



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder påstand om ulovlige direkte anskaffelser av snøkanonanlegg med tilhørende rørtrase og vannreservoar. Klagenemnda fant at innklagede oppfyller vilkårene for å anses som et offentligrettslig organ, jf. forskriften § 1-2 (2), og at i hvert fall to av de inngåtte kontraktene i henhold til loven § 7b, jf. forskriften § 9-1 og § 18-1, utgjorde ulovlige direkte anskaffelser. Klagenemnda fant imidlertid at skyldkravet om grov uaktsomhet ikke var oppfylt, og at det derfor ikke er grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr.

Klagenemndas avgjørelse 16.januar 2012 i sak 2011/149

Klager: Norges Miljøvernforbund

Innklaget: Ørskogfjell Skisenter AS

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Gro Amdal og Kai Krüger

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Offentligrettslig organ.

Innledning:

- (1) Ørskogfjell Skisenter AS (heretter kalt innklagede) inngikk i 2009 flere kontrakter i forbindelse med anskaffelse av snøkanonanlegg med tilhørende rørtrase og vannreservoar, uten forutgående kunngjøring. Norges Miljøvernforbund (heretter kalt klager) fremsatte i brev av 20. mai 2011 en klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser, med påstand om at de inngåtte kontraktene utgjør ulovlige direkte anskaffelser. Klager viser til at innklagede er å anse som et offentligrettslig organ som er omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser, herunder kunngjøringsplikten.

Bakgrunn:

- (2) Innklagede er i dag 100 % eid av Vestnes kommune. Skisenteret ble opprettet i 1970, som et aksjeselskap med betegnelsen Nordheis AS. Helt fra starten av, særlig på 90-tallet og utover var det ustabile og snøfattige forhold, som resulterte i dårlig økonomi. I følge partene har skisenteret med få unntak gått med underskudd hvert år siden oppstarten i 1970. Etter det opplyste ble skisenteret kjøpt av Vestnes kommune i 1993, ved at konsesjonen, grunneierrettighetene og pliktene ble overført, gjennom en frivillig akkord, for å sikre eksistensen av et lokalt skisenter i kommunen. Etter det opplyste ble skisenteret senere overført til Ørskogfjell Eigedom AS, hvor Vestnes Energi AS var morselskap. Videre er det opplyst at Vestnes kommune etter få år kjøpte Ørskogfjell Eigedom AS (eierselskapet) og Vestnes Energi AS (driftsselskapet), og fusjonerte selskapene med Vestnes Energi AS som overtakende selskap, som er selskapet som i dag er benevnt Ørskogfjell Skisenter AS (heretter kalt innklagede). Innklagede driftes som en interesseorganisasjon, drevet av frivilliges dugnadsarbeid.

- (3) I brev av 5. mars 2008 fra Vestnes kommune til Ørskog kommune opplyses det om at Vestnes kommune for økonomiplanperioden 2008-2011 har fattet vedtak om å yte et årlig tilskudd på 200 000 kroner til innklagede. I brevet oppfordres Ørskog kommune til også å gi et årlig bidrag for "*å sikre skisenterdrifta ytterlegare*". Vestnes kommune ber også om at de aktuelle grunneierne oppfordres til å redusere eller frafalle den årlige grunnleien som skisenteret betaler.
- (4) I ekstraordinær generalforsamling i selskapet 18. mai 2009 ble det vedtatt aksjekapitalen skulle økes, og at det skulle sendes en søknad til Vestnes kommune om å stille lånegaranti. Bakgrunnen for dette var at selskapet ville gå til anskaffelse av et snøproduksjonsanlegg som skulle sikre mer stabile driftsforhold. Av et udatert notat utarbeidet i etterkant av generalforsamlingen 18. mai 2009 fremgår det at innklagede var avhengig av økonomisk støtte for videre drift. Det fremgår av notatet at: "*Utan kapitaltilgang i storleik om lag 3,5 mill kr., der kr. 500.000 vert skaffa gjennom aksjekapitalutviding, og resten ved eit kommunegarantert låneopptak på inntil 3 mill kr., er ikkje Ørskogfjell Skisenter AS liv laga. Aksjeselskapet er insolvent og selskapet må avviklast.*"
- (5) Av innklagedes vedtekter, sist endret ved generalforsamling 7. september 2009, fremgår det blant annet om selskapets formål, aksjekapital og utbytte til aksjonærene at:

"§2

Formålet til selskapet er å drive skisenter med tilhøyrande aktivitetar og tilbod som naturleg høyrer med arbeidet. Tilbodet skal først og fremst prioriterast for barn og ungdom. Ledig tid i skisenteret kan brukast til "utanom idrettsleg verksemd". Selskapet kan i samarbeid med frivillige interesser, lag og organisasjonar etablere kompetansegrupper for å utvikle tenelege driftsformer.

§3

*Selskapet sin aksjekapital er kr. 1.650.000, fordelt på 1650 aksjer pålydande kr. 1000.
(...)*

§5

Det skal ikkje utdelast utbytte til aksjonærane. Overskot skal nyttast til selskapet sitt formål. Ved likvidasjon av selskapet sin formue skal dette gå over til Vestnes kommune for nytte i samme fagområde, jf. § 2."

- (6) I brev fra Vestnes kommune datert 21. juli 2009 og 3. november 2009 til henholdsvis Møre og Romsdal fylkeskommune og Sparebank 1, ble det opplyst at Vestnes kommunestyre hadde fattet vedtak om å øke sin del av aksjekapitalen hos innklagede med inntil kroner 500 000, og at kommunen stilte simpel garanti for et lån på inntil kroner 3 577 000. Som vilkår for garantien krevde Vestnes kommune 1. prioritet pant i alle innklagedes eiendeler.
- (7) Innklagede søkte også Møre og Romsdal fylkeskommune om tilskudd, i form av statlige spillemidler, til bygging av snøproduksjonsanlegget. Spillemidler tildeles på visse vilkår, og i Kultur- og kirkedepartementets regelverk for tildeling av spillemidler, jf. forskrift om pengespill § 2, heter det at:

"2.2.5 Tilskuddsberettigede elementer

Det kan søkes om tilskudd til bygging og/eller rehabilitering av idrettsanlegg som er åpne for allmenn idrettslig virksomhet (idrett og fysisk aktivitet for alle), og som ikke er underlagt fortjenestebaserte eierformer."

- (8) I følge innklagede ble søknaden om spillemidler innvilget, og innklagede mottok støtte på kroner 700 000 fra Møre og Romsdal fylkeskommune.
- (9) En del av arbeidet med snøkanonanlegget skulle utføres av innklagede selv, på dugnad. For størsteparten av prosjektet ble det foretatt kjøp fra ulike leverandører. I forbindelse med ytelsene som ble forventet å gi størst utgifter ble det innhentet tilbud fra flere leverandører. Etter forespørsel fra sekretariatet oversendte innklagede ved e-poster av 20. desember 2011 og 6. januar 2012 tilbudene fra noen av leverandørene. Tilbudene fra Veks Elektro AS og JL Toppteknik AB er datert henholdsvis 30. april 2009 og 5. mai 2009. Det var også vedlagt et regnskap utarbeidet i forbindelse med mottak av spillemidler, som viser en oversikt over hvilke summer innklagede faktisk har betalt til de ulike leverandørene i anledning snøkanonprosjektet. For noen av kjøpene ble det gitt opplysninger om når de omtrentlig ble inngått. Ut fra dette har klagenemnda følgende opplysninger om de foretatte kjøpene:

Leverandør	Kontrakts dato	Ytelse	Tilbudssu m eks mva	Sum kjøp inkl mva	Sum kjøp eks mva
J.O Moen Anlegg AS	Innklagede anser 21. september 2009 som bestillingsdato	Graving - vanndam		303 000	
Veks Elektro AS	Bestilling gjort etter 2. oktober 2009	Elektroarbeid	576 000	879 874	659 905
Nordvestnett AS (lokal netteier)		El. arbeid. Montering av trafo		225 000	
Brødrene Dahl AS		Montasje av brønn og rør Montasje av vannledning Stagmateriell, rør og rørdele Høytrykkspumpestasj on		158 598	
JL Toppteknik AB	Ordrebekreftel se datert 13. august 2009	Matpumpe Høytrykkspumpestasj on Legging av rør, rør og rørdele Kompressor og etterkjøler Snøkanon Prosjektering og arbeidsledelse	1 765 000	1 865 264	1 398 948

		Frakt av materialer			
Tomra Maskin AS		Kabelgrøfter		2 450	
Relacom AS		Kabelgrøfter		27 487	
Vestnes Renovasjon AS		Kabelgrøfter Montasje av brønn og rør		48 424	
Stokkeland Traktordrift DA		Graving		24 968	
Brødrene Ulvestad AS		Montasje av brønn og rør		35 110	
Åndal Maskin AS		Montasje av brønn og rør		2 340	
Itt Norge AS		Montasje av brønn og rør		3 852	
Nerheim Landbruksservice AS		Montasje av brønn og rør		89 062	
Thormax AS		Montasje av brønn og rør		7 995	
Ad consult AS		Montasje av brønn og rør		9 000	
Straumen Bil AS		Montasje av brønn og rør		9 500	
Vikås rør og maskin		Montasje av brønn og rør		12 600	
Preplast Industrier AS		Montasje av brønn og rør Matepumpe og rør		30 761	
Allweiler AS		Matepumpe og rør Høytrykkspumpestasjon		252 000	
Dyrøy Betong AS		Høytrykkspumpestasjon		28 018	
STX Europe		Høytrykkspumpestasjon		8 928	
Harald Sylte AS		Stagmateriell, rør og rørdeler		4 170	
Molde Jernvareforretning AS		Stagmateriell, rør og rørdeler		12 473	
Ama Salg Møre AS		Stagmateriell, rør og rørdeler		1 638	
Tess AS		Snøkanoner, slanger		2 453	

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Klager anfører at kontraktene innklagede har inngått i forbindelse med anskaffelse av snøkanonanlegget innebærer ulovlige direkte anskaffelser. Innklagede er å anse som et offentligrettslig organ, jf. forskriften § 1-2 (2), og plikter således å følge regelverket om offentlige anskaffelser, herunder kunngjøringsplikten.
- (11) Innklagedes virksomhet ivaretar allmennhetens behov, og er ikke av industriell eller forretningsmessig karakter, jf. forskriften § 1-2 (2) bokstav a. Det vises til at innklagedes virksomhet er rettet inn mot barn og unge, og innebærer aktiviteter som tjener allmenhetens behov. Videre vises det til at innklagede i 2009 mottok store mengder offentlig støtte for å investere i snøkanoner. Klager antar at utgiftene forbundet med innkjøp av snøkanonene beløper seg til anslagsvis 2 530 000 kroner. Sommeren 2009 søkte innklagede Vestnes kommune om midler til innkjøp av snøkanoner. Alternativet til økonomisk tilskudd, var slik klager ser det, snarlig konkurs. Som følge av de økonomiske vanskene ble innklagede tilført ny aksjekapital på 500 000 kroner fra Vestnes kommune. Vestnes kommune har også garantert med simpel garanti for et lån på 3 577 000 kroner som innklagede har tatt opp. Denne typen garantier omfattes av EØS avtalen art 61 nr. 1, og er regnet som offentlig støtte. I årene 2008-2011 har innklagede også mottatt et årlig tilskudd fra Vestnes kommune på 200 000 kr. Videre har innklagede mottatt 10 000 kr i offentlig støtte fra Ørskog kommune.
- (12) Innklagede har også fått innvilget 700 000 kroner i statlige tippemidler fra Møre og Romsdal Fylkeskommune. I kulturdepartementets regelverk punkt 2.2.5 som gjelder for tildeling av tippemidler heter det at det kan søkes om tilskudd til bygging og/ eller rehabilitering av idrettsanlegg som er åpne for "*allmenn idrettslig virksomhet*" og som ikke er underlagt "*fortjenestebaserte eierformer*". Klager stiller i denne forbindelse spørsmål ved hvordan innklagede kan drive forretningsmessig, slik innklagede hevder, og samtidig oppfylle vilkårene for å motta tippemidler.
- (13) Etter klagers oppfatning har innklagede heller ikke som formål å gå med overskudd for å skaffe eierne utbytte. Dersom virksomheten hadde hatt inntjening som hovedformål ville eieren ikke ha godtatt tilnærmet 30 år med kontinuerlig underskudd. De offentlige støtteordningene innklagede har vært avhengig av velter også driftsrisikoen over på det offentlige, noe som ytterligere reduserer virksomhetens forretningsmessige preg.
- (14) Videre vises det til at innklagede ikke driver i konkurranse med andre skisenter. Det er ingen andre skisenter i nærheten av innklagede, og noe særlig konkurranse med tilsvarende virksomheter eksisterer dermed ikke.
- (15) Det vises også til at innklagede nærmest er å anse som en integrert del av Vestnes kommune, da ansatte i Vestnes kommune utfører administrativt arbeid for innklagede, og innklagede har adresse "Rådhuset" i Vestnes kommune.
- (16) Klager viser videre til at innklagede er organisert som et aksjeselskap, og dermed er et selvstendig rettssubjekt, jf. § 1-2 (2) bokstav b.
- (17) Vilkårene i § 1-2 (2) bokstav c er også oppfylt, ettersom innklagede er 100 % eid av Vestnes kommune og over halvparten av styremedlemmene er kommunalt valgte representanter.

- (18) Innklagede må uansett omfattes av regelverket i henhold til forskriften § 1-2 (3). Ettersom innklagede var på randen av konkurs i 2009 er det klart at over 50 % av midlene som ble brukt til innkjøp av snøkanoner skriver seg fra offentlig støtte i form av direkte tilskudd og kommunal garanti for låneopptak. Så lenge innklagede har mottatt offentlig støtte på mer en 50 % av anskaffelsens verdi har det ikke betydning om innklagedes virksomhet er av forretningsmessig karakter.

Innklagedes anførsler:

- (19) Innklagede bestrider å ha foretatt ulovlige direkte anskaffelser ettersom innklagede ikke er et offentligrettslig organ, og dermed ikke omfattes av lov og forskrift om offentlige anskaffelser.
- (20) Det vises for det første til at innklagede ikke tjener allmenhetens behov. Sentrale momenter er da at innklagede ikke er opprettet av Vestnes kommune. Tjenesten innklagede leverer er ikke en grunnleggende og nødvendig tjeneste for innbyggerne. Tjenesten er ikke allmenn, men spesiell, og den retter seg ikke bare mot innbyggerne i Vestnes kommune.
- (21) Innklagedes virksomhet er videre av forretningsmessig karakter. Det vises i denne forbindelse til at innklagedes drift i sin helhet er finansiert gjennom salgsinntekter og at innklagede har administrasjon, roller og styre som i ethvert annet kommersielt selskap. Det påpekes særlig at innklagede driver i konkurranse med flere nærliggende skianlegg, og at innklagede driver på forretningsmessige vilkår. Det er stilt krav til at innklagede skal "gå rundt" uten tilskudd fra eier, og det er uttalt at innklagede ikke vil bli "reddet" flere ganger. Det vises også til at innklagede har lånegjeld som finansieres gjennom salgsinntekter og at den kommersielle risikoen ligger hos innklagede.
- (22) Innklagede påpeker også i denne sammenheng at skisenteret er et selvstendig selskap som har sitt opphav utenfor Vestnes kommune. Skisenteret driftes som en interesseorganisasjon, drevet av frivilliges dugnadsarbeid. Innklagede har ingen administrativt ansatte, men betaler noe lønn til personer som kjører tråkkemaskin på ukurante tidspunkter.
- (23) Når det gjelder offentlig støtte innklagede har mottatt viser innklagede til at det som klager har påpekt ble fattet et vedtak om støtte på 200 000 kroner i året for årene 2008-2011. Det ble imidlertid kun ubetalt årlig støtte i 2 år, til sammen 400 000 kroner. Innklagede har også mottatt 10 000 kroner fra Ørskog kommune, som var et av flere bidrag innklagede søkte om fra omkringliggende kommuner, for å kjøre opp langrennsløyper. Ettersom dette er en tjeneste innklagede ikke har inntekter på syntes det naturlig å søke å dekke inn deler av denne kostnaden. Innklagede kan imidlertid ikke se at innklagedes virksomhet ikke skal være forretningsmessig av den grunn. Innklagede har også som klager har påpekt mottatt 700 000 kroner fra Møre og Romsdal Fylkeskommune. Dette er såkalte "tippemidler" som både offentlige organer, idrettslag og andre ideelle organisasjoner kan søke om etter gjeldende nasjonale regler, uten at dette skal regnes som subsidiering eller ha betydning for forretningsmessig drift. Lånet som Vestnes kommune har garantert for er ikke større enn en årsomsetning og representerer ikke en avgjørende del av innklagedes økonomi og risiko. Innklagede har i tillegg andre lån og leasingavtaler som ikke er sikret gjennom slike garantier. En står da tilbake med offentlig støtte på ca. 400 000 kroner, tildelt i de årene Vestnes kommune har vært involvert i innklagedes virksomhet. Denne støtten er ikke en vesentlig del av

innklagedes økonomi, verken historisk eller for fremtiden. I forhold til omsetningen i de årene Vestnes kommune har vært involvert i virksomheten, utgjør dette beløpet svært lite.

- (24) Punktet i selskapets vedtekter, hvor det fremgår at det ikke er anledning til å ta ut utbytte, ble tatt med for å komme i posisjon til å motta tippemidler, og for å unngå at et sterkt presset kommunestyre skulle kunne tappe selskapet for eventuelle midler.
- (25) Angående kontraktene som er påklaget vil innklagede påpeke følgende: Når det gjelder snøproduksjonsutstyr er det få aktører i det nordiske markedet. Tre aktører ble imidlertid forespurt om å inngi tilbud, og det billigste alternativet ble valgt. I forhold til elektrotjenester hadde innklagede ikke tilstrekkelig oversikt over arbeidet som måtte utføres til at det kunne legges ut på anbud. Den manglende oversikten begrunnes i at selskapet kun drives av dugnadsarbeid, noe som også innvirker på planleggingen. I stedet for å leie inn dyre konsulenter for å skaffe den nødvendige oversikten, ble det valgt en elektroinstallatør som kjente anlegget fra tidligere. To installatører ble forespurt, og den som ble valgt hadde den laveste timeprisen og var den som var villig til å sponse senteret mest. En stor del av elektrokostnadene omfatter ny trafo, arbeid mot høyspent og fordelingsbokser. Dette var arbeid som kun det lokale kraftverket kunne utføre, og som det dermed ikke var reell anledning til å konkurranseutsette. Når det gjelder graving av dam ble flere entreprenører forespurt, men ingen var villig til å ta på seg et slikt oppdrag til fastpris. Innklagede valgte derfor den entreprenøren som hadde mest erfaring fra dambygging, lavest timepris og mest egnet utstyr for jobben.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har anført at ettersom innklagede ikke har kunngjort angjeldende kontrakter, foreligger det ulovlige direkte anskaffelser. Klager viser til at innklagede er et offentligrettslig organ, og således omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser, jf. forskriften § 1-2 (2), jf. § 1-2 (1). Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse.
- (27) I lov 16. juli 1999 nr. 69 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"*, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2 og forskriften §§ 9-1 og 18-1. Oppdragsgivere omfattet av forskriften har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en verdi over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 og § 18-1. Klagenemndas kompetanse er begrenset til å behandle klager om brudd på lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, jf. klagenemndforskriften § 1 og § 6 første ledd. Dersom innklagede ikke er omfattet av lov og forskrift om offentlige anskaffelser, vil de påklagede avtalene heller ikke omfattes av regelverket, herunder kunngjøringsplikten. Det første spørsmålet blir således om innklagede er et organ som faller inn under anskaffelsesregelverkets virkeområde.

Hvorvidt innklagede er omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser

- (28) Det følger av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 2 og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 1-2 (1), at regelverket gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og *"offentligrettslige organer"*.

(29) Begrepet "offentligrettslige organ" er i forskriften § 1-2 (2), definert på følgende måte:

"Et offentligrettslig organ er ethvert organ:

- a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og*
- b. som er et selvstendig rettssubjekt og*
- c. som i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer."*

(30) Klagenemnda bemerker innledningsvis at alle kriteriene bestemmelsen angir må være oppfylt for at en virksomhet skal klassifiseres som et offentligrettslig organ. Innklagede er organisert som et aksjeselskap og er derfor utvilsomt et "selvstendig rettssubjekt. Innklagede er videre 100 % eid av Vestnes kommune, og over halvparten av styremedlemmene hos innklagede er oppnevnt av kommunal myndighet, jf. forskriften § 1-2 (1). Avgjørende i foreliggende sak blir således om innklagede driver virksomhet som "tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", jf. forskriften § 1-2 (2) bokstav a.

(31) "Allmennhetens behov" er et begrep som i følge EU-domstolen skal tolkes vidt, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-18/01 (Korhonen) premiss (41)-(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. At ikke alle har interesse i eller fri tilgang til de ytelsene som selskapet tilbyr er imidlertid ikke til hinder for at virksomheten anses for å tjene allmennhetens behov, jf. Steinicke/Groesmeier, EU's Udbudsdirektiver, 2. utgave 2008 s. 270. Eksempler på virksomheter EU-domstolen har funnet å tjene allmennhetens behov er fjerning og behandling av husholdningsavfall, organisering av messer og utstillinger og begravelsesvirksomhet. Klagenemnda viser også til at klagenemnda i sak 2005/184 kom til at et vitensenter også måtte anses for å tjene allmennhetens behov. Klagenemndas begrunnelse var at:

"Innklagedes virksomhet har som formål å drive utvikling og drift av allmennyttige vitensenterutstillinger i Gjøvik rettet mot barn og unge. Det skal blant annet lages utstillinger og aktiviteter rettet mot skoler. Virksomheten baseres delvis på driftstilskudd fra det offentlige. Dette er aktiviteter som er av samfunnsmessig betydning og som ofte er lagt til det offentlige. Virksomheten faller derfor etter klagenemndas vurdering innenfor vilkåret "tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter."

(32) Innklagede tilbyr allmennyttige aktiviteter og rekreasjon som det må antas at mange har interesse av å benytte. Virksomheten har som formål å ha et tilbud særlig tilpasset barn og unge, jf. innklagedes vedtekter § 2. Klagenemnda finner det i dette tilfellet ikke tvilsomt at innklagede driver en virksomhet som må anses for å "tjene allmennhetens behov". Innklagede kan således ikke høres med at virksomheten i denne relasjonen må

oppfattes som spesiell. Det er heller ikke avgjørende for vurderingen at innklagede ikke er opprettet av Vestnes kommune, jf. innklagedes anførsler om dette.

- (33) Når det gjelder vilkåret om at virksomheten ikke skal være av industriell eller forretningsmessig karakter, er det overordnede spørsmålet hvorvidt virksomheten er av en slik karakter at det samlet sett foreligger en risiko for at selskapet kan ledes til å ta andre hensyn enn de rent økonomiske, jf. praksis fra EU-domstolen og FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser s. 14. Svaret beror på en bred helhetsvurdering. 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:

"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 af det offentlige."

- (34) Det er på det rene at innklagede driver virksomhet på et område hvor det eksisterer et privat marked, og således at det foreligger en konkurransesituasjon.
- (35) På den andre siden er det også på det rene at innklagede ikke har til formål å skape inntjening. Det vises i denne forbindelse til innklagedes vedtekter hvor det fremgår at det ikke skal utdeles utbytte til aksjonærene, og det forhold at innklagede har søkt om, og fått innvilget, statlige spillemidler hvor det er et vilkår at virksomheten ikke er *"underlagt fortjenestebaserte eierformer"*, jf. Kultur- og kirkedepartementets regelverk for tildeling av spillemidler punkt 2.2.5. At en virksomhet ikke har som formål å skape inntjening har EU-domstolen ansett som et tungtveiende argument for at virksomheten ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-18/01 (Korhonen).
- (36) Det er imidlertid ingen absolutt betingelse at selskapet driver virksomhet med fortjeneste for øyet. I EU-domstolens forente saker C-223/99 og C-260/99 (Agora) kom domstolen til at organet, som drev med organisering av messer og utstillinger, var av forretningsmessig karakter, på tross av at det fremgikk av vedtektene at organet ikke skulle drives med fortjeneste for øyet. Domstolen la her avgjørende vekt på at organet i følge vedtektene skulle drives *"according to criteria of performance, efficiency and cost-effectiveness"*, og at organet selv bar den økonomiske risiko forbundet med dets aktiviteter, ettersom det ikke var fastsatt noen mekanismer vedrørende dekning av eventuelle økonomiske tap.
- (37) Innklagede har forklart at skisenteret drives på forretningsmessige vilkår ved at det er krav til at selskapet skal gå i balanse uten ytterligere tilskudd fra eier. I følge innklagede vil skisenteret ikke bli "reddet" flere ganger. Det er med andre ord krav til at skisenteret skal finansieres på bakgrunn av inntekter selskapet selv generer gjennom sin virksomhet. Etter klagenemndas oppfatning kan dette tale for at innklagede drives *"according to criteria of performance, efficiency and cost-effectiveness"*. Klagenemnda kan heller ikke se at det er etablert noen formelle mekanismer for at eventuelt

økonomisk tap skal dekkes av Vestnes kommune som eier. Slik saken er opplyst finner klagenemnda imidlertid ikke å kunne tillegge dette avgjørende vekt, da innklagedes økonomiske historie, slik denne er skissert for klagenemnda, viser at Vestnes kommune i stor grad har bidratt til at skisenteret har unngått konkurs, og derav synes å være den som reelt sett har båret den økonomiske risikoen. Klagenemnda viser i denne forbindelse til at skisenteret ble kjøpt opp av kommunen for å hindre at selskapet gikk konkurs, og at selskapet også etter dette tidspunktet de fleste år har gått med underskudd. Vestnes kommune har videre ytt økonomiske tilskudd til innklagede med begrunnelse om å sikre videre drift av selskapet. Til dette kommer også at Vestnes kommune er garantist for en større del av innklagedes langsiktige gjeld, og innklagedes økonomiske historie viser at det i foreliggende sak er en høyst reell risiko for at garantistansvaret kan bli realisert. Slik saken er opplyst, finner klagenemnda på bakgrunn av dette, om enn under tvil, at innklagede ikke kan anses for å drive "forretningsmessig".

- (38) Klagenemnda er således under tvil kommet til at innklagede er å betrakte som et offentligrettslig organ, som plikter å følge regelverket om offentlige anskaffelser.

Hvorvidt de påklagede kontrakter utgjør ulovlige direkte anskaffelser - klagefrist

- (39) Det følger av klagenemndforskriften § 13a andre ledd at en klage på ulovlig direkte anskaffelse "kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd". Av loven § 7b tredje ledd følger det at adgangen til å ilegge gebyr "bortfaller to år etter at kontrakt er inngått". Av samme bestemmelse følger det videre at "Fristen avbrytes ved at tvisteløsningsorganet meddeler oppdragsgiver om at det har mottatt klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse." I foreliggende sak ble innklagede meddelt om klagen i brev fra klagenemndas sekretariat datert 30. mai 2011. For at klagen i angjeldende tilfelle skal være rettidig må de påklagede kontraktene således være inngått før 30. mai 2009.
- (40) Innklagede har inngått to kontrakter, med henholdsvis JL Toppteknik AB og Veks Elektro AS, som hver for seg i sum overstiger den nasjonale terskelverdien. Innklagede har ikke kunnet opplyse om det nøyaktige tidspunktet for kontraktsinngåelse for noen av kontraktene. Det fremgår imidlertid av tilbudene fra JL Toppteknik AB og Veks Elektro AS at disse er datert henholdsvis 5. mai 2009 og 30. april 2009. Ut over dette har innklagede forklart at bestilling fra Veks Elektro AS ble gjort etter 2. oktober 2009, og at det i forhold til JL Toppteknik AB foreligger en ordrebekreftelse datert 13. august 2009. På bakgrunn av disse opplysningene legger klagenemnda til grunn at kontraktene ble inngått etter 30. mai 2009. Klagen er således rettidig hva angår kontraktene inngått med JL Toppteknik AB og Veks Elektro AS. Når det gjelder øvrige kjøp foretatt i forbindelse med snøkanonprosjektet, har klagenemnda få opplysninger om inngåelsestidspunkter. Dette er imidlertid kjøp som hver for seg i sum er forholdsvis små, og det er nærliggende å anta at disse ble foretatt etter at de største kontraktene var inngått. Sett sammen med at arbeidet med snøkanonprosjektet ikke ble iverksatt før høsten 2009 legger nemnda til grunn at klagen er rettidig også i forhold til kjøpene foretatt av øvrige leverandører.
- (41) Som nevnt over har oppdragsgivere omfattet av forskriften i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en verdi over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskriften § 9-1 og § 18-1.

- (42) Innklagede har begrunnet den manglende kunngjøringen med at innklagede ikke er et offentligrettslig organ, og at det dermed ikke forelå noen plikt til kunngjøring.
- (43) Klagenemnda har imidlertid i drøftelsen over kommet til at innklagede oppfyller vilkårene for å regnes som et offentligrettslig organ, jf. forskriften § 1-2 (2) bokstav a-c, og at innklagede således plikter å følge regelverket om offentlige anskaffelser, herunder også kunngjøringsplikten. Nemnda kan ikke se at noen av bestemmelsene som angir unntak fra kunngjøringsplikten, jf. forskriften § 2-1 (2) bokstav a-f, kommer til anvendelse.
- (44) På denne bakgrunn legger nemnda til grunn at det i dette tilfellet forelå kunngjøringsplikt og at kontraktene inngått med JL Toppteknik AB og Veks Elektro AS, som begge overstiger den nasjonale terskelverdien, utgjør ulovlige direkte anskaffelser, jf. loven § 7b.
- (45) Som nevnt tidligere har innklagede i tillegg til kontraktene inngått med JL Toppteknik AB og Veks Elektro AS foretatt flere kjøp av varer og tjenester fra en rekke andre leverandører i forbindelse med snøkanonprosjektet. Alle disse kjøpene er hver for seg i sum under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kr. For disse kjøpene reiser det seg flere problemstillinger. For det første oppstår spørsmål om disse kjøpene i det hele tatt er å betrakte som kontrakter i forskriftens forstand, jf. definisjonen i forskriften § 4-1 om at en kontrakt i henhold til forskriften er en kontrakt som er inngått skriftlig. De aktuelle kjøpene gjelder for de fleste tilfeller forholdsvis små beløp hvor det ikke foreligger et skriftlig tilbud eller andre skriftlige dokumenter. Slike dokumenter er uansett ikke fremlagt for klagenemnda. Ettersom kjøpene er under nasjonal terskelverdi oppstår det dernest spørsmål om hvorvidt flere eller alle kjøpene (også kjøpene over terskelverdi), ved beregning av anskaffelsens anslåtte verdi, jf. forskriften § 2-3, skal ses i sammenheng. På bakgrunn av den konklusjonen klagenemnda har kommet til under, finner klagenemnda imidlertid ikke grunn for å ta endelig stilling til disse spørsmålene.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd.

- (46) Vilåret for å ilegge overtredelsesgebyr, er etter loven § 7b første ledd at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt *"forsettlig eller grov uaktsomt"*. I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser er det nærmere redegjort for skyldkravet. Der fremkommer blant annet:

"Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse rettsuvitenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap — og innsikt.

- (47) Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å nevne at det i dette tilfellet dreier seg om et selskap som for en stor del er drevet gjennom dugnad og frivillighet, og at dette etter omstendighetene i saken har betydning for rolleforventningen til innklagede. Så vidt klagenemnda kan se ble det på tidspunktet for iverksettelse av snøkanonprosjektet, som innebar inngåelse av flere kontrakter over kunngjøringsgrensen, ikke foretatt en

vurdering av hvorvidt innklagede var et offentligrettslig organ omfattet av kunngjøringsplikten. I følge innklagede beror dette på en oppfatning om at innklagede ikke er å anse som et offentligrettslig organ som er omfattet av reglene om offentlige anskaffelser. Som det fremgår av lovmotivuttalelsen kan rettsuvitenhet ha betydning for skyldspørsmålet. Det heter at det skal lite til for å anse rettsuvitenheten som uaktsom, men at det ved vurderingen bør legges vekt på hvorvidt den konkrete konklusjonen fremstår som uklar. Innklagedes begrunnelse for at selskapet ikke anså seg selv som et offentligrettslig organ er hovedsakelig bygget på at innklagede opererer i et marked i konkurranse med private aktører. Hvorvidt det foreligger en konkurransesituasjon er et moment som i henhold til praksis gir klare indikasjoner på at selskapet driver forretningsmessig, jf. Korhonen-avgjørelsen. På den andre siden foreligger det flere forhold som taler i motsatt retning. Etter omstendighetene kan innklagede bebreides for ikke å ha utvist større aktsomhet, ettersom selskapet er 100 % eid av Vestnes kommune, som også har ytt økonomisk tilskudd, men ettersom klagenemnda finner klassifiseringen av selskapet noe tvilsom, finner ikke nemnda tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at det er utvist grov uaktsomhet fra innklagedes side.

- (48) Etter dette finner klagenemnda at det ikke er grunnlag for å ilegge gebyr i denne saken, jf. loven § 7b.

Konklusjon:

Ørskogfjell Skisenter AS har foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved ikke å gjøre kontraktene inngått med JL Toppteknik AB og Veks Elektro AS til gjenstand for kunngjøring.

Bergen, 16. januar 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver