



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Offentligrettslig organ

Innklagede gjennomførte flere kjøp av konsulenttjenester. Klager anførte at innklagede var omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser som et offentligrettslig organ. Klager anførte at tjenestekjøpene derfor utgjorde ulovlige direkte anskaffelser. På bakgrunn av at de faktiske forhold av betydning for vurderingen var for dårlig opplyst, og at klagenemnda ikke har hjemmel til å ilegge gebyr for anskaffelser gjort før 2017, avviste klagenemnda saken som uhensiktsmessig for behandling.

Klagenemndas avgjørelse 21. september 2018 i sak 2017/71

Klager: Zorrostiftelsen

Innklaget: Stiftelsen Protect Sápmi

Klagenemndas

medlemmer: Gro Amdal, Halvard Haukeland Fredriksen og Jakob Wahl

Bakgrunn:

(1) Stiftelsen Protect Sápmi (heretter innklagede) har gjennomført flere innkjøp av konsulenttjenester. Klager har i denne forbindelse vist til kjøp som har skjedd i 2015 og 2016.

(2) Innklagede har ifølge stiftelsens vedtekter følgende formål:

«Stiftelsens formål er å opprettholde og utvikle det samiske kulturfellesskap, herunder å fremme samiske næringsinteresser tilpasset de krav det moderne samfunn stiller. Stiftelsen skal bygge opp og opprettholde en faglig, solid og profesjonell organisasjon for å kunne yte bistand til å ivareta samiske rettighetshaveres arealinteresser, land- og ressursrettigheter og utviklingsmuligheter. Stiftelsen skal ut fra slike interesser og rettigheter være en sentral premissleverandør og samhandlingspartner overfor myndigheter og nye næringsaktører i deres arbeid med og virksomhet i samiske områder. Stiftelsen skal yte kvalifiserte råd og bistand samt delta i forhandlinger på vegne av samiske interesser som grunnlag for ny aktivitet i de i de samiske områder. Slik bistand skal om mulig ytes mot vederlag.»

(3) Innklagedes årsregnskap for 2015 viste totale driftsinntekter på 3 153 221 kroner. Av disse var 2 696 000 kroner tilskudd fra Sametinget. Innklagedes årsregnskap for 2016 viste totale driftsinntekter på 3 175 133 kroner. Av disse var 1 294 000 kroner tilskudd fra Sametinget. I Sametingets årsmelding fra 2016 er regnskapet for forvaltning av arealer delt opp følgende tre poster: Stiftelsen Protect Sápmi (en million kroner), annen oppfølging av samiske rettigheter til arealer og ressurser (750 000 kroner) og ferdigstilling av areal- og miljømelding (200 000 kroner). Det fremgår videre at det ble mottatt elleve søknader til tilskudd for annen oppfølging av samiske rettigheter til areal

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

og ressurser og at tre av disse ble innvilget, men ikke om noen disse av søknadene var fra stiftelsen Protect Sápmi.

- (4) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. mai 2017. Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. august 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (5) Innklagede er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser som et offentligrettslig organ og har gjennomført flere ulovlige direkte anskaffelser.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (6) Innklagede er ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede tjener samiske rettighetshaveres behov, ikke allmennhetens behov, slik bestemmelsen krever.

Klagenemndas vurdering:

- (7) Saken gjelder anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, hvor det ikke er krav til saklig klageinteresse. Slik saken er opplyst er klagen, i hvert fall til dels, fremmet innen toårsfristen for å fremme en klage.
- (8) Det fremgår av forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 1-2 første ledd at regelverket gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer.
- (9) Det avgjørende spørsmålet i saken er om innklagede er et offentligrettslig organ i bestemmelsens forstand.
- (10) Offentligrettslige organ er i forskriften § 1-2 andre ledd 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.»

- (11) Det er ikke tvilsomt at innklagede er et selvstendig rettssubjekt i henhold til bestemmelsens bokstav b.
- (12) Når det gjelder kravet til tilknytning som fremgår av bokstav c, har klager hevdet at innklagede hovedsakelig var finansiert av Sametinget i årene 2015 og 2016.
- (13) Dette spørsmålet er i begrenset grad belyst av partene. Innklagedes årsmelding for 2015 viser riktignok at over halvparten av driftsinntektene for dette året kom som tilskudd fra Sametinget og at vilkåret derfor var oppfylt for dette året. Årsmeldingen for 2016 tilsier

derimot at mindre enn halvparten av driftsinntektene kom som tilskudd fra det offentlige. Klager har imidlertid gitt uttrykk for at det likevel kan ha blitt gitt tilsvarende tilskudd som medfører at vilkåret må anses oppfylt også for 2016. Nemnda har likevel ikke grunnlag for å konkludere med at dette var tilfellet. Etter det opplyste var mindre enn halvparten av driftsinntektene tilskudd i 2017.

- (14) Også de faktiske forhold av betydning for spørsmålet om innklagede «*tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter*» etter bestemmelsens bokstav a, er kun i begrenset grad belyst av partene.
- (15) Som uttalt i sakene 2017/131 om Norges idrettsforbund og 2017/147 om Norges Sjømatråd innebærer vilkåret om å være «*opprettet for å tjene allmennhetens behov*» en selvstendig begrensning. Det avgjørende er om organet er opprettet *med det spesifikke formål* å tjene allmennhetens behov. EU-domstolen har ved flere anledninger lagt til grunn 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*», jf. blant annet sak C-223/99 *Agora/Excelsior* premiss 37.
- (16) Innklagedes vedtektsfestede formål er blant annet å «*oppretholde og utvikle det samiske kulturfellesskap, herunder å fremme samiske næringsinteresser*». I motsetning til det innklagede hevder kan nemnda ikke se at man ut fra dette kan legge til grunn at innklagede ikke tjener allmennhetens behov i bestemmelsens forstand. Klagenemnda viser i denne forbindelse til avgjørelsen i sak 2017/147 om Norges Sjømatråd. Under henvisning til at Sjømatrådets formål i utgangspunktet «bare» var å ivareta *norske sjømateksportørers interesser*, uttalte nemnda i premiss (36):

«*I lys av EU-domstolens rettspraksis, og da særlig de nevnte sakene Agora/Excelsior og Korhonen, er imidlertid ikke dette til hinder for at innklagede samtidig må anses «opprettet spesielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov» i direktivets forstand. Så vel i Agora/Excelsior som i Korhonen var det «bare» interessene til nærmere angitte grupper av næringsdrivende som ble direkte tilgodesett, men for EU-domstolen var det avgjørende at virksomheten hadde ringvirkninger som var i allmennhetens interesse. EU-domstolen har gjentatte ganger understreket at begrepet offentligrettslig organ «skal underlægges en bred formålsbestemt fortolkning», jf. senest LitSpecMet, premiss 31. Det kan derfor ikke være tilstrekkelig til å gå klar av regelverket at virksomheten til et offentlig kontrollert og/eller finansiert organ direkte tilgodeser en avgrenset krets av næringsdrivende, i hvert fall ikke når virksomheten samtidig klart nok fremstår som et næringspolitisk virkemiddel.»*

- (17) Som illustrert av de etterfølgende premissene 38 og 39 i sak 2017/147, kan imidlertid spørsmålet om innklagede tjener allmennhetens behov i bestemmelsens forstand, ikke utelukkende avgjøres ut fra det vedtektsfestede formålet.
- (18) Slik nemnda oppfatter det ble stiftelsen opprettet i 2012 av to samiske organisasjoner. Samtidig synes det som om Sametinget har vært involvert allerede fra opprettelsen, både ut fra det forhold at Sametinget har rett til å oppnevne et styremedlem, og at samtlige av Sametingets midler til areal- og miljøpolitikk i 2012 ble gitt som tilskudd til innklagede. Forholdene ved opprettelsen og den faktiske virksomheten til innklagede de påfølgende år, herunder også 2015 og 2016, er likevel bare i helt begrenset grad opplyst i saken. Så vidt nemnda forstår det har også formålet – i hvert fall på sikt – vært at innklagede i

hovedsak skal være egenfinansiert. Det er også forenlig med at innklagede etter det opplyste ikke lenger oppfyller tilknytningskravet i bestemmelsens bokstav c).

- (19) I saken har sekretariatet ved flere anledninger forgjeves forsøkt å få oversendt ytterligere informasjon fra innklagede. Klagenemnda har vurdert om det av denne grunn foreligger et brudd på forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 2 om oppdragsgivers plikt til å delta i klagebehandlingen. Pliktsubjektene etter denne bestemmelsen er imidlertid bare oppdragsgivere som er omfattet av anskaffelsesloven, og i herværende sak er det nettopp dette nemnda savner faktisk grunnlag for å ta stilling til.
- (20) Sett i sammenheng med at nemnda ikke har hjemmel til å ilegge gebyr for kjøp gjort før 2017, og at innklagede nå uansett ikke er omfattet av regelverket, avvises klagen som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Konklusjon:

Klagen avvises som uhensiktsmessig for behandling jf. klagenemndsforordningen § 9.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk