



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede, som er et offentlig eid aksjeselskap som driver med næringsrenovasjon, inngikk en kontrakt om kjøp av en spesialbil for tømning/avvanning av septik uten forutgående kunngjort konkurranse. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, fordi virksomheten ikke kunne regnes som et offentligrettslig organ, og dermed ikke var omfattet av regelverket, jf. loven § 2 og forskriften § 1-2.

Klagenemndas avgjørelse 21. januar 2014 i sak 2012/95

Klager: Skandinavisk Miljøteknikk AS

Innklaget: VEFAS Retur AS

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger, Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse, offentligrettslig organ

Bakgrunn:

- (1) VEFAS Retur AS (heretter kalt innklagede) igangsatte høsten 2011 en prosess for kjøp av spesialbil for tømning/avvanning av septik. Innklagede opplyste i e-post av 4. januar 2012 at man ville inngå kontrakt med Scania som chassis-leverandør og J.H. Hvidved Larsen AS som leverandør av påbygg. Klager har opplyst at anskaffelsens verdi var kroner 2 375 000,-, og dette er ikke bestridt av innklagede. Anskaffelsen ble ikke kunngjort.
- (2) Innklagede er et aksjeselskap som er eid av VEFAS Retur IKS – et interkommunalt selskap som utfører husholdnings- og næringsrenovasjon i de fire eierkommunene Alta, Kautokeino, Hassvik og Loppa. Fra opprettelsen av innklagedes forløper, VEFAS Næring AS (navneendring 3. desember 2009), hitsettes følgende fra protokollen fra VEFAS IKS' representantskapsmøte av 13. september 2004:

"Styret vedtar å tilrå at omorganiseringen av VEFAS IKS skjer i tråd med IRIS-modellen med et VEFAS IKS Forvaltning som morselskap og i første omgang to egne/selvstendige aksjeselskap/datterselskap hvor det ene selskapet skal ivareta kommunenes monopolområde, husholdningsrenovasjon, eventuelt også den kommunale slamrenoveringen/slamordningen.

Det andre aksjeselskapet/datterselskapet skal være mottaker og ansvarlig for behandlingen av avfall levert fra næringsliv/det avfall som ikke inngår i kommunenes monopolområde.

Selskapet Næring AS skal ikke ha til hensikt å aktivt konkurrere med eksisterende aktører som allerede i dag tilbyr tjenester til regionens næringsliv."

- (3) Innklagede ble stiftet 16. mars 2006, med aksjekapital på 1 million kroner. Fra vedtektene gjengis:

"§ 3. Selskapets virksomhet

Avfallshåndtering fra næringsvirksomheter. Arbeide for avfallsminimering, ombruk, gjenvinning og forsvarlig sluttbehandling av avfall. Selskapet skal være pådriver for å fremme gode miljømessige løsninger for avfall."

- (4) Fra morselskapet VEFAS IKS' strategiplan av 2013 punkt 5.4.4 *"Eierstrategi og forventninger til selskaper eid/deleid av VEFAS IKS"*, gjengis følgende om *"Selskapets utfordringer"*:

"For øyeblikket er det den store investeringen som er gjennomført ved kjøp og opprusting av Amtmannsnes Miljø- og Industripark som er tyngende rent likviditetsmessig. Dette vil vedvare 1-2 år fremover.

Samtidig møter selskapet sterk konkurranse i lokalmarkedet med rimeligere løsninger som ikke er forenlig med vedtatt strategi.

Fremover må selskapet ta høyde for å kunne gi et fylkesdekkende tilbud. Dette kan gjennomføres enten i egen regi, gjennom avtale eller fusjon med andre aktører. Vi ser ett økende krav/behov i markedet for å være fylkesdekkende."

- (5) Innklagedes årsregnskap for 2011 og 2010 viser at innklagede hadde et driftsresultat på henholdsvis -58 282 og -820 858 kroner.
- (6) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 11. april 2012.
- (7) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. januar 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å tildele kontrakt om kjøp av spesialbil for tømning/avvanning av septik uten forutgående kunngjøring. Vilårene for å illegge overtredelsesgebyr er til stede.
- (9) Innklagede er å anse som et offentligrettslig organ, jf. forskriften § 1-2 (2), og derfor plikter å følge regelverket om offentlige anskaffelser. Innklagedes virksomhet ivaretar allmennhetens behov og er ikke av industriell eller forretningsmessig karakter, jf. forskriften § 1-2 (2) bokstav a. Klagenemnda har i sin praksis fastslått at avfallshåndtering tjener allmennhetens behov.
- (10) Ved helhetsvurderingen bl.a. må vektlegges om det er reell markeds konkurranse for den tjenesten VEFAS Retur AS yter og den eventuelle graden av denne.
- (11) VEFAS Retur AS er et heleid datterselskap av det interkommunale selskapet som forvalter avfallshåndteringen i regionen, og som har faktisk monopol for denne tjenesten. Innklagede har ikke opplyst noe om konkurransesituasjonen selskapet opererer i. Det antas at innklagede er utsatt for svært lite konkurranse.

- (12) VEFAS Retur AS forvalter en offentlig oppgave og kan ikke på rent forretningsmessig grunnlag endre virksomhet basert på lønnsomhetsvurderinger. Det bemerkes endelig at innklagedes argumentasjon omkring selskapets økonomiske risiko ikke innebærer andre realiteter enn det som er knyttet til all økonomisk virksomhet.

Innklagedes anførsler:

- (13) Innklagede er ikke et offentligrettslig organ, jf. forskriften § 1-2, da vilkåret i § 1-2 (2) bokstav a ikke er oppfylt. Det bestrides ikke at vilkårene i forskriften § 1-2 (2) bokstav b og c er oppfylte.
- (14) Innklagede har i sin virksomhet forsøkt å drive virksomheten med fortjeneste. Overskudd er ført som egenkapital, og underskudd har blitt finansiert gjennom reduksjon av egenkapital. Målet er på lengre sikt at selskapet skal generere utbytte og fortjeneste. En virksomhets mål om profitt er et relevant hensyn, jf. også klagenemndas saker 2008/8 og 2007/45.
- (15) Det at innklagede er et aksjeselskap er innebærer en risiko for at selskapet kan gå konkurs. Det er ingen avtaler eller garantiordninger som gjør at selskapet kan finansiere driften på annen måte enn gjennom egenkapital og driftsresultat.
- (16) Når det gjelder spørsmålet om det er risiko for at innklagede kan ledes til å ta andre hensyn enn de rent økonomiske, må det legges til grunn at politiske myndigheters kontroll med innklagede er svært avledet og indirekte, idet disse først og fremst kan treffe avgjørelser i morselskapet. Det kan ikke direkte treffes avgjørelser i aksjeselskapet som er innklaget. Ettersom flere eierkommuner er deltakere og har stemmerett i morselskapet, reduseres den politiske innflytelsen i selskapet ytterligere.
- (17) Det er relevant for vurderingen om det kreves tillatelse til å utøve virksomheten, og om myndighetene har kompetanse til å fastsette maksimalpriser, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-373/00. Innklagede har ikke ansvar for avfallshåndtering og renovasjon. Den forpliktelsen som følger av forurensningsloven hva gjelder innsamling av husholdningsavfall, påhviler morselskapet. Innklagede er et kommersielt selskap som utfører oppdrag i henhold til kontrakt med oppdragsgivere. Når det gjelder næringsavfall er dette et fritt marked, og innklagede opererer her i konkurranse med andre aktører. Innklagede har ingen konsesjoner eller løyver, og har heller ingen særrett eller enerett til å utføre aktivitetene det er snakk om.
- (18) Det er heller ingen myndighet som fastsetter maksimalpriser for de tjenester innklagede utfører. At innsamling av husholdningsavfall skal skje til selvkost, innebærer ikke at innsamling av avfall på kontrakt med den som har ansvaret for husholdningsavfallet skal skje til selvkost.
- (19) Det er ikke fastsatt en ordning der eierkommunene eller morselskapet har ansvar for dekning av eventuelle økonomiske tap hos innklagede. Det er heller ingen grunn til å tro at offentlige myndigheter vil gå inn og redde selskapet ved en eventuell konkurs. Innklagede mottar heller ingen offentlig støtte til sine aktiviteter, og alle inntekter genereres fra kommersielle kontrakter.
- (20) Innklagedes virksomhet er basert på konkurranse. Innklagede henter alle sine inntekter i et konkurranseutsatt marked, og deltar i anbudskonkurranser på lik linje som sine konkurrenter. Selskapet blir ikke tildelt oppdrag direkte fra offentlige virksomheter.

- (21) Det fremgår av morselskapet VEFAS IKS' eierstrategier at man ønsker å utvikle et fylkesdekkende, konkurransedyktig selskap, som skal hente inntekter i et konkurranseutsatt marked.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har anført at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre anskaffelsen av en spesialbil for tømning/avvanning av septik. Klager viser til at innklagede er et offentligrettslig organ, og således omfattet av forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, jf. forskriften § 1-2 (2), jf. § 1-2 (1). 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.
- (23) I lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd, slik den lød før 1. juli 2012, er en ulovlig direkte anskaffelse definert som *"en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*. Oppdragsgivere omfattet av forskriften har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en verdi over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 og § 18-1.
- (24) Klagenemndas kompetanse er begrenset til å behandle klager om brudd på lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, jf. klagenemndforskriften § 1 og § 6 første ledd. Dersom innklagede ikke er omfattet av lov og forskrift om offentlige anskaffelser, vil de påklagede avtalene heller ikke omfattes av regelverket, herunder kunngjøringsplikten. Det første spørsmålet blir således om innklagede er et organ som faller inn under anskaffelsesregelverkets virkeområde.

Hvorvidt innklagede er omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser

- (25) I forskriften § 1-2 (1) fremkommer det at forskriften gjelder for *"offentligrettslige organer"*. Dette begrepet er definert på følgende måte i forskriften § 1-2 (2):

"(2) 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 myndigheter eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer."

- (26) Innklagede er organisert som et aksjeselskap og er derfor utvilsomt et *"selvstendig rettssubjekt"*, jf. bestemmelsens bokstav b. Innklagede er 100 % eid av VEFAS Retur IKS, som igjen er 100 % eid av kommunene Alta, Kautokeino, Hassvik og Loppa. Etter det opplyste er over halvparten av styremedlemmene hos innklagede oppnevnt av et offentligrettslig organ, jf. bestemmelsens bokstav c.
- (27) Innklagede har heller ikke bestridt at virksomheten *"tjener allmennhetens behov"*, jf. også klagenemndas sak 2011/126 premiss (37) med videre henvisning til blant annet EU-domstolens sak C-209/98 (Sydhavnens Sten & Grus).

- (28) Når det gjelder vilkåret i forskriften § 1-2 (1) bokstav a om at virksomheten ikke skal være av *"industriell eller forretningsmessig karakter"*, er det overordnede spørsmålet hvorvidt virksomheten er av en slik karakter, og opererer på slike betingelser, at det samlet sett foreligger en risiko for at selskapet kan ledes til å ta andre hensyn enn de rent økonomiske, jf. praksis fra EU-domstolen, og Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser s. 14. Svaret beror på en konkret helhetsvurdering.
- (29) Sentrale momenter som er trukket frem i EU-domstolens praksis er betingelsene for virksomhetens aktiviteter, herunder konkurransesituasjonen og om virksomheten utøver sin aktivitet på normale markedsvilkår, om enheten har som formål å skape inntjening, kommersiell risiko og forholdene ved stiftelsen av virksomheten, jf. også klagenemndas saker 2011/149 premiss (33) og 2011/126 premiss (32). I EU-domstolens sak C-18/01 (Korhonen) premiss (59) uttrykte domstolen vurderingstemaet på følgende måte:
- "Med henblik på at vurdere, om disse behov falder uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område, skal den nationale ret vurdere om de omstændigheder, der gik forud for oprettelsen af selskabet, og de betingelser, selskabet er underlagt ved udøvelsen af sin virksomhed, herunder særligt, om det forfølger et indtjeningsmæssigt hovedformål, om det bærer de risici, der er forbundet med udøvelsen af denne virksomhed, samt om virksomheden eventuelt finansieres af det offentlige."*
- (30) Klager har for det første vist til at det i vurderingen av om innklagede er et offentligrettslig organ må ses hen til at innklagedes morselskap er et slikt organ.
- (31) I klagenemndas sak 2011/262 med videre henvisninger er det forutsatt, under henvisning til EU-domstolens praksis, at det må foretas selvstendige vurderinger av om ulike selskap i samme konsern er offentligrettslige organer. I klagenemndas sak 2010/278 ble det i premiss (30) vist til følgende:
- "I de tilfeller der det aktuelle organet er en del av et konsern, skal det etter EU-domstolspraksis vurderes særskilt for det enkelte selskap hvorvidt vilkårene i § 1-2 (2) er oppfylt, jf. sak C-360/96 (BFI Holding) premiss (56) til (58), med videre henvisning til sak C-44/96 (Mannesmann). Det at et av selskapene i konsernet er å anse som et offentligrettslig organ, er således ikke tilstrekkelig til å fastslå at de øvrige selskapene i konsernet er et offentligrettslig organ."*
- (32) Vurderingen av om innklagede er et offentligrettslig organ påvirkes dermed ikke av at morselskapet VEFAS IKS er et slikt organ.
- (33) Håndtering av næringsavfall er ikke forbeholdt kommunene, men utføres i et marked i konkurranse mellom private og kommunale avfallsaktører (både kommunale etater/foretak og kommunalt eide selskaper). Modellen eierkommunene til VEFAS IKS har valgt for organiseringen av renovasjonstjenestene i regionen, med en monopoldel for husholdningsavfall og en utskilt konkurransedel med ansvar for næringsavfall, er den samme som en rekke andre steder.
- (34) Klager har antydnet at innklagede opererer i et marked med lite konkurranse, uten å konkretisere eller underbygge dette. Innklagede har på sin side vist til at innklagede henter alle sine inntekter i et konkurranseutsatt marked, og deltar i anbudskonkurranser på lik linje som sine konkurrenter. Herunder påpeker innklagede at av tre konkurranser

gjennomført av morselskapets eierkommuner, har innklagede vunnet to og tapt én. Innklagede viser også til at man ikke ble valgt som leverandør i Alta kommunes konkurranser vedrørende innsamling av næringsavfall fra kommunens virksomheter, sluttdisponering av avfallet og leie av beholdere og containere (behandlet av klagenemnda i sak 2010/302). Det fremkommer i tillegg fra morselskapets eierstrategi at innklagede *"møter sterk konkurranse i lokalk markedet"*, jf. premiss (4) ovenfor. Det foreligger ikke holdepunkter for at konkurransesituasjonen tilsier at innklagede kan vektlegge andre hensyn enn rent økonomiske ved sine anskaffelser. At virksomheten opererer innenfor et konkurranseutsatt marked gir naturligvis incitament til å handle forretningsmessig, selv om konkurranse ikke alene er tilstrekkelig for å konstatere en industriell eller forretningsmessig karakter.

- (35) Ved vedtaket om å opprette innklagedes forløper, 13. september 2004, fremgår det i styrets innstilling at *"Selskapet Næring AS skal ikke ha til hensikt å aktivt konkurrere med eksisterende aktører som allerede i dag tilbyr tjenester til regionens næringsliv"*. Det er uklart hvorvidt selve stiftelsen skjedde på et slikt premiss, eller hva uttalelsen nærmere innebærer. Ettersom det uansett er klart at innklagede faktisk konkurrerer med andre aktører, kan ikke uttalelsen tillegges betydning.
- (36) I EU-domstolens avgjørelse C-18/01 (Taitotalo) premiss (51) la domstolen til grunn en presumsjon om at *"et organ, som har til formål at skabe indtjening, og som selv bærer de risici, som er forbundet med udøvelsen af dets virksomhed, normalt ikke vil iværksætte et udbud på betingelser, som ikke er begrundet i økonomiske overvejelser"*.
- (37) I EU-domstolens forente saker C-223/99 og C-260/99 (Agora) kom domstolen til at organet, som drev med organisering av messer og utstillinger, var av forretningsmessig karakter, på tross av at det fremgikk av vedtektene at organet ikke skulle drives med fortjeneste for øyet. Domstolen la her avgjørende vekt på at organet i følge vedtektene skulle drives *"på grundlag af kriterier om overskud, effektivitet og rentabilitet"*, og at organet selv bar den økonomiske risiko forbundet med dets aktiviteter, ettersom det ikke var fastsatt noen mekanismer vedrørende dekning av eventuelle økonomiske tap. Dette ble også lagt til grunn i klagenemndas sak 2011/149 premiss (36).
- (38) I foreliggende sak er det etter det opplyste et mål for innklagede å drive med fortjeneste og å utbetale utbytte til eierne. Dette er imidlertid ikke et nedfelt mål, og slik saken er opplyst stilles det heller ikke noe krav om avkastning fra eierne. I mangel av holdepunkter for det motsatte, legges det likevel til grunn at innklagede driver sin virksomhet med fortjeneste for øyet.
- (39) Innklagede har etter det opplyste selv den økonomiske og kommersielle risiko for driften. Eventuelle økonomiske tap må bæres av innklagede selv, og det er ikke holdepunkter for at offentlige myndigheter vil redde selskapet ved en potensiell konkurs. Innklagede mottar etter det opplyste ingen offentlig støtte til sine aktiviteter, og alle inntektene genereres fra kommersielle kontrakter. Klager har ikke bestridt noe av dette.
- (40) Innklagede kan på denne bakgrunn ikke regnes som et offentligrettslig organ, og er derfor ikke omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser, jf. forskriften § 1-2. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 21. januar 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger