



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede, som er en bedrift som har som formål å skape beskjeftigelse for yrkesvalghemmede, inngikk en kontrakt om kjøp av en bokbindermaskin til en verdi av ca. 10 millioner kroner uten forutgående kunngjort konkurranse. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, fordi virksomheten ikke kunne regnes som et offentligrettslig organ, og dermed ikke var omfattet av regelverket, jf. loven § 2 og forskriften § 1-2.

Klagenemndas avgjørelse 21. januar 2014 i sak 2012/49

- Klager:** Lundeby & Co. Bokbinderi AS
Grafisk Ferdiggjøring AS
Bokbinderiet Johnsen AS
- Innklaget:** Kvaleberg Industri AS
- Klagenemndas medlemmer:** Kai Krüger, Siri Teigum, Jakob Wahl
- Saken gjelder:** Ulovlig direkte anskaffelse, offentligrettslig organ

Bakgrunn:

- (1) Kvaleberg Industri AS (heretter kalt innklagede eller KI) inngikk 7. november 2011 en kontrakt med Kolbus GmbH & Co. KG om kjøp av en bokbindermaskin for ca. 10 millioner kroner. Kontraktsinngåelsen skjedde uten forutgående kunngjort konkurranse. Saken gjelder i hovedsak spørsmålet om innklagede er omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser.
- (2) Innklagede er et aksjeselskap som er eid av selskapet Allservice AS, som igjen er eid av Stavanger kommune (50,4 %), Rogaland fylkeskommune (29,60 %), Sandnes kommune (10 %), Sola kommune (4,30 %) og andre kommuner (4,30 %). Innklagedes virksomhet består av å tilby arbeidsrettede tiltak til stat og kommune, og av produksjon og salg av varer og tjenester med hovedvekt på plastpakking. I tillegg utføres tjenester innen konvoluttering, lettere monteringsarbeid, maljing, pakking, lagerhold og transport.
- (3) Fra innklagedes vedtekter hitsettes:

"§ 3 Selskapets formål er å skape beskjeftigelse for yrkesvalghemmede som mottar trygd.

§ 4 (...) Aksjenes omsettelighet skal være begrenset slik at salg eller annen form for overdragelse ikke kan finne sted uten styrets godkjenning.

Selskapet skal ikke dele ut utbytte til aksjonærene. Selskapets overskudd skal forbli i bedriften og disponeres til formål som styrker framtidig drift. (...)"
- (4) Fra innklagedes årsberetning for 2010, gjengis:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

"Kvaleberg Industri AS er en vta bedrift (varig tilrettelagt arbeid) for yrkeshemmede. Selskapet er et datterselskap og 100 % eid av Allservice AS.

(...)

Bedriften selger attføringstjenester til stat og kommune og vareproduksjon til andre kunder.

Satsingsområdene for bedriften er plastpakking, adressering, konvoluttering, maljing og knytting av strikk i merkelapper, montering, ferdiggjøring av emballasje og pakking. I tillegg har firmaet en gruppe som driver utarbeid, Parkpatruljen.

Kompetanseheving, trivsel og velvære preger alle avdelingene i bedriften.

Driftsinntektene for 2010 (inklusive salg av tjenester til stat, NAV og kommune) ble 11,2 mill det samme som i 2009. Resultatet viser et overskudd på 87' mot et overskudd på 288' i 2009. Nedgang resultat skyldes tap i forbindelse med konkurs hos Bryne Stavanger Offset.

Egenkapitalen i selskapet er 10441' som utgjør 54,8 % av totalkapitalen og likviditeten er tilfredsstillende."

(5) Innklagede har fremlagt oversikt over regnskapstall for de 5 foregående årene:

"Alle tall er i hele tusen og NOK, så sant ikke en annen valutakode er angitt. I de tilfeller vises tall i hele tall.

NØKKELTALL	2010	2009	2008	2007	2006
<i>Sum inntekter</i>	<i>11 199</i>	<i>11 190</i>	<i>10 867</i>	<i>11 035</i>	<i>9 864</i>
<i>Egenkapital</i>	<i>10 441</i>	<i>10 353</i>	<i>10 065</i>	<i>10 670</i>	<i>10 532</i>
<i>Driftsresultat</i>	<i>334</i>	<i>644</i>	<i>73</i>	<i>536</i>	<i>1 008</i>
<i>Resultat for skatt</i>	<i>87</i>	<i>288</i>	<i>-604</i>	<i>138</i>	<i>853</i>

(...)

RESULTATREGNSKAP	2010	2009	2008	2007	2006
Inntekter					
<i>Salgsinntekt</i>	<i>4 352</i>	<i>4 549</i>	<i>4 606</i>	<i>4 860</i>	<i>3 887</i>
<i>Annen driftsinntekt</i>	<i>6 847</i>	<i>6 641</i>	<i>6 261</i>	<i>6 175</i>	<i>5 977</i>

(...)

Kostnader

(...)

Lønnskostnad	5 887	5 900	5 910	6 087	5 173
--------------	-------	-------	-------	-------	-------

(...)

Annen driftskostnad	2 649	2 094	2 436	2 519	2013"
---------------------	-------	-------	-------	-------	-------

- (6) Innklagede har opplyst at det offentlige tilskuddet (ført i regnskapet ovenfor som "Annen driftsinntekt") i 2010 var fordelt på statlige tilskudd med 5 477 472 kroner, og kommunalt tilskudd på 1 369 368 kroner. Det er opplyst at fordelingen av tilskuddene har fulgt det samme forholdstall tidligere år.
- (7) Anskaffelsen ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 16. februar 2012.
- (8) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. januar 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Innklagede er et offentligrettslig organ, jf. forskriften § 1-2 (2), og har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre anskaffelsen av en bokbindermaskin til en verdi av 10 millioner kroner.
- (10) Innklagede er et aksjeselskap, og dermed et selvstendig rettssubjekt, jf. § 1-2 (2) bokstav b. Innklagede er i tillegg underlagt offentlig kontroll, herunder kontroll fra kommunene og fylkeskommunen som eier både morselskapet Allservice og innklagede, jf. § 1-2 (2) bokstav c.
- (11) Når det gjelder vilkåret om at organet "tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", jf. § 1-2 (2) bokstav a, må dette for det første forstås slik at selskaper som tjener allmennhetens behov alltid er omfattet av regelverket, med mindre det samme behovet også er av industriell eller forretningsmessig karakter. Dette er i samsvar med direktiv 2004/18/EF, som taler om organ som "er opprettet for det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov, men ikke behov av industriell eller forretningsmessig art".
- (12) Innklagede er opprettet med det vedtektsfestede formål å utføre attføringstjenester. Dette innebærer at innklagede er forpliktet til å utføre disse attføringsoppgavene for det offentlige, og dermed ikke kan tilpasse virksomheten i tråd med markedsforholdene.
- (13) EU-domstolen har i sak C-44/96 (Mannesmann), avsnitt 25, konkludert med at når "(...) Øs er opprettet spesielt med henblik på at imøtekomme disse behov hos almenheten" er det irrelevant at selskapet "ud over denne opgave frit kan udøve andre former for

virksomhed". I henhold til samme dom, gjaldt dette selv om "imødekommelse af almenhedens behov kun udgør en relativt ubetydelig andel af den virksomhed, OS faktisk udøver".

- (14) Det er på denne bakgrunn ikke mulig å dele virksomheten opp i en del som er underlagt anskaffelsesregelverket og en annen del som ikke er det. Det er heller ikke anledning til å foreta en helhetsvurdering og klassifisere virksomheten basert på hva den driver mest med. Innklagede er, i likhet med ÖS i saken referert over, pålagt å utføre en oppgave i allmennhetens interesse. Behovet for å få utført attføringstjenester er videre et typisk sosialt anliggende, og dermed ikke av *"industriell eller forretningsmessig karakter"*. Innklagede vil dermed, i henhold til EU-domstolens rettspraksis, være omfattet av regelverket uansett om man sikrer noen inntekter ved salg av andre varer og tjenester.
- (15) Det er uansett klart at innklagedes primære virksomhet er å forfølge sitt vedtektsfestede engasjement i forbindelse med attføringsarbeid. Innklagedes vurderinger knyttet til innkjøp av utstyr til virksomheten, er dermed heller ikke i tilstrekkelig grad underlagt markedskreftene.
- (16) En virksomhet som drives på forretningsmessige vilkår skal finansieres på bakgrunn av inntekter selskapet selv genererer gjennom sin virksomhet, og gå i balanse uten ytterligere tilskudd fra eier eller fra det offentlige. Det vises også til sak 2005/184 (17) og 2007/45 premiss (23), hvor klagenemnda kom frem til at det forholdet at innklagede tjente allmennhetens behov som det offentlige ønsket å bevare innflytelse over, samt at selskapet ikke hadde som formål å gå med overskudd, var tilstrekkelig for å anse innklagede som et offentligrettslig organ.
- (17) Innklagede har måttet oppfylle flere krav for å bli godkjent som skjermet virksomhet og som tiltaksarrangør. Godkjenningen innebærer også at NAV utøver en løpende kontroll over virksomhetens aktivitet. Kravene om offentlig eierskap, om at det ikke skal uttas utbytte, samt den grundige kontrollen som føres, understreker at innklagede må regnes som et offentligrettslig organ.
- (18) Innklagede kan ikke høres med at de offentlige tilskuddene kun er en rettighet knyttet til de ansatte, og at tilskuddene må anses som en kompensasjon for de forretningsmessige tapene kategorien ansatte innebærer. Det vises i denne forbindelse til at tilskuddene innklagede mottar overstiger de utbetalte lønnskostnader – i 2010 mottok innklagede 6 848 840 kroner i tilskudd, og utbetalte 5 886 560 i lønnskostnader. Dette er tilfelle for hvert av årene det er fremlagt regnskapsoversikt over (2006-2010). Innklagede må på denne bakgrunn anses å være unndratt markedskreftene, uten den samme økonomiske risiko som private bedrifter. Det samme vises ved at i hvert av de ovennevnte regnskapsår har driftstilskuddet utgjort den klart største andelen av innklagedes inntekter. Dette kan ikke karakteriseres som å drive på normale markedsvilkår.
- (19) Når det gjelder klagenemndas sak 2006/12 vises det til at det der ble presisert at det må foretas en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak, at avgjørelsen ble avgitt *"under en viss tvil"*, og at dagens forskrift om arbeidsrettede tiltak mv. av 11. desember 2008 nr. 1320, er ulik fra den dagjeldende forskrift om arbeidsmarkedstiltak av 20. desember 2001 nr. 1544.

Innklagedes anførsler:

- (20) Innklagede kan ikke regnes som et offentligrettslig organ, da den virksomhet som drives er av industriell og forretningsmessig karakter. Verken lov eller forskrift om offentlige anskaffelser kommer derfor til anvendelse for anskaffelsen av bokbindermaskinen.
- (21) Forskriften § 1-2 er en riktig oversettelse av direktivets originaltekst, og stiller i bokstav a opp to vilkår som samtidig må være tilstede for at oppdragsgiver skal være omfattet, nemlig at den juridiske enheten skal (i) imøtekomme allmennhetens behov og (ii) ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter. Klager tolker forskriften feil ved anførselen om at et organ utelukkende må drive virksomhet av industriell eller forretningsmessig karakter for ikke å omfattes av regelverket. I den sammenheng vises det til klagenemndas sak 2006/12, mot Helgeland Industri AS, som også er en bedrift som har som hovedformål å drive yrkesmessig utføring av yrkeshemmede. Denne saken er tilnærmet parallell til nærværende sak.
- (22) Innklagedes virksomhet er av rent kommersiell karakter, finansiert med egne ressurser, i et marked med ikke ubetydelig konkurranse. Dette illustreres tydelig ved at det i det hele tatt er en klagesak, der klagerne er konkurrerende virksomheter til den virksomhet innklagede skal starte med bokbindermaskinen. Intet offentlig organ kan pålegge innklagede å utføre handlinger, og intet regelverk gir det offentlige noen instruksjonsmyndighet overfor innklagede for den virksomheten som drives.
- (23) Det vedtektsfestede formål er å skaffe beskjeftigelse for yrkesvalghemmede som mottar trygd (vedtektenes § 3). Formålet beskriver kun hvilken arbeidstakergruppe innklagede vil ha fokus på. I forhold til anskaffelsesregelverket er det ikke det vedtektsfestede formålet som sådan som er relevant, men en helhetsvurdering av virkemidlene som anvendes for ivaretagelse av formålet, nemlig den kommersielle aktiviteten som drives. Innklagede har heller ingen rettslig forpliktelse til å tilby ansettelse til arbeidstakere med redusert arbeidsevne. Vedtektenes formål innebærer kun en avgrensning av virksomhetens aktiviteter, og det er styret, som i ethvert annet aksjeselskap, som bestemmer hvilke aktiviteter som skal igangsettes, og hvem som skal ansettes.
- (24) Det er sterk konkurranse innen bransjen med mange aktører. Innklagede har både nasjonale og internasjonale konkurrenter. Virksomheten er ikke underlagt noen offentligrettslig regulering, og er en type virksomhet som enhver er berettiget til å utøve i konkurranse med innklagede.
- (25) De offentlige overføringene til innklagede er utelukkende knyttet opp mot den enkelte arbeidstaker, og arbeidstakerens arbeidsevne. Det tilskudd som mottas er å anse som en kompensasjon for det forretningsmessige tap det innebærer for bedriften å drive med ansatte med yrkeshemninger. Det forretningsmessige tapet knytter seg til økt opplæringstid og redusert effektivitet sammenlignet med ansatte uten yrkeshemninger. Bedriften har også krav om ekstra bemanning med sosialfaglig kompetanse for oppfølging av arbeidstakere.
- (26) Det er heller ikke begrensinger for andre til å ansette tilsvarende personell, og i forbindelse med ansettelser kunne motta tilsvarende støtte knyttet til den enkelte ansatte. Bidrag fra det offentlige er ikke knyttet spesifikt opp til innklagedes virksomhet, men til den kategorien ansatte innklagede har. Med andre ord er det ingen øremerking av midler til innklagede, og endrede rammebetingelser vil virke på samme måte overfor innklagede som andre.

- (27) Når det gjelder størrelsen av de offentlige tilskuddene sammenlignet med lønnskostnaden, er differansene vist til av klager misvisende for de reelle personalkostnader. En del av de administrative funksjoner utføres fra morselskapet, Allservice AS. Allservices kostnader belastes innklagede som andre driftskostnader. For 2010 utgjorde dette 600 000 kroner, som utligner en betydelig del av differansen. Også overgang til ny AFP-ordning, samt finansiering av en jubileumstur i 2011 var grunnen til differansen i 2010. Foreløpige regnskapstall for 2011 viser en underdekning på 305 381 kroner.
- (28) Innklagede har for hele perioden det er fremlagt regnskap for, drevet med regnskapsmessig overskudd – for 2010 med 2,98 % resultatgrad. Egenkapitalen er positiv med 10,4 millioner kroner, hvorav 10,2 er opptjent egenkapital, som i sin helhet er basert på overskudd av ordinær kommersiell virksomhet.
- (29) Spørsmålet i saken har for øvrig visse paralleller til spørsmålet om rettssubjekt faller inn under forvaltningsloven som forvaltningsorgan eller ikke. Det vises i denne forbindelse til lovavdelingens uttalelse i brev av 26. november 2007 om *"Anvendelse av forvaltningslovens regler om taushetsplikt i vekstbedriftene"*.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har anført at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre anskaffelsen av bokbindermaskin. Klager viser til at innklagede er et offentligrettslig organ, og således omfattet av forskrift 7. april 2006 nr. 402 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.
- (31) I lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd, slik den lød før 1. juli 2012, 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"*. 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.
- (32) 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

- (33) Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 2 og forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 (1), at regelverket gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og *"offentligrettslige organer"*. Et *"offentligrettslig organ"* er etter forskriften § 1-2 (2) ethvert organ:

"a. som tjener allmenhetens 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."

- (34) Innklagede er organisert som et aksjeselskap og er derfor utvilsomt et "selvstendig rettssubjekt", jf. bestemmelsens bokstav b. Innklagede er videre 100 % eid av Allservice AS, som igjen er 100 % eid av Rogaland fylkeskommune og en rekke andre kommuner, jf. premiss (3) ovenfor. Etter det opplyste er over halvparten av styremedlemmene hos innklagede oppnevnt av kommunal myndighet, slik at også vilkåret i bestemmelsens bokstav c er oppfylt.
- (35) Avgjørende i foreliggende sak er om innklagede er et organ som "tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter", jf. forskriften § 1-2 (2) bokstav a.
- (36) Det er ikke tvilsomt at innklagede ved sitt vedtektsfestede formål "å skape beskjeftigelse for yrkesvalgshemmede som mottar trygd" tjener allmennhetens behov. Dette ble også uten videre lagt til grunn i klagenemndas avgjørelse i sak 2006/12, som gjaldt attføringsbedriften Helgeland Industrier AS.
- (37) Spørsmålet er dermed om innklagedes virksomhet er av "industriell eller forretningsmessig karakter". Sentralt i denne vurderingen er 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 rent økonomiske, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-283/00 premiss 92.
- (38) Svaret beror på en konkret 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, om virksomheten er finansiert av det offentlige, kommersiell risiko og forholdene ved stiftelsen av virksomheten, jf. også klagenemndas saker 2011/162 premiss (27), 2011/149 premiss (33), 2011/126 premiss (32) og sak 2006/12.
- (39) Klager har argumentert for at vilkåret må forstås på den måten at det aktuelle "allmennhetens behov", her beskjeftigelse av personer med nedsatt arbeidsevne, må være av "industriell eller forretningsmessig karakter" for at organet ikke skal være omfattet. Det vises til at definisjonen av offentligrettslige organer skal forstås autonomt, og at direktiv 2004/18/EF definerer begrepet som organ som er "er opprettet for det bestemte formål å imotekomme allmennhetens behov, men ikke behov av industriell eller forretningsmessig art.". Av EU-domstolens rettspraksis, herunder sak C-360/96 (BFI Holding) premiss 55, fremgår det at ved vurderingen av om et organ er offentligrettslig i regelverkets forstand, er det uten betydning om organet – ut over oppgaven å tjene allmennhetens behov – utøver andre former for virksomhet. Dette er fulgt opp i en rekke senere saker, se bl.a. sak C-393/06 (Ing. Aigner) premiss 49-51 med videre henvisninger.
- (40) Innklagede er en skjermet virksomhet som tilbyr arbeid til personer som har eller i nær fremtid ventes å få innvilget varig uførepensjon. Bedriften driver med produksjon av

varer og tjenester, som selges på markedet i konkurranse med andre bedrifter. Innklagede kan ikke på denne bakgrunn sies å utøve ulike former for virksomhet i relasjon til den aktuelle vurderingen. Se i denne forbindelse også sammenfatningen av EU-domstolens praksis, slik den er presisert i forslaget til fortalet til nytt direktiv (2011/0438 (COD)), premiss 4b:

"For that purpose, it should be clarified that a body which operates in normal market conditions, aims to make a profit, and bears the losses resulting from the exercise of its activity should not be considered as being a "body governed by public law" since the needs in the general interest, that it has been set up to meet or been given the task of meeting, can be deemed to have an industrial or commercial character."

- (41) Ved vurderingen av om innklagede er av "industriell eller forretningsmessig karakter", er det nødvendig å vurdere hvilke betingelser er underlagt ved utøvelse av virksomheten.
- (42) Når det gjelder varene og tjenestene innklagede produserer, herunder bokbindingsaktivitetene som igangsettes ved kjøp av bokbindermaskinen drives disse på et område der det eksisterer et privat marked. Det legges til grunn at innklagede her opptrer i en konkurransesituasjon, og som et utgangspunkt må operere i tråd med de vanlige markedskreftene og etter forretningsmessige prinsipper.
- (43) Når det gjelder betingelsene for varig tilrettelagt arbeid er disse regulert i forskrift om arbeidsrettede tiltak mv. av 11. desember 2008 nr. 1320 (heretter kalt FAT) kapittel 11. Av § 11-1 følger det at varig tilrettelagt arbeid (heretter kalt VTA) skal tilby personer arbeid i en skjermet virksomhet, eller som enkeltplasser i ordinære virksomheter. I FAT § 11-4 er det stilt følgende krav til skjermede virksomheter som vil tilby VTA:

"Tiltaksarrangør skal organiseres som aksjeselskap med kommunal/fylkeskommunal aksjemajoritet. Arbeids- og velferdsetaten kan godta annen organisering dersom det anses hensiktsmessig ut fra hensynet til gjennomføringen av tiltaket i det enkelte tilfellet.

For å bli godkjent som tiltaksarrangør for varig tilrettelagt arbeid må virksomheten i tillegg oppfylle følgende krav:

- 1) Varig tilrettelagt arbeid skal være tiltaksarrangørens primære virksomhet.*
- 2) Overskudd skal forbli i virksomheten og komme formålet og deltakerne til gode.*
- 3) Det skal ikke utbetales utbytte.*
- 4) Virksomheten kan ikke eie eller kontrollere annen forretningsvirksomhet. Begrensningen gjelder ikke etablering og drift av salgsvirksomhet for å fremme omsetning av bedriftens produkter.*

Kravene i foregående ledd gjelder ikke for enkeltplasser i ordinære virksomheter."

- (44) Det følger videre av FAT § 11-7 at tiltaksarrangøren mottar et statlig driftstilskudd, som utgjør en fast, månedlig sats per godkjent tiltaksplass.
- (45) Ved vurderingen av om et organ er av "forretningsmessig karakter" er det av betydning om organet mottar offentlig støtte, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-18/01 (Taitotalo) premiss 55, og klagenemndas avgjørelse i sak 2006/12 premiss (20) og (27). Slik støtte

kan svekke organets motiv til å foreta anskaffelser ut fra rent økonomiske betraktninger. Her må det imidlertid skilles blant annet mellom om det er tale om en alminnelig tilgjengelig støtteordning, om støtten ytes ubetinget, eller særlig til det aktuelle organet.

- (46) Innklagede har for det første fremholdt at andre virksomheter kan ansette tilsvarende personell som innklagede, og motta tilsvarende støtte i den forbindelse. Det forhold at det gjaldt konkurranse om tiltaksplassene og den offentlige støtten ble også vektlagt i sak 2006/12 premiss (28).
- (47) I FAT § 11-4 første ledd åpnes det for at Arbeids- og velferdsetaten kan godta annen organisering av tiltaksarrangør enn aksjeselskap med kommunal/fylkeskommunal aksjemajoritet, og at det kan tildeles enkeltplasser i ordinære virksomheter. Disse bestemmelsene åpner i det minste for en viss form for konkurranse om tiltaksplasser og støtte. Konkurranse om tiltaksplasser tilsier imidlertid ikke nødvendigvis at skjermede virksomheter er av "forretningsmessig karakter", da tildelingen av tiltaksplasser ikke skjer etter forretningsmessige prinsipper, og det statlige tilskuddet utgjør en fastsatt sats. Det er likevel av betydning at innklagede ikke har et monopol som tiltaksarrangør, og således ikke kan antas å stå i noen sterk påvirkningsposisjon når det gjelder rammebetingelsene for tiltaksplassene.
- (48) Innklagede har videre fremholdt at de offentlige overføringene til innklagede utelukkende er knyttet opp mot den enkelte arbeidstaker, og ikke mot bedriften. Det vises til at tilskuddet skal anses som en kompensasjon for det forretningsmessige tapet det innebærer for bedriften å drive med ansatte med yrkeshemminger; herunder økt opplæringstid, redusert effektivitet, og krav om ekstra bemanning med sosialfaglig kompetanse for oppfølging av arbeidstakere.
- (49) Tilskuddene er knyttet til godkjente tiltaksplasser, og ikke til tiltaksarrangørene som sådan. Når det gjelder størrelsen på tilskuddene utgjør det statlige tilskuddet en fast sats per tiltaksplass, og i tillegg skal tiltaksarrangøren motta et kommunalt tilskudd som skal utgjøre minst 25 prosent av det statlige tilskuddet. Dersom tilskuddene er større enn det som i realiteten er en rimelig kompensasjon for det forretningsmessige tapet, er det grunn til å se det slik at virksomheten ikke lenger er underlagt den forretningsmessige disiplin som markedet normalt fordrer. Etter det opplyste utgjør det kommunale tilskuddet for innklagede 25 prosent av det statlige tilskuddet, i tråd med minimumssatsen som er angitt i FAT § 11-7, jf. premiss (7) ovenfor.
- (50) Klager har i denne forbindelse pekt på at de offentlige tilskuddene innklagede har mottatt har oversteget lønnskostnadene i hvert av årene det er fremlagt regnskap for. Innklagede har forklart at differansen her beror på fordeling av utgifter på ulike regnskapsposter, herunder at lønnsutgifter til administrasjon føres som driftsutgifter. Klagenemnda har ikke grunnlag for å si at innklagede reelt sett overkompenseres for det forretningsmessige tapet VTA-tiltakene innebærer.
- (51) Driftstilskuddet må ut fra dette anses som en kompensasjon for merutgifter og produktivitetstap. For vurderingen av om innklagede opererer under forretningsmessige betingelser, er relevansen av tilskuddene dermed begrenset. Også i klagenemndas sak 2006/12 uttales det i premiss (27), under henvisning til EU-domstolens avgjørelse i C-44/96 (Mannesmann) premiss 41, at det ikke kan legges avgjørende vekt på at innklagede kompenseres for ansatte med yrkeshemminger når virksomheten for øvrig drives på en forretningsmessig måte.

- (52) Klager har også vist til at innklagede de siste årene har mottatt mer i driftstilskudd enn det virksomheten innbringer ved salg av varer og tjenester. I lys av ovenstående vurdering, kan heller ikke dette tillegges avgjørende betydning. Til dette kommer kravet i FAT § 11-4 nr. 1) om at "*Varig tilrettelagt arbeid skal være tiltaksarrangørens primære virksomhet*", og at andelen av de økonomiske resultatene som er knyttet til VTA er ett av flere momenter som må vurderes i denne forbindelse. I NOU 2012:6 "*Arbeidsrettede tiltak*" antar utvalget at kravet om at VTA skal være tiltaksarrangørens primære virksomhet, ikke har betydning i relasjon til statsstøttereguleringen eller anskaffelsesregelverket, jf. kapittel 14.4.4.
- (53) På denne bakgrunn finner klagenemnda at de offentlige tilskuddene som gis i forbindelse med innklagedes VTA-virksomhet, ikke utelukker at innklagede er av "*industriell eller forretningsmessig karakter*". Innklagede mottar etter det opplyste ikke offentlig støtte utover dette.
- (54) Som nevnt innledningsvis skal det foretas en helhetlig vurdering av om innklagedes virksomhet er av "*industriell og forretningsmessig karakter*", og herunder 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 rent økonomiske.
- (55) I FAT § 11-4 er det i andre ledd nr. 2) stilt krav om at overskudd "*skal forbli i virksomheten og komme formålet og deltakerne til gode*". I nr. 3) følger det at virksomheten ikke skal utbetale utbytte, og i nr. 4) at virksomheten ikke kan eie eller kontrollere annen forretningsvirksomhet.
- (56) Det legges til grunn at innklagede oppfyller disse kravene, jf. også innklagedes vedtekter gjengitt i premiss (4). Alle kravene skiller innklagedes rammebetingelser fra de som gjelder ved alminnelig forretningsdrift, og bidrar til å begrense den forretningsmessige karakteren av innklagedes virksomhet.
- (57) Hvorvidt virksomheten har som formål å skape inntjening har EU-domstolen ansett som et sentralt moment for spørsmålet om virksomheten er av industriell eller forretningsmessig karakter, jf. blant annet domstolens avgjørelse i sak C-18/01 (Taitotalo). Uten et formål om fortjeneste, mangler et sentralt motiv til å foreta anskaffelser ut fra rent økonomiske overveielser, og motsatt. I EU-domstolens forente saker C-223/99 og C-260/99 (Agora) kom imidlertid domstolen til at organet, som drev med organisering av messer og utstillinger, var av forretningsmessig karakter til tross for 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 "*på grunnlag af kriterier om overskud, effektivitet og rentabilitet*", 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.
- (58) Innklagede har vist til at selskapet, for hele perioden det er fremlagt regnskap for, har drevet med regnskapsmessig overskudd. Egenkapitalen er positiv med 10,4 millioner kroner, hvorav 10,2 er opptjent egenkapital, som etter det opplyste i sin helhet er basert på overskudd av ordinær kommersiell virksomhet. Selv om utdeling av utbytte er utelukket, synes det ut fra de siste årenes regnskaper som om innklagede har drevet på grunnlag av kriterier om overskudd. Selv om inntjening og overskudd ikke fremstår som fremtredende formål ved innklagedes virksomhet, er det ikke grunnlag for å konstatere at innklagedes drift ikke er basert på de ovennevnte kriterier.

- (59) Innklagede har etter det opplyste selv den økonomiske og kommersielle risiko for driften. Eventuelle økonomiske tap må bæres av innklagede selv, og det er ikke holdepunkter for at morselskapet eller andre offentlige myndigheter vil redde selskapet ved en potensiell konkurs. Selv om det ikke foreligger ordninger for eventuell dekning av underskudd, eller andre betingede offentlige tilskudd, er det relevant om det foreligger en sannsynlighet for at morselskapet eller andre vil tre inn for å sikre fortsatt drift ved en økonomisk vanskelig situasjon, jf. også EU-domstolens avgjørelse i sak C-18/01 (Taitotalo) premiss 53 flg. Innklagedes formål om å skape beskjeftigelse for yrkesvalghemmede som mottar trygd, kan tilsi at offentligheten har en sterk interesse i fortsatt drift, og derfor vil tre inn med nødvendig støtte i slik situasjon. På den andre side kan den nevnte konkurransesituasjonen, jf. premiss (46), tilsi at behovet innklagede dekker enkelt vil kunne dekkes av andre. Slik saken er opplyst er det ikke tilstrekkelige holdepunkter for at innklagede ikke selv bærer den økonomiske og kommersielle risikoen for driften.
- (60) Sammenfattet fremstår det som om innklagede hovedsakelig driver som andre bedrifter i det markedet man opererer i, med unntak av kategorien ansatte. De offentlige tilskuddene i denne forbindelse er knyttet opp mot merkostnader ved denne typen ansatte. Selv om det gjelder enkelte begrensninger for innklagedes forretningsmessige drift, bærer innklagede på samme måte som ordinære bedrifter den økonomiske risikoen for driften. Etter en samlet vurdering har klagenemnda kommet til at innklagede må regnes for å ha "*forretningsmessig karakter*". Innklagede kan dermed ikke regnes som et "*offentligrettslig organ*" etter forskriften § 1-2, og er ikke underlagt regelverket om offentlige anskaffelser ved sine innkjøp.

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 21. januar 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger