



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Riksantikvaren og NIKU inngikk avtaler om konservering og restaurering av et predellamaleri, en altertavle og en prekestol. Saken ble behandlet i stornemnd. Nemnda konkluderte med at avtalene om konservering og restaurering var unntatt regelverket fordi de var inngått som ett ledd i ett samarbeid mellom Riksantikvaren og NIKU.

Klagenemndas stornemndsavgjørelse 22. november 2017 i sak 2017/18

Klager: Malerikonservatorene Anne Milnes og Katrine Scharffenberg

Innklaget: Riksantikvaren

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Finn Arnesen, Karin Fløistad, Halvard Haukeland Fredriksen og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Riksantikvaren arrangerte 27. oktober 2016 en befaring av Lade kirke sammen med NIKU (Norsk institutt for kulturminneforskning). NIKU utformet i etterkant et skriv omtalt som et "*tilbud på behandling av altertavlen og prekestolen*", datert 19. desember 2016.
- (2) Vilkårene for oppdragene ble nedtegnet i to dokumenter kalt "*avtale mellom Riksantikvaren og NIKU*", signert 10. februar 2017. Den ene avtalen omfattet konserverings- og restaureringsarbeid, herunder rensing, feste av løs maling, retusjering i avskallede områder på altertavlen og et predellamaleri, samt bedre feste av alabastfigurene på predellaen. Prisen på arbeidet var fastsatt til kroner 589 702. Den andre avtalen gjaldt rensing, feste av løs maling og retusjering i avskallede områder på prekestolen. Prisen på dette arbeidet var kroner 382 836.
- (3) Riksantikvaren er direktorat for kulturminneforvaltningen og Klima- og miljødepartementets rådgivende og utøvende faginstans for forvaltning av kulturminner og kulturmiljøer.
- (4) NIKU ble opprettet av Miljøverndepartementet som en del av stiftelsen NINA*NIKU i 1994. NINA*NIKU fisjonerte i 2003. Bakgrunnen for opprettelsen av NIKU var at det ble ansett som uheldig at Riksantikvaren både drev forskningsvirksomhet og hadde forvaltningsmyndighet, der forskningen dannet grunnlaget for vedtakene. I tillegg var det Riksantikvaren som fastsatte finansieringsbehovene og foretok utgravinger o.l. som følge av forvaltningsvedtak, jf. St.prp. nr. 1 (1993-1994) s. 64.

Postadresse

Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Rådhusgaten 4, 4. etasje
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75
00

Faks: +47 55 59 75
99

E-post:

postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (5) NIKUs formål er i henhold til vedtektene § 3 å *"være et nasjonalt og internasjonalt kompetansesenter innen kulturminneforskning. Instituttet skal drive forskning og utvikling samt forskningsbasert oppdragsvirksomhet som undersøkelser, dokumentasjon, utredninger, konservering og rådgivning for kulturminneforvaltningen og andre relevante brukere i samfunnet."*
- (6) Ifølge forskrift om faglig ansvarsfordeling mv. etter kulturminneloven § 1 nr. 1, er det Riksantikvaren som har adgang til å *"søke etter, registrere, avbilde, holde i stand, restaurere, bygge opp igjen, flytte og gjerde inn automatisk fredete kulturminner og gjøre de tiltak som trengs til pleie og anskueliggjørelse av dem, herunder rydde området omkring"*, jf. kulturminneloven § 11 første ledd bokstav a. Dette ansvaret kan imidlertid delegeres for *"automatisk fredete kulturminner fra middelalder for så vidt gjelder kirker, klostre og kirkelige anlegg, borger og befestninger, byanlegg og rester av slike og stående bygninger av alle slag, delegere for et bestemt tidsrom eller i konkrete saker til NIKU eller til regional kulturminneforvaltning"*, jf. den nevnte forskriften § 6 andre ledd.
- (7) Ansvarsfordelingen mellom Riksantikvaren og NIKU er også nedtegnet i en *"Rammeavtale for samarbeid mellom Riksantikvaren og Norsk institutt for kulturminneforskning"* av 29. mars 1995, hvor det er fastsatt felles formål med avtalen og nærmere bestemmelser for samarbeidet.
- (8) Anne Milnes Malerikonservator og Malerikonservator Katrine Scharffenberg (heretter klagerne) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 9. februar 2017.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. september 2017. Etter dette ble det besluttet at saken skulle behandles i stornemnd, jf. klagenemndsforordningen § 12. Stornemndsmøte ble avholdt 30. oktober 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontraktene med NIKU uten å kunngjøre eller på annen måte konkurranseutsette anskaffelsen.
- (11) Oppdraget som NIKU er tildelt i denne saken kan ikke anses som delegering av myndighet i henhold til forskrift om faglig ansvarsfordeling mv. etter kulturminneloven § 6 annet ledd. Riksantikvarens oppgaver i dag omfatter ikke restaurerings- og konserveringsvirksomhet. Det er inngått en kontrakt, og denne utgjør en gjensidig bebyrdende avtale og ikke delegering av myndighet. Kontraktene gjelder dessuten ikke objekter som er automatisk fredet etter kulturminneloven, slik at det ikke er delegasjonsadgang.
- (12) Under enhver omstendighet er kontrakten mellom Riksantikvaren og NIKU i strid med regelverket for offentlige anskaffelser og dermed Norges forpliktelse etter EØS-avtalen. Forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse når offentlige oppdragsgivere inngår vare- tjeneste- eller byggekontrakter. Ingen av unntakene i forskriften kommer til anvendelse her. Unntaket for samarbeid i henhold til EU-domstolens avgjørelse i sak C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg* kommer heller ikke til anvendelse ettersom det ikke er tale om et reelt samarbeid. Begge parter bidrar ikke ved

utføringen av oppgavene, slik det kreves, jf. eksempelvis sak C-159/11 *Azienda*. Samarbeidet blir heller ikke utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser.

- (13) Presumsjonen for at norsk rett er i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen tilsier at forskriften om faglig ansvarsfordeling mv. etter kulturminneloven ikke kommer til anvendelse i dette tilfellet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (14) Avtalene med NIKU er ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Det er ikke tale om noen kontrakt i regelverkets forstand. Det offentlige står fritt til å organisere sin virksomhet den måten som det finner mest hensiktsmessig for å løse sine oppgaver. Eventuelt regulerer forskrift om faglig ansvarsfordeling mv. etter kulturminneloven spørsmålet fremfor anskaffelsesforskriften.
- (15) NIKU har en bred og helhetlig rolle når det gjelder ivaretagelse av middelalderens kulturminner. NIKU ble opprettet 1. september 1994 som en del av Stiftelsen for naturforskning og kulturminneforskning. Før dette var det Riksantikvaren selv som utførte konserveringsarbeid. Formålet med utskillelsen var blant annet å skille forvaltning fra forskning og utøvende virksomhet, jf. St.prp. nr. 1 1993-1994 s. 64. Også *"Rapport om gjennomføring av omorganiseringen av forsknings- og utredningsvirksomheten innen kulturminnevernet"*, som ble utarbeidet av en arbeidsgruppe for Miljøverndepartementet, viser NIKUs formål. Dette, sammenholdt med samarbeidsavtalen mellom NIKU og Riksantikvaren av 29. mars 1995, viser at NIKU i dag har den fagkunnskap som Riksantikvaren tidligere hadde, og at Riksantikvaren er avhengig av at NIKU opprettholder sin kunnskap på dette feltet.
- (16) Ordningen mellom Riksantikvaren og NIKU gjennomfører på denne bakgrunn også et samarbeid som har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål. Vilårene i EU-domstolens sak C-408/06 *Stadtreinigung Hamburg* er oppfylt. Bevaring av kulturmidler er en offentlig oppgave. Det er ikke nødvendig at begge samarbeidene parter utfører de aktuelle oppgavene, jf. direktiv 2014/24 i fortalen, premiss 33. Selv om NIKU har en viss aktivitet i markedet, medfører ikke dette at samarbeidet mellom Riksantikvaren og NIKU ikke kan anses som utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser. Samarbeidet omfatter konservering av kulturminner, og NIKUs oppgaver utføres ikke med formål om å generere overskudd. Betalingen er basert på de faktiske kostnadene for utføring av oppdraget.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klagen er rettidig. Saken gjelder anførsel om ulovlig(e) direkte anskaffelse(r), hvor det ikke gjelder et krav til saklig klageinteresse for å fremme saken.
- (18) Den nye forskriften om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 gjelder fra 1. januar 2017, jf. § 32-1. Ifølge § 32-2 (1) gjelder forskriften *"anskaffelser iverksatt etter forskriftens ikrafttredelse"*. Tidspunktet for når en anskaffelse er iverksatt er her fastsatt til når den er kunngjort eller *"når oppdragsgiver har sendt ut en forespørsel til én eller flere leverandører om å melde sin interesse eller inngi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelse."* De aktuelle avtalene er inngått 10. februar 2017, men NIKU innga sitt kostnadsestimat 19. desember 2016 etter en befaring som ble avholdt 27. oktober 2016. Dette må innebære at oppdragsgiver har sendt en forespørsel til NIKU før 19. desember 2016. Spørsmålet om hvorvidt avtalene er omfattet av regelverket må derfor

vurderes med utgangspunkt i reglene som fremgår av forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.

- (19) De aktuelle tjenestene er konserverings- og restaureringsarbeid på en altertavle, et predellamaleri og en prekestol i Lade kirke. Kostnadsestimatet for den ene av disse restaureringsarbeidene overstiger den nasjonale terskelverdien på kroner 500 000. Den andre er under nevnte terskelverdi. Det legges til grunn at tjenestene skal klassifiseres som *"bevaring av historiske monumenter og bygninger"* med CPV-kode 92522000, hvilket er uprioriterte tjenester.
- (20) Det følger av forskriften § 1-3 (1) at forskriften får anvendelse på *"tildeling av offentlige kontrakter [...]"*. Begrepet *"kontrakt"* er definert i § 4-1 bokstav a som en *"gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører"*. Definisjonen er hentet fra direktiv 2004/18 artikkel 1 nr. 2 a).
- (21) Måten 2006-forskriften og direktiv 2004/18 er bygget opp på, innebærer at det er begrepet *"offentlige kontrakter"* som avgrenser anskaffelser som omfattes av reglene fra anskaffelser som ikke gjør det, jf. Janicke Wiggen i *"Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor, Kontraktsbegrepets grenser (2013)"*, se side 27 flg.
- (22) I tråd med dette er det i EU-domstolens rettspraksis lagt til grunn at det er flere forskjellige typetilfeller som ikke anses som kontrakter i direktivets forstand. Dette gjelder for eksempel oppdrag som tildeles i medhold av reglene om utvidet egenregi (se eksempelvis sak C-107/98 *Teckal*), oppdrag som utføres på grunnlag av lov eller administrative bestemmelser (se eksempelvis sak C-220/06 *Correos*), og visse samarbeidsavtaler mellom offentlige oppdragsgivere om en felles oppgave (se eksempelvis sak C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg*). Anskaffelsesregelverket kommer heller ikke til anvendelse dersom *"kontrakten"* i realiteten gjelder delegasjon av forvaltningsmyndighet, jf. senest sak C-51/15 *Remondis/Hannover*, hvor EU-domstolen understreket at *"kompetencefordelingen inden for en medlemsstat"* er omfattet av EUs plikt i henhold til EU-traktaten artikkel 4 nr. 2 til å respektere medlemsstatenes nasjonale identitet (avsnitt 40).
- (23) Avgrensningen mot delegasjon av forvaltningsmyndighet kan ved første øyekast synes anvendelig for vår sak. Ifølge forskrift om faglig ansvarsfordeling mv. etter kulturminneloven § 6 annet ledd kan nemlig Riksantikvaren for et bestemt tidsrom eller i konkrete saker delegere nærmere angitt myndighet til NIKU (eller til regional kulturminneforvaltning).
- (24) For klagenemnda fremstår imidlertid ikke avtalene mellom Riksantikvaren og NIKU som delegasjon av forvaltningsmyndighet. Bakgrunnen for opprettelsen av NIKU var departementets ønske om å skille forvaltningsansvaret fra forskning og utøvende virksomhet, jf. St.prp. nr. 1 1993-1994 s. 64. I tråd med dette synes det klart at det bare er selve konserverings- og restaureringsarbeid som overlates til NIKU. Klagenemnda tilføyer at selv om det skulle være elementer av myndighetsoverføring i avtalene mellom Riksantikvaren og NIKU, er ikke det i seg selv tilstrekkelig for å unnta selve konserverings- og restaureringsarbeidet fra anskaffelsesregelverket, jf. EU-domstolens avgjørelse i nevnte C-51/15 *Remondis/Hannover*. Saken gjaldt to tyske regioner som hadde gått sammen om å overføre oppgaven for blant annet avfallshåndtering til et

selskap som de hadde stiftet i fellesskap. EU-domstolen stilte opp følgende betingelser (premiss 49):

"Som påpeget af generaladvokaten i punkt 53 i forslaget til afgørelse, skal en kompetenceoverdragelse, for at kunne anses for en sådan, ikke blot vedrøre det til den overdragne kompetence knyttede ansvar, bl.a. forpligtelsen til at udføre de opgaver, som denne kompetence indebærer, men tillige de beføjelser, der er en følge af denne kompetence. Dette fordrer, at den offentlige myndighed, der får tillagt en kompetence, får beføjelse til at organisere udførelsen af de opgaver, der er omfattet af denne kompetence, såvel som til at fastlægge den lovgivningsmæssige ramme for disse opgaver, og at den råder over en finansiell autonomi, der gør det muligt at sikre finansieringen af de nævnte opgaver. Dette er derimod ikke tilfældet, såfremt den oprindeligt kompetente myndighed bevarer hovedansvaret for de nævnte opgaver, såfremt den forbeholder sig den finansielle kontrol med disse, eller såfremt den skal forhåndsgodkende de beslutninger, der planlægges af den enhed, som den er tilknyttet."

- (25) Selv om selve opprettelsen av NIKU kan betraktes som ledd i omorganisering av kulturminneforvaltningen, er det klart at den valgte organisasjons- og finansieringsmodellen gjør at betingelsene oppstilt i sak C-51/15 *Remondis/Hannover* ikke er oppfylt. Det er ikke tvilsomt at Riksantikvaren har hovedansvaret for kulturminnevernet og gjennom ordningen med oppdragstildeling til NIKU har beholdt både den forvaltningsmessige og den finansielle kontrollen.
- (26) Etter klagenemndas oppfatning kommer heller ikke unntaket for utvidet egenregi til anvendelse i vår sak.
- (27) NIKU er en privat stiftelse, og dermed et selveiende rettssubjekt. NIKUs finansiering, organisering og formål gjør det klart at NIKU selv er omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser, jf. definisjonen av "*offentligrettslig organ*" i forskriften § 1-2. Av vedtektene fremgår det at tre av syv styremedlemmer, herunder også styrets leder, oppnevnes av Miljøverndepartementet (nå: Klima- og miljødepartementet). To styremedlemmer oppnevnes av Norges forskningsråd, mens de to siste velges av og blant de ansatte og oppnevnes av arbeidstakernes organisasjoner. Vedtektene gjør det også klart at eventuelle endringer av formålsparagrafen må godkjennes av både Miljødepartementet og Norges forskningsråd. NIKU er med dette underlagt kontroll fra samme departement som også Riksantikvaren sorterer under. NIKUs vedtekter tilsier imidlertid at statens kontroll med NIKU er av overordnet karakter. Bakgrunnen for opprettelsen av NIKU – departementets ønske om å skille forvaltningsansvaret fra forskning og utøvende virksomhet – trekker i sammen retning. Klagenemnda legger derfor til grunn at kontrollkriteriet i egenregiunntaket ikke er oppfylt, og tilføyer at noe annet heller ikke er anført av innklagede.
- (28) Selv om klagenemnda er kommet til at hverken unntaket for utvidet egenregi eller unntaket for forvaltningsintern oppgavefordeling kommer til anvendelse, er drøftelsene ovenfor relevante når nemnda nå går over til å vurdere om unntaket for samarbeid mellom offentlige organer om felles "*public service*"-oppgaver.
- (29) Unntaket for samarbeid mellom offentlige organer ble stadfestet av EU-domstolen i sak C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg*. Det kan av denne avgjørelsen, sammenholdt med sak C-159/11 *ASL Lecce*, utledes enkelte vilkår for når et slikt samarbeid faller utenfor direktivets kontraktsbegrep. Det kreves for det første at det er tale om et samarbeid

mellom offentlige myndigheter. Videre er det et krav at samarbeidet gjelder en *"fælles public service-opgave"*, at samarbeidet utelukkende blir utført av hensyn til offentlige interesser. Det er også et vilkår om at samarbeidet ikke innebærer at en privat virksomhet stilles i en fordelaktig posisjon sammenlignet med sine konkurrenter.

- (30) Som alt påpekt i avsnitt 27 ovenfor må det legges til grunn at NIKU er et offentligrettslig organ i anskaffelsesrettslig forstand.
- (31) Spørsmålet er da om det er tale om et samarbeid mellom Riksantikvaren og NIKU om en felles offentlige oppgave.
- (32) Når det gjelder spørsmålet om det er tale om et samarbeid av en felles oppgave, kan man ikke bare se hen til de enkeltstående avtalene som er påklaget i denne saken. Det samarbeidet mellom NIKU og Riksantikvaren som skulle etableres er beskrevet i en rapport til Miljøverndepartementet (udatert, men oversendt fra departementet 14. april 1994). Denne er benevnt *"Gjennomføring av omorganiseringen av forsknings- og utredningsvirksomheten innen kulturminnevernet"*. Ansvar for konserverings- og restaureringsvirksomheten er ifølge rapporten delt mellom Riksantikvaren og NIKU. Riksantikvaren ble tildelt ansvaret for strategien for konserveringsvirksomheten og for å prioritere tiltak, sørge for utarbeidelse av nødvendig registrering som grunnlag for forvaltningsavgjørelser, godkjenne konkrete forslag til konservering, tilrettelegge og følge opp tiltak som er besluttet iverksatt og opprettholde undervisningstilbudet. NIKU fikk på sin side ansvaret for undersøkelser og registreringer, restaurerings-, konserverings- og registreringsoppdrag for kulturminneforvaltningen og andre brukere, informasjon, kurs- og undervisningsvirksomhet, forskning, oppdragsvirksomhet og teknikk og metodeutvikling.
- (33) Samarbeidet ble senere også avtalefestet i en *"Rammeavtale for samarbeid mellom Riksantikvaren og Norsk institutt for kulturminneforskning"* av 29. mars 1995, hvor det er fastsatt felles formål med avtalen og nærmere bestemmelser for samarbeidet. Man står følgelig overfor en form for samarbeid der ansvaret er fordelt mellom Riksantikvaren og NIKU på en slik måte at NIKU på oppdragsbasis driver konserverings- og restaureringsvirksomhet ved inngåelse av separate kontrakter der det avtales et vederlag. NIKU og Riksantikvaren har altså etablert et samarbeid som tar sikte på løse en felles offentlig oppgave.
- (34) Den oppgavefordelingen som er etablert mellom Riksantikvaren og NIKU synes også forutsatt i forskrift om faglig ansvarsfordeling § 6 annet ledd. Bestemmelsen legger opp til at Riksantikvaren enten må utføre konserverings- og restaureringsarbeid selv, eller overlate den til NIKU (eventuelt til regional kulturminneforvaltning). Som en følge av at forsknings- og utredningsvirksomheten innenfor kulturminnevernet er skilt ut fra Riksantikvaren, er det ikke lenger et alternativ at Riksantikvaren selv utfører oppgaven.
- (35) Det er for øvrig opplyst at NIKU utfører visse konserveringsarbeid hvor betalingen ytes av andre enn Riksantikvaren. Nemnda bemerker i denne forbindelse at den nye forskriften § 3-3 bokstav c stiller som vilkår for et samarbeid av denne typen at *"mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne"*. Hvordan en slik ekstern omsetning skal vurderes i relasjon til 2006-forskriften, er imidlertid beheftet ved en viss rettslig usikkerhet. Spørsmålet om en av samarbeidspartene også kan delta i det private markedet, uten at man av den grunn blir rammet av direktivet, har ikke kommet på spissen i EU-domstolens praksis. I sak C-

386/11 *Pipenbrock* kom domstolen for det første til at det ikke forelå noe samarbeid, og for det andre at avtalen mellom partene tillot at oppgaven kunne gjennomføres av en privat tredjepart, slik at tredjeparten kunne få en fordel i forhold til andre virksomheter som opererte i samme marked. Dette er ikke tilfellet i vår sak. Situasjonen er heller ikke den samme som i BIR-sakene som klagenemnda behandlet i blant annet sak 2009/246 og sak 2011/65. Disse sakene gjaldt direkte tildeling av kontrakter til BIR Bedrift AS, som var skilt ut som en egen enhet i BIR-konsernet for å drive konkurranse med andre selskaper.

- (36) Slik saken er opplyst er det derfor ikke grunnlag for å hevde at samarbeidet ikke utelukkende styres av offentlige interesser, eller at samarbeidet innebærer at en privat virksomhet stilles i en fordelaktig posisjon sammenlignet med sine konkurrenter.
- (37) De påklagde kontraktene må altså anses som en del av det samarbeidet som er etablert mellom Riksantikvaren og NIKU. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Riksantikvaren har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk