



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede – et idrettslag – gjennomførte en konkurranse om oppføring av overtrykkshall og rehabilitering av to tennisbaner. Konkurransen ble gjennomført uten forutgående kunngjøring. Klager anførte at kontrakten var direkte subsidiert av det offentlige med mer enn 50 prosent, og at den derfor skulle ha vært kunngjort i henhold til regelverket, jf. forskriften § 1-2 (3). Innklagedes inngåelse av kontrakt med den valgte tilbyderen ble på denne bakgrunn anført å representere en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant at en eventuell fremtidig merverdiavgiftskompensasjon ikke var en direkte subsidie i forskriftens forstand. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 1. mars 2017 i sak 2016/95

Klager: Oslo & Akershus Sport AS

Innklaget: IL Heming

Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Kristian Jåtog Trygstad og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Bakgrunn:

- (1) Idrettslaget Heming (heretter "*innklagede*") søkte 19. desember 2015 Oslo kommune om idrettsfunksjonell forhåndsgodkjenning¹ for oppføring av en overtrykkshall (boblehall) og rehabilitering av to tennisbaner. Vedlagt søknaden lå en tilstandsrapport for tennisbanene, og en konseptskisse av standard boblehall, begge deler utarbeidet av Sportsconcept AS.
- (2) Innklagede mottok idrettsfunksjonell forhåndsgodkjenning av prosjektet ved kommunens brev datert 21. desember 2015. Av godkjenningen gikk det frem hvor mye tilskudd innklagede kunne søke om:

"I henhold til gjeldende bestemmelser kan det søkes om tilskudd fra spillemidlene til følgende tiltak:

- *Rehabilitering av tennisbaner, inntil 1/3 av godkjent kostnad, maksimalt 1 000 000,-*
- *Overtrykkshall for tennis, inntil 1/3 av godkjent kostnad, maksimalt kr. 700 000,-.*

I tillegg kommer den særskilte tilskuddssatsen for anlegg i pressområder på 15 % av ordinært tilskudd i tildelingsårene 2015 – 2018".

¹ Idrettsfunksjonell forhåndsgodkjenning er en forutsetning for å søke om tilskudd til anlegg for idrett og fysisk aktivitet, se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/bestemmelser-om-tilskudd-til-anlegg-for-idrett-og-fysisk-aktivitet---2016/id2505159/>.

- (3) Ved brev datert 15. januar 2016 søkte innklagede Kulturdepartementet om spillemiddeltilskudd til prosjektet. Av søknaden fremgikk følgende finansieringsplan for prosjektet:

"[R]ehabilitering av baner

FINANSIERING

Egne midler (i bank) 1 160 875

Tilskudd fra spillemidler inkl. pressområdemidler 721 625

Sum finansiering 1 882 500

[...]

Overtrykkshall

FINANSIERING

Egne midler (i bank) 1 445 000

Tilskudd fra spillemidler inkl. pressområdemidler 805 000

Sum finansiering 2 250 000".

- (4) Innklagede sendte i mars 2016 ut en invitasjon til å delta i en konkurranse om oppføringen av overtrykkshallen og rehabiliteringen av de to tennisbanene. Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget satt til 22. mars 2016.
- (5) Invitasjonen ble sendt til fem ulike leverandører, herunder Oslo & Akershus Sport AS (heretter "*klager*") og Sportsconcept AS (heretter "*valgte leverandør*"), som begge leverte tilbud innenfor fristen. Innklagede mottok også tilbud fra to av de andre inviterte leverandørene.
- (6) Etter møter med de fire tilbyderne og evaluering av tilbudene konkluderte innklagede med at valgte leverandør hadde det beste tilbudet. Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 9. mai 2016.
- (7) Ved brev datert 28. juni 2016 fikk innklagede tilsagn om til sammen 1 546 000 kroner i spillemiddeltilskudd og pressområdemidler. Innklagede har videre opplyst at man vil søke om kompensasjon etter ordningen for kompensasjon av merverdiavgift ved bygging og rehabilitering av idrettsanlegg når prosjektet er ferdigstilt.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved e-post datert 22. juni 2016.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. februar 2017.

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

- (10) Til kontrakten om oppføring av overtrykkshall og rehabilitering av tennisbaner, har innklagede mottatt direkte subsidier i form av spillemidler, og vil motta merverdiavgiftskompensasjon. Kompensasjonen for merverdiavgift forutsetter at søknaden om spillemidler er godkjent. Kompensasjonen er derfor et direkte tilskudd til det konkrete prosjektet.
- (11) Til sammen utgjør subsidiene mer enn 50 prosent av kontraktens verdi, jf. forskriften § 1-2 (3). Kontrakten er derfor omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, og skulle følgelig ha vært kunngjort. Innklagedes inngåelse av kontrakt med valgte leverandør uten forutgående kunngjøring av en konkurranse, utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse.
- (12) Innklagede har videre brukt rådgivere fra valgte leverandør til å utarbeide tilstandsrapporter, kostnadsestimater, forhåndsuttalelser samt prosjekteringstegninger. Dette gir leverandøren et konkurransefortrinn i strid med forskriften § 3-8.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Mottatt tilskudd i form av spillemiddeltilskudd og pressområdemidler utgjør ca. 36 prosent av kontraktens verdi. Kontrakten faller derfor utenfor regelverket for offentlige anskaffelser.
- (14) Eventuell fremtidig kompensasjon av merverdiavgift ved bygging og rehabilitering av idrettsanlegg, er ikke en direkte subsidie etter forskriften § 1-2 (3). Merverdiavgiftskompensasjon er en søknadsbasert ordning, som er avhengig av årlig bevilgning fra Stortinget. Dersom det totale søknadsbeløpet er større enn gitt bevilgning, vil det foretas en prosentvis avkortning i tilskuddet for alle godkjente søknader. På kontraktsinngåelsestidspunktet er det derfor usikkert for søker om kompensasjonen vil bli utbetalt, og i så fall med hvor mye.
- (15) Siden kontrakten faller utenfor regelverket for offentlige anskaffelser, kommer ikke forskriften § 3-8 til anvendelse. Valgte leverandør ble under enhver omstendighet ikke gitt noen fordeler som ville kunne utelukke konkurranse.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a gjelder ikke kravet om saklig klageinteresse i slike saker. Klagen er rettidig.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (17) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Anførselen gjelder innklagedes inngåelse av kontrakt med valgte leverandør om oppføring av ny overtrykkshall og rehabilitering av to tennisbaner.
- (18) En ulovlig direkte anskaffelse er ifølge forskriften § 4-1 bokstav q, en anskaffelse "*hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen, eller*

en anskaffelse hvor oppdragsgiver bare har kunngjort i Doffin når det etter denne forskriften foreligger en plikt til å kunngjøre i TED-databasen".

- (19) Bestemmelsen, og regelverket for øvrig, gjelder i utgangspunktet bare for offentlige oppdragsgivere, slik disse er definert i forskriften § 1-2 (2). Innklagede faller utenfor denne definisjonen.
- (20) Etter § 1-2 (3) gjelder forskriften imidlertid også når visse bygge- og anleggskontrakter, herunder kontrakter om idretts-, rekreasjons- og fritidsanlegg, tildeles av andre enn offentlige oppdragsgivere. Forutsetningen er at *"de er direkte subsidiert med mer enn 50 prosent"*.
- (21) Bestemmelsen gjennomfører artikkel 8 i direktiv 2004/18/EF som lyder slik:

"This Directive shall apply to the awarding of:

(a) contracts which are subsidised directly by contracting authorities by more than 50 % and the estimated value of which, net of VAT, is equal to or greater than EUR 6242000 [...]

- where those contracts involve building work for hospitals, facilities intended for sports, recreation and leisure, school and university buildings and buildings used for administrative purposes [...]

Member states shall take the necessary measures to ensure that the contracting authorities awarding such subsidies ensure compliance with this Directive where that contract is awarded by one or more entities other than themselves [...]".

- (22) Denne bestemmelsen inngår i reguleringen av hvilke oppdragsgivere som er omfattet av regelverket. I forskriften § 1-2 (2) bokstav c slås det fast at et *organ* som hovedsakelig er offentlig finansiert, skal følge regelverket. Klagenemnda forstår § 1-2 (3) slik at denne bestemmelsen er motivert av tilsvarende hensyn, ved at *kontrakter* som er direkte subsidiert av det offentlige med mer enn 50 prosent skal inngås i samsvar med regelverket. Denne sammenhengen kan få betydning for vurderingen av hva som skal anses som direkte subsidier. Det er for eksempel ikke gitt at vilkåret *direkte subsidiert* skal forstås på samme måte som støttebegrepet i statsstøtteregelverket.
- (23) Direktivets vilkår om at den direkte subsidieringen skal utgjøre minst 6 242 000 Euro, er ikke tatt inn i forskriften § 1-2 (3). Klagenemnda forstår forskriften slik at regelverket for offentlige anskaffelser kommer til anvendelse når kontrakten er direkte subsidiert med mer enn 50 prosent av den forventede kontraktsverdien, uavhengig av om beløpsgrensen i direktivbestemmelsen er overskredet.
- (24) Før innhenting av tilbud anslo innklagede kontraktsverdien til 4 132 500 kroner. Ved brev datert 28. juni 2016 fikk innklagede tilsagn om til sammen 1 546 000 kroner i spillemiddeltilskudd og pressområdemidler til prosjektet. Etter innhenting av tilbud er kontraktsverdien 3 641 250 kroner inkl. mva., mens spillemiddeltilskudd og pressområdemidler vil utgjøre om lag 1 300 000 kroner. I tillegg har innklagede opplyst at det vil bli søkt om kompensasjon etter ordningen for kompensasjon av merverdiavgift ved bygging og rehabilitering av idrettsanlegg når prosjektet er ferdigstilt. Klager har anført at innklagede vil motta merverdiavgiftskompensasjon på ca. 700 000 kroner.

Videre har klager anført at summen av spillemiddeltilskudd og merverdiavgiftskompensasjon utgjør mer enn 50 % av den forventede kontraktsverdien.

- (25) Innklagede har ikke bestridt at spillemiddel- og pressområdetilskuddet utgjør en *direkte subsidie* etter forskriften § 1-2 (3). Avgjørende for om kontrakten faller innenfor forskriften, er etter dette om merverdiavgiftskompensasjonen skal inngå i beregningsgrunnlaget, og eventuelt med hvilket beløp.
- (26) I sak C-115/12 (Kommisjonen mot Frankrike) kom EU-domstolen til at *"statslige tilskud på 16 690 000 EUR i form af en skattelettelse"* var en direkte subsidie av en renovering og utvidelse av et ferieanlegg:

"53 Opmærksomheden skal i denne henseende henledes på, at Retten i den appellerede doms præmis 36 bemærkede, at skattelettelserne var direkte forbundne med den omhandlede bygge- og anlægskontrakt, at den ikke havde til formål at reducere visse generelle byrder for de berørte personer, og at de blev tildelt af Den Franske Republik til et projekt om renovering og udvidelse af ferieanlægget Les Boucaniers specifikt med henblik på gennemførelsen af disse byggearbejder.

54 Det må under disse omstændigheder fastslås, at Retten med rette anså finansieringen af projektet og de foretagne investeringer med henblik herpå som et direkte tilskud som beskrevet i artikel 2, stk. 1, i direktiv 93/37."

- (27) Avgjørelsen gir uttrykk for at det skal foretas en konkret vurdering av om det foreligger en direkte subsidie i direktivets, og dermed også i forskriftens, forstand. Det fremgår videre av avgjørelsen at et økonomisk tilskudd kan være en direkte subsidie selv om tilskuddet først realiseres etter gjennomføring av kontrakten.
- (28) Etter klagenemndas vurdering er det forskjeller mellom skattelettelsen EU-domstolen behandlet i sak C-115/12 og merverdiavgiftskompensasjonen innklagede vil kunne motta i denne saken. Kompensasjonsordningen er styrt av budsjettammer, og kompensasjonen vil bli avkortet hvis Stortingets årlige bevilgning ikke er tilstrekkelig til å gi søkerne full kompensasjon. På kontraktsinngåelsestidspunktet vil det dermed være usikkerhet knyttet til om og eventuelt hvor mye merverdiavgift som vil bli kompensert. Denne usikkerheten forsterkes ved at søknad om merverdiavgiftskompensasjon inngis på grunnlag av reviderte regnskap etter at anlegget er ferdig bygget. Søknaden inngis altså forholdsvis lenge etter kontraktsinngåelsen, og Stortingets bevilgninger i søknadsåret har ikke vært kjent for innklagede da kontrakten ble inngått.
- (29) Denne usikkerheten har også gitt seg utslag i innklagedes finansierungsplan, hvor oppdraget er finansiert med spillemiddeltilskudd og *"Egne midler"*, se avsnitt 3. Disse forholdene trekker i retning av at kontrakten ikke *"er direkte subsidiert med mer enn 50 prosent."*
- (30) Etter klagenemndas vurdering taler merverdiavgiftskompensasjonsordningens karakter også for at en eventuell kompensasjon ikke inngår i den direkte subsidieringen av kontrakten. Kompensasjonsordningen er et utslag av at idrettslagene ikke har merverdiavgiftspliktig omsetning, jf. merverdiavgiftsloven § 3-8 (2). Idrettslagene har dermed heller ikke rett til fradrag for inngående merverdiavgift etter hovedregelen i loven § 8-1. Selv om merverdiavgiftskompensasjonen knytter seg til oppføring eller rehabilitering av konkrete idrettsanlegg, er virkningen således også å *"reducere visse*

generelle byrder for de berørte personer", til forskjell fra det som var tilfellet i sak C-115/12.

- (31) Etter dette har klagenemnda kommet til at en eventuell fremtidig kompensasjon av innklagedes merverdiavgift ikke kan anses som en direkte subsidie etter forskriften § 1-2 (3). Innklagedes oppføring av overtrykkshall og rehabilitering av tennisbaner, er da ikke "*direkte subsidiert*" med mer enn 50 prosent, og kontrakten er ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, kan følgelig ikke føre frem.
- (32) Klagers anførsel om brudd på forskriften § 3-8, kan på denne bakgrunn heller ikke føre frem.

Konklusjon:

Idrettslaget Heming har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk