



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder påstand om ulovlige direkte anskaffelser av tjenester i forbindelse med overvåkning av fiskefelt. Innklagede hadde inngått en rekke avtaler med private fiskefartøyer uten forutgående kunngjøring. Klagenemnda fant imidlertid at de aktuelle avtalene oppfyller vilkårene for å anses som tjenestekonsesjonskontrakter, jf. forskriften §1-3 (2) bokstav j, og at avtalene dermed ikke omfattes av forskriften, herunder kunngjøringsreglene.

Klagenemndas avgjørelse 13. februar 2012 i sak 2011/167

Klager: Steenstrup Stordrange DA

Innklaget: Fiskeridirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Jakob Wahl

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) Fiskeridirektoratet ved Region Troms/overvåkningstjenesten for fiskefelt (heretter kalt innklagede) har siden 1984 leid private fiskefartøy til forskningsfangst i forbindelse med overvåkning av fiskefelt. Formålet er å samle inn måle- og veiedata på fiskefeltene for å kunne vurdere behov for stenging/åpning av fiskefelt. De innleide fartøyene fungerer som toktfartøy i de periodene som inngår i kontraktene. Øvrige deler av året deltar fartøyene i ordinært fiske. Under toktene deltar alltid en eller flere av Fiskeridirektoratets kontrollører om bord. Kontrollørene har, sammen med overvåkningstjenestens administrasjon og ledelse, den operative kontrollen over fartøyene så lenge toktene pågår. Dette innebærer blant annet avgjørelser om hvilke områder som skal undersøkes, hvilke arter som skal undersøkes, fiskeintensitet og toktvarighet. Kontrollørene om bord foretar også innsamlingen av de nevnte dataene. Øvrig bemanning av fartøyene står rederiene for, slik at undersøkelsene kan foregå på en effektiv og rasjonell måte, herunder ved å ivareta og produsere fangsten.
- (2) Fra omkring år 2000 har forskningsfangsten blitt finansiert med forskningskvoter, dvs. at tråleeier får betalt i fiskekvoter, som da kommer i tillegg til ordinære kvoter. Som regel inngår betalingskvotene i fangstkvantumet fra toktene, men eventuelt gjestående kvantum av betalingskvoten kan fiskes også i etterkant av forskningstoktene.
- (3) Forskningsfangsten foregår i områder som er regulert etter norske lover og regler, og forskningskvotene trekkes fra de totale norske kvotene.
- (4) Konkurransen for "Leie av fiskefartøy i 2011" ble offentliggjort 2. november 2010 i en annonse i fiskeribladet "Fiskaren" og på innklagedes nettsider. I annonsen var det

opplyst hvilke typer fartøy det var ønskelig å inngå kontrakt med, og for hvor mange døgn:

"Fartøytype	Antall leiedøgn
<i>"Torsketrål/fabrikktrål over 48 meter"</i>	<i>150 -200 døgn</i>
<i>Snurrevadfartøy over 21 meter</i>	<i>80-120 døgn</i>
<i>Reketrål over 40 meter med fryseri</i>	<i>50-100 døgn</i>
<i>Reketrål kyst/fjord over 15 meter</i>	<i>20-30 døgn</i>
<i>Fløytlinefartøy</i>	<i>10-20 døgn</i>
<i>Seinotfartøy</i>	<i>30-50 døgn"</i>

- (5) Når det gjaldt betaling fremgikk det av annonsen at:

"En vil fortrinnsvis leie fartøy som har både torsk- og reketråltillatelse. Fartøyene som leies vil etter forhandlinger bli tilordnet et kvantum av bunnfisk (torsk, hyse, sei, uer, m.v). I leien skal inngå fartøyleie, bunkers, smøreolje, redskapsslitasje, redskapstap, utgifter til kommunikasjon mv. Det er utarbeidet egne tilbudsdokumenter.

For torsketrål, snurrevad og fløyteline vil fangst under tjeneste for overvåkningstjenesten tilfalle reder inntil tildelt kvantum er oppfisket. For torsketrålere skal leier ha en mindre del av fangstinntekten. Skulle det gjenstå noe av tilordnet kvantum etter at kontrakten er oppfylt, vil restkvantumet kunne fiskes på ordinær måte.

For reketrålerne tilfaller all fangst i leieperioden utleier.

For seinotfartøy tilfaller all fangst i leieperioden utleier. Med forbehold om tildeling av kvote vil leier bli tilordnet et kvantum av sei.

I tilbudet skal det fremgå hvor stort kvantum bunnfisk reder forlanger, samt gjøre rede for hvor mange leiedøgn og perioder fartøyet kan være disponibelt i 2011. Videre må det gjøres rede for samtlige krav som kommer frem i tilbudsdokumentene. Eventuelle særlige krav oppgis i tilbudet."

- (6) Det var utarbeidet tilbudsdokumenter for hver av fartøykategoriene. Som eksempel på hvordan tilbudsdokumentene var utformet vises det til tilbudsdokumentene for torsketrål. I *"TILBUDSDOKUMENT FOR LEIE AV TORSKETRÅL TIL OVERVÅKNING AV FISKEFELT I 2011"* var det i punkt 1 oppstilt krav til *"Seilingsområde"*, dvs. for hvilke havområder eieren må kunne stille fartøyet til disposisjon. I punkt 2 til 5 var det oppstilt en rekke *"Fartøykrav"*. Videre var det under overskriften *"Personell"* stilt følgende krav:

"6. Erfaring

6.1 Erfaring fra overvåkningstjenesten er en fordel.

6.2 Fartøyet må være tilstrekkelig bemannet.

6.3 Mannskapet må ha nødvendig erfaring, slik at toktet kan gjennomføres effektivt og hensiktsmessig."

- (7) Det er opplyst at innklagede innen tilbudsfristens utløp, 30. november 2010, mottok fire tilbud fra tilbydere innenfor torsketrål og fire tilbud fra tilbydere innen reketrål. Det er ikke opplyst hvor mange tilbud som ble mottatt innenfor de øvrige fartøykategoriene.

- (8) For 2011 ble inngått 11 kontrakter med 9 ulike rederier. For fartøyene Sveabåen, Kenneth, Skagøysund og Solværskjær ble kontrakter inngått 25. februar 2011. For fartøyene Hermes, Andenesfisk I og Hopen ble kontrakter inngått 3. mars 2011. For Snurrevadfartøyene Heidi Anita og Soya ble kontrakter inngått 3. mars 2011, og senere utvidede kontrakter 23. august 2011.
- (9) Når det gjelder valg av tilbud for torsketrål har innklagede forklart at tre kriterier ble vektlagt. For det første ble det vektlagt hvor stort kvantum torsk pr. døgn tilbyder krever, siden et tilbud med lavt kvantumskrav gir flere toktdøgn enn et tilbud med høyt kvantumskrav. Det er et mål å få gjennomført flest mulig toktdøgn med de forskningskvotene innklagede får tildelt. Videre ble det vektlagt hvor mange døgn fartøyet er tilgjengelig, og for hvilken periode.
- (10) I brev av 9. juni 2011 klaget Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA til Klagenemnda for offentlige anskaffelser, med påstand om at samtlige kontrakter om forskningsfangst inngått i 2011, utgjør ulovlige direkte anskaffelser.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Kontraktene innklagede har inngått med torske- og reketrålere i 2011 for overvåkningsformål, utgjør ulovlige direkte anskaffelser, ettersom anskaffelsene må anses omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser, herunder kunngjøringsplikten.
- (12) Det at tjenesten ikke betales med penger, men med fiskekvoter, ikke ha betydning for hvorvidt kontraktene omfattes av regelverket. Etter det klager kjenner til er fangsten på rundt 5000 tonn torsk og 1000 tonn hyse, og når kiloprisen er på henholdsvis 12 kroner og 8,5 kroner per kilo betyr det at fangsten har en betydelig verdi. Også for reker og andre arter vil oppsynsfangsten ha en betydelig verdi.
- (13) Normalt har innklagede gjennomført en form for konkurranse forut for tildeling av disse tilsynsoppdragene, men uten at reglene i lov og forskrift om offentlige anskaffelser er fulgt. Utover at konkurransen ikke er kunngjort, viser klager som eksempel til at det ikke er ført anskaffelsesprotokoll, at tilbudsgrunnlaget på en rekke punkter er i strid med krav til utforming av konkurransegrunnlag i forskriften § 17-1, og at det ikke er oppstilt kvalifikasjons- og tildelingskriterier i samsvar med forskriften.
- (14) Det avvises at det i dette tilfellet er tale om forsknings- og utviklingstjenester, jf. forskriften § 1-3 bokstav g. Tjenesten er fartøyleie, og leie av et fartøy innebærer verken forskning eller utvikling. At innklagede benytter det innleide fartøyet til fiskeriovervåkning, som innebærer innhenting av diverse data, gjør ikke selve tjenesten til en forskningstjeneste. Bestandsestimering og målinger av den type som foretas av innklagede kan heller ikke betegnes som forskning og utvikling. Dette er rutinemessige overvåkninger.
- (15) Det avvises også at det er tale om tjenestekonsesjonskontrakter, jf. forskriften § 1-3 bokstav j. Dette er kontrakter der vederlaget like gjerne kunne ha vært penger som fiskekvoter. Det er således tale om en motytelse som betales direkte, men der betalingen er i naturalia i stedet for penger. Dette er ikke et oppdrag der tjenesteyteren påtar seg en selvstendig forretningsmessig risiko. Det er heller ikke slik at en bestemt kontrakt gir enerett på et bestemt område slik som er typisk for tjenestekonsesjonskontrakter.

Tjenesten i dette tilfellet er at fartøy, mannskap og utstyr stilles til disposisjon for det offentlige. Vederlaget består ikke av en rett til å utnytte denne tjenesten. Å benytte fartøy, mannskap og utstyr kan rederiet gjøre uavhengig av avtalen med innklagede. Verdien for rederiet ligger i at rederiet får beholde deler av fangsten utenom ordinær kvote. Innklagede beholder imidlertid også deler av verdien av fangsten, noe som skiller seg fra typiske tjenestekonsesjonskontrakter.

- (16) Subsidiært anføres at dersom de aktuelle kontraktene må anses som tjenestekonsesjonskontrakter, vil det ved kontrakter av denne størrelsesorden likevel gjelde et krav til kunngjøring.
- (17) Når det gjelder utregning av kontraktens verdi anføres at denne må baseres på verdien av fisken som skal tilfalle rederiet. Å legge til grunn minstepriser slik innklagede har gjort blir kunstig og gir ikke et reelt bilde av de enkelte kontraktens verdi.

Innklagedes anførsler:

- (18) De foretatte anskaffelsene om fartøyleie er ikke omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser. Tjenesten må anses som en forsknings- og utviklingstjeneste, og da slik at disse kontraktene faller utenfor forskriftens virkeområde i henhold til forskriften § 1-3 bokstav g.
- (19) Det vises til at de aktuelle kontraktene ikke innebærer en forretningsmessig transaksjon. Det innklagede ønsker å oppnå med de inngåtte kontraktene, er maksimalt antall overvåkningsdøgn, og dette må skje i de periodene det er behov for å overvåke fiskefeltene. Innklagede besitter data for når de ulike fiskeslagene historisk har befunnet seg i aktuelle områder. Poenget er å danne et best mulig bilde av hvor de aktuelle fiskeslagene kan nås med hensyn til overvåkningsformål. Selv om det i dette tilfellet ikke er tale om innovativ forskning som utvikler nye metoder, er det tale om overvåkning som gir viktige innspill til regulering av det til enhver tid pågående kommersielle fisket, samt for Havforskningsinstituttet i deres beregninger av bestandsutvikling i de aktuelle områdene. Innklagedes overvåkning gir supplerende data til det som Havforskningsinstituttet innhenter via egne tokt. Innklagede er avhengig av disse dataene for å kunne beslutte stenging eller åpning av fiskefelt.
- (20) Det vises videre til at innklagedes bruk av fiskebåtene må ses som en tjeneste som ikke blir betalt fullt ut. Fiskeren får sin fangst (i henhold til tildelt forskningskvote), mens innklagede får sine data uten å yte annet vederlag enn å tildele en ekstra fangstkvote. Tjenesten tilfaller således ikke oppdragsgiver fullt ut, rederen får fisken, og innklagede får toktdataene.
- (21) Det kan være forretningsmessig gunstig for enkelte redere å inngå kontrakt om overvåkningstjenester, men i forhold til nytten innklagede har av tjenesten, er dette en tjeneste som i alle fall på kontraktstidspunktet ikke betales fullt ut. Rederienes utbytte blir det etterfølgende salget av fisken, fratrukket ekstra utgifter til utvidede fangstperioder.
- (22) Det anføres subsidiært at de aktuelle kontraktene må anses som tjenestekonsesjonskontrakter, og således er unntatt forskriftens anvendelsesområde i medhold av forskriften § 1-3 bokstav j.

- (23) Ved beregning av kontraktens verdi må det tas utgangspunkt i Norges Råfisklags minstepriser på kontraktsinngåelsestidspunktet. Det vises i denne forbindelse til følgende skjema:

"

FARTØY NAVN	TORSK (kg)	MINST EPRIS (kr)	ANNEN BUNNFIS K (kg)	MINST EPRIS (kr)	KONTRAKTS VERDI (kr)
<i>Hermes</i>	1 217 000	14,50	446 000	8,25	21 326 000
<i>Andenesfisk I</i>	747 000	14,50	267 000	8,25	13 034 000
<i>Hopen</i>	322 000	14,50	39 000	8,25	4 991 000
<i>Soya</i>	50 000 + 24 000	14,50	23 000 +11 000	8,25	1 354 000
<i>Heidi Anita</i>	92 000 + 22 000	14,50	53 000 +13 000	8,25	2 198 000
<i>Sveabåen</i>	46 000	14,50	6 400	8,25	720 000
<i>Kenneth</i>	12 000	14,50	0	8,25	174 000
<i>Skagøysund</i>	0		(rund sei) 250 000	4,57	1 143 000
<i>Solværskjær</i>	0		(rund sei) 250 000	4,57	1 143 000
Samlet kontraktsverdier					46 083 000

"

- (24) Til skjemaet bemerkes at fartøyene Hermes, Andenesfisk I og Hopen normalt oppnår høyere priser enn Norges Råfisklags minstepriser, ettersom disse fartøyene selger fisken i frossen tilstand gjennom auksjon, noe innklagede ikke har tatt høyde for ved utregningen. Innklagede påpeker videre at det i betalingskvotene det enkelte fartøy er tildelt kun inngår torsk eller sei, eller torsk sammen med annen bunnfisk. For betalingskvantumet annen bunnfisk har innklagede lagt til grunn en fordeling tilsvarende 100 % hyse. Dette fordi det erfaringsmessig er hyse som i hovedsak er registrert som fangst innenfor denne samleposten. Fordelingen innklagede har lagt til grunn har imidlertid kun marginale innvirkninger på beregningen av kontraktsverdien.

Klagenemndas vurdering:

Klagefrist og saklig interesse

- (25) Klager har anført at kontraktene inngått om forskningsfangst i 2011 utgjør ulovlige direkte anskaffelser, ettersom kontraktene ikke er kunngjort i henhold til reglene om offentlige anskaffelser. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse.
- (26) Det følger av klagenemndsforskriften § 13a andre ledd at en klage på ulovlig direkte anskaffelse "kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd". Av loven § 7b tredje ledd følger det at adgangen til å ilegge gebyr "bortfaller to år etter at kontrakt er inngått". Foreliggende klage refererer seg til kontrakter inngått i tidsrommet 25. februar 2011 til 23. august 2011. Klagen er således rettidig.

- (27) Innklagede har anført flere grunnlag for at forskriften, herunder kunngjøringsreglene, ikke kommer til anvendelse. Klagenemnda finner det hensiktsmessig først å ta stilling til hvorvidt de angjeldende kontrakter kan anses for tjenestekonsesjonskontrakter.

Hvorvidt kontraktene er tjenestekonsesjonskontrakter

- (28) Mens tjenestekontrakter er omfattet av forskriften, jf. forskriften § 1-3 (1), er det gjort unntak for *"tjenestekonsesjonskontrakter"*, jf. forskriften § 1-3 (2) bokstav j. Dette medfører at det for tjenestekonsesjonskontrakter ikke gjelder krav til kunngjøring etter forskriften §§ 9-1 og 18-1. En tjenestekonsesjonskontrakt er det samme som en tjenestekontrakt, med det unntak at vederlaget for tjenesten som skal utføres *"enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten eller i en slik rett sammen med betaling"*, jf. forskriften § 4-1 bokstav e.
- (29) EU-domstolen har i saker om tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter anvendt reglene om offentlige anskaffelser analogisk, jf. C-231/03 (*Coname*) og C-458/03 (*Parking Brixen*). Spørsmålet om regulering av konsesjonstildeling er dessuten tatt opp i et direktivutkast COM (2011)897. Men etter dagens norske regelverk er det på det rene at slike oppdrag faller utenom både lov og forskrift, jf. forskriften § 1-3 (1) bokstav j.
- (30) EU-domstolen har lagt til grunn at det avgjørende for om en kontrakt skal karakteriseres som en tjenestekonsesjonskontrakt, er om leverandøren har overtatt risikoen som er forbundet med driften av tjenesten, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-348/10 premiss (43) med videre henvisninger. I samme avgjørelse premiss (45) uttalte EU-domstolen at for å kvalifisere som en tjenestekonsesjonskontrakt kreves det *"at den ordregivende myndighed overfører hele eller i det mindste en væsentlig del af den risiko, som den løber, til koncessionshaveren"*.
- (31) Klagenemnda har også presisert at den økonomiske risikoen leverandøren påtar seg, må være *"reell og ikke ubetydelig"*, jf. klagenemndas sak 2005/304 premiss (30). I sakene 2005/24 premiss (27) og 2005/86 premiss (23) uttalte nemnda videre:
- "For at kontraktstildeling skal kunne karakteriseres som en tjenestekonsesjon, må således ansvaret og økonomisk risiko for driften av tjenesten overføres fra den offentlige oppdragsgiver til den private aktøren. Når dette er oppfylt, kan leverandøren anses å få betaling gjennom retten til å utnytte sin egen ytelse kommersielt."*
- (32) Som klager anfører, er de inngåtte kontraktene atypisk i forhold til hva som regnes som kjerneområdet for tjenestekonsesjoner. Typiske eksempel på tjenestekonsesjoner kan være drift av en fergerute eller en parkeringsplass, der leverandørens vederlag består av inntektene fra driften. Det er imidlertid klart at også andre kontraktsformer kan omfattes av tjenestekonsesjonsbegrepet, og at offentlige oppdragsgivere kan velge denne kontraktsformen dersom det vurderes slik at dette er den beste måten å sikre den angjeldende ytelsen på, jf. uttalelser i denne retning i EU-domstolens avgjørelse i sak C-348/10 premiss (46).
- (33) Klagenemnda oppfatter det slik at formålet med avtalene er at innklagede skal samle inn overvåkingsdata slik at kompetente myndigheter kan beslutte stenging eller åpning av fiskefelt. Under toktene er det innklagedes personell som forestår innhenting av data, og det er innklagede som bestemmer hvor, og hvilke arter som skal fiskes. Tjenesten leverandøren yter består av transport til og fra fiskefeltene, samt selve fiskingen av de arter innklagede ønsker. For dette mottar leverandøren betaling, utelukkende i form av

fiskekvoter, altså retten til å fiske. Vederlaget for tjenesten som leverandøren utfører består således, når det gjelder leverandørens bistand ved fiskingen, utelukkende i retten til å utføre den tjenesten som leverandøren yter for innklagede. Risikoen for utførelsen av tjenesten er også tillagt leverandøren. Det er leverandøren som bærer risikoen for kostnadene ved utførelsen av toktene, herunder risikoen for fartøy og utstyr, og det er leverandøren som har risikoen for inntjening ved salget av fisken. Klagenemnda finner således at den økonomiske risikoen leverandørene har påtatt seg ved utførelsen av tjenesten er overført til leverandøren, og at de inngåtte avtalene må anses for tjenestekonsesjonskontrakter, jf. forskriften § 1-3 (2) bokstav j.

- (34) På denne bakgrunn er kontraktene innklagede har inngått om forskningsfangst i 2011 ikke omfattet av forskriftens kunngjøringsregler og utgjør dermed ikke ulovlige direkte anskaffelser. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (35) Klager har videre anført at det ved kontrakter av den økonomiske størrelsen som i foreliggende tilfelle uansett må gjelde et krav til kunngjøring.
- (36) Til denne anførselen bemerker klagenemnda at det for anførsler som ikke er knyttet til spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse gjelder et krav om at den som klager må ha "*saklig klageinteresse*", jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd. Bestemmelsen omfatter i første rekke leverandører som har deltatt i konkurransen, men potensielle deltakere vil også i visse tilfeller være omfattet. Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA er ikke en potensiell leverandør av fiskeritjenester, og har dermed ikke klagerett.

Konklusjon:

Fiskeridirektoratet har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser

Bergen, 13. februar 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl