



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede kjøpte ved ulike anledninger – og fra ulike leverandører – catering for over 500 000 kr ekskl. mva. uten forutgående kunngjøring av en konkurranse. Disse kjøpene utgjorde ifølge klager en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant at kjøpene ikke utgjorde "regelmessige" kontrakter etter forskriften § 2-3 (11). Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse førte på denne bakgrunn ikke frem. Uttalelser om hvorvidt innklagede var å anse som et offentligrettslig organ etter forskriften § 1-2 (2).

Klagenemndas avgjørelse 24. januar 2017 i sak 2016/87

Klager: Hamar Catering AS

Innklaget: Staur Gård AS

Klagenemndas

medlemmer: Gro Amdal, Marianne Dragsten og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Saken gjelder påstand om at Staur Gård AS (heretter innklagede) har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av catering.
- (2) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser av Hamar Catering AS (heretter klager) ved brev datert 3. juni 2016.
- (3) Ved brev datert 7. oktober 2016 ble klagen avvist av klagenemndas sekretariat, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen var at klagen klart ikke kunne føre frem.
- (4) Avvisningen ble rettidig påklaget til klagenemndas leder, som i avgjørelse av 18. oktober 2016 henviste saken til behandling i klagenemnda.
- (5) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. januar 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (6) Innklagede er 100 % eid av Landbruks- og matdepartementet, tjener hovedsakelig allmennhetens behov, og driver ikke virksomhet på vanlige forretningsmessige vilkår. Selskapet må derfor anses som omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.
- (7) Innklagede har kjøpt catering for mer enn 500 000 kroner årlig. Oppdragene har ikke vært kunngjort. Innklagedes kjøp utgjør således en ulovlig direkte anskaffelse.

Postadresse

Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post: post@kofa.no

Nettside: www.kofa.no

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (8) Innklagede er en selvstendig økonomisk og juridisk enhet, som opptrer i konkurranse med private virksomheter. Selskapet er ikke underlagt regelverket for offentlige anskaffelser. At selskapet eies av Landbruks- og matdepartementet er ikke avgjørende i denne sammenheng. De ulike kontraktene kan uansett ikke ses i sammenheng i relasjon til kunngjøringsgrensen. Å binde seg til en avtale med én enkelt leverandør, vil virke negativt for kvaliteten på maten.

Klagenemndas vurdering:

- (9) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd gjelder ikke kravet om saklig interesse i slike saker.
- (10) Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Den delen av klagen som gjelder forhold fra mindre enn to år tilbake, er således rettidig.

Hvorvidt innklagede er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser

- (11) Klagenemndas kompetanse er begrenset til å behandle klager om brudd på lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, jf. klagenemndsforordningen § 1 og § 6 første ledd.
- (12) Det følger av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 2 og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 1-2 (1), at regelverket gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og "*offentligrettslige organer*".
- (13) Begrepet "*offentligrettslige organ*" er i forskriften § 1-2 (2) definert på følgende måte:

"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 myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer."

- (14) Innklagede er for det første organisert som et aksjeselskap, og er derfor et selvstendig rettssubjekt, jf. bokstav b. Innklagede er videre 100 % eid av Landbruks- og matdepartementet, og styrets medlemmer velges av generalforsamlingen. Innklagedes forvaltning er på denne måten underlagt departementets kontroll, jf. bokstav c.
- (15) Når det gjelder vilkåret i bestemmelsen bokstav a, om at organet driver virksomhet som "*tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter*", har partene ulike syn. Innklagede konkurrerer ifølge klager ikke på vanlige forretningsmessige vilkår, og tjener allmennhetens behov. Klager viser blant annet til at innklagede, i forpaktingsavtalen med Landbruks- og matdepartementet, har plikt til å innrette sin virksomhet innenfor rammen av ulike samfunnsmessige mål. Innklagede

hevder på sin side at selskapet driver kommersielt og opptrer i likestilt konkurranse med andre virksomheter på konferanse- og selskapsmarkedet.

- (16) Hvorvidt vilkåret i forskriften § 1-2 (2) bokstav a er oppfylt beror etter praksis på en konkret vurdering av en rekke ulike momenter, herunder om innklagede utøver sin aktivitet på normale markedsvilkår, om innklagede har som formål å skape inntjening, hvilken kommersiell risiko virksomheten har, og forholdene ved stiftelsen av virksomheten, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2011/149 (Ørskogfjell Skisenter AS) i premiss 33, med videre henvisning til EU-domstolens sak C-18/01 (Korhonen) premiss 59. Rammebetingelsene for innklagedes virksomhet er noe utilstrekkelig opplyst. På bakgrunn av resultatet i saken finner klagenemnda imidlertid ikke grunn til å ta endelig stilling til spørsmålet.

Hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

- (17) En ulovlig direkte anskaffelse er ifølge forskriften § 4-1 bokstav q en anskaffelse *"hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen, eller en anskaffelse hvor oppdragsgiver bare har kunngjort i Doffin når det etter denne forskriften foreligger en plikt til å kunngjøre i TED-databasen"*.
- (18) Det følger av forskriften § 9-1 jf. § 2-1 (2) at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre i Doffin alle kontrakter hvor den anslåtte verdien overstiger 500 000 kroner ekskl. mva.
- (19) Det er ikke grunnlag for å konstatere at noen av de individuelle kontraktene om catering som innklagede har inngått de to siste årene, overstiger 500 000 kroner. Den samlede verdien av kontraktene ligger imidlertid over denne terskelverdien.
- (20) Spørsmålet er om det er en slik sammenheng mellom de individuelle kontraktene at innklagede skulle ha kunngjort en konkurranse.
- (21) Det grunnleggende formålet bak reglene om at ulike kontrakter skal ses i sammenheng, er *"... to ensure that undertakings from other Member States will be able to tender for contracts or bundles of contracts likely to be of interest to them for objective reasons relating to their value"*, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-16/98.
- (22) Verdien av vare- og tjenestekontrakter som inngås *"med regelmessige mellomrom"*, skal etter forskriften § 2-3 (11) beregnes på følgende måte:
- "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 [...], 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. "*
- (23) Alle de aktuelle kontraktene gjelder catering, og må som utgangspunkt anses å være *"av samme type"*, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2011/297 premiss 41 med videre henvisninger.
- (24) Spørsmålet er imidlertid om kontraktene inngås *"med regelmessige mellomrom"*.

- (25) Ordlyden tilsier at bestemmelsen gjelder for kontrakter som oppdragsgiver inngår på fast basis, for å imøtekomme et regelmessig behov, jf. også ordlyden "*regular in nature*" i direktiv 2004/18/EF artikkel 9 (7), som forskriften § 2-3 (11) implementerer.
- (26) Klagenemnda kom i sak 2011/297 til at oppdragsgivers kjøp av helikoptertjenester fra ulike leverandører falt utenfor kunngjøringsplikten etter forskriften § 2-3 (11). Saken gjaldt helikoptertjenester ved felling av rovvilt. Ettersom det var tale om tjenester hvor behovet var uforutsigbart og betinget av en rekke individuelle forhold, fant nemnda at tjenestene ikke kunne anses som kontrakter av samme type som inngås med regelmessige mellomrom, jf. forskriften § 2-3 (11).
- (27) Denne delen av bestemmelsen er også omtalt i klagenemndas avgjørelse i sak 2010/312. Saken gjaldt en offentlig oppdragsgiver, Helse Bergen HF, som også hadde deltatt og vunnet konkurranser om levering av mat til ulike kommuner. Etter å ha blitt tildelt de aktuelle kontraktene inngikk Helse Bergen HF kontrakt med valgte leverandør om utførelse av transportoppdrag. Klagenemnda uttalte at:
- "Ettersom konkurransene representerer forskjellige anskaffelser, er det naturlig at innklagedes bruk av Multitransporten for transport ved de ulike oppdragene anses som separate anskaffelser. Innklagede kunne således ikke selv planlegge eller forutse når behovet for nye transporttjenester fra Multitransporten skulle oppstå. Det er på den bakgrunn heller ikke grunnlag for å konstatere at nevnte kontrakter gjelder tjenestekontrakter som innklagede inngår med regelmessige mellomrom i henhold til forskriften § 2-3 (11), ettersom innklagede ikke er oppdragsgiver for de kontraktene som utløser transportoppdragene, og således heller ikke bestemmer når disse kontraktene og kontraktene med Multitransporten skal inngås."*
- (28) Innklagede har forklart at man i hovedsak bruker eget kjøkken for å lage mat til gjestene ved gården. Bestilling av mat fra cateringfirma blir gjort ved større arrangementer, som for eksempel bryllup, hvor innklagede ikke har kapasitet til å lage maten selv. Behovet for å bestille mat fra cateringfirma, varierer således. De individuelle leveransene vil videre i stor grad være et resultat av bestillernes preferanser, hvilket også varierer.
- (29) Innklagedes avtaler om catering kan på denne bakgrunn ikke anses som avtaler som inngås med regelmessige mellomrom i henhold til forskriften § 2-3 (11).
- (30) Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse fører ikke frem.

Konklusjon:

Staur Gård AS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal

Dokumentet er godkjent elektronisk