



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Fylkesmannen i Hordaland og Veterinærinstituttet inngikk kontrakter om blant annet innsamling og håndtering av stamfisk til en genbank. Innklagedes anførsler om at valgte leverandør var den eneste som kunne utføre oppdraget kunne ikke berettigede unntak fra kunngjøringsplikten. Klagenemnda konstaterte derfor at kontraktene representerte ulovlige direkte anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 4. juli 2017 i sakene 2016/137 og 2016/139

Klager: Steenstrup Stordrange Advokatfirma DA

Innklagede: Fylkesmannen i Hordaland og Veterinærinstituttet

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Halvard Haukeland Fredriksen og Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Fylkesmannen i Hordaland og Veterinærinstituttet (heretter i felleskap de innklagede) har samlet inngått tre kontrakter med Hardangerfjord Villfisklag for tjenester knyttet til villfiskforvaltning. Kontraktene er inngått uten kunngjøring i Doffin eller TED-databasen. To av kontraktene er inngått med Fylkesmannen i Hordaland, og har hver en verdi på 700 000 kroner. Kontrakten med Veterinærinstituttet har en verdi på 4 000 000 kroner.
- (2) Foranledningen for kontraktinngåelsene var Miljøverndepartementets genbankprogram hvor prosjektet "*Genbank for vill laks og sjørret i Hardangerfjorden*" startet i 2014.
- (3) Den første kontrakten mellom Hardangerfjord Villfisklag og Fylkesmannen i Hordaland ble inngått 14. august 2015. Prosjektet skulle i henhold til kontrakten punkt 1.3 starte 1. januar 2015 og være avsluttet innen 31. desember 2015. Ny kontrakt ble inngått mellom samme parter 26. juli 2016. Dette prosjektet skulle starte 1. januar 2016 og være avsluttet innen 31. desember 2017, jf. kontrakten punkt 1.3. Kontraktene omfattet ifølge punkt 1.1 innsamling og håndtering av frossen og levende stamfisk til genbanken som etableres på Ims i Rogaland, samt en rekke tilknyttede administrative oppgaver. Innsamling av stamfisk gjaldt 20 vassdrag.
- (4) Kontrakten med Veterinærinstituttet ble inngått 5. november 2015. Det fremgår av kontrakten at denne omfattet organisering og gjennomføring av innsamling, oppbevaring, stryking og transport av stamfisk og rogn i forbindelse med prosjektet "*GENBANK FOR VILL LAKS OG SJØØRRET I HARDANGERFJORDEN*". Dette gjaldt laks og sjørret fra 27 bestander i 20 vassdrag. Kontraktens varighet var angitt til 8 år.
- (5) Den ene av de innklagede – Fylkesmannen i Hordaland – publiserte en intensjonskunngjøring om tildeling av kontrakt for tjenester knyttet til villfiskforvaltning.

I intensjonskunngjøringen punkt D4.2.1 fremgikk følgende begrunnelse for at tildeling av kontrakt ville skje til Hardangerfjord Villfisklag uten kunngjøring i forkant:

"Hardangerfjord Villfisklag er ein ideell organisasjon, ein samanslutning av lokale fiskerettshavarlag og jakt og fiskarlag i Hardanger og Sunnhordland. Organisasjonen vart stifta i 2004 og har som mål å styrkje lakse- og sjøaurestammene i regionen. Informasjons- og kompetansehevande tiltak blant medlemmene har vore prioriterte arbeidsoppgåver. Hardangerfjord Villfisklag arrangerar mellom anna Hardangerfjordseminaret, utdannar sjøaureambassadørar og organiserer utfiske av rømt oppdrettsfisk i vassdrag i regionen. Dei har etablert 7 regionale utstyrsdepot langs fjorden, haldt årleg kurs for mannskap som dei tar i utfiske og koordinert ein dialog mot mynde og næring. Det skal samlast inn stamfisk frå 20 vassdrag, store mengder fisk skal handterast.

Dette er både arbeidskrevjande og utstyrskrevjande. Vi er difor avhengig av god lokal deltaking, som vil krevje god lokal organisering. Fleire av aktivitetane er underlagt forvaltingsmessige krav om spesiell kompetanse, spesielle arbeidsrutinar og godkjent utstyr. Hardangerfjord Villfisklag har det meste av denne logistikken på plass. Dei har lokal tilknytning og disponerer mykje av utstyret som er naudsynt. Dei har praktisk erfaring i handtering av fisk effektivt og skånsamt gjennom utfiske av rømt oppdrettsfisk, og dei fleste av tilknytta personell har gjennomført pålagt opplæring og fiskehelsekurs. Det er naudsynt med personell med god lokalkunnskap om alle vassdraga i regionen, erfaring med liknande oppgåver, og tilknytning til kvart enkelt vassdrag og regionen. Dette er avgjerande for å kunne utføre arbeidet på ein tilfredsstillande måte. For at alle krav frå forvaltinga (Mattilsynet/Miljødirektoratet/Fylkesmannen) skal følgjast, er det eit føremon at arbeidet i alle vassdraga vert koordinert. Både med omsyn til arbeidsrutinar, bruk av personell, utstyrsbruk, transportering, dokumentasjon og rapportering."

- (6) Advokatfirma Steenstrup Stordrange DA (klager) brakte inn to separate klager til Klagenemnda for offentlige anskaffelser 12. september 2016. Klagene er forent til felles nemndsbehandling.
- (7) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. juli 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (8) Kontraktene som Fylkesmannen i Hordaland og Veterinærinstituttet har inngått med Hardangerfjord Villfisklag er ulovlige direkte anskaffelser. Kontraktene med Fylkesmannen i Hordaland fra henholdsvis 2015 og 2016 må ses i sammenheng. De formelle kontraktene har ikke vært avgjørende. Det sentrale er at det har vært en forventning om at kontraktene, så lenge genbankprosjektet pågikk, ble videreført fra år til år på samme måte som kontrakten med Veterinærinstituttet.
- (9) Unntaket i forskriften § 2-1 annet ledd bokstav a, for tilfeller der det kun er én leverandør som leverer tjenesten, kommer ikke til anvendelse. Det eksisterer flere leverandører i markedet som kan levere tjenester knyttet til villfiskforvaltning på lik linje som Hardangerfjord Villfisklag. Fylkesmannen i Hordaland og Veterinærinstituttet har ikke sannsynliggjort at Hardangerfjord Villfisklag var den eneste aktuelle leverandør.

- (10) Privat eiendomsrett kan ikke begrunne unntak fra kunngjøringsplikten. Hardangerfjord Villfisklag har ikke flesteparten av elve- og grunneierlagene i Hordaland som medlemmer. Laget har i seg selv verken grunneierrettigheter eller elveeierrettigheter. Laget er heller ikke en felles forvalter av grunneier- og elveeierinteresser, og grunneierlagene og eierelvelagene har ikke gitt noen form for representasjonsfullmakt til Hardangerfjord Villfisklag. Andre aktører enn Hardangerfjord Villfisklag kunne også ha samarbeidet med grunneierlag i den utstrekning dette ville være nødvendig for å gjennomføre fiske etter stamfisk. Slikt samarbeid skjer allerede i stor utstrekning over hele landet.
- (11) Det vises også til at myndighetene har kompetanse til å gi tillatelse til å fange stamfisk og settefisk til denne typen formål uten den enkelte rettighetshavers tillatelse, jf. laks- og innlandsfiskeloven § 13. Mange av de tiltakene som innklagede redegjør for som påkrevet for utførelsen av oppdraget, kan utøves med utgangspunkt i allemannsretten og retten til fri ferdsel i utmark.

De innklagede har i det vesentlige anført:

- (12) Det bestrides at de to kontraktene som Fylkesmannen i Hordaland har inngått må vurderes samlet, som én kontrakt. Prosjektets omfang, varighet, og hvorvidt det ville bli inngått en ny kontrakt etter 2015 var usikkert. Dette er avhengig av budsjettsituasjonen. Under enhver omstendighet følger det av forskriften § 2-3 (11) at dersom flere kontrakter vurderes samlet, skal kontraktsverdien være den samlede verdien for de tolv foregående månedene. Dette er varigheten på den enkelte kontrakt.
- (13) Det bestrides videre at innklagede har gjennomført ulovlige direkte anskaffelser. Kontraktene er unntatt kunngjøringsplikt, jf. forskriften § 2-1 (2) bokstav a.
- (14) For å kunne gjennomføre prosjektet er leverandøren av tjenestene avhengig av grunneiernes tillatelse til å lagre nødvendig utstyr ved elven, til å sette oppbevaringsanlegg i elven samt til transport av fisk og annet til og fra elven. Dette vil om mulig gjøres ved bruk av pickup lastebil, eventuelt med tilhenger. Hardangerfjord Villfisklag har vært en representant for grunneierne, og grunneierne er både formelt og reelt i en eneleverandørposisjon.
- (15) Det er også nødvendig med, og et krav om, lokal forankring og involvering. Prosjektet er mannskaps- og utstyrskreven, og fordrer god lokal organisering av aktivitetene. Hardangerfjord Villfisklag innehadde de nødvendige samtykker fra grunneierne og har den lokale tiknytningen gjennom sine medlemsorganisasjoner. De har trening i å fange mye fisk på en effektiv og fiskevelferdsmessig godkjent måte, og har gjennomført pålagt opplæring og fiskehelsekurs. Kunnskap om det enkelte vassdrag er dessuten sentralt. Dette er det kun grunneierne, som er tilknyttet villfisklaget, som har. Det er ikke praktisk mulig for andre aktører å levere i henhold til kontrakten gitt alle føringene og forutsetningene for prosjektet. En sentral del av prosjektet er å skape bevissthet og engasjement i lokalmiljøet. Dette krever i praksis en lokal forankring. Villfisklag fungerer dessuten som en "*organisasjonsoverbygger*", der ulike grunn- og rettighetshavere samles og koordineres. En slik grunneierorganisering er også lovgivers utgangspunkt for vern og forvaltning av vassdrag med laksefisk, jf. lakse- og innlandsfiskeloven § 25 første, andre og femte ledd. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2011/280, som gjelder et tilsvarende tilfelle.

- (16) Med Hardangerfjord Villfisklag som leverandør vil man gjennom deres direkte tilgang til grunneiere og rettighetshavere sikre mer effektiv ressursbruk, økt fleksibilitet og kortere aksjonstid. Hardangerfjord Villfisklag vil også ha egen nytte av prosjektet.
- (17) Sett hen til kontraktens verdi kan det ikke stilles uforholdsmessige krav til de undersøkelser innklagede må gjøre for å underbygge at unntaksbestemmelsen er oppfylt, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2016/123. Innklagede gjennomførte undersøkelser og konsulterte flere ulike fagpersoner for de konkluderte med at unntaksbestemmelsen kom til anvendelse. For å undersøke markedet har Fylkesmannen i Hordaland dessuten publisert en intensjonskunngjøring. Ingen markedsaktører har reagert på denne. Det må også legges vekt på at kontrakten ligger nært opp til forsknings- og utviklingstjenester, som ikke er kunngjøringspliktige.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klagen er rettidig. Saken gjelder anførsel om ulovlige direkte anskaffelser, hvor det ikke gjelder et krav til saklig klageinteresse for å fremme saken.
- (19) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i forskrift om offentlige anskaffelser ikke har kunngjort konkurransen, jf. forskriften § 4-1 bokstav q.
- (20) Anskaffelsene gjelder kjøp av tjenester knyttet til innsamling av genetisk materiale fra fisk, som er en uprioritert tjenesteanskaffelse. Hver av kontraktens verdi overstiger den nasjonale terskelverdien på kroner 500 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsene som utgangspunkt forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften § 2-1 (1) og (2) jf. (5). Anskaffelsen skulle dermed som utgangspunkt vært kunngjort i henhold til forskriften § 9-1. Det er derfor ikke nødvendig å ta stilling til om de to kontraktene som Fylkesmannen i Hordaland har inngått må ses i sammenheng.
- (21) For anskaffelser som er omfattet av forskriften del II, er unntak fra kunngjøringsplikten uttømmende regulert i forskriften § 2-1 andre ledd. Etter denne bestemmelsen bokstav a er kunngjøring ikke nødvendig der *"anskaffelsen [bare kan] foretas hos én leverandør i markedet for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv."* Generelt gjelder at unntaksbestemmelsene skal tolkes strengt, og det er innklagede som må godtgjøre at vilkårene for unntaket er oppfylt, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2016/39 i henholdsvis premiss (18) og (24), sak 2011/15 i premiss (41) og sak 2009/170 i premiss (53) med videre henvisninger til blant annet EU-domstolens sak C-337/05 premissene (57) og (58).
- (22) Bestemmelsen skal forstås slik at det ikke er tilstrekkelig at én leverandør kan levere tjenesten eller produktet mer effektivt enn andre, jf. også klagenemndas sak 2014/3 i premiss (33) med videre henvisninger. Det kreves at anskaffelsen bare kan foretas hos én leverandør, og dette må oppdragsgiver dokumentere, jf. også sak 2016/39 premiss (24).
- (23) Kontraktene som er inngått gjelder innsamling av genetisk materiale fra fisk til en genbank i det nasjonale genbankprogrammet. De innklagede har forklart at det i prosjektet *"Genbank Hardangerfjord"* skulle innsamles genmateriale i mer enn 22 vassdrag i regionen. Formålet var å ta vare på, og i noen tilfeller gjenoppbygge, de lokale laksebestandene. Arbeidet som skal utføres er i henhold til kontraktene med Fylkesmannen i Hordaland punkt 1.1 innsamling og håndtering av frossen og levende

stamfisk, samt en rekke tilknyttede administrative oppgaver. Kontrakten med Veterinærinstituttet innebærer i stor grad de samme arbeidsoppgavene, med tillegg av innsamling av rogn.

- (24) Klager anfører at de innklagede har gjennomført ulovlige direkte anskaffelser ved å inngå de aktuelle kontraktene. Det er vist til at det eksisterer flere leverandører i markedet som kan levere tjenester til villfiskforvaltning på lik linje med Hardangerfjord Villfisklag. Klager mener at Fylkesmannen i Hordaland og Veterinærinstituttet ikke har sannsynliggjort at Hardangerfjord Villfisklag var den eneste aktuelle leverandør.
- (25) Fylkesmannen i Hordaland har i intensjonskunngjøringen beskrevet hvorfor man anså Hardangerfjord Villfisklag som eneste mulige leverandør for prosjektet, jf. premiss (5). Det er for klagenemnda presisert at det avgjørende for å kunne gjennomføre oppdraget var at det ble gitt tillatelser fra grunneierne, og at Hardangerfjord villfisklag her sto i en særstilling. Videre er lokal forankring og involvering, samt tilgang til nødvendig utstyr, fremhevet som viktig.
- (26) De innklagede har opplyst at Hardangerfjord Villfisklag er en organisasjon som består av grunneiere og rettighetshavere til lakse- og sjøørrettvassdrag, samt jeger- og fiskeforeninger i kommunene rundt Hardangerfjorden. De innklagede har videre fremhevet at med unntak for tre vassdrag, er eierne av alle de store vassdragene i prosjektet representert ved medlemskap i Hardangerfjord Villakslag. Dette innebærer ifølge de innklagede at Hardangerfjord Villakslag er i en unik posisjon.
- (27) De innklagede har imidlertid ikke dokumentert at det er undersøkt hvorvidt grunneierne vil være villig til å gi samtykke til den nødvendige bruk av deres eiendommer for andre aktører. Det legges til grunn, slik de innklagede hevder, at Hardangerfjord Villfisklag vil ha en fordel ved å ha tilknytning og nær kontakt med en rekke av grunneierne. For at unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav a skal komme til anvendelse, er det imidlertid ikke tilstrekkelig at en aktør kan gjennomføre kontrakten mer effektivt enn andre. Tilsvarende gjelder de øvrige forhold som er fremhevet av innklagede. Selv om Hardangerfjord Villfisklags lokale tilknytning gjør at villfisklaget kan dra fordel av lokalkunnskap, innebærer ikke dette at villfisklaget er den eneste leverandøren som kan utføre oppdraget.
- (28) Klagenemnda finner ikke at de innklagede har sannsynliggjort at eneleverandørunntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav a er oppfylt. I henhold til kontraktens verdi skulle de vært kunngjort i doffindatabasen, jf. forskriften § 2-1, jf. § 9-1. De innklagedes avtaler med valgte leverandør utgjør på denne bakgrunn ulovlige direkte anskaffelser.

Konklusjon:

Fylkesmannen i Hordaland og Veterinærinstituttet har foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved å inngå kontrakter om innsamling av genetisk materiale fra fisk med Hardangerfjord Villfisklag.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven

Dokumentet er godkjent elektronisk