



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtale for fosterhjemtjenester fra ideelle organisasjoner. Klagenemnda fant at klagers virksomhet ikke kunne anses som en ideell organisasjon etter forskriften. Innklagede hadde dermed ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klager fra konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 14. oktober i sak 2011/354

Klager: Linnea Kompetanse AS

Innklaget: Barne- ungdoms- og familiedirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim og Morten Goller

Saken gjelder: Avvisning av leverandør.

Bakgrunn:

- (1) Barne- ungdoms- og familiedirektoratet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. mai 2011 en konkurranse med forhandling, som tottrinnsprosedyre med prekvalifisering som første trinn, for anskaffelse av rammeavtale for fosterhjemtjenester fra ideelle organisasjoner, i tjenestekategori 25. CPV-klassifisering var angitt til 85311300. I kunngjøringens punkt II.1.4 fremgikk det at rammeavtalens varighet var seks år med opsjon på ett pluss ett år. Anslått verdi av kontraktene i løpet av hele rammeavtalen var angitt til mellom kroner 500000000 og 1500000000 ekskludert merverdiavgift. Frist for anmodning om deltakelse var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 15. juni 2011.
- (2) Anskaffelsen var delt opp i tre tjenestetyper. Rekruttering og opplæring av fosterhjem, fosterhjemtjenester som alternativ til institusjonsplassering, samt fosterhjemtjenester i forbindelse med utfasing av institusjonsplassering.
- (3) I kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 4.2 var det stilt krav om "Lovlig etablert foretak, forening/lag/innretning eller stiftelse – krav til å være en ideell organisasjon". Kravet var beskrevet slik:

"I samsvar med gjeldende politiske føringer vil denne anskaffelsen rette seg kun mot tilbydere som er ideelle organisasjoner. Begrepet "ideelle organisasjoner" er ikke definert i forskrift om offentlige anskaffelser. Det følger av FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser at dette spørsmålet må avgjøres etter en konkret vurdering i det enkelte tilfellet:

En beskrivelse som nevnes i ulike sammenhenger er FADs beskrivelse i sin veileder:

"Virksomhetene skiller seg fra kommersielle virksomheter ved at de ikke har profitt som formål, eventuelt at overskudd utelukkende benyttes til å drive og

tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten eller spesielle grupper uten at mottager yter et fullt ut regningsvarende vederlag."

Bufdir vil vurdere kvalifikasjonskriteriet "Ideelle organisasjoner" i tråd med gjeldende rettslige standarder. Som et minimum må følgende karaktertrekk foreligge.

- 1. Virksomheten har et ikke-kommersielt formål.*
- 2. Virksomheten deler ikke ut overskudd til annet enn formålet til virksomheten.*
- 3. Virksomheten er selvstendig og uavhengig av offentlige og kommersielle interesser.*

For en nærmere gjennomgang av de kjennetegn og vilkår som Bufdir vil legge vekt på i vurderingen vises det til FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser.

(...)

Det vises videre til relevante avgjørelser av KOFA;

1. Sak 2009/69
(...)

2. Sak 2005/180
(...)

<i>Kvalifikasjonskrav</i>	<i>Dokumentasjon – bevis for at det stilte kravet er oppfylt</i>
<i>Krav:</i> <i>Det kreves at leverandøren er et lovlig etablert foretak, en lovlig etablert forening/lag/innretning eller en lovlig etablert stiftelse, og at virksomheten er en ideell organisasjon.</i> <i>Vilkåret om å være en ideell organisasjon vil vurderes konkret og skjønnsmessig i hvert enkelt tilfelle av oppdragsgiver og i tråd med gjeldende rettslige standarder. Som et minimum må følgende vilkår være oppfylt:</i> <i>1. Virksomheten har et ikke-kommersielt formål.</i> <i>2. Virksomheten deler ikke ut overskudd til annet enn formålet med virksomheten.</i> <i>3. Virksomheten er selvstendig og uavhengig av offentlige og kommersielle interesser.</i> <i>For en ytterligere beskrivelse av kravet, se ovennevnte beskrivelse og henvisning til relevante avgjørelser av KOFA.</i>	<i>- Attest fra Stiftelsesregisteret/ Enhetsregisteret/ Foretaksregisteret eller evt. registrering i faglig register i leverandørens hjemland</i> <i>- Attesten skal ikke være eldre enn 6 måneder regnet fra innleveringsdato.</i> <i>- Utskrift av foretakets/stiftelsens vedtekter</i> <i>- Ved behov eller usikkerhet ved vurderingen av vilkåret om å være ideell organisasjon forbeholder Oppdragsgiver seg retten til å etterspørre ytterligere dokumentasjon.</i>

- (4) Klager søkte 14. juni 2011 om kvalifisering for tjenesten som gjaldt rekruttering og opplæring av fosterhjem. Av vedlagte firmaattest fra Brønnøysundregistrene framgikk det at virksomhetens organisasjonsform var aksjeselskap og at daglig leder, administrerende direktør og styrets leder var Perry Myhre Remøy. Stiftelsesdatoen var 31. mai 2011 og det framgikk at formålet for virksomheten var *"Å drive alle former for oppfølging av fosterhjem, veiledning, konsultasjon og undervisning innen de områder der selskapet har faglig kompetanse. Selskapet skal bygge på et humanistisk verdigrunnlag og skal være uten tilknytning til noen religion eller noe trossamfunn."* Tilsvarende framgikk av vedtektene § 3, som var datert 31. mai 2011. Vedtektene var for øvrig signert av Perry Myhre Remøy 14. juni 2011.
- (5) Av vedtektene § 5 framgikk det at *"Aksjenes omsettelighet skal være begrenset slik at salg eller annen form for overdragelse ikke kan finne sted uten styrets godkjenning. For å unngå at eventuelle salg av aksjer skal svekke oppfølgingen av selskapets ideelle formål (jf. § 3, § 7 nr. 2 og § 8) skal aksjesalg/aksjeoverdragelse til andre enn livsarvinger bare kunne skje etter forutgående samtykke fra oppdragsgivere."*
- (6) Av vedtektenes § 7 framgikk at selskapet ikke skulle utbetale utbytte. Av § 8 framgikk følgende dersom selskapet ble vedtatt oppløst: *"Dersom det etter dekning av selskapets forpliktelser og innbetalt aksjeinnskudd, herunder overkurs foreligger overskudd, skal dette i samråd med og etter godkjenning av oppdragsgivere, knyttes til tiltak til beste for fosterbarn. Endring av vedtektene §§ 3, 5, 7 eller 8 kan bare gjøres etter samtykke fra oppdragsgivere"*.
- (7) Vedlagt var også *"Formulering av forpliktelser for aksjeeier i Linnea Kompetanse AS"* datert 14. juni 2011, signert av Perry Myhre Remøy. Det framgikk at *"Undertegnede har hatt diverse former for oppfølging av fosterhjem, og veiledning, konsultasjon og undervisning innen relaterte områder som mitt virke det meste av mitt yrkesaktive liv, og forplikter meg som eneaksjonær i org. nr. 996993469 (Selskapet) til følgende:*
- 1. Salg og annen overdragelse av aksjer i Selskapet til andre enn livsarvinger skal bare kunne skje etter forutgående samtykke fra oppdragsgivere.*
- 2. Vedtektenes §§ 3, 5, 7 og 8 kan bare endres etter forutgående samtykke fra oppdragsgivere"*.
- (8) Vedlagt søknaden var *"Kvalitetssikringssystem for Linnea Kompetanse"*, datert 31. mai 2011. I punkt 1.2.1 framgikk det at virksomheten *"ønsker å bli oppfattet som en pålitelig og dyktig aktør, med stor tillit hos klienter og andre interessenter. For å opprettholde denne posisjonen skal alle tjenester leveres i samsvar med oppdragsavtale, med faglig god kvalitet og til konkurransedyktige betingelse[r]".* I punkt 1.5. framgikk det at *"Vår virksomhet er basert på salg av kunnskap og omsorg i nært tillitsforhold til kliente[n]",* og videre at *"De interne planleggingssystemer skal sikre at foretaket utvikler kompetanse som kan imøtekomme markedets behov innen de områder som er prioritert fra foretakets side. Det blir kontinuerlig utarbeidet programmer for intern opplæring og utvikling. I enkelttilfeller skjer det også ved nyrekruttering av personell, når det er markedsmessig grunnlag for det"*.
- (9) I brev av 1. juli 2011 ble klager avvist for manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om å være en ideell organisasjon med følgende begrunnelse:

"Linnea Kompetanse AS er et aksjeselskap, hvor aksjene i selskapet i sin helhet er eiet av en privatperson, jf. opplysningene i forespørselen om kvalifisering. Selv om aksjeselskapets vedtekter knytter virksomheten til allmennnyttige formål, herunder knyttet til restriksjoner ved salg av aksjer og bruken av selskapets midler ved oppløsning, er selskapet dermed direkte knyttet til private eierinteresser. Virksomheten er således ikke uavhengig av private økonomiske interesser, eller andre strategiske interesser knyttet til privatpersoner.

Til forskjell fra virksomheter organisert som stiftelser eller tilsvarende er dermed heller ikke virksomheten Linnea Kompetanse AS selvstendig og uavhengig av kommersielle interesser. Siden aksjene i selskapet er eid av en privatperson er virksomheten direkte knyttet til privatpersoners eierinteresser. Private eierinteresser i virksomheten medfører et handlingsrom for at virksomheten påvirker private formuesdisposisjoner, herunder mulighet for privat formuesøkning gjennom direkte eller indirekte økonomiske transaksjoner. Selv om privatpersonen som eier har et uttalt ideelt formål ved sin virksomhet, og selv om privatpersonen etterlever sitt ideelle formål, er virksomheten for alle tilfelle knyttet til privatpersonen og i dette tilfellet også privatpersonens livsarvinger. Dette innebærer at også beslutninger som virksomheten tar i sitt virke er kontrollert av privatpersoner, og vil kunne tjene eierinteressene til privatpersonene fremfor, eller i tillegg til, det ideelle formål.

*Selvstendighetskravet som må stilles til en ideell organisasjon er dermed ikke oppfylt ved den direkte tilknytningen til privatpersoner, uavhengig av ordlyden i aksjeselskapets vedtekter. I motsatt fall vil enhver privatperson eller en sammenslutning av privatpersoner kunne etablere og kontrollere en ideell organisasjon gjennom et aksjeselskap så lenge selskapets vedtekter er bygget opp på en spesiell måte. I et slikt tilfelle er det ikke mulig å objektivt konstatere om en virksomhet oppfyller og etterlever vilkårene for å være en ideell organisasjon etter gjeldende rett, men hvor vurderingen vil kunne bli knyttet til subjektive oppfatninger av egenskapene til privatpersonen(e) som er eiere. Dette vil være i strid med grunnleggende krav til rettssikkerhet og etterprøvbarehet.
(...)"*

- (10) I brev av 20. juli 2011 anmodet klager om ny vurdering av avvisningsbeslutningen.
- (11) I brev av 8. september 2011 opprettholdt innklagede avvisningsbeslutningen. Det ble blant annet vist til at det var lagt avgjørende vekt på at virksomheten var eiet og kontrollert av en privatperson og denne vurderingen ble opprettholdt.
- (12) Saken ble brakt inn for Klagemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt klagemnda) ved brev 12. desember 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager er en "ideell organisasjon" etter forskriften § 2-1 (3). Kvalifikasjonskravet "ideell organisasjon" i konkurransegrunnlaget er oppfylt. Det var derfor ulovlig å avvise klager fra konkurransen og det foreligger dermed et brudd på regelverket.

- (14) Det er ikke foretatt en konkret realitetsvurdering av om klager fyller vilkårene for å bli anerkjent som ideell organisasjon. Dette representerer en forskjellsbehandling i strid med loven § 5.

Innklagedes anførsler:

- (15) Klagers anførsel bestrides. Klager er ikke en ideell organisasjon etter forskriften § 2-1 (3). Avvisningen av klager er rettmessig da et kvalifikasjonskrav ikke er oppfylt. Det er gjennomført en konkret vurdering av klager i forhold til regelverket og krav fastsatt i konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Saken gjelder konkurranse med forhandling, for anskaffelse av rammeavtale for fosterhjemtjenester fra ideelle organisasjoner. Dette er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 25 med angitt CPV-klassifisering 85311300. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4 angitt til mellom kroner 500000000 og 1500000000 ekskludert merverdiavgift. Klagen gjelder den delen av konkurransen som omfatter rekruttering og opplæring av fosterhjem. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I samt §§ 17-3 og 18-4. jf. forskriften §§ 2-1 (3) og (5).
- (17) Klager har anført at beslutningen om å avvise klager fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at virksomheten skal være en *"ideell organisasjon"*, jf. forskriften § 2-1 (3), er i strid med regelverket.
- (18) I alminnelighet gjelder at oppdragsgivere utøver et innkjøpsfaglig skjønn ved vurderingen av hvorvidt et kvalifikasjonskrav er oppfylt. Samtidig vil den konkrete utformingen av kvalifikasjonskravene kunne begrense de lovlige rammene for skjønnsutøvelsen. Innholdet i kvalifikasjonskravet om ideell organisasjon skulle i følge prekvalifiseringsgrunnlaget forstås i samsvar med gjeldende rettslige standarder. I tillegg til å være et kvalifikasjonskrav i foreliggende konkurranse, utgjør *"ideell organisasjon"* et vilkår for å unnlate kunngjøring i medhold av forskriften § 2-1 (3). Dette innebærer at klagenemnda i utgangspunktet fullt ut kan prøve hvorvidt kvalifikasjonskravet om ideell organisasjon var oppfylt. Det ligger likevel i sakens natur at den rettslige overprøvingen må ta utgangspunkt i den vurdering som er foretatt, og at det etter omstendighetene kan være grunn til å vise en viss tilbakeholdenhet med å overprøve det resultat oppdragsgiver er kommet til.
- (19) Etter forskriften § 2-1 (3) følger det at *"For kontrakter om utførelse av helse- og sosialtjenester med en ideell organisasjon er oppdragsgiver ikke forpliktet til å følge reglene i forskriftens del II eller III."* Begrepet *"ideell organisasjon"* er ikke videre definert i forskriften, og det er heller ikke definert i annen lovgivning.
- (20) I henhold til Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) punkt 7.2 omfatter unntaket typisk virksomheter som *"skiller seg fra kommersielle virksomheter ved at de ikke har profitt som formål, og at et eventuelt overskudd benyttes til å drifte og tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten eller spesielle grupper, uten at mottageren yter et vederlag som fullt ut dekker kostnadene."*

- (21) I daværende Moderniseringsdepartementets tolkningsuttalelse fra 14. april 2005 om hvorvidt en konkret organisasjon var å anse som en *"ideell organisasjon"* uttales det i tillegg, at de virksomheter som er aktuelle for å være dekket av unntaksbestemmelsen, som hovedregel vil falle inn under skatteregler som har fritak eller betydelig lempet skattebyrder for slike aktiviteter. Endelig viser departementet til at et annet karaktertrekk ved ideelle organisasjoner, er at de er organisert som en stiftelse. Departementet utelukker likevel ikke at andre organisasjonsformer, som for eksempel aksjeselskap, også kan karakteriseres som ideelle organisasjoner. Det uttales videre at for aksjeselskap vil virksomhetens formål være et tolkningsmoment, men at det likevel ikke kan være avgjørende fordi mange virksomheter har tatt inn humanistiske visjoner uten at dette er det sentrale formålet med virksomheten. Det henvises videre til at det typiske uansett vil være at *"hele organisasjonen, uten økonomisk motiv, arbeider for å avhjelpe sosiale behov i samfunnet eller bestemte utsatte grupper og at dette er det sentrale i organisasjonens formålsbestemmelse"*.
- (22) Innklagedes vurdering av hvorvidt klager oppfylte vilkåret om å være en ideell organisasjon fremgår av innklagedes brev til klager av 1. juli 2011. Det sentrale i denne begrunnelsen er at selv om det prinsipielt ikke er utelukket at aksjeselskaper kan være ideelle organisasjoner, så gjør det forhold at klager er eiet av en privatperson som eneaksjonær at klager ikke kunne anses som en ideell organisasjon.
- (23) Som innklagede er inne på innebærer et slikt eierskap i seg selv at det i utgangspunktet er knyttet private økonomiske eierinteresser til selskapet. Eierskapet gir rom for private formuesdisposisjoner som kan gi mulighet for privat formuesøkning, uten at det kommer virksomheten eller virksomhetens formål til gode. Slik sett gir det private eierskapet mulighet for profittformål, selv om det er knyttet restriksjoner ved salg av aksjer og bruken av selskapets midler ved oppløsning.
- (24) Det uttalte formålet med virksomheten var å drive *"alle former for oppfølging av fosterhjem, veiledning, konsultasjon og undervisning der selskapet har faglig kompetanse"* og at selskapet skulle *"bygge på et humanistisk verdigrunnlag og skal være uten tilknytning til noen religion eller noe trossamfunn"*. Slik det var formulert fremstår det først og fremst som en beskrivelse av hvilke tjenester virksomheten skal tilby innen fosterhjemtjenester, dog med en humanistisk visjon. I følge vedtektene skulle det for så vidt ikke utbetales utbytte og ved oppløsning skulle eventuell overkurs tilfalle bestemte organisasjoner. Imidlertid sier verken formålet eller vedtektene for øvrig noe om hvordan et eventuelt utbytte og overkurs skulle benyttes for å tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten eller spesielle grupper, jf. blant annet Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) punkt 7.2.
- (25) Derimot framgikk det blant annet av klagers vedlagte kvalitetssikringssystem at det var et mål at alle tjenester skulle leveres i samsvar med oppdragsavtale, med faglig god kvalitet og til konkurransedyktige betingelser. De interne planleggingssystemer skulle sikre at foretaket utviklet kompetanse som kunne imøtekomme markedets behov innen de områder som var prioritert fra foretakets side og at nyrekruttering var knyttet til markedsmessige forhold. Virksomheten synes dermed å være knyttet til et økonomisk motiv om å selge virksomhetens tjenester til best mulig markedspris.
- (26) Vedtektene for virksomheten var for øvrig datert 31. mai 2011. I følge den vedlagte firmaattesten er dette samme dato som virksomheten ble stiftet. I tillegg var vedtektene signert av virksomhetens eier 14. juni 2011, samme dato som søknad om

prekvalifisering ble sendt. Søknadsfristen var 15. juni 2011. Klagers virksomhet fremtrer ikke som en organisasjon hvor "*hele organisasjonen, uten økonomisk motiv, arbeider for å avhjelpe sosiale behov i samfunnet eller bestemte utsatte grupper og at dette er det sentrale i organisasjonens formålsbestemmelse*", jf Moderniseringsdepartementets tolkningsuttalelse fra 2005. Tvert imot synes det som om at det ideelle formålet som det refereres til vedtektene, kun er ment å ivareta selskapets ønske om å kvalifisere seg som en ideell organisasjon i denne konkurransen.

- (27) Kvalifikasjonskravet om at virksomheten skulle være en "*ideell organisasjon*", kan dermed ikke anses oppfylt, jf. forskriften § 2-1 (3). Klagers anførsler har dermed ikke ført fram.

Konklusjon:

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 14. oktober 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Morten Goller