



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Offentligrettslig organ

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av tjenester i forbindelse med utvikling av ny versjon av en nettbasert treningsdagbok. Klager anførte at innklagede var omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser og at innklagede hadde brutt regelverket ved vurderingen av tildelingskriteriene. Klagenemnda kom til at innklagede ikke er omfattet av regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 19. juni 2018 i sak 2017/131

Klager: Lyymp AS

Innklaget: Norges idrettsforbund og olympiske og paralympiske komité

Klagenemndas

medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Norges idrettsforbund og olympiske og paralympiske komité (heretter *innklagede*) kunngjorde 26. april 2017 en konkurranse i Doffin-databasen for anskaffelse av tjenester i forbindelse med utvikling av ny versjon av en nettbasert treningsdagbok. Ved vurderingen av tilbudene ville innklagede vektlegge kriteriene løsning, leverandør, fremdriftsplan og pris. Innen tilbudsfristen mottok innklagede flere tilbud, herunder fra Netlife Research AS (heretter *valgte leverandør*) og Lyymp AS (heretter *klager*). Anskaffelsens estimerte verdi var ikke gjengitt i kunngjøring eller konkurransegrunnlag. Det er imidlertid opplyst at klagers tilbud var priset til 2,4 millioner kroner og at dette var det billigste tilbudet. Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 30. august 2017.
- (2) Innklagede er en frivillig organisasjon med organisasjonsformen forening/lag/innretning. Innklagede har opplyst at innklagedes medlemmer er særforbund og idrettslag. Alle medlemmene er ideelle foreninger og selvstendige rettssubjekter, og alle som har valgte tillitsverv i NIF må være medlemmer av idrettslag tilsluttet NIF. Av innklagedes nettsider fremgår det at innklagede «består av 54 særforbund, 19 idrettskretser, 366 idrettsråd og 12.178 idrettslag, og har 2.100.000 medlemskap».
- (3) I idrettspolitisk dokument for 2015-2019 gjengis organisasjonens formål og virksomhetsidé på følgende måte:

«NIF skal arbeide for at alle mennesker gis mulighet til å utøve idrett ut fra sine ønsker og behov, uten å bli utsatt for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling. Virksomhetsideen har gyldighet utover tingperioden. Norsk idrett skal:

- 1) Tilby alle barn et variert aktivitetstilbud tilpasset barnas fysiske utvikling innenfor trygge og stimulerende miljøer.*

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

- 2) *Ta vare på alle sine medlemmer og legge til rette for idrett og fysisk utfoldelse for alle gjennom hele livet.*
 - 3) *Være en ledende toppidrettsnasjon som utvikler en prestasjonskultur innenfor alle særidretter og gir store opplevelser til det norske folk.*
 - 4) *Være en levende frivillig medlemsorganisasjon som utvikler og fornyer seg i takt med samfunnet for øvrig.*
 - 5) *Være en pådriver for idrett og fysisk aktivitet i samfunnet.»*
- (4) Innklagedes årsrapport for 2017 viser at driftsinntektene var på 1 722 488 000 kroner. Av disse utgjør 1 581 179 000 kroner «Tilskudd fra det offentlig[e] og andre instanser», 49 278 000 kroner sponsorinntekter og 92 032 000 var andre driftsinntekter. Det offentlige tilskuddet består blant annet av rammetilskudd fra Kulturdepartementet, samt øremerkede tilskudd fra Kulturdepartementet.
- (5) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. september 2017. Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. juni 2018.

Anførsler:

Klager har i korthet anført:

- (6) Innklagede er omfattet av regelverket som et offentligrettslig organ. Den offentlige støtten utgjør mer enn 90 prosent av innklagedes inntekter. Dette gir det offentlige mulighet for å påvirke innklagedes disposisjoner og nødvendiggjør at regelverket kommer til anvendelse.
- (7) Klager skulle ha vunnet konkurransen. Klager skulle hatt best uttelling på kriteriene om pris og leveranse og like god uttelling som valgte leverandør på kriteriet om soliditet/leverandør.

Innklagede har i korthet anført:

- (8) Innklagede er ikke omfattet av regelverket og har derfor heller ikke brutt det. At innklagede hovedsakelig er finansiert av offentlige midler, innebærer at et av de alternative vilkårene for at kravet om tilknytning til det offentlige er oppfylt. Bestemmelsen inneholder imidlertid også et vilkår om å tjene allmennhetens behov uten å være av industriell og forretningsmessig karakter. Ut fra bestemmelsens oppbygging er det klart at man ikke uten videre kan legge til grunn at oppfyllelsen av finansieringsvilkåret innebærer at organet også oppfyller vilkåret om å tjene allmennhetens behov uten å være av industriell og forretningsmessig karakter. Innklagede har ingen annen tilknytning til det offentlige enn finansieringen. Innklagede har som formål å tilgodese medlemmenes interesser, ikke å tjene allmenhetens behov.

Klagenemndas vurdering:

- (9) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av tjenester i forbindelse med utvikling av ny versjon av en nettbasert treningsdagbok som etter sin art kan være en tjenesteanskaffelse.

- (10) Anskaffelsens estimerte verdi er ikke gjengitt i konkurransegrunnlag eller kunngjøring. Det er opplyst at klagers tilbud var priset til 2,4 millioner kroner og at dette var det billigste tilbudet. For det tilfelle at oppdragsgiver er omfattet av anskaffelsesregelverket, følger anskaffelsen etter det opplyste lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 og forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Hvorvidt innklagede omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser

- (11) Det fremgår av forskriften § 1-2 første ledd at regelverket gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer.

- (12) Offentligrettslig organ er i forskriften § 1-2 andre ledd definert på følgende måte:

«Et offentligrettslig organ er et organ som:

a) er opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter,

b) er et selvstendig rettssubjekt og

c) har tilknytning til det offentlige ved at

1. organet hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer,

2. organets forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll eller

3. organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.»

- (13) Innklagede er et selvstendig rettssubjekt, og innklagede har ikke bestridt at innklagede hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter.

- (14) Selv om de nærmere omstendigheter omkring finansieringen ikke er opplyst, legger nemnda på denne bakgrunn til grunn at mer enn halvparten av innklagedes inntekter relaterer seg til tilskudd fra offentlige myndigheter.

- (15) Innklagede har imidlertid bestridt at innklagede er «opprettet for å tjene allmennhetens behov» uten å være «av industriell eller forretningsmessig karakter».

- (16) Disse vilkårene i forskriften § 1-2 er hentet fra direktiv 2014/24/EU, artikkel 2 (4) og er en videreføring av tilsvarende bestemmelser fra de tidligere direktivene. I den engelske versjonen av direktivbestemmelsen heter det at de offentligrettslige organene karakteriseres av at de er «*established for the specific purpose of meeting needs in the general interest*». En offisiell norsk oversettelse av direktivet foreligger ennå ikke, men i den uoffisielle versjonen inntatt som vedlegg 2 til Prop. 114 S (2015–2016) er første del av definisjonen i bokstav a) oversatt med «*de er opprettet for det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov*». Dette er også i tråd med den danske og den svenske versjonen av direktivet, som viser til organer som er hhv. «*specielt*» og «*särskilt*» for å tjene allmennhetens behov. Til forskjell fra direktivteksten gir ikke forskriften anvisning

på at organet må være opprettet for det bestemte formål å tjene allmennhetens behov. Det er imidlertid ikke noe som tilsier at dette er ment å innebære at forskriften skal favne om flere rettssubjekter enn EØS-rettslig påkrevd.

- (17) Spørsmålet er etter dette om innklagede kan sies å være opprettet for det bestemte formål å tjene allmennhetens behov, slik dette vilkåret må forstås i EU/EØS-rettslig betydning.
- (18) Praksis fra EU-domstolens viser at det i utgangspunktet ikke skal mye til før et organ anses opprettet for det bestemte formål å tjene allmennhetens behov. Det ligger tilsynelatende heller ingen reell begrensning i ordlydens henvisning til opprettelsen av organet – det er tilstrekkelig at organet i dag må sies å ha et bestemt formål som tjener allmennhetens behov, jf. sak C-470/99 *Universale-Bau*, avsnitt 63.
- (19) Når det gjelder ordlydens henvisning til et bestemt (dansk: «*specielt*») formål, uttalte imidlertid EU-domstolen følgende i sak C-567/15 *LitSpecMet*, avsnitt 35:

«Endvidere skal det holdes for øje, at anvendelsen af udtrykket «specielt» vidner om EU-lovgivers hensigt om, at alene enheder, der er oprettet med det specifikke formål at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, og hvis drift imødekommer disse behov, skal være underlagt bindende regler for offentlige udbud.»

- (20) Også en kontekstuell tolkning av direktivets artikkel 2(4) tilsier at «*oprettet spesielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov*» ikke kan tolkes så vidt at den eneste reelle begrensningen følger av tillegget «*og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter*». Dersom første del av setningen ikke var ment å ha noen reell betydning, kunne EU-lovgiver nøyd seg med å si at organer av industriell eller forretningsmessig karakter ikke omfattes. Ordlyden tilsier følgelig at det finnes rettssubjekter som ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, men som likevel ikke omfattes av regelverket fordi de ikke kan anses «*oprettet for å tjene allmennhetens behov*». Dette støttes også av EU-domstolens påpekning av at de to kriteriene må holdes atskilt, se senest sak C-567/15 *LitSpecMet*, avsnitt 36.
- (21) Foranlediget av klagers anførsler finner nemnda i denne forbindelse grunn til å nevne at EU-domstolen i det foregående avsnittet i nevnte *LitSpecMet* uttrykkelig avviser at offentlig finansiering i seg selv er tilstrekkelig for at regelverket kommer til anvendelse:

«At en virksomhed er blevet oprettet af en ordregivende myndighed, eller at dens aktiviteter finansieres med økonomiske midler fra en ordregivende myndigheds aktiviteter, er således ikke tilstrækkeligt til, at virksomheden selv kan anses for at være en ordregivende myndighed (dom af 15.1.1998, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., C-44/96, EU:C:1998:4, præmis 39).»

