organer og myndigheter kan anses som oppdragsgivere når de sammen bidrar økonomisk til anskaffelsen.

Nærings- og handelsdepartementet (NHD) forvalter regelverket om offentlige anskaffelser. De har etter henvendelse fra både Statens vegvesen og Utenriksdepartementet gjort vurderinger av når forskriftens unntaksbestemmelse kommer til anvendelse.

Sitat fra NHD sin vurdering:
Når foreligger det en forsknings- og utviklingstjeneste ?
For at en tjeneste skal kunne unntas etter § 1-3 (2) bokstav g forutsettes det at den kan karakteriseres som "forskning- eller utvikling". I dette ligger det en forutsetning om at det utvikles ny kunnskap eller ny teknologi, herunder ny anvendelse av kjent teknologi. Kunnskapen kan være relatert både til naturvitenskapelige eller humanistiske disipliner. I fortalen til direktiv 92/50 er unntaket begrunnet med at forskning og utvikling er et middel til å styrke den vitenskapelige og teknologiske basis for europeisk industri. I samsvar med ordlyd

og formål antas det derfor at nivået på forskningen og utviklingen ikke er helt bagatellmessig. Det må derfor trolig innfortolkes et krav om en viss "skaperhøyde" før unntaket kan komme til anvendelse.

Når er en tjeneste i sin helhet betalt av oppdragsgiver ?
For å kunne unnta anskaffelsen må tjenesten i sin helhet være betalt av oppdragsgiver. Selv om ordlyden synes å legge til grunn at det bare kan være en oppdragsgiver, tilsier både formålet og reelle hensyn at flere offentlige oppdragsgivere sammen kan bidra økonomisk til anskaffelsen av tjenesten. Det kan for eksempel være tale om flere kommuner som går sammen om å utvikle ny teknologi, og som sammen betaler for anskaffelsen. Det er ingen grunn til at et slikt samarbeid skal være til hinder for at unntaket kommer til anvendelse.

Når vil fordelen av tjenesten ikke fullt ut tilfalle oppdragsgiver til bruk i sin virksomhet ?
Unntaket kommer kun til anvendelse dersom andre enn oppdragsgiver får fordeler av resultatet som frambringes. Det kan være spesielle sektorer, markedet generelt, leverandøren eller andre private eller offentlige organer. Det er neppe tilstrekkelig av andre tilføres helt marginale fordeler, for eksempel som deltaker i den generelle samfunnsutviklingen. Trolig må det kunne vises til konkrete og direkte fordeler.
Dersom flere offentlige oppdragsgivere sammen har deltatt i finansieringen må det trolig kreves at andre enn de samme oppdragsgiverne får fordeler av resultatet.
Selv om hele fordelen av resultatet tilfaller oppdragsgiver, vil unntaket likevel komme til anvendelse dersom resultatet ikke skal brukes i "oppdragsgivers virksomhet". Dette må klart omfatte bruk i egen administrasjon. Det er mer uklart i hvilken grad det er tilstrekkelig at den skal brukes i forbindelse med utøvelse av de samfunnsmessige oppgaver vedkommende organ er tillagt. Normalt vil det da kunne påvises konkrete og direkte fordeler for andre enn oppdragsgiver selv, slik at unntaket kan komme til anvendelse.

Forholdet til lov om offentlige anskaffelser for kontrakter som faller inn under unntaket i forskrift om offentlige anskaffelser.
Lov om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse ved alle anskaffelser foretatt av oppdragsgivere som er omfattet av regelverket. Dette gjelder selv om en konkret kontrakt er unntatt fra anskaffelsesforskriften.
Når en oppdragsgiver nevnt i forskriftens § 1-2 inngår en kontrakt som faller inn under unntaket i § 1-3 (2) bokstav g vil derfor lovens alminnelige regler fortsatt komme til anvendelse. Dette innebærer blant annet at anskaffelsen skal baseres på konkurranse "så langt det er mulig" og at det ikke er tillatt med forskjellsbehandling mellom leverandører, jf. Lovens § 5.
Sitat slutt.

Konsekvenser for prosjekter under Nasjonalt program for kartlegging og overvåking av biologisk mangfold.
Spørsmålet om NHD`s vurderinger får anvendelse for oppdragene som skal settes ut ved gjennomføringen av det nasjonale programmet er diskutert med Statens forvaltningstjeneste. Det er to kriterier som må tilfredstilles for å kunne anvende unntaksbestemmelsen på oppdrag under det nasjonale programmet.

- Kommer oppdragene inn under definisjonen av "forskning og utvikling" ?
- Vil resultatene av oppdragene tilfalle flere enn oppdragsgiverne ?

Formålet med det nasjonale programmet er å kvalitetsikre eksisterende kunnskap og skaffe ny kunnskap om biologisk mangfold gjennom kartlegging og overvåking. Hovedvekten av aktivitetene vil medføre "utviklet" kunnskap om biologisk mangfold, dens forekomst og

egenskaper. Disse aktivitetene vil klart komme inn under definisjonen av forskning og utvikling.

Bakgrunnen for St.meld.nr. 42 (2000-2001) er å gi all utnyttelse og forvaltning av naturressurser og arealer et beslutningsgrunnlag som bedrer ivaretakelsen av biologisk mangfold. Næringsutøvelse og kommunal forvaltning vil være sentrale brukere av beslutningsgrunnlaget. Både ny og eksisterende kunnskap skal gjøres gratis tilgjengelig for alle relevante brukere av resultatene. Denne forankringen av det nasjonale programmet tilsier at den største nytten av resultatene vil være utenfor oppdragsgiverne og den øvrige statsforvaltningen.
Statens forvaltningstjeneste er enige i disse vurderingene.

Lov om offentlige anskaffelser vil komme til anvendelse uavhengig av om forskriftens unntaksbestemmelse er tatt i bruk eller ikke. Dette innebærer bl.a. at oppdragsgiver skal opptre i tråd med lovens § 5 (Vedlegg 1 i dette notatet).

Vedlegg 1.

Utdrag fra:

Lov om offentlige anskaffelser.

Jfr. EØS-avtalen art 65 og vedlegg XVI punkt 1 (dir 71/304), punkt 2 (dir 93/37), punkt 3 (dir 93/36), punkt 4 (dir 93/38), punkt 4a (Kvedtak 93/327/EØF), punkt 5 (dir 89/665), punkt 5a (dir 92/13), punkt 5b (dir 92/50) og punkt 6 (Rfo nr. 1182/71). Jfr. også WTO-avtalen 15 april 1994 om offentlige innkjøp.

§ 1. *Formål*

Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling.

§ 2. *Oppdragsgivere som er omfattet*

Loven gjelder følgende oppdragsgivere:

a. Statlige, kommunale og fylkeskommunale organer.

b. Rettssubjekter som er kontrollert av offentlige organer og som tjener allmennheten og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter. Offentlig kontroll skal anses å foreligge når det offentlige

   1. dekker størsteparten av virksomhetens eller organets finansiering, eller
   2. har bestemmende innflytelse over organet eller virksomheten, eller
   3. oppnevner mer enn halvparten av medlemmene av organets eller virksomhetens styrende organer.

c. Rettssubjekter som driver virksomhet innenfor sektorene vannforsyning, energi, transport eller telekommunikasjon i den grad de foretar anskaffelser som er knyttet til denne delen av virksomheten. Dette gjelder likevel bare i den utstrekning rettssubjektet

   1. er gitt særlige eller eksklusive rettigheter av offentlig myndighet til å drive virksomheten eller
   2. er kontrollert av det offentlige.

d. Andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi.

Kongen kan gi nærmere bestemmelser om hvilke oppdragsgivere som er omfattet av loven.

Kongen gir forskrift om lovens anvendelse på Svalbard og kan fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forhold.

§ 3. *Anskaffelser som er omfattet*

Loven gjelder anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som foretas av oppdragsgivere som nevnt i § 2. Loven gjelder ikke anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123.

§ 4. *Rettighetshavere*

Rettighetshavere etter loven er bare virksomheter som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat og som har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak i en slik stat. Det samme gjelder virksomheter som er gitt slike rettigheter etter WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet til å følge.

§ 5. *Grunnleggende krav*

Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører.

En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse.

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Utvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier.

Oppdragsgiver skal ikke

a. Diskriminere mellom leverandører på grunnlag av nasjonalitet,
b. bruke standarder og tekniske spesifikasjoner som et virkemiddel for å hindre konkurranse, eller
c. dele opp en planlagt anskaffelse i den hensikt å unngå at bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov kommer til anvendelse.

Vedlegg 2.
Utdrag fra:

Forskrift om offentlige anskaffelser.

Del I. Alminnelige bestemmelser

Kapittel 1. Virkeområde og definisjoner

§ 1-1. *Virkeområde*

Denne forskrift får anvendelse på varekontrakter, tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som nevnt i § 1-3 (hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften) som inngås av oppdragsgivere som nevnt i § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften).

§ 1-2. *Hvem som er omfattet av forskriften*

(1) Denne forskrift gjelder statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter, eller offentligrettslige organer og sammenslutninger dannet av en eller flere av disse.

(2) Et offentligrettslig organ er ethvert organ:

a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og

b. som er et selvstendig rettssubjekt og

c. som i hovedsak er finansiert av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer, eller hvis forvaltning er underlagt slike organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer.

(3) Forskriften gjelder også når bygge- og anleggskontrakter og tilhørende tjenestekontrakter tildeles av andre enn oppdragsgiver som nevnt i første eller andre ledd, forutsatt at de er direkte subsidiert med mer enn 50 prosent. Dette gjelder likevel bare kontrakter som nevnt i vedlegg 1 (liste over forskjellige former for yrkesaktivitet) kategori 3 eller kontrakter som gjelder sykehus, idretts-, rekreasjons- og fritidsanlegg, skole- og universitetsbygninger og bygninger til forvaltningsformål. Oppdragsgiver skal gjøre støttemottaker oppmerksom på denne bestemmelsen.

(4) Forskriften får ikke anvendelse for oppdragsgivere som omfattes av forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften). Dette gjelder imidlertid bare i den utstrekning anskaffelsen skjer som ledd i utøvelse av egen virksomhet som angitt i nevnte forskrift.

(5) Ved overdragelse av en enerett eller særrett til å utføre offentlige tjenester til rettssubjekter som ikke omfattes av forskriften skal det pålegges rettssubjektet å overholde prinsippet om likebehandling når det foretas vareanskaffelser.

(6) Nærings- og handelsdepartementet avgjør i tvilstilfelle hvorvidt et organ skal anses som oppdragsgiver etter denne bestemmelse.

0 Endret ved forskrift 28 juni 2002 nr. 645 (i kraft 1 juli 2002).

§ 1-3. *Hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften*

(1) Denne forskrift får anvendelse ved tildeling av offentlige vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter.

(2) Forskriften får likevel ikke anvendelse på:

a. kontrakter som kan unntas i henhold til EØS-avtalens art. 123, som er erklært hemmelige eller som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med lov av 20. mars 1998 nr. 10 (sikkerhetsloven) eller beskyttelsesinstruksen av 17. mars 1972 nr. 3352,

b. kontrakter om erverv eller leie, uten hensyn til finansieringsform, av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom. Kontrakter om finansielle tjenester, uten hensyn til form, inngått samtidig, før eller etter kontrakten om erverv eller leie omfattes imidlertid av denne forskrift,

c. kontrakter om kringkastingsselskapers anskaffelser, utvikling, produksjon eller samproduksjon av programmer og kontrakter om sendetider,

d. kontrakter om voldgiftstjenester,

e. kontrakter om finansielle tjenester i forbindelse med emisjon, kjøp, salg og overdragelse av verdipapirer eller andre finansinstrumenter, samt sentralbanktjenester,

f. ansettelseskontrakter,

g. forsknings- og utviklingstjenester forutsatt at oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet, og

h. kontrakter om offentlige tjenestekjøp som tildeles et organ som selv er en offentlig oppdragsgiver som definert i § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften) med hjemmel i en enerett organet har i henhold til en kunngjort lov, forskrift eller administrativt vedtak, forutsatt at bestemmelsene er forenlige med EØS-avtalen.

(3) Forskriften får heller ikke anvendelse på kontrakter som er regulert av andre anskaffelsesregler og tildelt:

a. i henhold til en internasjonal avtale inngått i forbindelse med stasjonering av tropper,

b. i henhold til en internasjonal organisasjons særlige fremgangsmåte, eller

c. i henhold til internasjonal avtale inngått i samsvar med EØS-avtalen mellom Norge og en eller flere stater som ikke er part i EØS-avtalen, og som omfatter leveranser beregnet på et prosjekt som gjennomføres eller utnyttes av avtalepartene. Enhver slik avtale skal meddeles Nærings- og handelsdepartementet hvis verdien av kontraktene overstiger terskelverdiene i § 2-2 (terskelverdier).