

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling om drift av Våler kommuneskoger. Klagenemnda fant at kontrakten som var inngått var en "tjenestekonsesjonskontrakt" jf. forskriften § 1-3 andre ledd bokstav j jf. § 4-1 bokstav e, og derfor ikke ble omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 17. februar 2010 i sak 2009/119

Klager: SB Skog AS

Innklaget: Våler kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Siri Teigum

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Tjenestekonsesjon.

Bakgrunn:

(1) Våler kommune (heretter kalt innklagede) forespurte ved brev 27. oktober 2008 leverandørene SB Skog (heretter kalt klager), Glommen Skog BA og Svenkerud Skog AS om å delta i en konkurranse med forhandling om drift av Våler kommuneskoger. I forespørselen ble det opplyst følgende om anskaffelsesprosedyre:

"Anskaffelsen vil bli foretatt som "Kjøp etter forhandling" iht. til Lov og forskrift om offentlige anskaffelser."

(2) I forespørselen var det opplyst at oppdraget gjaldt følgende aktiviteter:

1. *"Virkesomsetning*
2. *Gjennomføring av avvirkningsoppdrag*
3. *Gjennomføring av skogkulturoppdrag*
4. *Arbeidsledelse av skogsarbeidere/tømmerkjører*
5. *Vintervedlikehold av skogsbilveier*
6. *Vedlikehold av traktorveier*
7. *Ajourføring av skogbruksplaner*
8. *Rotsalg*
9. *Planlegging og rapportering"*

(3) I forespørselen ble leverandørene også bedt om å oppgi pris på *"årlig forvaltningshonorar for oppdraget uavhengig av avvirket volum"*.

(4) Oppdraget var spesifisert på følgende vis i forespørselen:

"1 Virkesomsetning

Driftsoperatør må beskrive hvilke kjøpere de har avtale med og hvilke sortimenter det er avsetning på. Driftsoperatør skal utnytte markedet og eiendommens virkeskvaliteter slik at tømmerinntektene kan optimaliseres innenfor vedtatte rammebetingelser. Avvirkning og tømmerleveranser skal skje med en slik presisjon at markedssvingninger og leveringsbonuser utnyttes optimalt.

Driftsoperatør må dokumentere at de priser som oppnås er de beste i markedet og skal gjennom løpende virkesstatistikk og rapportering til oppdragsgiver dokumentere at dette er tilfelle. Bonusordninger for levert virke skal fremgå av tilbudet. Det skal gjennomføres årlige prissamtaler.”

(5) Følgende tildelingskriterier var angitt i tilbudsforespørselen:

Hovedoppgave	Vurderingskriterier	Vekt
Gjennomføringsevne	Planlegging	30 %
	Rasjonelt driftsopplegg	
	Tilpasset maskinpark	
	Kompetanse på arbeidskraft	
	Styringssystemer for avvik i forhold til planlagt aktivitet	
	Systemer for rapportering til oppdragsgiver	
	Oppsyn med eiendommen/lokalkunnskap	
	Erfaringer fra tilsvarende eiendommer - referanser	10 %

Med gjennomføringsevne mener Våler kommune oppdragsgiverens evne til å kunne ha ressurser, kompetanse og systemer til å forestå entreprisen.

Hovedoppgave	Vurderingskriterier	Vekt
Tømmeromsetning	Sikkerhet og avsetningsrammer for leveranse av eiendommens sortimenter	25 %
	Priser skurtømmer	20 %
	Priser massevirke	
	Priser spesialtømmer	
	Bonusordninger	

Hovedoppgave	Vurderingskriterier	Vekt
Driftsoppdrag for avvirkning	Hogst og kjøring av tømmer <ul style="list-style-type: none"> - sluttavvirkning - frøtrestillingshogst - gjennomhogster furu - tynning i h.kl. III 	10 %
Arbeidsledelse skogsarbeidere/manuelle drifter	Oppfølging av manuelle arbeidstakere ved: <ul style="list-style-type: none"> - skogkultur - manuelle tømmerdrifter 	
Forvaltning og administrasjon	Pris på årlig forvaltningshonorar	5 %”

(6) I forespørselen var det fastsatt følgende om avtalens varighet:

"Avtalen skal gjelde i 3 år fra 01.01.2008 til 31.12.2012 med opsjon for å forlenge avtalen med 1 og 1 år om gangen. Eventuell forlengelse eller avslutning av avtalen skal varsles skriftlig senest 6 måneder før utløp."

- (7) Innklagede mottok tilbud fra alle de tre forespurte leverandørene innen tilbudsfristen 5. desember 2008.
- (8) Det er opplyst at etter utløpet av tilbudsfristen, besluttet innklagede å endre varigheten av avtalen til tre år, med mulighet for forlengelse i ett år.
- (9) Innklagede avholdt forhandlingsmøte med klager og Glommen Skog BA 15. januar 2009.
- (10) Både klager og Glommen Skog BA leverte revidert tilbud 19. januar 2009. I tilbudet fra Glommen Skog BA var prisen på det årlige forvaltningshonoraret 150 000 kroner.
- (11) Ved brev 5. februar 2009 ble klager meddelt at kontrakt var tildelt Glommen Skog BA. Klagefrist var satt til 16. februar 2009.
- (12) Klager ba ved brev 4. mars 2009 om en nærmere begrunnelse for valg av leverandør, og om at kontrakt ikke ville bli inngått før minst tre virkedager etter at innklagede hadde gitt en nærmere begrunnelse. Innklagede opplyste ved brev 6. mars 2009 at de ikke ville gå nærmere inn på vurderingen av de enkelte tildelingskriteriene, ettersom klagefristen var utløpt.
- (13) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 9. mars 2009. I kontraktens punkt 6.5 var det lagt til grunn følgende:

"Alt virke omsettes gjennom Glommen Skog BA. Glommen skal ved inngåelse av virkeskontrakter gjøre Våler kommune oppmerksom på eventuelle særtilbud i tømmermarkedet. Tømmerkontrakter inngås med bakgrunn i aktivitetsplan og budsjett.

- *Virke omsettes i henhold til det enkelte års budsjett for Våler kommuneskoger og i henhold til omforente prioriteringer mellom Våler kommuneskoger og Glommen Skog BA. Dette gjelder så vel avvirkingstidspunkt, sortimentsprioriteringer og valg av kjøpere.*
- *Avvirkningsplaner, virkessalg, hogstordrer, aptering og kapping legges til rette for å maksimere virkesverdien for Våler kommuneskoger.*
- *Glommen Skog BA prioriterer avsetning for hele det årskvantum som budsjetteres avvirket det enkelte år, og for den mest verdifulle sortimentsutnyttelse i de enkelte avvirkninger på leveringstidspunktet.*
- *Glommen Skog BA garanterer for oppgjør for alt virke som selges til Glommen Skog BA.*
- *Glommen Skog BA garanterer at Våler kommuneskoger får betalt den høyeste pris pr sortimentsgruppe innen kommunen det enkelte kalenderår. Som grunnlag benyttes skogfondsregnskapets VSOP statistikk.*

[...]

- *Glommen Skog BA oppretter virkeskontrakter for hvert enkelt avvirkningsobjekt.*
- *Glommen Skog BA evaluerer og dokumenterer overfor Våler kommuneskoger resultatet av tømmerleveransen i henhold til de enkelte virkeskontrakter.*
- *Etter utløpet av budsjettåret utarbeider Glommen Skog BA en årsrapport med dokumentasjon av virkesomsetningen for Våler kommuneskoger i budsjettet.”*

(14) I kontraktens punkt 6.5 sjette kulepunkt fremgikk det at valgte leverandør i tillegg til ordinært virkesoppgjør basert på de beste prisene i kommunen, betalte et begrenset tillegg per kubikkmeter for levert sagtømmer og spesialtømmer (ekskl. utlegg).

(15) I kontraktens punkt 12 var det videre fastsatt følgende om priser for gjennomføring av oppdraget:

”Glommen Skog BA gjennomfører forvaltning av Våler Kommuneskoger etter følgende priser:

Årlig forvaltningshonorar: 150 000,- kr.

Dette innbefatter all planlegging og gjennomføring av skogkultur, avvirkning og veivedlikehold, kvalitetssikring, rapportering, ajourhold av planverk, administrasjon av rotsalg og utvisning av vedteiger. I tillegg den daglige oppfølging og administrasjon av Våler Kommuneskogers egne ansatte.”

(16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klagers brev 25. mai 2009.

(17) Ved brev 22. januar 2010 til klagenemndas sekretariat opplyste innklagede følgende om årlig hogstkvantum:

”Årlig hogstkvantum for Våler kommuneskoger er i henhold til skogbruksplan fra 2006 beregnet til 23.000 kbm. Pga den økonomiske situasjon i kommunen har det de siste år vært tatt ut mer tømmer enn beregnet hogstkvantum.

Det vises til nedenstående tabell for dette med fordeling mellom slutthogster og tynning:

	<i>Beregnet ”normalkvantum”</i>	<i>Avvirket 2008 kbm</i>	<i>Avvirket 2009 kbm</i>	<i>Budsjett 2010 Kbm</i>
<i>Slutthogst</i>	<i>13 000</i>	<i>15 591</i>	<i>15 104</i>	<i>17 000</i>
<i>Tynning</i>	<i>10 000</i>	<i>11 632</i>	<i>15 919</i>	<i>11 000</i>
<i>Sum</i>	<i>23 000</i>	<i>27 223</i>	<i>31 023</i>	<i>28 000</i>

(18) I det samme brevet opplyste innklagede følgende om driftsutgifter:

”Kommunens årlige driftsutgifter varierer fra år til år etter hvor stor avvirkningen har vært, og fordeling mellom slutthogst og tynning. For sluttavvirkning betales fra kr 80 – kr 90 pr kbm og tynning fra ca. kr 130 – 160 pr kbm. Prisen avhenger av antall trær pr

kbm og kjørelengde fra driftsområde i skogen til skogsbilvei. Driftsoperatør har egne tabeller for beregning av dette.

Tabellen nedenfor viser de total årlige driftsutgiftene for hogst og fremføring av årlig hogstkvantum.

2008	2009	Budsjett 2010
kr	kr	kr
2 906 000	3 627 000	3 145 000

- (19) I e-post 29. januar 2010 opplyste innklagede til klagenemndas sekretariat at den forrige driftsavtalen med Glommen Skog BA var undertegnet 4. april 2001, og hadde vart frem til 31. desember 2008. Det ble videre opplyst at forvaltningshonoraret hadde vært på 95 000 kroner gjennom hele denne kontraktperioden.
- (20) I e-post 9. februar 2010 opplyste innklagede følgende om bruttoinntektene fra salg av tømmer til valgte leverandør:

”Våler kommuneskogers inntekter fra salg av tømmer til Glommen Skog BA utgjorde i 2009:

kr. 9.769.716,- eks mva og kr. 12.212.145,- med mva.

Budsjett

2010 kr. 8.970.000,- eks mva og kr. 11.212.500,- med mva.

Anslag:

2011 kr. 7.230.000,- eks mva og kr. 9.037.500,- med mva.

2012 kr. 7.230.000,- eks mva og kr. 9.037.500,- med mva.

Anslag for 2011 og 2012 er basert på dagens priser og avvirkning iht. skogbruksplan.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig direkte anskaffelse

- (21) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å unnlate å kunngjøre konkurransen om drift av kommuneskogene i Våler. Det vises til at anskaffelsens samlede verdi, etter klagers syn, overstiger terskelverdien for kunngjøring. Ved beregningen av anskaffelsens verdi kan det ikke utelukkende ses hen til forvaltningshonoraret, slik innklagede har gjort. Det må også ses hen til driftsprisen (vederlag for hogst og kjøring av tømmeret til veikant), og til fortjenesten som leverandøren får ved videresalg av innklagedes tømmer.
- (22) Det kan ikke være noe tvil om at den aktuelle kontrakt omfatter oppgaven/tjenesten videresalg av innklagedes tømmer, i tillegg til øvrige beskrevne oppgaver. Det er videre klart at et konkurranseparameter ved tildeling av kontrakten om samtlige tjenester, har vært hva innklagede vil få ved salget av tømmer. Hvor mye innklagede får, avhenger av tilbydernes kalkulasjoner, herunder inngår de innsatsfaktorer som skal til for å

gjennomføre både videresalget og de øvrige oppgaver. Det er således ikke tale om en tradisjonell salgsavtale.

- (23) Omsetningen av oppdragsgivers tømmer innebærer at driftsoperatøren kjøper tømmeret av oppdragsgiver, for deretter å selge dette videre til tømmerforbrukende industri. Operatøren kjøper således tømmeret for en pris, og selger det videre for en annen pris. Innklagede benytter begrepet "markedspris". Det finnes imidlertid ingen offisielle markedspriser. Prisen for tømmer fastsettes etter forhandlinger mellom den enkelte selger og kjøper av tømmer, og varierer derfor fra parti til parti og fra leverandør til leverandør og fra måned til måned. Differansen mellom oppnådd pris til industri og utbetalt pris til kunde utgjør fortjenesten, som driftsoperatør selv må fastsette etter de lønnsomhetskrav de har. Fordi det ikke er noen definert markedspris, har innklagede lagt inn som en betingelse i konkurransegrunnlaget at *"driftsoperatør må dokumentere at de priser som oppnås er det beste i markedet og skal gjennom løpende virkesstatistikk og rapportering til oppdragsgiver dokumentere at dette er tilfelle"*. Det vil i praksis si at utbetalingsprisen til innklagede skal sammenlignes med det som er gjennomsnittlig utbetalt til alle skogeiere i kommunen (slik det fremkommer av VSOP). Denne statistikken inneholder netto utbetalingspris til skogeier, og ikke den pris som omsetter av tømmeret har fått av industrien. Det er denne marginen driftsoperatørene lever av. En bekreftelse på dette får man ved å gå inn i regnskapene til disse selskapene, der det er betydelig differanse mellom salgsinntekter tømmer (salg til industri) og tømmerkostnad (kjøp fra skogeier).
- (24) Klager er ikke enig med innklagede i at godtgjørelsen driftsoperatører beregner seg, er betaling fra industrien til operatøren. Det vises til at godtgjørelse for tjenester overfor skogeier og industri ofte er sammenvevde og umulige å adskille. Innklagede har også opplyst at driftsoperatøren administrerer videre transport til sagbruk/tømmerkjøpere. Dette er i de fleste tilfeller ikke riktig. Som oftest forestår industrien selv denne transportadministrasjonen. I de tilfeller dette administreres av selger, godtgjøres tjenesten som regel uavhengig av verdien av selve tømmeret.
- (25) Også for det tilfelle at klagenemnda finner at bare forvaltningshonoraret er relevant ved vurderingen av kontraktens verdi, anføres det at kontrakten skulle vært kunngjort. Det vises til at det er oppdragsgivers vurdering forut for tilbudsinnhenting, som må være forsvarlig ved beregningen av kontraktens verdi. På dette tidspunktet var kontraktsperioden ikke begrenset til fire år.
- (26) Det anføres videre at beregningen av kontraktens verdi var uforsvarlig også selv om klagenemnda skulle finne at beregningen må bygge på den endrede kontraktsperioden.
- (27) Etter klagers syn er vilkårene for overtredelsesgebyr i lovens § 7b oppfylt, og den preventive effekt tilsier at gebyr ilegges.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig direkte anskaffelse

- (28) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsen omfatter etter innklagedes syn bare forvaltningshonoraret, som etter en forsvarlig vurdering ble beregnet til 95 000 kroner per år. Denne summen ble betalt i

forvaltningshonorar for kontrakten som gjaldt på beregningstidspunktet, og som omfattet de samme tjenester i art og omfang.

- (29) Tjenestene som omfattes av kontrakten, honoreres nå med 150 000 kroner per år. Kontrakten omfatter blant annet administrasjon, tilsyn av for eksempel veinettet og arbeidsledelse. Avtalen gir ikke driftsoperatøren rett til andre oppdrag enn de kontraktsfestede. Det er ikke driftsoperatøren selv som utfører for eksempel brøyting, transport eller veivedlikehold. Når driftsoperatøren, gjennom utøvelse av sine kontraktsfestede oppgaver, finner at det må iverksettes tiltak, må innklagede sørge for at disse anskaffelsene skjer i overensstemmelse med anskaffelsesregelverket.
- (30) Når det gjelder driftsutgiftene, ser innklagede at disse er av en slik størrelse at de skulle vært konkurranseutsatt i henhold til lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Innklagede vil for fremtiden sørge for at disse tjenestene anskaffes i overensstemmelse med anskaffelsesregelverket.
- (31) Det anføres imidlertid at driftsoperatørens fortjeneste ved videresalg av tømmer ikke er relevant ved beregningen av anskaffelsens verdi. Dette fordi innklagedes salg av tømmer er et varesalg, som ikke omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser. Uansett skal driftsoperatørens godtgjørelse ved videresalg dekke logistikkjenester utført for industrien. Det er således ikke tale om betaling for tjenester rettet mot skogeierne, men om betaling fra industrien til operatøren.
- (32) Når det gjelder omsetningen av tømmer, foregår dette ved at innklagedes tømmer selges til markedspris til en driftsoperatør, som deretter selger dette videre til tømmerindustrien/sagbruk mot et påslag. Driftsoperatøren administrerer hogst og fremkjøring av tømmer fra skog til vei, og videre transport til sagbruk/tømmerkjøpere. Når tømmeret leveres hos kjøper, blir det målt og innmålingsrapport sendes fra kjøper til driftsoperatør og oppdragsgiver. Innklagede mottar deretter månedlige tømmeroppgjør fra driftsoperatøren, hvor det blant annet fremgår:
- bruttoverdi for de enkelte tømmer-sortimenter
 - fradrag for:
 - måleavgifter for måling av tømmeret
 - FOU avgift (forsknings og utviklingsfond)
 - avsetning til skogfond (lovpålagt trekk – valgfritt mellom 4 og 40 %)
 - driftsutgifter for hogst og fremkjøring
- = nettoverdi inklusive merverdiavgift til utbetaling
- (33) Salgsvilkårene mellom innklagede og valgte leverandør fremgår av kontraktens punkt 6.5. I sammenheng med punkt 6.5 femte kulepunkt, kan det opplyses at alle kjøpere rapporterer tømmerpriser til den offentlige VSOP-basen (skogfondsregnskapet). Dette datamaterialet viser derfor hva som er gjennomsnittlige tømmerverdier innenfor en kommune fordelt på ulike tømmerkvaliteter. Innklagede får betalt et tillegg til denne gjennomsnittlige tømmerprisen, noe som fremgår av kontraktens punkt 6.5 sjette kulepunkt.

- (34) For det tilfelle at klagenemnda skulle komme til at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, anføres subsidiært at skyldkravet ikke er oppfylt, og at gebyr derfor ikke kan ilegges.
- (35) Dersom klagenemnda likevel skulle komme til at skyldkravet er oppfylt, anføres det at gebyr ikke skal ilegges.
- (36) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, gjengis ikke partenes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (37) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Hvorvidt kontrakten blir omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser

- (38) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (39) I lov om offentlige anskaffelser § 7b første ledd er en ulovlig direkte anskaffelse definert som *"en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*.
- (40) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en verdi på over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 9-1/§ 18-1, jf. § 2-1 andre ledd jf. § 2-2 første ledd.
- (41) Klagenemndas kompetanse er begrenset til å gjelde brudd på lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter jf. klagenemndsforordningen § 6 første ledd. Mens tjenestekontrakter er omfattet av regelverket, jf. forordningen § 1-3 første ledd, er det gjort unntak for *"tjenestekonsesjonskontrakter"*, jf. forordningen § 1-3 andre ledd bokstav j. Selv om innklagede ikke har anført at kontrakten er en *"tjenestekonsesjonskontrakt[...]"*, finner klagenemnda å måtte ta stilling til dette, ettersom kontrakten i et slikt tilfelle vil ligge utenfor klagenemndas prøvingskompetanse.
- (42) En tjenestekonsesjonskontrakt er det samme som en tjenestekontrakt, med det unntak at vederlaget for tjenesten som skal utføres *"enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten eller i en slik rett sammen med betaling"*, jf. forordningen § 4-1 bokstav e.
- (43) Ordlyden i forordningen § 4-1 bokstav e viser at det forhold at oppdragsgiver betaler et vederlag for utførelsen av tjenesten, ikke er til hinder for at kontrakten kan karakteriseres som en tjenestekonsesjon. Dette følger også av Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser, side 38.
- (44) EU-domstolen har lagt til grunn at avgjørende for om en kontrakt skal karakteriseres som en tjenestekonsesjon, er om leverandøren har overtatt risikoen som er forbundet med driften av tjenesten, jf. EU-domstolens dom C-383/05 (Kommissjonen mot Italia) premiss (34) med videre henvisninger til EU-domstolens rettspraksis. Tilsvarende er også lagt til grunn av klagenemnda, jf. blant annet sak 2008/221 premiss (33). Klagenemnda har presisert at den økonomiske risikoen leverandøren påtar seg, må være *"reell og ikke ubetydelig"*, jf. klagenemndas sak 2005/304 premiss (30).

- (45) I den foreliggende sak har valgte leverandør ansvar for å drifte kommuneskogene i Våler. Spørsmålet for klagenemnda blir derfor om valgte leverandør har overtatt den økonomiske risikoen som er forbundet med utførelsen av denne tjenesten.
- (46) Den økonomiske modellen konkurransegrunnlaget legger opp til, er etter klagenemndas syn uklar. På bakgrunn av fremlagt dokumentasjon og partenes felles fremstilling, legger klagenemnda til grunn at valgte leverandør mottar tre forskjellige inntekter for driften av Våler kommuneskoger. Dette er forvaltningshonorar, betaling av driftsutgifter for hogst og fremkjøring, og inntekter fra videresalg av virke.
- (47) Av kontrakten punkt 12 fremgår det at forvaltningshonoraret er på 150 000 kroner i året. Dette fremstår som et ordinært vederlag fra innklagede for valgte leverandørs utførelse av diverse tjenester.
- (48) Driftsutgiftene for hogst og fremkjøring blir etter det opplyste trukket fra ved tømmeroppkjøret mellom valgte leverandør og innklagede. I 2009 var driftsutgiftene på cirka 3,6 millioner kroner og i 2010 er de beregnet til cirka 3,1 millioner kroner. Selv om oppgjørsformen medfører at betalingen ikke skjer direkte fra oppdragsgiver til valgte leverandør, er det etter nemndas syn i realiteten tale om et ordinært vederlag fra innklagede for valgte leverandørs utførelse av tjenester.
- (49) Når det gjelder virkesomsetningen, forstår klagenemnda det slik at valgte leverandør først kjøper tømmeret fra innklagede, for deretter å selge dette videre.
- (50) Ved valgte leverandørs kjøp av tømmer fra innklagede, fremgår det av kontraktens punkt 6.5 at valgte leverandør *"garanterer"* at betalingen vil være *"den høyeste pris per sortimentsgruppe innen kommunen det enkelte kalenderår. Som grunnlag benyttes skogfondregnskapets VSOP statistikk"*. Klagenemnda forstår det slik at VSOP-statistikken (Landbruksdepartementets virkesdatabase for skogfond og måleopplysninger) viser skogeierens oppnådde gjennomsnittspris for tømmer i den enkelte kommune. Videre fremgår det av kontraktens punkt 6.5 at valgte leverandør også skal betale et begrenset tillegg per kubikkmeter sagtømmer og spesialtømmer. Etter dette forstår klagenemnda det slik at valgte leverandør har forpliktet seg til å kjøpe innklagedes tømmer for gjennomsnittsprisen i Våler kommune, slik denne er beregnet i VSOP, og i tillegg betale et begrenset tillegg per kubikkmeter sagtømmer og spesialtømmer. Det er opplyst at innklagedes inntekter fra salg av tømmer til valgte leverandør var på cirka 9,8 millioner kroner eksklusiv merverdiavgift i 2009, at det i 2010 er budsjettet med cirka 9 millioner kroner, og at anslaget for 2011 og 2012 er på cirka 7,2 millioner kroner. Innklagede har også opplyst at det i 2009 ble avvirket til sammen 31 023 kubikkmeter tømmer i Våler kommuneskoger, og at det er budsjettet med en avvirkning på 28 000 kubikkmeter i 2010, mens beregnet normalkvantum er 23 000 kubikkmeter.
- (51) Slik klagenemnda forstår det, har valgte leverandør risikoen for at summen som blir oppnådd ved videresalg av virket, er høy nok til å gi overskudd etter at innklagede har fått oppgjør. Leverandøren risikerer således å tape på videresalget dersom det ikke oppnås en tilstrekkelig høy salgssum. På den andre siden gjelder det ingen øvre grense for hvor mye virket kan videreselges for, og valgte leverandør beholder selv et eventuelt overskudd fra salget. Selv om det er innklagede som fastsetter omfanget av årlig

avvirkning, har valgte leverandør dermed relativt stort rom for å påvirke inntekspotensialet. Klagenemnda finner etter dette at valgte leverandør har påtatt seg en reell og ikke ubetydelig risiko i forbindelse med driften av Våler kommuneskoger, jf. klagenemndas sak 2005/304 premiss (30). Etter dette er forholdet at valgte leverandør for en vesentlig del oppnår sin godtgjørelse ved å utnytte tjenesten i egen regning og risiko, jf. forskriften § 4-1 bokstav e som sitert ovenfor i premiss (42).

- (52) Kontrakten må dermed anses som en "tjenestekonsesjonskontrakt", og omfattes ikke av regelverket for offentlige anskaffelser, jf. forskriften § 1-3 andre ledd bokstav j jf. § 4-1 bokstav e. Dette medfører at klagenemnda ikke har kompetanse til å ta stilling til klagen, jf. klagenemndsforordningen § 6 første ledd.

Konklusjon:

Kontrakten er en "tjenestekonsesjonskontrakt" etter forskriften § 1-3 andre ledd bokstav j jf. § 4-1 bokstav e, og omfattes ikke av regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

17. februar 2010



Siri Teigum