

JURIDISK VURDERING

Dato 09. august 2023
Til Aure kommune, til videre bruk opp mot samarbeidende kommuner
Fra Bjerkan Stav Advokatfirma AS v/adv. Markus Waterloo
Tema Er Nettverk av Petroleumskommuner (NPK) underlagt reglene om offentlige anskaffelser?

1. Innledning

Aure kommune er én av medlemskommunene i «Nettverk av Petroleumskommuner» («NPK»). NPK inngår i «Naturressurskommunene», hvor sistnevnte er en paraplyorganisasjon for sammenslutninger av kommuner/kommunenettverk som har verdifulle naturressurser. Naturressurskommunene er registrert i Brønnøysundregistrene som et FLI (forening/lag/idrett) og har som registrert formål bl.a. å «fremme felles overordnede og prinsipielle synspunkter»¹. NPK er ikke registrert i foretaksregisteret, og har tilsynelatende en uavklart status opp mot kommuneloven og for øvrig som selvstendig rettssubjekt.

Spørsmålet i det følgende er om NPK sine innkjøp omfattes av reglene om offentlige anskaffelser. Deretter er spørsmålet om dette vil ha betydning for dagens rammeavtale med Advokatfirmaet Lund & Co DA («Lund & Co»).

Denne vurderingen er i samråd med Håvard Sagli v/Aure kommune forsøkt utformet så kort som mulig, og som «en første pekepinn» på hva som er status mtp. rammeavtalen.

2. Hvem er omfattet av reglene om offentlige anskaffelser?

Iht. anskaffelsesforskriften (FOA) § 1-2 (1) så er staten, fylkene og kommunene omfattet av reglene. I tillegg er «offentligrettslige organer» omfattet, og hva som er et slikt organ er definert i nevnte bestemmelses andre ledd. Kort og litt grovt oppsummert er et offentligrettslig organ en egen juridisk enhet som hovedsakelig er finansiert av det offentlige, styrt av det offentlige og som har til hensikt å oppfylle allmennhetens behov heller enn kommersielle behov.

Også enhver sammenslutning av statlige, fylkeskommunale, kommunale og offentligrettslige organer omfattes av reglene.

¹<https://w2.brreg.no/enhet/sok/detalj.jsp;jsessionid=S0xPb8WovPRjPuVEhghMIiyKuy9fKb4R7AOX9fZ9sNirAMF7CJL!127535385!212674456?orgnr=920855466> (per. 13.07.2023)

3. Hva slags type organisasjon er NPK?

Som Håvard Sagli har vært inne på i e-post til Bjerkan Stav Advokatfirma, så er NPK sitt forhold til kommuneloven uavklart. Også forholdet til selskapsretten er uavklart. Relasjonen til kommuneloven er ikke omtalt i vedtektene², og vedtektene har heller ikke adressert organisasjonens formelle status på annen måte. Vi har nå fått tilgang på vedtektene for Naturressurskommunene, uten at dette kaster lys over de organisatoriske forhold.

Utover at dette skaper usikkerhet med tanke på status – hvis noen – opp mot kommuneloven, så er det grunn til å vurdere om NPK har en så vidt «fast form» at det er et selvstendig rettssubjekt i relasjon til FOA, jf. § 1-2 (2), bokstav b). Både ordlyden, juridisk teori og departementets veileder tilsier at «selvstendig rettssubjekt» skal tolkes ut fra formelle, selskapsrettslige begreper.³

NPK er ikke foretaksregistrert og kan da etter all sannsynlighet ikke være et selvstendig rettssubjekt. NPK fremstår mer som et uformelt kommunesamarbeid, selv om man tar høyde for at NPK har vedtekter, eget prosjektrengskap, kontingent og et styre/årsmøte. Det er videre vanskelig å se hvordan relasjonen mellom NPK og Naturressurskommunene skulle kunne endre dette, og det vises her til 1) at vedtektene i NPK legger opp til at sammenslutningen står på egne bein hva gjelder praktisk, administrativ og økonomisk organisering, 2) at vedtektene i NPK ikke engang kommenterer forholdet til Naturressurskommunene og 3) basert på NPK sin rammeavtale med Lund & Co gjelder direkte mellom NPK og advokatfirmaet.

I Næringsdepartementets veileder heter det følgende om mer uformelle sammenslutninger av offentlige organer:

«Reglene omfatter også sammenslutninger med statlige myndigheter, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og/eller offentligrettslige organer. Bestemmelsen må sees på som et uttrykk for at anskaffelsesregelverket også skal gjelde der det offentlige går inn i virksomheter som på den ene siden ikke er selvstendige juridiske personer og som på den annen side ikke alene kan sees på som en lokal eller regional myndighet, eller som et offentligrettslig organ. Bestemmelsen er altså ment å omfatte samarbeids- eller organisasjonsformer som er etablert med offentlige oppdragsgiveres deltakelse, uten at det er etablert en selvstendig juridisk person.»⁴

Foreløpig konklusjon er at NPK er en nokså løst sammensatt sammenslutning av norske kommuner som er omfattet av reglene om offentlige anskaffelser.

² Her vises det til ikke-daterte vedtekter, tilsendt oss fra Håvard Sagli den 05.07.2023.

³ Se Næringsdepartementets veileder (nov. 2017), pkt. 2.1.2.2, Marianne Dragsten – lovkommentar til FOA, kommentar til § 1-2, pkt. 3.6.

⁴ Veilederen, pkt. 2.1.3.

4. Hva hvis NPK er et selvstendig rettssubjekt, vil det kunne endre konklusjonen?

Dersom NPK er (ev. skal være) et selvstendig rettssubjekt, så må man i så fall vurdere NPK opp mot betingelsene for «offentligrettslige organer» som følger av FOA § 1-2 (2).

Det er mye og nokså omfattende juridisk litteratur og EU-rettspraksis knyttet til disse vilkårene. Det vil føre for langt å gå detaljert til verks her, men jeg vil aller først påpeke at EU-domstolen har forutsatt at «offentligrettslig organ» skal fortolkes objektivt, vidt og formålsbestemt.⁵ Det vil si at blant annet omgåelsesbetraktninger står sterkt.

Her bemerkes følgende:

- NPK sin virksomhet er uløselig knyttet til kommunenes interesser som sådan, dvs. å fremme egne kommuners interesser i kraft av å være vertskap for olje- og gassvirksomhet. Disse interessene er i utgangspunktet av offentligrettslig karakter.
- NPK synes å være utelukkende finansiert kommunene selv, enten direkte (via kommunene) eller indirekte (ved at nøkkelpersonell, styret osv. er lønnet av kommunene, og presumtivt ser deltakelse i NPK som en del av sin ordinære jobb). Også fakturaene fra Lund & Co dekkes av kommunene, via Tysvær kommune som har et slags administrasjons- og sekretariatansvar.
- Styret består kun av deltakere fra kommunene, fortrinnsvis ordføreren i hver kommune. Det er sågar understreket at ordførerens styreverv *ikke* er personlig, og at styremedlemmet byttes ut så fort at ny ordfører velges eller på annen måte tiltrer.

Jeg nevner i denne sammenheng at KOFA⁶ i sak 2017/147 vurderte hvorvidt Norsk Sjømatråd AS var underlagt reglene om offentlige anskaffelser. Sjømatrådet argumenterte for det første med at de ikke tjente allmennhetens behov, og for det andre at de var av «industriell og forretningsmessig karakter». Ellers var det enighet om at de andre vilkårene for «offentligrettslig organ» var oppfylt.

Etter undertegnedes mening var det sterkere grunner for å anse Norsk Sjømatråd som et organ utenom offentlig kontroll enn NPK. Likevel fant KOFA at Sjømatrådet var et offentligrettslig organ. Det er trolig enda sterkere grunn til at å tro at konklusjonen blir den samme for NPK.

Konklusjon: Det fremstår sannsynlig at NPK, selv som selvstendig rettssubjekt, er underlagt reglene om offentlige anskaffelser.

(Det understrekes her at denne vurderingen er til dels hypotetisk, og at vilkårene for «offentligrettslig organ» er skjønnsmessige vurderingstemaer. For å kunne si noe sikrere om spørsmålet, så bør det gjennomføres en grundigere utredning).

5. Kort om risikoen ved å/ikke å la seg underkaste anskaffelsesregelverket

Det er en asymmetrisk risiko knyttet til å benytte anskaffelsesregelverket. Med dette menes at det offentlige aldri kan gjøre noe feil ved å benytte anskaffelsesregelverket *der det ikke er krav om det*, mens det kan ha store, økonomiske konsekvenser *ikke å benytte regelverket*

⁵ Dragsten, pkt. 3.1

⁶ Klagenemnda for offentlige anskaffelser – KOFA

dersom det er påkrevd. Så kan det innvendes at om man følger regelverket, men gjør feil, så vil også det kunne ha økonomiske konsekvenser. Dessuten følger det en god del administrasjon og kostnader ved å følge regelverket. Poenget står likevel. I tillegg nevner jeg priskontroll, uønsket mediaoppmerksomhet (som allerede vist), risiko for omdømme mv. som punkter som tilsier å følge regelverket selv om det skulle være noe usikkerhet knyttet til om man rettslig sett er nødt til det.

6. Hva med dagens rammeavtale med Lund & Co?

Vi har mottatt dagens rammeavtale og gjennomgått denne. Den inneholder (minst) to typer oppgaver som Lund & Co skal utføre for NPK. For det første skal Lund & Co tilby sekretariattjenester (se rammeavtalens punkt 4 og 4.1). For det andre skal firmaet tilby juridiske tjenester (punkt 4.2).

Begge disse tjenestene er omfattet av reglene om offentlige anskaffelser. FOA er lagt opp slik at *alle* varer og tjenester er underlagt reglene, med mindre det finnes eksplisitte unntaksregler. Det finnes ikke unntaksregler for hverken administrative tjenester eller juridiske tjenester. For sistnevnte tjeneste må det imidlertid understrekes at prosessoppdrag, dvs. oppdrag som gjelder representasjon ved domstoler, er unntatt regelverket. Det samme er forberedelse av saker som med «klar sannsynlighetsovervekt» vil lede til rettssaker, jf. hhv. FOA § 2-4 bokstav d), nr. 1 og 2. Den juridiske rådgivning som omtales i dagens rammeavtale er tilsynelatende ikke primært prosessoppdrag, og er derfor omfattet av reglene. (Under henvisning til pkt 5 over: Det er ikke ulovlig å konkurranseutsette også prosessoppdrag, selv om det ikke er *plikt* til det).

Konklusjon: Dagens rammeavtale gjelder tjenester som må konkurranseutsettes.

7. Fremtidig konkurranseutsetting

Det vil føre for langt å gå inn på hvordan en (eller flere) fremtidig(e) konkurranser skal utformes og arrangeres. Dette kan vi heller bidra med på et senere tidspunkt, hvis ønskelig.

Likevel: Vi vil anbefale å splitte opp 1) de administrative tjenestene og 2) de juridiske tjenestene, slik at man ikke havner i dagens situasjon hvor ett og samme firma de facto ender opp med å kunne bestille fra seg selv. Se også pkt. 8 nedenfor

Selv om dette ikke skulle være direkte ulovlig, hvilket det fort kan være, så er det uansett egnet til 1) kunne gi dyrere tjenester for kommunene, 2) redusere kommunenes kontroll med kostnadene/arbeidet som er utført og 3) fremstå uheldig, både overfor kommunene selv (som kanskje mangler nødvendig kontroll) og – ikke minst – overfor omverden (borgerne, eventuelle kontrollorgan, media mv).

Selv om det er praktiske fordeler med kun å forholde seg til *ett* firma, så oppveier trolig ikke dette de praktiske og prinsipielle ulempene.

NPK/kommunene behøver ikke å konkurranseutsette tjenester dersom de gjøres i egenregi. Det vil si at dere også bør vurdere om (en del av) arbeidet kan utføres av egne ansatte, for eksempel gjennom nyansettelse(r). Kanskje er dette mest aktuelt for sekretariattjenestene,

heller enn de juridiske tjenester. Jeg behøver imidlertid langt mer informasjon om dagens virksomhet om jeg skal kommentere dette nærmere. Det nevnes likevel som en aktuell mulighet som bør vurderes.

8. Kort om habilitetsproblematikk

I forlengelsen av siste avsnitt, og selv om dere ikke har tatt det opp i spørsmålene til meg, så nevner jeg også at det kan være habilitetsproblematikk knyttet til dagens situasjon.

Reglene om habilitet følger av forvaltningsloven kapittel II, og gjelder i utgangspunktet bare for «offentlig tjenestemann», jf. fvl. § 6 (1). Etter § 10 så er imidlertid reglenes virkeområde utvidet slik: *«Foruten for offentlige tjenestemenn gjelder bestemmelsene i kapitlet her tilsvarende for enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan.»*

Det kan innebære at de fra Lund & Co som utfører sekretariattjenester for NPK kan være omfattet av habilitetsreglene, og kanskje også mens de bestiller juridiske tjenester fra sitt eget firma.

Det er mange spørsmål av forvaltnings- og anskaffelsesrettslig karakter som her oppstår. Foreløpig nøyer jeg meg med å gjøre oppmerksom på at dagens situasjon potensielt kan bryte med regelverk også utover anskaffelsesreglene.

* * * * *

Trondheim, 9. august 2023



Markus Waterloo
advokat