- (22) Innklagedes formål og virksomhetsidé fremgår av idrettspolitisk dokument for 2015-2019, hvor det blant annet heter at:

«NIF skal arbeide for at alle mennesker gis mulighet til å utøve idrett ut fra sine ønsker og behov, uten å bli utsatt for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.»

- (23) At innklagede selv ser det slik at innklagede tjener allmennhetens behov i generell, overordnet forstand, er ikke ensbetydende med at innklagede må anses opprettet for det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov i direktivets forstand. Spørsmålet

må snarere vurderes ut fra det offentliges perspektiv, jf. bl.a. EU-domstolens uttalelse i forente saker C-223/99 og C-260/99 *Agora/Excelsior* om at offentligrettslige organer i alminnelighet ivaretar behov «som staten [...] af hensyn til almenvellet vælger selv at imødekomme, eller med hensyn til hvilke den ønsker at bevare en afgørende indflydelse» (avsnitt 37).

- (24) Uttalelsen viser at bakgrunnen for at anskaffelsesregelverket etter omstendighetene også kommer til anvendelse overfor private rettssubjekt, er å hindre at offentlige myndigheter i en EU/EØS-stat kan uthule regelverkets effektivitet ved å overlate offentlige oppgaver til private rettssubjekt. Vilkåret «opprettet for det [bestemte] formål å tjene allmennhetenes behov» må tolkes i lys av dette formålet.
- (25) Nemnda finner støtte for denne tilnærmingen i sak C-373/00 *Adolf Truley*, som gjaldt begravellesbyråvirksomhet, og hvor EU-domstolen la vekt på at dette var forbundet med hensynet til den offentlige orden, samt hensynet til hygiene og folkehelsen. Domstolen viste også til at virksomheten var lovregulert, hvilket ble ansett som et indisium på at virksomheten tjente allmennhetens behov.
- (26) At staten finner innklagedes aktivitet samfunnstjenlig og derfor berettiget til økonomisk støtte, kan på denne bakgrunn ikke uten videre innebære at innklagedes aktivitet ivaretar allmennhetenes behov i direktivets forstand. I motsatt fall vil svært mange frivillige organisasjoner som mottar offentlig støtte, men hvor det for øvrig ikke er noen holdepunkter for at de ivaretar oppgaver som staten «af hensyn til almenvellet» ønsker å bevare «en afgørende indflydelse» over, blir omfattet av anskaffelsesregelverket. Nemnda har ikke funnet noen støtte i EU-domstolens praksis for en så vidtrekkende forståelse av direktivet.
- (27) Som innklagede selv har fremhevet, er innklagede en medlemsorganisasjon som primært skal fremme sine medlemmers interesser. Medlemmene er de særforbund, idrettskretser, idrettsråd og idrettslag som er tilknyttet innklagede, og, mer indirekte, de omlag 2 100 000 medlemmene i de tilknyttede idrettslagene. At antall medlemmer i idrettslagene er meget høyt, hindrer imidlertid ikke at det etter nemndas syn må sondres mellom allmennhetenes og medlemmenes behov.
- (28) Innklagede har for øvrig redegjort for hvordan innklagede er organisert og at det er Idrettstinget som er innklagedes øverste organ. Idrettstinget består kun av medlemmenes representanter. Ifølge innklagede er det altså utelukkende gjennom finansielle tilskudd innklagede har tilknytning til det offentlige.
- (29) I tilknytning til dette har klager gjort gjeldende at ettersom så å si hele innklagedes inntektsgrunnlag er basert på offentlige midler, gir dette det offentlige en betydelig påvirkningsmulighet. Klager har også eksemplifisert dette med at Kulturdepartementet i 2016 «informerte [innklagede] om kostnadene til administrasjon måtte reduseres».
- (30) Som nevnt ovenfor følger det imidlertid av EU-domstolens praksis at offentlig finansiering ikke i seg selv er tilstrekkelig for å konstatere at et organ tjener allmenhetens behov. Det er vanskelig å se at dette skulle stille seg annerledes utelukkende basert på at det offentlige stiller krav om at innklagede ikke bruker for mye av de tildelte midlene til administrasjon. Nemnda tilføyer at dersom departementet skulle knytte den økonomiske støtten til innklagede til forutsetninger om at innklagede fortrekker norske leverandører

fremfor leverandører fra andre EØS-stater, så vil dette utgjøre et eklatant brudd på EØS-avtalens forbud mot nasjonalitetsbasert forskjellsbehandling.

- (31) På denne bakgrunn er nemnda kommet til at Norges idrettsforbund og olympiske og paralympiske komité ikke er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser.

Konklusjon:

Norges idrettsforbund og olympiske og paralympiske komité er ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Klagers anførsler fører derfor ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk