



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har uten kunngjøring inngått en kontrakt med Statsbygg om leie av lokaler for etablering av nytt politiattestkontor i Vardø. Klager anførte at kontrakten i realiteten var en bygge- og anleggsanskaffelse, og at leiekontrakten derfor skulle ha vært kunngjort. Klagenemnda kom til at anskaffelsesregelverket ikke kom til anvendelse, fordi anskaffelsen kunne gjennomføres i egenregi.

Klagenemndas avgjørelse 8. oktober 2012 i sak 2012/188

Klager: Oddbjørn Bertheussen

Innklaget: Øst-Finnmark politidistrikt

Klagenemndas medlemmer: Georg Fredrik Rieber-Mohn, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Egenregi

Sakens bakgrunn:

- (1) Øst-Finnmark Politidistrikt (heretter kalt innklagede) har inngått kontrakt med Statsbygg om leie av lokaler for etablering av politiattestkontor i Vardø. Leiekontrakten gjelder lokaler ved politistasjonen i Vardø, som Statsbygg har driftsansvar for.
- (2) I statsbudsjettet for 2012, Prop. 1 S (2011–2012), ble det besluttet å bevilge nødvendige midler til å begynne arbeidet med samlokalisering av utstedelse av politiattester, herunder opprettelsen av et felles politiattestkontor i Vardø. Anskaffelsen av lokaler til enheten ble ikke kunngjort, eller gjort kjent for markedet i Vardø på annen måte.
- (3) Den 18. april 2012 ble det gjort kjent at det nye politiattestkontoret skulle lokaliseres til den eksisterende politistasjonen i Vardø. Innklagede har opplyst at det er oppnådd enighet med Statsbygg om leiekontrakt. En forutsetning for å etablere kontoret ved politistasjonen var at denne ble bygget om. Bygge- og anleggsanskaffelsen ble av Statsbygg Nord kunngjort i Doffin 4. juni 2012.
- (4) Om Statsbygg står det følgende på Statsbyggs nettsider:

"Statsbygg er statens sentrale rådgiver i bygge- og eiendomssaker, byggherre, eiendomsforvalter og eiendomsutvikler. Statsbygg har som mål å være statens førstevalg.

Statsbygg er en statlig forvaltningsbedrift. Statsbyggs oppgave er å tilby gode og funksjonelle lokaler til statlige virksomheter, og å realisere vedtatte samfunnspolitiske mål i forhold til arkitektur, statlige planinteresser, kulturminnevern og miljø.

Statsbygg skal gi råd ved kjøp og leie av lokaler, være byggherre på vegne av staten, sørge for god forvaltning av eiendommene som er knyttet til den statlige husleieordningen. Statsbygg skal også sikre statlige interesser i større eiendomsutviklingsprosjekter."

- (5) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. juli 2012.

Anførsler

Klagers anførsler:

- (6) Innklagede hadde ikke anledning til å inngå avtale direkte med Statsbygg om leie av lokaler for etablering av politiattestkontoret. Det vises til at leiekontrakten forutsatte store ombygninger av eksisterende bygningsmasse, og at unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav b om leie av eksisterende bygg derfor ikke kommer til anvendelse.
- (7) Det er flere andre eiendommer i Vardø som ville ha vært velegnet for formålet med kontrakten. Dette er eiendommer til vesentlig lavere kostnader, og med plass til langt flere ansatte i tilfelle senere utvidelser. Lokale aktører har imidlertid ikke kunnet konkurrere om å tilby en leiekontrakt. Beslutningen om å utbygge et uegnet lokale til en høy pris fremfor å orientere seg i det lokale markedet er ikke i tråd med regelverkets formål.
- (8) Klagers videre argumentasjon, som gjelder statlig instruks om håndtering av bygge- og leiesaker, gjengis ikke.

Innklagedes anførsler:

- (9) Innklagede og Statsbygg tilhører begge staten som juridisk person og har dermed rett til å inngå avtale med hjemmel i læren om egenregi. Selv om denne retten ikke er lovregulert, fremgår det av rettspraksis og annen statlig dokumentasjon at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse når det er en sterk organisatorisk eller eiermessig nærhet mellom oppdragsgiver og leverandør.
- (10) Retten til å foreta anskaffelser mellom statlige etater som ikke er organisert som egne juridiske personer, uten å kunngjøre disse, fremgår utvetydig blant annet i Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets Veileder til reglene om offentlige anskaffelser punkt 3.1.4, og i brev fra Det Kongelige Moderniseringsdepartement datert 24. august 2005.
- (11) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til nedenfor, er det ikke grunn til å gjengi innklagedes anførsler som gjelder hvorvidt anskaffelsen i realiteten er en bygge- og anleggskontrakt, og hvorvidt Statsbyggs lokaler er egnede for formålet.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, og det er dermed ikke krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd.
- (13) Klager har anført at anskaffelsen av leiekontrakten skulle ha vært kunngjort, og at innklagede ved å inngå kontrakt med Statsbygg har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse.

- (14) Både innklagede og Statsbygg hører til staten, og saken reiser derfor spørsmål om anskaffelsen er gjennomført i egenregi. Egenregi i denne relasjon innebærer at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse, fordi den offentlige oppdragsgiveren dekker sin etterspørsel etter varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider ved å anvende egne ressurser. I forskriften kommer dette til uttrykk ved at anvendelsesområdet er begrenset til *"tildeling av offentlige kontrakter"*, jf. § 1-3 (1). En kontrakt er for øvrig i forskriften § 4-1 bokstav a definert som *"en gjensidig bebyrdende avtale"*.
- (15) En naturlig forståelse av kontraktsbegrepet er at det kreves to selvstendige enheter for at forholdet mellom dem skal kunne kategoriseres som kontraktsmessig. Norske myndigheter har i utgangspunktet lagt til grunn at statlige virksomheter er underlagt én og samme juridiske person – staten – med mindre virksomheten er skilt ut som eget rettssubjekt. Dette betyr at statlige virksomheter seg i mellom fritt kan utveksle ytelser utenfor anskaffelsesregelverket, jf. blant annet fortolkningsuttalelse fra Næringsdepartementet 5. juli 2000, og Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets Veileder til reglene om offentlige anskaffelser.
- (16) Klagenemnda vurderte kontraktsbegrepet i sak 2003/2, der spørsmålet var om Bærum kommune, avdeling Prosjekt og utvikling, hadde klagerett overfor en annen etat i kommunen:
- "Klager og innklagede er i denne saken begge deler av samme juridiske person både økonomisk og organisatorisk og vil ikke kunne inngå kontrakter med hverandre som kan håndheves for domstolene. Det er ikke endelig avklart om begrepet «kontrakt» i forskrift om offentlige anskaffelser i alle tilfeller vil samsvare med spørsmålet om kontrakten kan håndheves gjennom domstolene, eller om grensene i stedet må trekkes opp etter spørsmålet om leverandøren eller oppdragsgiver er fritatt fra instruksjonsmyndighet. Det vil i dette tilfellet uansett ikke kunne finne sted noen "tildeling" av en tjenestekontrakt mellom klager og innklagede i den forstand som er omhandlet i § 1-3 i forskrift 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser."*
- (17) En senere uttalelse fra klagenemnda berører også spørsmålet. I sak 2005/251 premiss (27), som gjaldt interkommunale selskaper, uttalte nemnda: *"For staten blir dette annerledes fordi statsforvaltningen i forhold til anskaffelsesreglene i utgangspunktet konstitusjonelt, formelt og prosessuelt må anses som ett rettssubjekt"*.
- (18) I foreliggende sak er det ikke omtvistet at innklagede og Statsbygg begge tilhører staten som juridisk person. Innklagede er underlagt Politidirektoratet, som igjen er underlagt Justisdepartementet. Statsbygg er på sin side en forvaltningsbedrift som er underlagt Statsforvaltningsavdelingen i Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.
- (19) Ettersom enhetene ikke utgjør selvstendige juridiske personer kan det etter alminnelig norsk avtalerett ikke inngås kontrakt mellom dem. Spørsmålet er imidlertid om kontraktsbegrepet, som innen anskaffelsesretten er et EU-rettslig begrep, innebærer at regelverket etter omstendighetene kan få anvendelse også for avtaler mellom ulike enheter under samme juridiske person.
- (20) Det er ulik praksis i de ulike nasjonalstatene i EU, og delte meninger i juridisk teori, om avtaler mellom enheter innen én og samme juridiske person alltid er unntatt fra regelverket, se i denne forbindelse Janicke Wiggen i *"Anskaffelsesdirektivet og*

samarbeid i offentlig sektor: Kontraktsbegrepets grenser" på side 157 flg. På den ene side har myndighetene en vid frihet til å organisere forvaltningen ut fra hva som finnes mest hensiktsmessig, og organiseringen av offentlig sektor som sådan ligger utenfor anskaffelsesregelverkets rammer, sml. også EU-domstolens uttalelser i sakene C-480/06 premiss (47) og C-532/03 premiss (37). På den annen side kan et ubetinget egenregi-unntak for ethvert samarbeid mellom ulike enheter som tilhører samme juridiske person, komme i dårlig harmoni med anskaffelsesreglenes formål, dersom organiseringen av offentlig sektor fører til konkurransevidning. Det kan også være problematisk om nasjonalstatenes organisering av juridiske personer medfører ulike regler for egenregi i de ulike statene. EU-domstolen har imidlertid ikke tatt stilling til om et forpliktende samarbeid mellom to enheter som tilhører samme juridiske person, alltid skal anses som et utslag av egenregi, eller om det i visse tilfeller må anses som et kontraktsmessig forhold i direktivets forstand.

- (21) I et tilfelle hvor en enhet driver næringsvirksomhet i konkurranse med private virksomheter, kan det etter omstendighetene argumenteres for at enheten kan få en konkurransefordel dersom andre enheter innenfor samme juridiske person fritt kan kjøpe ytelser av denne utenfor anskaffelsesregelverket. Mot dette kan innvendes at når to enheter med samme eier handler med hverandre, er man utenfor det marked som anskaffelsesreglene etter sitt formål skal regulere..
- (22) Spørsmålet om det kan foreligge en kontrakt i regelverkets forstand mellom to enheter innenfor samme juridiske person, og i så tilfelle de nærmere vilkårene for dette, er ikke avklart i gjeldende rett.
- (23) Klagenemnda finner ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet, da det i denne sak ikke foreligger holdepunkter for at Statsbygg driver på en måte som kan virke konkurransevidende. Statsbygg har som oppgave å forvalte statens eiendommer, og skal blant annet tilby lokaler til statlige virksomheter. Etter det klagenemnda er kjent med, er også det vesentlige av enhetens drift og omsetning rettet mot andre enheter i staten. Anskaffelsesregelverket påvirker i utgangspunktet ikke myndighetenes frihet til å organisere egen virksomhet, som for eksempel å la sentraliserte enheter stå ansvarlig for drift og utleie av eiendom til øvrige enheter. Det er ikke anført vektige hensyn som tilsier at regelverket likevel skal komme til anvendelse i foreliggende sak. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Øst-Finnmark politidistrikt har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 8. oktober 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn