



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede er et kommunalt eid foretak som inviterte utvalgte leverandører til en konkurranse om bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med opparbeidelse av vann, vei og avløp på tomter som skulle videreselges.. Klagenemnda fant at innklagede var et offentligrettslig organ, og således omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Det var dermed gjort vesentlige brudd på regelverket om offentlige anskaffelser, både ved første gangs henvendelse til leverandørene og ved nye forhandlinger som endte med kontraktstildeling.*

**Klagenemndas avgjørelse 3. september 2007 i sak 2007/45**

Klager: Morten Gultvedt Entreprenør AS

Innklaget: Vestby Næringsselskap AS

**Klagenemndas medlemmer:** Magni Elsheim, Kai Krüger, Andreas Wahl

**Saken gjelder:** Offentligrettslig organ.

**Bakgrunn:**

- (1) Vestby Næringsselskap AS (heretter kalt innklagede) påbegynte senhøsten/vinteren 2006 gjennomføringen av en konkurranse om bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med opparbeidelse av vann, vei og avløp på tomter som skulle videreselges.
- (2) Innklagede er et selskap som ble stiftet 30. juni 1992. Selskap er eid 100 % av Vestby kommune. Fra innklagedes vedtekter hitsettes:

”

§ 2

*Selskapets formål er å betjene Vestby kommune og eksisterende næringsliv, og utvikle ny næringsvirksomhet i kommunen.*

[...]

§ 4

*Selskapets aksjekapital er på kr 100.000,- fordelt på 100 aksjer á kr 1.000,- fullt innbetalt i kontanter og lydende på navn.”*

- (3) Fra innklagedes hjemmeside hitsettes:

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Olav Kyrresgate 8  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00  
Faks: 55 59 75 99

E-post:  
postmottak@kofa.no  
Nettside: www.kofa.no

## *”Vestby Næringssselskap AS*

*skal være et servicekontor for næringslivet og kommunen.*

### ***For næringslivet skal næringssselskapet:***

- *Følge opp forespørsler om opplysninger om ledige private tomter og lokaler.*
- *Kartlegging av næringslivets behov for tjenester gjennom kontakt med sponsorer og utvalgte firmaer.*
- *Nødvendig avklaring med kommunen og bistand i forbindelse med bl.a. utbyggingsprosjekter og arrangementer i Vestby.*
- *Opprettholde og søke nye ressurspersoner/bedrifter for samarbeid innen næringslivet.*
- *Informasjon og veiledning i samarbeid med Follo etablerersenter AS, Ås.*
- *Lage rutiner for registrering og ajourhold av ledige private næringstomter og lokaler.*
- *Enkel oversikt over ledige boligtomter i kommunen.*
- *Sekretærfunksjon for Vestby Handel og Vestby Bedriftsforum.*
- *På oss administreringen av ”Vel-oppgaver” for næringslivet.*

### ***For kommunen skal næringssselskapet:***

- *Arbeide aktivt for nyetableringer i kommunen, bl.a. bistå med opplysninger og delta på befaringer.*
- *Ha oversikt over alle ledige kommunale næringsarealer med kartgrunnlag og beskrivelser og brosjyrer.*
- *Medvirke med praktiske oppgaver ved gjennomføring av salgene.*
- *Gjennomføre tiltak som selskapet har fått ansvar for gjennom ”Strategisk næringsplan for Vestby kommune”, heri medtatt intern drift av selskapet.*
- *Delta i interkommunalt samarbeid om næringsutvikling bl.a. gjennom Follo i Vekst.*
- *Markedsføring av Vestby kommune i henhold til vedtatt markedsføringsplan.*
- *Informasjon fra kommunen til næringslivet gjennom media.*
- *Drift- og vedlikeholdsansvar for næringsparken(e).”*

- (4) Innklagedes styre består av syv medlemmer. Flertallet (fire) av styrets medlemmer er valgt etter forslag fra Vestby Bedriftsforum, som er en forening for Vestbys private bedrifter, mens et mindretall (tre) i styret er valgt etter forslag fra Vestby kommune.
- (5) Siden stiftelsen har selskapet fungert som serviceforening for de næringsdrivende i Vestby og har hatt en viss kommunal støtte. Innklagedes regnskap viser at innklagede i 2005 og 2006 hadde henholdsvis kr. 502 000 og kr. 417 444 i salgs- og driftsinntekter. Av dette utgjorde den kommunale støtten kr. 200 000 per år.
- (6) I henhold til arealdel til kommuneplanen for Vestby skulle det avsettes næringsområder på Deli Skog Vest. I 2005 ble det inngått opsjonsavtaler mellom

grunneiere og innklagede om erverv av arealene. Innklagede bekostet og fremmet reguleringsplan for området i 2006. Denne ble kalt Vest Næringspark N2Ø. Høsten 2006 inngikk innklagede betingede avtaler med flere selskaper om kjøp av arealene innklagede hadde opsjon på. I avtalene var der forutsatt at innklagede skulle levere tomtene ferdig opparbeidet med vann, avløp og vei til tomtegrensen.

- (7) Senhøstes 2006 ble innklagede kontaktet av Morten Gultvedt Entreprenør AS (heretter kalt klager) og Pål Rønning, som var interessert i et oppdrag i forbindelse med opparbeidelse av vei, vann og avløp til tomtene. Klager og Pål Rønning fremla et kostnadsoverslag, hvorpå innklagede ga beskjed om at man hadde for dårlig grunnlag til å kunne ta stilling til overslaget. Det ble senere avholdt møte mellom innklagede og klager/Pål Rønning, samt mellom innklagede og en annen entreprenør, Bjerke/Johansen, som også hadde meldt sin interesse.
- (8) I desember 2006 mottok innklagede tilbud fra begge leverandørene. Innklagede fant at tilbudene var for upresise til at det kunne tas stilling til dem. Innklagede ba da BN Prosjekt AS om å lage en nærmere beskrivelse av bygge- og anleggsarbeidet, som så ble sendt til klager/Pål Rønning og Bjerke/Johansen 21. desember 2006. Leverandørene ble bedt om å inngi tilbud i samsvar med den nærmere beskrivelsen. Tilbudsfristen var 3. januar 2007.
- (9) Begge leverandørene leverte tilbud innen fristen. Etter korreksjon lød klager/Pål Rønnings tilbudssum på kr. 9 771 900, mens Bjerke/Johansens tilbudssum etter korreksjon var på kr. 9 487 650. Etter fristen ønsket ytterligere en leverandør, Hæhre Entreprenør AS, å inngi tilbud. Tilbudet lød på kr. 8 462 315.
- (10) De tre leverandørene ble 15. januar 2007 meddelt at det utsendte materialet fra innklagede var ufullstendig og ikke dekket opp om de arbeider som var nødvendig i forhold til de oppgaver innklagede måtte utføre i forhold til inngåtte kontrakter med kjøpere av områdene.
- (11) Ved brev av 31. januar 2007 påklaget klager via sin advokat avlysningen av konkurransen. Innklagedes advokat avviste klagen i brev datert 15. februar 2007.
- (12) Innklagede sendte ut en ny tilbudsforespørsel til de tre leverandørene som leverte tilbud i den første konkurransen. Verken klager eller Pål Rønning var blant disse. I februar 2007 inngikk innklagede kontrakt med Hæhre Entreprenør AS.
- (13) Klagers advokat sendte 5. mars 2007 et brev med krav om erstatning til innklagede. Innklagedes advokat avviste erstatningskravet ved brev av 19. mars 2007.
- (14) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev av 30. mars 2007.

#### **Anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

- (15) Innklagede er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Vestby kommune eier 100 % av aksjene og innklagede er med det kontrollert av det offentlige. Innklagede driver ikke med ordinær forretningsmessig drift, jf særlig selskapets målsetting som klart må sies å være et allmenntilgitt formål utført på vegne av kommunen.

- (16) Innklagede hadde ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen, og avlysingen er med det ulovlig.
- (17) Det bes om at klagenemnda tar stilling til erstatningsspørsmålet, herunder om vilkårene for å kreve positiv kontraktsinteresse er oppfylt.

*Innklagedes anførsler:*

- (18) Innklagede driver forretningsmessig drift og er dermed ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede har hatt noen blandede oppgaver fra å være et interesse-/kommunikasjonsledd mellom kommunen og næringslivet, til den utvidede oppgave selskapet påtok seg i forbindelse med Vestby Næringspark N2Ø. Det er klart at kjøp av arealet skjedde fra private grunneiere for innklagedes regning og risiko. Ved videresalg av arealene vil innklagede ha en fortjeneste. Det er videre et poeng at kjøpet og utviklingen av området ikke er noen kommunal oppgave eller noe som en kommune naturlig påtar seg ansvar og risiko for. Videre har private bedrifter hele tiden hatt flertall i selskapets styre, og kommunens representanter har hatt mindretall. Når det gjelder driftsinntekter, har den kommunale støtten til og med 2006 utgjort mindre enn halvparten av innklagedes årlige driftsinntekter. Fra og med 2007 mottas ikke kommunal støtte. Innklagede har ingen oppgaver som er lovpålagt kommunen. Og innklagede har ikke selv ansett seg for å være et offentlig selskap som omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser.
- (19) Det er ikke grunnlag for erstatning.

**Klagenemndas vurdering:**

- (20) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen ble påbegynt før årsskiftet 2006/2007 og spørsmålet i saken er dermed om loven som den lød før lovendringen samt forskriften av 15.6.2001 nr 616 kommer til anvendelse. Ny forskrift 7.4.2006 nr. 402 trådte i kraft 1.1.2007. Det er dermed forskriften av 2001 som skal anvendes i denne saken.

*Hvorvidt innklagede er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser*

- (21) Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 2 (1) bokstav b, at loven gjelder "*Rettssubjekter som er kontrollert av offentlige organer og som tjener allmennheten og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter*". Forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 § 1-2 (1), jf (2) har en noe annerledes ordlyd, men realiteten er den samme. Det følger av EF-domstolens praksis at regelverket skiller mellom foretak som tjener allmennheten ettersom foretaket har industriell eller kommersiell karakter eller ikke, jf sak C-360/96 "Arnhem". Hvis foretaket har industriell eller kommersiell karakter, kommer regelverket ikke til anvendelse selv om det er underlagt offentlig kontroll, i praksis fordi foretaket da konkurrerer i det private marked og derfor ikke bør reguleres av regelverket om offentlige anskaffelser. Et foretak som tjener allmennheten omfattes bare av regelverket dersom det foreligger offentlig kontroll.
- (22) Innklagede er et aksjeselskap som er 100 % eid av Vestby kommune, og er således et selvstendig "*rettssubjekt*", jf lovens § 2 (1) bokstav b og forskriftens § 1-2 (2) bokstav b.

- (23) Nemnda konstaterer at innklagedes virksomhet har som formål å betjene Vestby kommune og lokale næringsinteresser. Virksomheten er ikke innrettet på profitt selv om aksjeselskapsformen innebærer at virksomheten drives i egen risiko. Oppdraget saken handler om vedrører etablering av infrastrukturtenester ved industriell utbygging, et formål som vanligvis tas hånd om av kommuner selv eller av utbyggere underlagt utbyggingsavtaler med kommunen. Nemnda avgjorde et beslektet spørsmål i sak 2005/184, og det siteres fra premiss (17):

*For at Gjøvik Kunnskapspark AS skal være et offentligrettslig organ må det tjene allmennhetens behov og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter. I følge EF-domstolen skal vilkåret gis en vid fortolkning. Det vises til EF-domstolens sak C-373/00 (Adolf Trully). Gjøvik Kunnskapspark AS virksomhet er å bidra til vekst og utvikling i eksisterende og ny virksomhet gjennom nettverksbygging og krevende prosjekter som involverer bedrifter, kompetansemiljøer, offentlig virksomhet og gründere. Allmennhetens behov omfatter i følge EF-domstolens forente saker C-223/99 og C-260/99 (Agora og Excelsior) å stimulere handelen på en måte som kommer allmennheten til gode. Tilsvarende må det å stimulere til vekst og utvikling av næringsvirksomhet i en region falle innenfor "allmennhetens behov". Selv om det formelt sett kan utdeles utbytte fra selskapet, har Gjøvik Kunnskapspark AS ikke som formål å gå med overskudd slik at eierne kan få utbytte. Vekst og utvikling av næringsvirksomhet i en region er videre forhold det offentlige generelt ønsker å bevare innflytelse over. På dette grunnlag finner klagenemnda at virksomheten til Gjøvik Kunnskapspark AS oppfyller vilkåret " tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", jfr. forskriftens § 1-2(2)(a).*

Nemnda slutter seg til dette og mener at innklagedes virksomhet ikke kan sies å være av industriell eller kommersiell karakter i regelverkets forstand.

- (24) Nemnda tilføyer at innklagede uansett måtte anses underlagt kommunens kontroll i og med at kommunen eier alle aksjer i foretaket og det ikke er opplyst noe som tilsier at kommunen ikke dermed kan utøve alle rettigheter i selskapet så som oppnevning og fjerning av styremedlemmer. Kommunen har med dette bestemmende innflytelse over virksomheten, jf lovens § 2 b. nr 2 sammenholdt med forskriftens § 1-2 (2) c. Det har da mindre betydning at foretakets styre er satt med et flertall av representanter fra næringslivet. Nemnda viser for så vidt til uttalelser i Nærings- og handelsdepartementets veileder til 2001-forskriften på s 13 som gjentas i veilederen til den nye forskriften av 2006 på s 15 (Fornyings- og administrasjonsdepartementet).
- (25) Anskaffelsen gjelder en bygge- og anleggskontrakt og følger etter sin verdi forskrift av 15. juni 2001 nr 616 del I og III. Det gjelder da ikke noe krav om anbudskonkurranse, men anskaffelsen skulle vært kunngjort etter forskriftens § 13-1 og lovens overordnede regel er at alle anskaffelser skal være basert på konkurranse.
- (26) Innklagede har ikke kunngjort konkurransen og det foreligger dermed verken konkurransegrunnlag, kvalifikasjonskrav eller opplyste tildelingskriterier. Nemnda finner det dermed unaturlig å tale om en avlyst konkurranse, men konstaterer at regelverket allerede da er brutt på vesentlige og sentrale punkter. Heller ikke det nye

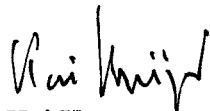
fremstøt ved tilbudsforespørselen i januar 2007 tilfredsstilte regelverkets krav til kunngjøring og dokumentasjon.

- (27) Nemnda må anse den foretatte tildeling som en direkte anskaffelse uten hjemmel i forskriftens § 11-2. Nye regler gjeldende fra 1. januar 2007 gir hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr etter lovens § 7b, men det foreliggende tilfelle ligger i tid forut for dette.
- (28) Slik saken ligger an, finner nemnda det unaturlig å skulle vurdere erstatningsspørsmålene under den forutsetning at det er gjennomført en konkurranse etter regelverket. Nemnda konstaterer at det foreligger omfattende brudd, men kan vanskelig ha noen formening om klagerens muligheter til å komme i betraktning for oppdraget dersom man hadde gjennomført en konkurranse etter regelverket (anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling, jf forskriftens § 11-1 (1)). Deri mot kan vilkårene for negativ kontraktsinteresse etter lovens § 10 foreligge i og med at klager har pådratt seg utgifter ved å søke å komme i posisjon for en kontrakt som ikke er håndtert slik regelverket krever, jf generelt synsmåtene i Rt. 1997 s 574 ("Firesafe").

**Konklusjon:**

Vestby Næringssselskap AS har forsømt å gjennomføre en kunngjort konkurranse for oppdraget etter de krav regelverket stiller.

For klagenemnda,  
3. september 2007

  
Kai Krüger