



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av markedsførings-, booking- og fakturerings tjenester. Klagenemnda kom til at den inngåtte samarbeidsavtalen ikke utgjorde en tildeling av en offentlig kontrakt om levering av tjenester. Forskriften fikk derfor ikke anvendelse, og det forelå ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 29. mai 2018 i sak 2017/85

Klager: Flybåten AS

Innklaget: Nøtterøy kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Tone Kleven og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Nøtterøy kommune (NK/innklagede) inngikk 21. desember 2015 en kontrakt med Gulsrud Leirsted AS (GL) benevnt «Samarbeidsavtale».
- (2) I samarbeidsavtalen var det angitt følgende om avtalens bakgrunn:

«1. januar 2016 overtar NK 100 % eierskap av Østre Bolæren (heretter kalt ØB), og vil være eier og driver av ØB. NK ønsker å drive korttidsleie til grupper i form av overnatting, matservering og kurs/konferanser på ØB. GL driver i utgangspunktet med utleie av leirsted/hotell til grupper, men har de siste årene vært fullbooket. GL har derfor behov for økt kapasitet på overnatting. GL ønsker å tilby sine kunder overnattingstjenester og ønsker med denne avtalen å knytte til seg NK og ØB som en hovedleverandør av dette. GL ønsker å kalle stedet Færder leirsted (heretter kalt FL) med markedsføring og utleie. Dette omfatter mannskapsforlegningen med idrettshall og kantine (1990 anlegget) og befalsområdet (befalsforlegningen, offisersmesse, befalsbolig/leiligheter).

Matservering for FL skal være i restauranten. GL kan unntaksvis inngå kontrakt med kunde grupper om egen bruk av kjøkken i Offisersmesse og kantine i 1990 forlegningen. Signalstasjonen og Naustet (sjøhuset) ved Konghavnsund kan etter avtale med NK leies ut til arrangementer. Disse fasilitetene kan NK også benytte til andre brukere. For signalstasjonen må utleie koordineres med Fulehuks venner.»

- (3) I avtalen var det angitt følgende om booking/bestillinger:

«All booking med overnatting skal gå gjennom GL. GL skal i utgangspunktet tilby grupper opphold i 1990-bygningene inkludert gymsal og befalsforlegningen. Eventuelle direkte bookinger av mindre grupper på stedet kan kun skje etter nærmere avtale med

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

GL.

*GL skal holde NK løpende oppdatert på status på bookinger på FL. Det skal for hver kunde/gruppe GL kommer med foreliggende skriftlig kontrakt mellom GL og deres kunder, som beskriver bookingens omfang og innhold. Dette heter; «Kontrakt for leie av Færder leirsted», se **VEDLEGG 2**. Når booking er avtalt mellom partene skal det foreligge en skriftlig bestilling mellom Partene, se **VEDLEGG 3**.»*

- (4) Det var angitt følgende om oppgjøret mellom innklagede og Gulsrud Leirsted AS:

«Økonomisk oppgjør mellom NK og GL

Kunder ved FL som har booket gjennom GL skal betale for overnatting, mat, utvask m.m. til GL. Inntekter fra virksomheten ved FL skal deles mellom NK og GL. Faste priser fra GL til NK fremgår av vedlegg 4. Ved prolongering av avtalen reforhandles prisen til NK. Annen hver måned sender GL en oppstilling av inntekter de siste to måneder. Samtidig sender GL spesifisert grunnlag som NK kan benytte som faktureringsgrunnlag for perioden for oppgjøret med GL.

Opprusting av utstyr m.v. ved FL

*GL fornyer før sesongstart 2016 utstyr, senger, inventar, møbler o.l. ved FL. NK bistår med transport og montasje. NK dekker kr. 500 000 eks. mva til slikt innkjøp. Se **VEDLEGG 5** «Innkjøpsliste Færder leirsted». Dokumentasjon på innkjøpte varer skal sendes NK. Det innkjøpte utstyret blir NK's eiendom.»*

- (5) En nærmere spesifisering av samarbeidet mellom innklagede og Gulsrud Leirsted AS fremgikk av vedlegg 1 til avtalen:

«• Konkret ansvarsfordeling mellom GL og NK for korttidsleie på FL:
• GL lager en egen hjemmeside for FL og setter denne inn om en link under www.gulsrudbooking.no paraplyen. GL markedsfører leirstedet på ØB på lik linje med våre andre steder.

• NK lager egen hjemmeside for Bolærne med informasjon om Østre Bolæren og Færder leirsted. Her vil det opplyses om at booking på Færder leirsted/Østre Bolæren skal skje via GL. Det etableres en link fra NKs hjemmeside for Bolærne til GL.

• Det etableres en oversikt over kontakt og informasjonsflyten mellom GL og NK. Her skal det fremkomme kontaktpersoner med kontaktdata for ulike oppdrag og oppgaver.

• GL sin kontaktinfo vil ligge på hjemmesidene vi har laget for stedet. Dette for at henvendelsene skal komme direkte til GL.

• Når store og spesielle grupper blir interessert i å leie på FL vil ved behov GL møte på befaring.

• Dersom det er en standardgruppe, avtaler vi direkte med NK en befaring. GL gir opplæring i forhold til befaringen. Da viser NK rundt på stedet, innenfor den faste arbeidstiden.

• Etter befaringen er det GL som igjen har all direkte kontakt og som har ansvaret for å skrive kontrakt med gruppen.

- *NK vil få tilgang til oppdatert bookingliste så man vet når det vil være grupper på FL.*
- *GL avtaler videre direkte med NK når gruppene kommer, hvor mange de er, hvilke bygninger/rom som skal benyttes osv.*
- *For de gruppene som skal ha matservering, vil vi gi informasjon om dette når kontrakten foreligger. Da må NK bestille mat til gruppen og tilkalle serveringspersonell.*
- *NK setter på strøm/varme i de bygg/rom som skal benyttes for hver gruppe.*
- *NK bestiller utvask av de bygg som er brukt av gruppen, slik at stedet er rent til neste gruppe.*
- *Kostnader til utvask faktureres kunden i tillegg. Disse inntektene tilfaller NK som godtgjørelse for utført tjeneste. Se vedlegg 4.*
- *NK har ansvar for drift og vedlikehold av bygningene, herunder skifte lyspærer og andre drifts- og vedlikeholdsoppgaver.*

(...)»

- (6) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. juni 2017.
- (7) Ved vedtak datert 24. april 2018 ble klagen avvist av klagenemndssekretariatet fordi den ble ansett for klart ikke å kunne føre frem, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.
- (8) Klager påklagde avvisningen til klagenemndas leder, jf. klagenemndsforskriften § 9 første ledd tredje punktum. Ved nemndsleders avgjørelse av 4. mai 2018, ble klagen tatt til følge og henvist til behandling i nemnda.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. mai 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Samarbeidsavtalen er i realiteten en tjenesteavtale hvor innklagede kjøper markedsføring, booking og fakturering fra Gulsrud Leirsted AS. Innklagede står for og utfører alle fysiske operasjoner med mennesker, varer og bygninger. Vederlaget består av påslag på netto kundepriser, deling av inntekter fra virksomheten og faste priser fra Gulsrud Leirsted AS til innklagede i henhold til vedlegg 4 i samarbeidsavtalen. Vederlaget overstiger EØS-terskelverdien for tjenstekontrakter. Kontrakten skulle derfor vært kunngjort.
- (11) Kontrakten er verken en leiekontrakt eller en tjenstekonsesjonskontrakt. I samarbeidsavtalen er bruksretten til hus begrenset til utleievirksomhet som passer sammen med innklagedes øvrige drift av Østre Bolæren, og avtalen forutsetter at driften/virksomheten følger særlige avtalevilkår som er tilpasset innklagedes øvrige drift. I tillegg avviker samarbeidsavtalen fra normale leiekontrakter når det gjelder innklagedes plikt til vedlikehold. Samarbeidsavtalen definerer videre hvilken pris Gulsrud Leirsted kan ta for sine gjester. Dette er en vesentlig begrensning i bruksretten. Samarbeidsavtalen har ingen fast definert leiepris Gulsrud Leirsted AS skal betale innklagede.

- (12) Samarbeidsavtalen er utformet som en generalagentavtale, med eksklusiv rett til booking av overnattingstjenester til grupper på over 20 personer. Innklagede kunne selv booke grupper på under 20 personer til opphold i de samme bygningene. Senere ble avtalen utvidet til å gjelde grupper på over 15 personer. Det kan ut fra ordlyden i avtalen se ut som Gulsrud Leirsted skal fakturere både egne og innklagedes kunder, jf. avtalen punkt 5.3 og 6.
- (13) Ansvaret for driften av tjenesten synes i stor grad å hvile på innklagede, ved at innklagede står for alt vedlikehold av bygningsmassen, vask og klargjøring for gjestene samt støttetjenester som restaurant og lignende. Det er også innklagede som har nødvendige løyver og tillatelser for hoteldriften. De tyngste forpliktelsene og risiko hviler på innklagede, som har store faste kostnader og har volumrisikoen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (14) Samarbeidsavtalen utgjør ikke en tjenestekontrakt, og faller utenfor forskrift om offentlige anskaffelser. Innklagede kjøper ingen tjenester av Gulsrud Leirsted AS. Selskapet leier bygninger på Østre Bolæren av innklagede for å drive firmaets konsept, som er overnatting for store grupper. Det er Gulsrud Leirsted AS som eier kundene og kundekontaktene. Innklagede får en leieinntekt som motytelse for å stille bygningene til disposisjon. Denne er definert som en fastsatt andel av omsetningen knyttet til leietakers virksomhet. Kontrakten er benevnt «samarbeidsavtale» ettersom innklagedes driftspersonell også yter tjenester til leietaker i form av innskrivning/utskrivning og renhold mot vederlag. I tillegg kan kontrakten bidra til å skape et godt kundegrunnlag for innklagedes egen restaurantvirksomhet.
- (15) Det kan opplyses at for de tilfeller hvor innklagede foretar bookinger for mindre grupper (under 15 personer), jf. avtalens punkt 4, benytter innklagede et bookingsystem som er levert av Visbook.
- (16) Dersom klagenemnda skulle komme til at kontrakten omfatter kjøp av tjenester, anfører innklagede at kontrakten må defineres som en tjenestekonsesjon. Gulsrud Leirsteds bruk av bygningene til overnattingsvirksomhet er på egen risiko. Inntekten til selskapet består utelukkende av betalingen fra brukerne som overnatter. Innklagede skal ikke ha utgifter utover alminnelig drift- og vedlikeholdskostnader for bygningene, strømkostnader, og eventuelt særskilt avtalte investeringer. Det følger også av samarbeidsavtalen punkt 6 at Gulsrud Leirsted AS forplikter seg til å fornye utstyr, inventar med videre. Selskapet er ansvarlig for markedsføringen, og må sørge for å oppnå tilstrekkelig kundegrunnlag for at driften skal være lønnsom. Innklagede fakturerer leietaker for avtalt andel av omsetning, samt for renholds- og vertskapstjenester som innklagede har ytt til selskapet i løpet av året.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a, er det ikke et krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder dette. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.
- (18) Klagen gjelder en kontrakt inngått 21. desember 2015. Ifølge forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 4-1 bokstav q, er en ulovlig direkte anskaffelse definert som en anskaffelse "*hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke*

har kunngjort konkurransen (...)". Av forskriften § 2-1, jf. § 9-1, fremgår det at alle anskaffelser over 500 000 kroner ekskl. mva. er kunngjøringspliktige.

- (19) Etter forskriften § 1-3 (1), får forskriften anvendelse på «*tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider*». Kontraktsbegrepet er et EU-rettslig begrep. En kontrakt vil ikke anses som en tjenestekontrakt dersom oppdragsgiver «*ikke har erhvervet en tjenesteydelse levert af tjenesteyderen mod vederlag*», se EU-domstolens avgjørelse i sak C-701/15 (Malpensa Logistica Europa) premiss 29.
- (20) Samarbeidsavtalen er foranlediget av at Gulsrud Leirsted AS driver utleie av leirsted til grupper, og at selskapet hadde behov for økt overnattingskapasitet.
- (21) Klager fremholder at samarbeidsavtalen mellom innklagede og Gulsrud Leirsted AS må forstås slik at Gulsrud Leirsted AS leverer markedsførings-, booking- og fakturerings tjenester til innklagede.
- (22) Kontrakten som er inngått gir imidlertid ingen støtte for en slik fortolkning. Samarbeidsavtalen fastsetter at innklagede gir Gulsrud Leirsted AS adgang til å leie ut Færder leirsted. Det er Gulsrud Leirsted AS som er kontraktspart mot kundene, og innklagede mottar et vederlag i form av en andel av inntektene.
- (23) Dette representerer ingen avtale om levering av tjenester *til innklagede*. Innklagede mottar ikke en tjenesteytelse mot vederlag, men får derimot et vederlag for utleie av bygningene fra Gulsrud Leirsted AS. I den grad de øvrige bestemmelsene i avtalen i det hele tatt kan betraktes som levering av tjenester mot vederlag *til innklagede*, er det dominerende trekket ved avtalen uansett at innklagede gir Gulsrud Leirsted AS adgang til å leie ut Færder leirsted mot et vederlag.
- (24) Samarbeidsavtalen utgjør etter dette ikke en tildeling av en offentlig kontrakt om levering av tjenester etter forskriften § 1-3. Forskriften får derfor ikke anvendelse, og det foreligger ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Nøtterøy kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven

Dokumentet er godkjent elektronisk