



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Ulovlig direkte anskaffelse.

*Innklagede inngikk en kontrakt om diverse bygge- og anleggsarbeider på Tangenheia i Tvedestrand kommune uten å kunngjøre anskaffelsen. Klager anførte at innklagede var et offentligrettslig organ, og at kontraktsinngåelsen dermed innebar en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda la i forhåndsvarselet til grunn at innklagede var et offentligrettslig organ, men fant ikke grunnlag for å opprettholde denne vurderingen. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, førte derfor ikke frem.*

### Klagenemndas avgjørelse 21. desember 2022 i sak 2022/165

**Klager:** Andreas Jahren

**Innklaget:** Tangenheia AS

#### Klagenemndas

**medlemmer:** Karin Fløistad, Kjersti Holum Karlstrøm og Elisabeth Wiik

#### Bakgrunn:

- (1) Tangenheia AS (heretter også *innklagede* eller *selskapet*) ble stiftet av Tvedestrand Vekst AS 30. oktober 2012, som i den anledning overførte tomteområdet Tangenheia som tingsinnskudd i selskapet.
- (2) I stiftelsesprotokollen, datert 30. oktober 2012, heter det at «[s]tifteren skal ikke ha provisjon eller andre fordeler av stiftelsen». Videre var følgende oppgitt: «Det skal betales kr 5.120 for hver aksje [...] hvorav kr 100 er aksjekapital kr 20 overkurs ved kontantinnskudd og kr 5.000 overkurs ved tinginnskudd. Verdien på tomteområdet Tangenheia, ferdig regulert som skytes inn som tinginnskudd er satt til kr. 5.000.000.»
- (3) Tangenheia AS' åpningsbalanse var angitt til 5 120 000 kroner, hvorav tomteverdien utgjorde fem millioner, mens det resterende var bankinnskudd.
- (4) I henhold til en aksjonæravtale betalte Wari-Hus AS (nå «Wari Hus AS») 2 560 000 kroner til Tvedestrand Vekst AS som betaling for innskuddet av tomteområdet. Aksjekapitalen i selskapet er eid av Tvedestrand Vekst AS og Wari Hus AS, med en halvpart hver. I tillegg til tomteområdet Tangenheia ble også «de arbeider med planlegging og annet som foreligger på dette tidspunkt» skutt inn i selskapet. Det var inntatt at Tvedestrand Vekst AS garanterte tomteområdet «fri for alle heftelser». Ifølge avtalen skulle Tvedestrand Vekst AS utpeke styrets leder, og det var forutsatt at tomteområdet kan utbygges med kommunal avtale om overtagelse.
- (5) I aksjonæravtalens punkt «**Drift av selskapet**» stod det at daglig ledelse skulle utføres av Wari Hus AS, hvor daglig leder blant annet skulle ha ansvar for «daglig drift av selskapet med kontrahering av entreprenører, konsulenter og underleverandører, salg av tomter

osv.». Følgende var også inntatt: «*Det forutsettes at selskapet skal drives etter forretningsmessige prinsipper og at styret ikke kan bestemme annet uten et enstemmig vedtak*».

- (6) Under punktet «**Avslutning av selskapet**» stod det følgende:

*«Det forutsettes at selskapet avvikles når utbyggingen på Tangenheia er ferdig. Styret kan beslutte å endre dette.*

*Opparbeidet egenkapital ved avvikling deles mellom aksjonærene i henhold til fordeling av aksjer.»*

- (7) Av en takstrappport datert 13. november 2012 fremgår det at anslått markedsverdi for bebyggelse til boligformål på tomteområdet *Tangenheia* var 5 300 000 kroner. Dette var basert på at samlet markedsverdi på byggeklare tomter var verdivurdert til 31 550 000 kroner, mens infrastrukturkostnader var vurdert til 23 millioner kroner. I tillegg tok estimatet hensyn til at det måtte avsettes til rentebelastning og usikkerhet/risiko. I rapporten stod det at «*[d]et er allerede utført arbeide med utarbeidelse med reguleringsplan og annet planleggingsarbeide*».
- (8) I registermeldingen av 28. november 2012 til Brønnøysundregistrene var det svart «*[n]ei*» både på at enheten «*har eller venter å få arbeidstakere*» og hvorvidt det skal betales arbeidsgiveravgift for andre. Ifølge [www.proff.no](http://www.proff.no) har selskapet ingen ansatte i dag, og er ført opp under NACE-bransje «*41.109 Utvikling og salg av egen fast eiendom ellers*».
- (9) I notene til årsregnskapet for regnskapsåret 2012 var det inntatt følgende: «*Selskapet har ingen ansatte, og har ikke plikt til å ha obligatorisk tjenstepensjon. Det er ikke utbetalt godtgjørelser til styret eller andre tillitsvalgte.*»
- (10) I årsregnskapet for regnskapsåret 2020 var det i notene inntatt følgende: «*Selskapet har deler av 2020 hatt en ansatt, men har ikke plikt til å ha obligatorisk tjenstepensjon. For 2020 er det avsatt styrehonorar med totalt kr 91 280 inkludert arbeidsgiveravgift. Det er ikke ubetalt godtgjørelser til andre tillitsvalgte.*»
- (11) Ifølge vedtektene § 3 er *Tangenheia AS*' formål følgende:
- «Utvikling og salg av tomter på Tangenheia i Tvedestrand kommune og annen virksomhet i tilknytning til dette, herunder garantistillelser. Selskapet drives etter vanlige forretningsmessige prinsipper.»*
- (12) Vedtektene § 5 lyder som følger:
- «Selskapets styre består av minimum 2 og maksimum 5 medlemmer. Det kan velges personlige varamedlemmer til styret.»*
- (13) I vedtektene § 7 om ordinær generalforsamling står det at man deriblant skal behandle «*[g]odkjenning av årsregnskap og årsberetning, herunder utdeling av utbytte*». På generalforsamlingen gir hver aksje én stemme.
- (14) *Tvedestrand Vekst AS* er eid av *Tvedestrand kommune*. I deres vedtekter § 3, gjeldende fra 15. oktober 2019, heter det at *Tvedestrand Vekst AS*' formål er følgende:

*«Alene eller sammen med andre å erverve arealer, utvikle boligtomter, næringsarealer, industribygg og foreta annen tilrettelegging som fremmer næringsutvikling og bosetting i Tvedestrand kommune. Selskapet skal levere tjenester og kapital til nye og eksisterende lokale, private og kommunale virksomheter, slik at de kan oppnå forretningsmessig suksess og får bedret sine muligheter til å opprettholde /skape arbeidsplasser.»*

- (15) I vedtektene § 5 står det at aksjene i Tvedestrand Vekst AS ikke skal kunne overdras uten kommunestyrets samtykke.
- (16) Ifølge *www.proff.no* har Tvedestrand Vekst AS ingen ansatte i dag, og er ført opp under NACE-bransje «41.109 Utvikling og salg av egen fast eiendom ellers». Det fremgår der også at det er den samme personen som er styrets leder i Tangenheia AS og Tvedestrand Vekst AS.
- (17) Wari-Hus AS / Wari Hus AS har siden 27. april 2004 hatt «*utvikling av eiendommer, oppføring og salg av boliger, levering av byggmester- og arkitekttjenester samt annen økonomisk virksomhet*» som sitt vedtektsfestede formål.
- (18) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 24. januar 2022 på bakgrunn av en kontraktsinngåelse med Sandås Anlegg AS (heretter *valgte leverandør*).
- (19) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør om diverse bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med klargjøring for oppføring av boliger på Tangenheia, ble inngått 8. februar 2022. Kontraktssummen var 4 720 700 kroner ekskl. mva.
- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. august 2022.
- (21) Klagenemnda sendte 5. september 2022 varsel om ileggelse av gebyr på 10 prosent av anskaffelsens verdi.
- (22) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 26. september 2022.
- (23) Endelig nemndsmøte i saken ble avholdt 30. november 2022.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (24) Innklagede er et offentligrettslig organ, og er dermed underlagt anskaffelsesregelverket. Ettersom den inngåtte kontrakten ikke var gjenstand for kunngjøring, foreligger det en ulovlig direkte anskaffelse.

##### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (25) Det bestrides at anskaffelsesregelverket regulerer kontraktsinngåelsen, slik at det ikke er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Tangenheia AS er ikke et offentligrettslig organ. Det er ingen risiko for at selskapet tar andre enn økonomiske hensyn i sine anskaffelser. Klagenemnda har uriktig lagt til grunn at selskapet ikke opererer i konkurranse med andre aktører. Foruten vilkåret om å være et selvstendig rettssubjekt, er ingen av de øvrige vilkårene i forskriften § 1-2 andre ledd oppfylt.
- (26) Uansett foreligger det ikke uaktsomhet, da en eventuell feilslutning har sin årsak i unnskyldning rettsvillfarelse. Under enhver omstendighet foreligger det ikke grov

uaktsomhet. Før kontraktsinngåelsen ble det vurdert om anskaffelsesregelverket kom til anvendelse. Denne vurderingen er krevende. Dersom Tangeheia AS er omfattet av regelverket, er dette uansett ikke klart. Det vises særlig til at selskapets vedtektsfestede formål ikke er et offentligrettslig formål, at selskapet selv bærer den økonomiske risikoen ved sin virksomhet og at det opereres i et konkurranseutsatt marked.

- (27) For det tilfellet at det er gjennomført en ulovlig anskaffelse, må overtredelsesgebyret settes klart lavere enn ti prosent av anskaffelsens verdi.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (28) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd.
- (29) Klager som gjelder påstand om ulovlige direkte anskaffelser, kan ifølge klagenemndsforordningen § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør om diverse byggearbeider 8. februar 2022, som er noen dager etter at klager brakte klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse inn for klagenemnda. Klagen er dermed rettidig.

#### *Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse*

- (30) Klagenemnda tar i det følgende stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse.
- (31) En ulovlig direkte anskaffelse er «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (32) En offentlig oppdragsgiver har i utgangspunktet en plikt til å kunngjøre alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi, jf. anskaffelsesforordningen §§ 5-1 andre ledd og 8-17 første ledd. Siden 6. april 2018 har den nasjonale terskelverdien vært 1,3 millioner kroner ekskl. mva. for klassisk sektor. Ettersom kontrakten med valgte leverandør er verdt i overkant av 4,7 millioner kroner, er anskaffelsen kunngjøringspliktig dersom regelverket kommer til anvendelse.
- (33) I forordningen § 1-2 første ledd fremgår det at «offentligrettslige organer» er omfattet av forordningen. Etter andre ledd bokstav a til c vil enheten anses som et offentligrettslig organ dersom det «er opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter», er et «selvstendig rettssubjekt» og har en nærmere definert tilknytning til det offentlige.
- (34) Spørsmålet for klagenemnda er om innklagede er et offentligrettslig organ etter forordningen § 1-2.
- (35) Formålene med bestemmelsen er særlig å fjerne risikoen for at nasjonale leverandører særbehandles ved tildeling av kontrakter, og utelukke at organer som kontrolleres av statlige eller lokale myndigheter «lader sig lede af andre hensyn end økonomiske», jf. C-567/15 *LitSpecMet*, premiss 31. Bestemmelsen skal tolkes i tråd med formålene med anskaffelsesdirektivene.

- (36) Klagenemnda tar først stilling til om Tangenheia AS er av «*industriell eller forretningsmessig karakter*».
- (37) Vilkåret skal ifølge EU-domstolens praksis underlegges en bred helhetsvurdering. Dette kommer blant annet til uttrykk i *LitSpecMet*, premiss 43-44, hvor det fremheves at relevante momenter er omstendighetene som var avgjørende for opprettelsen av organet, hvorvidt selskapet operer i et konkurranseutsatt marked, hvorvidt det har økonomisk profitt for øyet, om det bærer egen risiko og om selskapet finansieres av det offentlige. Det forhold at organet opptrer i et konkurranseutsatt marked er i seg selv ikke nok for å oppfylle vilkåret, se eksempelvis C-373/00 *Adolf Truley*, premiss 61. Den faktiske konkurransesituasjonen vil imidlertid være et sentralt moment i denne vurderingen, se eksempelvis C-17/01 *Korhonen*, premiss 49.
- (38) Innklagede er et aksjeselskap, opprettet av Tvedestrand Vekst AS i samarbeid med den private eiendomsutvikleren Wari Hus AS, med eierandel på 50 prosent hver.
- (39) Klagenemnda la i forhåndsvarselet til grunn at innklagede mottok tomteområdet på Tangenheia vederlagsfritt fra Tvedestrand Vekst AS, med sikte på videresalg, og at selskapet derfor var finansiert av det offentlige. Nemnda la stor vekt på dette da det ble konkludert med at selskapet ikke var av industriell eller forretningsmessig karakter.
- (40) I merknadene til forhåndsvarselet har innklagede redegjort ytterligere for forholdene rundt opprettelsen av aksjeselskapet. Ved opprettelsen ble tomteområdet skutt inn som tingsinnskudd av Tvedestrand Vekst AS, mens Wari Hus AS betalte Tvedestrand Vekst AS et vederlag tilsvarende halve tomtens verdi. Tomteverdien ble fastsatt av nøytral takstmann.
- (41) Gjennom opprettelsen av aksjeselskapet og samarbeidet med en privat part har Tvedestrand Vekst AS valgt å utvikle og selge tomtene på Tangenheia på forretningsmessige premisser, med profitt som målsetting. Formålet til Tangenheia AS er i tråd med dette «*[u]tvikling og salg av tomter*» på Tangenheia, og det er i vedtektene også fastslått at selskapet drives etter «*vanlige forretningsmessige prinsipper*». Selv om selskapet ikke konkurrerer med andre tomteutviklere om å erverve tomteområder, er klagenemnda av den oppfatning at det foreligger en reell konkurranse i forbindelse med utviklingen og salget av tomtene, der selskapet konkurrerer med andre aktører i Tvedestrand kommune om de samme potensielle utviklerne og kjøperne. Salg og utvikling av tomtene skjer dermed i næringsvirksomhet, og klagenemnda har etter dette kommet til at selskapet må anses for å være av «*industriell eller forretningsmessig karakter*».
- (42) De kumulative vilkårene i forskriften § 1-2 andre ledd er på denne bakgrunn ikke oppfylt. Tangenheia AS er følgelig ikke et offentligrettslig organ
- (43) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, fører dermed ikke frem.

### **Konklusjon:**

Tangenheia AS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

*Dokumentet er godkjent elektronisk*