



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager anførte at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved kjøp av vektertjenester til Drammen Scener og Union Scene i Drammen kommune. Klagenemnda fant at innklagede var et offentligrettslig organ som var omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Etter en konkret vurdering kom nemnda til at avtalen innklagede hadde inngått med valgte leverandør var en tidsbegrenset avtale som ikke var omfattet av kunngjøringsplikten.

Klagenemndas avgjørelse 26. juni i sak 2017/33

Klager: Miljø og sikkerhetskompaniet AS

Innklaget: Drammen Scener AS

Klagenemndas medlemmer: Kristian Jåtog Trygstad, Arve Rosvold Alver, Gro Amdal

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) Drammen Scener AS (heretter innklagede) er et aksjeselskap som eies 100 prosent av Drammen kommune. Innklagedes formål fremgår av innklagedes vedtekter § 3 hvor det heter at:

"Selskapets formål er å drive kulturformidling og kulturutvikling, samt tilknyttede aktiviteter. Selskapet forpliktes til å innrette virksomheten i tråd med kulturpolitiske mål og forutsetninger for statstilskudd, og i tråd med formålsbestemmelsen for teaterbygningene samt virksomhet og samarbeid som står i sammenheng med dette. Selskapet skal ikke ha økonomisk formål og skal ikke kunne foreta utdeling av utbytte til aksjonæren."

- (2) Innklagedes virksomhet gjelder driften av Drammen teater og Union Scene i Drammen kommune. I følge hjemmesiden til Union scene og Drammen teater driver begge med en rekke kulturaktiviteter innen teater, kunst og musikk. I tillegg har Union scene virksomhet knyttet til konferanser og andre arrangementer.
- (3) I januar og februar 2017 anskaffet innklagede vektertjenester fra en privat leverandør uten forutgående kunngjøring. Innklagede tok kontakt med fire leverandører i begynnelsen av januar 2017, og avholdt møter med disse. Tre av leverandørene innga tilbud. Basert på de innsendte tilbudene ble Innlandet Sikkerhet AS (heretter valgte leverandør) kalt inn til nytt møte og senere valgt som leverandør. Skriftlig avtale ble inngått 7. februar 2017.
- (4) Under leveringsavtalen punkt *"Varighet på oppdrag"* stod det *"6 mnd prøvetid."* Under ordet *"Slutt"* stod det 1. august 2017.
- (5) Samtidig fremgikk følgende av avtalens generelle avtalevilkår punkt *"Varighet/oppsigelse / mislighold"*:

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

"Kunden har skriftlig oppsigelsesfrist senest 3 mnd. før utgangen av avtaleperioden. Foreligger ikke skriftlig oppsigelse innen frist, fornyes avtalen automatisk for 1 år av gangen med samme oppsigelsestid og vilkår. Alle avtaler iht. denne kontrakt har minimum 1 mnd bindingstid med mindre annet er spesifisert skriftlig på denne kontrakt."

- (6) Innklagede har opplyst at selskapet mottar årlig driftstilskudd fra Drammen kommune. En del av det årlige driftstilskuddet i 2012, var ifølge innklagede ekstraordinært, og ble utbetalt for å sikre selskapets likviditet. I følge årsregnskapet til innklagede hadde innklagede en omsetning i størrelsesorden 41 til 48 millioner i tidsrommet 2011 til 2015. Selskapet har i all hovedsak hatt et negativ driftsresultat de senere år. Det fremgår av Drammen kommunes budsjettportal at innklagede i 2011 hadde et underskudd på 3,5 millioner kroner, og at egenkapitalen var tapt. Det ekstraordinære beløpet som ble utbetalt av Drammen kommune i 2012 ble utbetalt *"for å sikre selskapets likviditet"*.
- (7) Miljø og sikkerhetskompaniet AS (heretter klager) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. mars 2017. Ved klagenemndas brev 14. mars 2017 ble klagen oversendt innklagede, og innklagede ble informert om at klagen inneholdt påstand om ulovlig direkte anskaffelse, og at brevet var fristavbrytende.
- (8) Klagenemnda for offentlige anskaffelser varslet om illeggelse av overtredelsesgebyr i brev av 1. juni 2017. Innklagede innga merknader til forhåndsvarslet i brev av 12. juni 2017. Innklagede opplyste blant annet at både valgte leverandør og innklagede har en felles forståelse av avtalens innhold om at leveringsavtalens punkt *"Varighet på oppdrag"* går foran avtalens generelle avtalevilkår. Det innebærer ifølge innklagede at avtalen har en varighet på 6 måneder. Innklagede la også ved en redegjørelse fra valgte leverandør på at det var slik avtalen skulle forstås. Innklagede kommenterte ikke spørsmålet om innklagede oppfylte vilkårene for å utgjøre et offentligrettslig organ, og ba om mulighet til å kommentere dette dersom nemnda opprettholdt standpunktet om at avtalen måtte karakteriseres som en tidsubegrenset avtale.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Innklagede er 100 prosent eid av Drammen kommune, og dermed underlagt regelverket for offentlig anskaffelser. Innklagede har inngått kontrakt om vekttertjenester for Drammen og Union scener uten kunngjøring. Kontrakten overstiger terskelverdiene. Dette representerer derfor en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

- (10) Innklagede er ikke et offentligrettslig organ, men et privat rettssubjekt og derfor ikke underlagt reglene om offentlig anskaffelser. Innklagede har likevel valgt å følge reglene for offentlige anskaffelser.
- (11) Det ble uansett ikke inngått en tidsubegrenset kontrakt, men en kontrakt med varighet på seks måneder. Kontraktens verdi er derfor under terskelverdiene.

Klagenemndas vurdering:

Klagenemndas myndighet til å behandle spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse

- (12) Siden 1. januar 2017 har klagenemnda hatt myndighet til å ilegge offentlige oppdragsgivere overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser, jf. lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 § 12 første ledd.
- (13) Gebyrmyndigheten gjelder for anskaffelser som er "iverksatt" 1. januar 2017 eller senere jf. forskrift om overgangsregler for lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven). § 1. Det følger av denne bestemmelsen at en anskaffelse er iverksatt når *"den er kunngjort. En anskaffelse som ikke kunngjøres, er iverksatt når oppdragsgiveren har sendt ut en forespørsel til en eller flere leverandører om å melde sin interesse eller inngi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelse."*
- (14) Dette innebærer at det nye regelverket gjelder i et tilfelle som dette hvor forespørsel om å inngi tilbud er sendt ut etter 1. januar 2017. Klagenemnda skal derfor ta stilling til om kontrakten er en ulovlig direkte anskaffelse, og om det skal ilegges gebyr, jf. loven § 12 første ledd.
- (15) Av klagenemnds forskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes overfor klagenemnda inntil to år fra kontrakt er inngått. I dette tilfellet inngikk innklagede kontrakt med valgte leverandør 7. februar 2017. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt innklagede ved klagenemndas brev 14. mars 2017. Klagen er rettidig.
- (16) Etter klagenemnds forskriften § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (17) En ulovlig direkte anskaffelse er *"en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt"*, se blant annet merknadene til lov om offentlig anskaffelser § 12 i Prop.51 L (2015-2016).
- (18) Klagenemnda tar først stilling til om anskaffelsesregelverket gjelder for innklagede. Det følger av lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser § 2 og forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser § 1-2 (1), at regelverket gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og *"offentligrettslige organer"*.
- (19) Begrepet *"offentligrettslig organ"* er i forskriften § 1-2 (2), definert på følgende måte:

"Et offentligrettslig organ er et organ som:

a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og

b. er et selvstendig rettssubjekt og

c. har tilknytning til det offentlige ved at

1. organet hovedsaklig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer,

2. organets forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll eller

3. *organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer."*

- (20) Innklagede er organisert som et aksjeselskap og er derfor et "*selvstendig rettssubjekt*" jf. § 1-2 (2) bokstav b. Innklagede er videre 100 prosent eid av Drammen kommune, og over halvparten av styremedlemmene hos innklagede er oppnevnt av Drammen kommune i egenskap av generalforsamling, jf. forskriften § 1-2 (2) bokstav c, nummer 3.
- (21) Det første spørsmålet er derfor om innklagedes virksomhet "*tjener allmennhetens behov*", jf. forskriften § 1-2 (2) bokstav a.
- (22) "*Allmennhetens behov*" er et begrep som ifølge EU-domstolen skal tolkes vidt, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-18/01 (Korhonen) avsnitt (41) til (45). Om vilkåret er oppfylt, beror på en konkret helhetsvurdering. Et sentralt moment i vurderingen er om selskapet skal ivareta behov i samfunnet, fremfor juridiske personers eller enkeltpersoners interesser. Eksempler på virksomheter EU-domstolen har funnet å tjene allmennhetens behov er fjerning og behandling av husholdningsavfall, organisering av messer og utstillinger og begravellesvirksomhet.
- (23) Det følger av vedtektene til innklagede i § 3 at "*Selskapets formål er å drive kulturformidling og kulturutvikling, samt tilknyttede aktiviteter. Selskapet forpliktes til å innrette virksomheten i tråd med kulturpolitiske mål og forutsetninger for statstilskudd, og i tråd med formålsbestemmelsen for teaterbygningene samt virksomhet og samarbeid som står i sammenheng med dette.*"
- (24) Det overordnede formålet med driften er ifølge vedtektene å drive kulturformidling og kulturutvikling, som igjen vil være med å sikre kunstnerisk produksjon og den lokale kulturpolitikken. Dette må anses å være virksomhet som skal ivareta samfunnets generelle interesser, og ikke enkeltpersoners eller enkeltgruppers særlige interesser. EU-domstolen har særlig lagt vekt på at det offentlige ønsker å ha innflytelse over virksomheten selskapet driver, fordi virksomheten utøver en samfunnsoppgave, se eksempelvis C-223/99 (Agora) avsnitt 39 (flg.). Teatervirksomheten og den tilknyttede virksomheten er noe det offentlige i dette tilfellet ønsker innflytelse over, ved at virksomheten skal drives i tråd med "*generelle kulturpolitiske mål*". Vilkaaret er derfor oppfylt.
- (25) Neste spørsmål er om virksomheten ikke er av "*industriell eller forretningsmessig karakter*" jf. forskriften § 1-2 (2) bokstav a. Dette beror på en konkret vurdering hvor en rekke rettslige og faktiske omstendigheter er relevante. Hensikten med avgrensningen er å fange opp de virksomheter som kan la seg lede av andre hensyn enn de økonomiske, jf. C-360/96 (Arnhem) avsnitt 43.
- (26) 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. I Korhonen-avgjørelsen uttrykker EU-domstolen vurderingstemaet slik i avsnitt 59:

"Med henblikk på at vurdere, om disse behov falder uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område, skal den nationale ret vurdere de omstændigheder, der gikk forud for opprettelsen af selskapet, 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 av det offentlige"

- (27) I sak C-360/96 (Arnhem) avsnitt 50 og 51 uttalte EU-domstolen at behov som ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter vanligvis oppfylles på en annen måte enn ved leveranser av varer og tjenester i et marked. Vanligvis er det behov staten ønsker å bevare en avgjørende innflytelse over, eller å imøtekomme behovene selv, fordi det av hensyn til allmennheten ikke er tilstrekkelig med de tjenester som tilbys av private næringsdrivende.
- (28) Som redegjort for ovenfor og i forhåndsvarselet tilsier formålsbestemmelsen i vedtektene at kommunen ønsker å ivareta bredere hensyn enn de rent kommersielle, og sikre kultur mangfoldet ved selv å eie teateret.
- (29) Innklagede mottar i tillegg betydelige årlige tilskudd fra Drammen kommune, og i 2012 ble innklagede gitt et ekstraordinært tilskudd som følge av at egenkapitalen var tapt. Innklagede konkurrerer derfor ikke på like vilkår med eventuelle private aktører i markedet, og aktiviteten utøves derfor ikke på normale markedsvilkår. Dette kan føre til at innklagede ved sine innkjøp hensyntar andre forhold enn rent økonomiske. På bakgrunn av den finansielle tilskuddsordningen og det faktum at kommunen gikk inn med et ekstraordinært tilskudd i 2012 er det grunn til å anta at kommunen ved eventuelle nye tap av egenkapital, igjen ville utbetalt ekstraordinære tilskudd, for å sikre videre drift av kulturhusene. Innklagede bærer derfor begrenset kommersiell risiko ved driften av selskapet.
- (30) Innklagedes virksomhet kan på denne bakgrunn ikke anses for å være "*av industriell eller forretningsmessig karakter*". Vilkåret er følgelig oppfylt. Innklagede er derfor å betrakte som et offentligrettslig organ, som plikter å følge regelverket for offentlige anskaffelser.
- (31) Som nevnt foran har oppdragsgivere omfattet av forskriften i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en verdi over 1 100 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskrift om offentlige anskaffelser §§ 5-1 (2) og 8-17 (1). Spørsmålet videre er om kontrakten hadde en anslått årlig kontraktsverdi, som overstiger terskelverdiene.
- (32) I foreliggende sak skal innklagede kjøpe vektertjenester ved behov i forbindelse med forestillinger og andre arrangementer. Dette er en kontrakt med cvp kode 79710000, som er en kontrakt om særlige tjenester, jf. forskriften bilag 2.
- (33) Innklagede har opplyst at kontrakten har en anslått årlig kontraktsverdi på mellom 5-700 000 kroner eksklusiv mva. Anslaget baserer seg på tidligere års innkjøp. På bakgrunn av at innklagede legger til grunn at de kan komme til å betale opp mot kroner 700 000 eks. mva, samt at innklagede kjøpte vektertjenester i 2016 for kroner 688 793 eks. mva, legger nemnda til grunn at anskaffelsens årlige verdi er kroner 700 000 eks. mva per år.
- (34) Innklagede har forklart at leveringsavtalen punkt "*Varighet på oppdrag*" går foran avtalens generelle avtalevilkår, og at partenes felles forutsetning er at avtalen er tidsbegrenset med en varighet på seks måneder. Dette er bekreftet av valgte leverandør i en egen erklæring. Etter en konkret vurdering finner nemnda at avtalen skal forstås på denne måten. Beregningen av kontraktens verdi skal derfor gjøres ut fra regelen i forskriften § 5-14 (12) bokstav a, hvor kontraktens verdi skal beregnes ut ifra

kontraktenes varighet, som i dette tilfellet er på seks måneder. Kontraktens verdi utgjør etter dette kroner 350 000 eks. mva. per år, hvilket innebærer at kontrakten ikke er omfattet av kunngjøringsplikten i forskriften §§ 5-1 (2) og 8-17 (1). Det foreligger derfor ikke en ulovlig direkteanskaffelse, og det er ikke grunnlag for ileggelse av overtredelsesgebyr.

Konklusjon:

Drammen Scener AS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk