

Notat

Til: Opplysningskontoret for frukt og grønnsaker v/ Tore Angelsen

Kopi:

Fra: Advokat Bergljot Webster og advokatfullmektig Ane Grimelid

Dato: 20. februar 2008

KOMMUNENES ADGANG TIL Å TRE INN I OFG'S RAMMEAFTALER MED SKOLEFRUKTLEVERANDØRER

1 PROBLEMSTILLING

Vi er bedt om å vurdere forenligheten med anskaffelsesregelverket av at norske kommuner benytter seg av tilbudet fra Opplysningskontoret for frukt og grønnsaker (OFG) om å anvende OFGs administrasjonssystem for leveranser til skolefruktordningene. Tilbudet innebærer blant annet at OFG utlyser og inngår avtaler med skolefruktleverandører for hele landet. Med andre ord er spørsmålet om kommunene – som selv er offentlige oppdragsgivere – kan ”tre inn” i de leverandøraftalene som OFG inngår, uten derved å foreta ulovlige direkteanskaffelser.

Problemstillingen har blitt reist i forbindelse med OFGs kunngjøring av en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler med skolefruktleverandører for perioden høst 2008 – vår 2010.

Problemstillingen relaterer seg til skolefruktleveranser under den såkalte *gratisordningen*, som for første gang er omfattet av OFGs utlysning. Driftsansvaret for ordningen, som gjelder for skoler med klassetrinn 1-10 (kombinerte skoler) og 8-10 (rene ungdomsskoler) er i utgangspunktet lagt til den enkelte kommune, ved hjelp av rammetilskudd fra Kunnskapsdepartementet. OFG tilbyr imidlertid nå kommunene å benytte seg av opplysningskontorets administrasjonssystem (skolefrukt.sys) for leveranser til gratisordningen.

Som det vil fremgå av det følgende, er det vår oppfatning at kommunene ikke vil bryte anskaffelsesregelverket ved å ”tre inn” i OFGs rammeavtaler med fruktleverandørene. Kommunene vil således lovlig kunne gjøre avrop på rammeavtalene i løpet av avtaleperioden.

Innledningsvis bemerkes at tilsvarende anskaffelsesrettslige problemstillinger neppe vil oppstå for leveranser under den såkalte *abonnementsordningen*, som er den andre hovedordningen dekket av OFGs konkurranse. Driftsansvaret er her lagt til OFG i medhold av forskrift av 1. april 2004 nr. 623 om tilskudd til prisnedskrivning av frukt og grønnsaker i grunnskolen § 4. Fruktleveransene – og således det ”bakenforliggende” avtaleforholdet - er basert på bestillinger og betaling (abonnement) fra

../saker/136565-002/notat/n080219 kommuner.doc

den enkelte elev/foresatte. Det er også noe uklart om anskaffelser som foretas på annet grunnlag enn et rent kontraktsrettslig – for eksempel på basis av en forskriftshjemmel – fyller kravene til å være en ”gjensidig bebyrdende avtale”, jf. forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) § 4-1 bokstav a), og således overhodet faller inn under anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde etter forskriftens § 1-3(1).

2 VURDERING – LEVERANSER UNDER GRATISORDNINGEN

Kommuner er offentlige oppdragsgivere i henhold til anskaffelsesforskriften § 1-2(1). Av anskaffelsesforskriften § 9-1 og § 18-3, jf. § 18-1 følger det at samtlige offentlige kontrakter som overstiger minimumsverdien på NOK 500 000 skal kunngjøres. I vårt tilfelle innebærer dette at kommuner som ønsker å bestille fruktleveranser til gratisordningen, i utgangspunktet må legge anskaffelsen ut på anbud.

Spørsmålet er imidlertid om kommunene, ved å benytte seg av OFGs administrasjonssystem – og dermed også av OFGs rammeavtaler med fruktleverandører – er unntatt fra kunngjøringsplikten.

Enkeltkommuners anskaffelsesrettslige adgang til å tre inn i rammeavtaler inngått av en annen oppdragsgiver, ble vurdert av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) i sak 2005/240 (Ventelo AS/Bergen kommune). Bergen kommune hadde her kunngjort en konkurranse med forhandling for anskaffelse av transportnettverk og teletrafikkkløsninger, der det først skulle gjennomføres en prekvalifisering. I kunngjøringen var leveringsstedet angitt som ”*Bergen med omkringliggende kommuner*”, noe som var utdypet i kvalifikasjonsgrunnlaget der det het at

”Oppdragsgiver for denne anskaffelsen er Bergen kommune (...). Bergen kommune har inngått samarbeidsavtale med en del samarbeidspartnere, disse er listet i vedlegg III. BK vil i konkurransegrunnlaget komme tilbake til hvem som vil knytte seg til en eventuell avtale.”
(vår understreking)

I et brev som senere ble sendt ut til de prekvalifiserte leverandørene, ble det konkret oppgitt hvilke kommuner og øvrige offentlige enheter som kunne velge å slutte seg til avtalen.

Klagenemnda fant her at det ville innebære en ulovlig direkteanskaffelse dersom andre kommuner (og øvrige offentlige rettssubjekter) enn Bergen kommune tilsluttet seg avtalen. Nemnda uttalte at

”I kunngjøringen er bare Bergen kommune nevnt som oppdragsgiver. Dersom andre offentlige oppdragsgivere anskaffer de aktuelle tjenester uten forutgående kunngjøring, vil dette være i strid med [tidligere] § 6-2. (...)

Ettersom kunngjøringsreglene er gitt av hensyn til potensielle leverandører, har det ingen betydning at klager gjennom prekvalifiseringsgrunnlaget er gjort kjent med hvilke andre offentlige enheter som uten å ha forpliktet seg ved utlysning i fortsettelsen kan velge å tilslutte seg rammeavtalen.”

En tilsvarende begrunnelse ble gitt i sak 2004/220 (Almmuheadji AS/Sametinget), der klagenemnda fant at Sametinget hadde brutt kunngjøringsplikten i anskaffelsesforskriften. Fylkene Møre og Romsdal, Nord- og Sør-Trøndelag, Nordland, Troms og Finnmark – kalt "Fylkeskommunene Nord" – hadde kunngjort en åpen anbudskonkurranse for annonseformidling mv., der det ikke fremgikk at Sametinget var en av oppdragsgiverne i konkurransen. I konkurransegrunnlaget het det at

"(...) Fylkeskommunene Nord (FKN) har et samarbeide, og på en del områder også felles innkjøpsavtaler. I tillegg kommer de kommuner og statlige etater/institusjoner som samarbeider med fylkene."

Under overskriften "Adresseliste og oversikt over fylkeskommunale institusjoner tilhørende Finnmark fylkeskommune" fulgte videre deloverskriften "Fylkeskulturinstitusjoner", der blant annet Sametinget var opplistet.

Klagenemnda uttalte om dette at

"Sametinget er ikke en institusjon under Finnmark fylkeskommune, men er et eget landsomfattende ting, jf. sameloven av 1987 nr 56."

Det fremgikk ikke av kunngjøringen at Sametinget var en av oppdragsgiverne som skulle tildele kontrakt i den aktuelle anbudskonkurranse. Avtalen mellom Sametinget og Finnmark fylkeskommune kan ikke avhjelpe den manglende kunngjøringen. Sametinget har således brutt kunngjøringsplikten etter forskrift om offentlige anskaffelser § 6-2."

Vi ser dermed at klagenemnda i begge de nevnte avgjørelsene la avgjørende vekt på at kretsen av oppdragsgivere som kunne tiltre avtalene ikke fremgikk av kunngjøringen av konkurransen. Dette skiller avgjørelsene fra vår sak: Av OFGs kunngjøring av anbudskonkurranse for skolefruktleveranser fremgår det klart at alle norske kommuner – og derigjennom samtlige offentlige skoler på barne- og ungdomsnivå – vil kunne tiltre rammeavtalene. I kunngjøringens punkt II.1.5) *Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang* er begge skolefruktordningene (abonnements- og gratisordningen) beskrevet, og deretter heter det blant annet at

"Rammeavtalene med skolefruktleverandørene for perioden høst 2008 – vår 2010 vil omfatte leveranser både til tilskuddsordningen for rene barneskoler og til gratisordningen for kombinerte skoler og rene ungdomsskoler (samt utvalgte barneskoler). (...) Det forutsettes at samtlige norske kommuner skal kunne tre inn i skolefruktsystemet på et hvilket som helst tidspunkt i avtaleperioden." (vår understreking)

Tilsvarende informasjon er gitt i punkt 1.2 i konkurransegrunnlaget for anskaffelsen, som er tilgjengelig for alle interesserte leverandører. Her er det også vedlagt en oversikt over den geografiske oppdelingen i roder (som skal tilbys som separate enheter), og opplyst at tilbud for resten av landet skal gjelde hele fylker.

Det må således fremstå som klart for leverandørene hvilke øvrige oppdragsgivere – nemlig samtlige norske kommuner – som kan bli omfattet av rammeavtalene for skolefruktleveranser. De

grunnleggende kravene til konkurranse, forutberegnelighet og gjennomsiktighet i anskaffelseslovens § 5, som innebærer at leverandørene skal kunne ta forsvarlige valg med hensyn til om de ønsker å delta i konkurransen eller ikke, er dermed ivaretatt. I motsetning til i de to ovenfor nevnte avgjørelsene, vil leverandørene – potensielle så vel som reelt deltakende – ikke bli stilt overfor ”overraskelser” i form av øvrige offentlige organer som ”henger seg på” de kunngjorte kontraktene. Leverandørene har således fått et fullstendig og riktig bilde av anskaffelsen og dennes verdi: Den foreliggende anskaffelsen skiller seg i så måte også fra klagenemndas avgjørelse i sak 2003/38 (Norsk Sykepleiertjeneste AS/Bærum kommune), der nemnda pekte på at unnlattelsen av å opplyse i kunngjøringen om mulige tiltredende kommuners opsjoner ”gir markedet et uriktig bilde av anskaffelsen og dennes verdi.” Det forelå således et brudd på kravet til forutberegnelighet i anskaffelseslovens § 5.

Til dette kommer at det ligger i rammeavtalenes ”natur” at det ikke vil være mulig å gi et eksakt estimat over volumet på avtalene – oppdragsgiver vil ikke nødvendigvis være forpliktet til å foreta avrop. Således kan ikke usikkerheten omkring nøyaktig hvor mange kommuner som vil benytte seg av OFGs tilbud med hensyn til gratisordningen i seg selv medføre at kravene til forutberegnelighet mv. er brutt. Det må i denne sammenheng også ses hen til at leverandørens tilbud kan gjelde avgrensede deler av landet, og at prissettingen av frukten/grønnsakene langt på vei vil være gitt i og med maksimumsprisene fastsatt i konkurransegrunnlagets punkt 1.2. Pris (under de fastsatte maksimumsprisene) er heller ikke oppgitt som et tildelingskriterium for rammeavtalene.

Endelig kommer at hensiktsmessighets- og effektivitetsbetraktninger taler sterkt for at kommunene skal kunne benytte seg av OFGs tilbud. Det kan i denne sammenheng vises til den grunnleggende målsetningen med anskaffelsesregelverket, slik denne er kommet til uttrykk i anskaffelseslovens § 1 og anskaffelsesforskriftens § 1-1:

”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. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.”

Hovedformålet om mest mulig effektive anskaffelser innebærer blant annet at det offentliges innkjøpskostnader bør søkes begrenset så mye som mulig. På denne bakgrunn er det lagt til grunn at det kan være hensiktsmessig å sentralisere innkjøpsfunksjonen hos oppdragsgiver, for derved å minske antallet beslutningstakere. I praksis oppnås ofte store gevinster ved at for eksempel flere kommuner inngår innkjøpsamarbeid: Den enkelte kommune oppnår da lavere priser på anskaffelsen på grunn av ”stordriftsfordeler”, i tillegg til at administrasjonsutgiftene blir mindre og kompetansen normalt større. Med andre ord vil den enkelte kommune få en mer effektiv utnyttelse av sine ressurser.

Selv om tilbudet fra OFG til kommunene ikke er formalisert i et innkjøpsamarbeid eller liknende, gjør disse hensynene seg like fullt gjeldende. Det vil være åpenbare ressursmessige besparelser ved at kommunene benytter OFGs administrasjonssystem, og derved OFGs leverandøravtaler, for leveranser til gratisordningen, fremfor at hver enkelt kommune selv skal legge anskaffelsen ut på anbud. Dette vil også medføre en mer ensartet anvendelse av skolefruktordningene med hensyn til kvalitetskrav,

leveringsbetingelser mv., noe som igjen vil skape forutberegnelighet for leverandørene og dessuten sikre likeartede skolefrukttiltak for elever landet over.

Det kan i denne sammenheng etter vårt syn ikke legges avgjørende vekt på at kommunene ikke har gitt noen form for innkjøpsfullmakt til OFG. Muligheten for å benytte OFGs administrasjonssystem under gratisordningen er formulert som et *tilbud* til kommunene, og har følgelig ingen bindende virkninger for disse. Et krav til innkjøpsfullmakt mv. må derfor i tilfelle begrunnes i hensynet til leverandørene – hensynet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet er imidlertid etter vår oppfatning tilstrekkelig ivaretatt ved opplysningen i kunngjøringen om at samtlige norske kommuner vil kunne tre inn i skolefruktsystemet, jf. drøftelsene ovenfor. I tillegg bemerkes at ingen av de nevnte KOFA-avgjørelsene synes å fokusere på hvorvidt det var avgitt fullmakt fra de øvrige oppdragsgiverne, slik at det kunne angis nøyaktig hvilke andre offentlige organer som ville tilslutte seg avtalene: Klagenemndas fokus ble i samtlige tilfeller lagt på fraværet av en tilstrekkelig kunngjøring.

Vi ser dermed at de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 til konkurranse, forutberegnelighet mv. er tilstrekkelig ivaretatt, og følgelig ikke taler imot at kommunene kan benytte seg av OFGs tilbud for gratisordningen. Konkurransen om rammeavtaler for leveranser til skolefruktordningene – herunder gratisordningen - er kunngjort i henhold til anskaffelsesforskriftens regler, og ivaretar således hensynet til alle potensielle leverandører. Samtidig taler den grunnleggende regelverksmålsetningen om mest mulig effektive anskaffelser sterkt for at kommunene skal kunne benytte OFGs rammeavtaler.

På denne bakgrunn er det vår oppfatning at det ikke vil være i strid med anskaffelsesregelverket om kommunene benytter seg av tilbudet om å anvende OFGs administrasjonssystem for fruktleveranser til gratisordningen. Kommunene vil således kunne gjøre avrop på OFGs rammeavtaler i henhold til anskaffelsesforskriftens § 15-3, jf. § 15-1.

Vi håper dette bidrar til å avklare problemstillingen. Skulle det være noen flere spørsmål, er det bare å ta kontakt.