



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede inngikk 30. august 2017 en samarbeidsavtale på IKT-drift og digitalisering med Bodø kommune. Klager anførte at avtalen var en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant at avtalen verken kunne unntas anskaffelsesregelverket etter anskaffelsesforskriften forskriften § 3-3, eller som myndighetsoverføring som faller utenfor anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde. På denne bakgrunn kom klagenemnda til at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på 10 prosent av anskaffelsens verdi.*

### **Klagenemndas gebyrvedtak 9. desember 2020 i sak 2019/382**

- Klager:** Braathe Gruppen AS (tidligere iTet AS)
- Innklaget:** Røst kommune
- Klagenemndas medlemmer:** Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik
- Saken gjelder:** Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og illeggelse av overtredelsesgebyr

### **Innledning:**

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Røst kommunes (heretter kalt *innklagede*) anskaffelse av IKT-tjenester fra Bodø kommune. Braathe Gruppen AS (heretter kalt *klager*) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 12. juni 2019.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 364 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

### **Bakgrunn:**

- (3) Røst kommune og Bodø kommune inngikk i 2015 en intensjonsavtale «*om digital fusjon og samarbeid om utvikling av nye Røst kommune*».
- (4) Det fremgikk av intensjonsavtalen punkt 2 «*Felles Mål*» at:

*«Bodø og Røst kommuner skal gjennom en innovativ prosess utvikle en lokalt tilpasset forvaltningsmodell for Røst som bidrar til kommunereformens mål om gode og likeverdige tjenester til innbyggerne, helhetlig og samordnet samfunnsutvikling, bærekraftige og økonomisk robuste kommuner og styrket lokaldemokrati.*

*Samarbeidet skal bidra til styrket utviklingskraft og bedre kommunale tjenester på Røst. Samarbeidet skal også være et bidrag til regional mobilisering i Salten og forsterkning av Bodø kommune som samfunnsutvikler med utvidet oppgaveansvar.»*

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

- (5) Det fremgikk videre under «Felles mål» punkt nummer 5 at arbeidet med Nye Røst kommune blant annet skulle bidra til:

*«Full digital fusjon mellom de to kommunene, herunder felles digital infrastruktur, innføring av nye fagsystemer, opprustning og modernisering av kommunes hjemmeside og økt satsning på digitale tjenester ovenfor innbyggerne».*

- (6) Det fremgikk av intensjonsavtalen punkt 4 «Prioriterte innsatsområder» blant annet at: *Kommunene er enige om å komme raskt i gang med nødvendige omstillinger på følgende høyt prioriterte områder:*

- *Endret IKT-løsning, herunder overflytting av IKT-løsninger fra Vågan til Bodø, harmonisering av fagsystemer og fornyelse av hjemmesiden for Røst kommune.*

- (7) Den 3. januar 2017 inngikk Bodø kommune, inklusiv samarbeidende kommuner i Samordna innkjøp i Salten, en avtale gjeldende levering av IKT-driftstjenester, tilhørende utstyr og konsulenttjenester, med Atea AS. Det var opplyst om at Bodø kommune var vertskommune for innkjøpssamarbeidet. Røst kommune var ikke nevnt som en av kommunene som var omfattet av avtalen.

- (8) I avtalen «Vedlegg 01.1 Overordnet kravspesifikasjon til Bilag 1: Kundens kravspesifikasjon» punkt 3 «Overordnede mål for IKT» var det blant annet opplyst:

*«Bodø kommune ønsker å inngå en avtale for IKT-tjenester der leverandøren er ansvarlig for hele verdikjeden fra og med driftsplattformen og tilhørende applikasjonsdrift og tilknyttede tjenesteområder via nettverket til Bodø kommunes forskjellige enheter».*

- (9) Det var videre i punkt 5 «Anskaffelsens formål og omfang» blant annet opplyst at «Områdene som skal dekkes i en ny driftsavtale vil være:

*1. Oppsett av nye servere, routere, switcher og tilhørende. Drift og vedlikehold, som oppgraderinger og overvåking. Avtalen skal også omfatte innkjøp av denne type utstyr.*

*2. Drift og vedlikehold av telefoniløsning og samhandlingssystemer integrert i vår infrastruktur.*

*3. Overvåking og konfigurering av nettverksutstyr i kommunikasjonsentraler i samtlige kommunens lokaler med lokalt nettverk. Patching og vedlikehold av patchelister.*

*4. Bredbåndstjenester, inkludert TV signaler.*

*Konfigurasjon og drift av WAN, som består av ca. 130 lokasjoner med IP/VPN, basert på fibernettverk. Hovedsakelig 150MB, men også noen samband med 1Gb.*

*5. End-user PC-er/desktop.*

*Klargjøring av klienter med OS og tilpasninger for bedriftens policy på applikasjonsportefølje og sikkerhetsrutiner. Metodikk for tilpassinger av OS og utrulling av applikasjoner.*

*6. Servicedesk som er 1. linje support for kommunens ansatte.*

*Servicedesk er i dag lokalisert på IKT-kontoret hos Bodø kommune, og er bemannet med to ansatte. Denne fungerer som 1. linjetjeneste, og har åpningstid mellom 0800 og 1530.*

*Service ut over åpningstiden er ivaretatt av bakvaktjenester hos eksisterende leverandører.*

*7. Hardware kjøp og klargjøring som inkluderer livsløpsforvaltning av PCer og laptop til kommunens ansatte og lokaler.*

*Innkjøpsavtale for utstyr, er i dag fordelt på flere leverandører. Utstyr til infrastruktur som servere, routere og switcher, inkl. aksesspunkter for WiFi. Utstyr til kontor/brukere omfatter PCer, nettbrett, skjermer, mus og tastatur.*

*8. Lokal support på utstyr ved feilsøking og utbedring.»*

(10) Innklagede og Bodø kommune inngikk 30. august 2017 en samarbeidsavtale på IKT-drift og digitalisering, med Bodø kommune som vertskommune og innklagede som samarbeidskommune.

(11) Blant avtalens punkt 1.2 «Formål» var det blant annet opplyst:

- *Klargjøre kommunene for et mer dyptgående samarbeid fremover*
  - *Bedre mulighet for samhandling også mellom Røst kommune og Bodø kommune*
  - *Sikre at nødvendig infrastruktur for felles tjenesteproduksjon er til stede, både på generelle systemer og på spesifikke fagsystemer*

(12) Av samarbeidsavtalens punkt 1.3 fremgikk det at «Avtalen gjelder i minimum to år, fra 01.01.2017 - 31.12.2018. Avtalen løper videre for ytterligere to år om gangen dersom den ikke sies opp innen 01.01.2018.»

(13) I punkt 1.4 om «IKT drifts og digitaliserings oppgaver» fremgikk det følgende:

*«Det ansvar og de oppgaver som til enhver tid er gitt til kommunene, kommunestyrenes og andre kompetente politiske og administrative vedtak samt denne avtale.*

*Vertskommunen er ansvarlig for å utføre følgende oppgaver for samarbeidskommunen:*

*Tjenester:*

- *1. linje (Helpdesk)*
- *2. linje på -stedet-service når dette er påkrevd*
- *Server- og systemdrift inklusive lagring og backup*
- *Applikasjonsdrift*
- *Sambands- og infrastruktur tjenester*
- *Nettverkstjenester (Levert av Signal/Lofotkraft Bredbånd/Norsk Helsenett)*

### Programvare

*Ved oppstart av avtalen skal samarbeidskommunen benytte følgende applikasjoner i vertskommunens applikasjonsportefølje:*

- *Basis server- og systemprogramvare*
- *MS Office*
- *Fagprogrammer*
  - o *ePhorte*
  - o *Geodata/Gisline*
  - o *KomTek*
  - o *Visma Velferd*
  - o *Visma Flyt*
  - o *Visma Enterprise*
  - o *WinMed Allmenn*
  - o *WinMed Helsestasjon*
  - o *Gerica*
  - o *SOFIE*
  - o *Feide*

*Samarbeidskommunen forplikter seg til å følge vertskommunens standard oppgraderings- og vedlikeholdsprosesser.*

### Tilrettelegging og utvikling

- *Alle tjenestene leveres i henhold til vertskommunens til enhver tid gjeldende driftsrutiner og prosesser.*
- *Avtaleinngåelse og forvaltning av programvarelisenser, herunder fakturering til samarbeidskommunen.*
- *Vedlikehold av fellestjenester og programvare*

*Listen er ikke uttømmende.»*

(14) Av punkt 3.1 «Delegering av myndighet» fremgikk følgende:

*«Samarbeidskommunen gir vertskommunen fullmakt til å fatte avgjørelser innenfor vedtatt budsjett i saker av ikke-prinsipiell betydning innenfor området IKT drifts – og digitaliseringstjenesten, jfr. Kommunelovens § 28b nr. 1.*

*Rådmannen i samarbeidskommunen delegerer til rådmannen i vertskommunen å løse samarbeidskommunens oppgaver på sine vegne. Det forutsettes at rådmannen i vertskommunen videre delegerer i overensstemmelse med vertskommunens organisasjonsstruktur og reglement, jfr. Kommunelovens § 28b nr. 3.*

*Vertskommunen forutsetter å utføre oppgaver på samarbeidskommunenenes vegne etter de retningslinjer som gjelder for samarbeidskommunen, jfr. Kommunelovens § 28b nr. 5.*

*Saker som etter samarbeidskommunenenes delegeringsreglement og organisasjonsstruktur forutsetter politisk behandling utredes av vertskommunen for beslutning i den enkelte samarbeidskommune.»*

(15) I punkt 4.3 om «*Fordeling av utgifter*» ble det opplyst følgende:

*«Samarbeidet er basert på kostnadsdekning, det betyr at utgifter for samarbeidskommunen er basert på vertskommunen sin merkostnad knyttet til arbeidet med samarbeidskommunen».*

(16) Det fremgikk av samme punkt at innklagedes IKT-driftsbudsjett var 1 225 000 kroner i 2017.

(17) Det er opplyst for klagenemnda at innklagedes databudsjett for regninger fra Bodø kommune var 963 000 kroner i 2017, 993 600 kroner i 2018, og 1 015 066 kroner i 2019.

(18) «*Faktura IKT Driftstjenester for Røst kommune i 2017*» viser at innklagede betalte 951 545 kroner til Bodø kommune.

(19) «*Faktura IKT Driftstjenester for Røst kommune i 2018*» viser at innklagede betalte 1 040 145 kroner eks. mva., 1 300 181,25 kroner inkl. mva. til Bodø kommune.

(20) For 2019 viser fakturagrunnlaget at innklagede ble fakturert for 1 006 881 kroner for IKT Driftstjenester.

(21) Klagen med påstand om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ble brakt inn for klagenemnda 12. juni 2019.

(22) Nemndsmøte om utstedelse av forhåndsvarsel ble avholdt 14. oktober 2020.

(23) Klagenemnda sendte 5. november 2020 ut varsel om illeggelse av et gebyr på 10 prosent av anskaffelsens verdi.

(24) Ved skriv 23. og 30. november kom innklagede og klager med merknader til forhåndsvarselet.

#### **Anførsler:**

*Klagers anførsler:*

(25) Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå vertskommunesamarbeid med Bodø kommune om levering av IKT-driftstjenester.

### *Innklagedes anførsler:*

- (26) Samarbeidsavtalen kan unntas anskaffelsesregelverket med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-3.
- (27) Subsidiært kan avtalen unntas med hjemmel i anskaffelsesdirektivet 2014/24/EU art. 1 nr. 6 og C-51/15 (Remondis/Hannover).

### **Klagenemndas vurdering:**

- (28) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble sendt til klagenemnda 12. juni 2019.
- (29) Samarbeidsavtalen mellom innklagede og Bodø kommune ble inngått 30. august 2017. Anskaffelsesloven av 7. juni 2016 nr. 73 og forskriften av 12. august 2016 nr. 974 (*anskaffelsesforskriften*) regulerer spørsmålet.

### *Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse*

- (30) Klager anfører at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå et vertskommunesamarbeid med Bodø kommune om levering av IKT-driftstjenester. Klager hevder innklagedes kjøp av driftstjenester og utstyr er gjort gjennom avrop på Bodø kommunes rammeavtale med Atea AS.
- (31) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (32) Anskaffelsesregelverkets utgangspunkt er at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi skal kunngjøres i Doffin, jf. anskaffelsesforskriften §§ 5-1 andre ledd, og 8-17 første ledd. For anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdi foreligger det en plikt til å kunngjøre anskaffelsen i TED-databasen. For tjenesteanskaffelser var kunngjøringsplikten 1,1 millioner kroner ekskl. mva. frem til 6. april 2018. Med virkning fra 6. april 2018 ble terskelverdien hevet fra 1,1 til 1,3 millioner kroner.
- (33) Bodø kommune har etter det opplyste fakturert innklagede for IKT-driftstjenester for 951 545 kroner i 2017, 1 040 145 kroner i 2018 og 1 006 881 kroner i 2019. I perioden 12. juni 2017 til og med ut 2019, med skjønnsmessig fratrukk for halve 2017, legger klagenemnda til grunn totalt 2 522 799 kroner. Dersom dette er tale om en kontrakt som er omfattet av anskaffelsesregelverket, er det ikke tvilsomt at verdien er over terskelverdien for kunngjøringsplikt. I innklagedes kommentarer til forhåndsvarselet, har innklagede gitt opplysninger om hva som er betalt for ytelsen i 2020, og hva som kommer til å betales. Klagenemnda kommer nærmere tilbake til dette under gebyrets størrelse.
- (34) Klager har også vist til at iTet AS mottok 700 000 kroner våren 2017 fra innklagede for å implementere innklagedes løsning hos Bodø kommune, og at innklagede har kjøpt IKT-utstyr for i underkant av 500 000 kroner fra Atea AS i perioden 2017-2019. Videre har klager vist til at Atea AS har utført vedlikeholdsoppdrag tilknyttet innklagedes tekniske plattform høsten/vinteren 2018, for 194 197 kroner. Klagenemnda har ikke tilstrekkelig

grunnlag for å vurdere om dette er en del av samme kontrakt mellom innklagede og Bodø kommune, og tar derfor ikke nærmere stilling til dette.

- (35) Spørsmålet i det videre er om avtalen mellom innklagede og Bodø kommune om IKT-driftstjenester er omfattet av anskaffelsesregelverket.
- (36) Innklagede inngikk den 30. august 2017 en samarbeidsavtale med Bodø kommune om IKT-drift og digitalisering. Det fremgikk av avtalen at Bodø kommune var vertskommune og innklagede var samarbeidskommune. Det fremgikk videre at Bodø kommune skulle levere tjenestene presentert i avsnitt 13, men at denne listen ikke var uttømmende. Samarbeidet var basert på kostnadsdekning, slik at innklagede skulle dekke Bodø kommunes merkostnad knyttet til arbeidet for innklagede.
- (37) Det følger av forskriften § 1-1 at anskaffelsesforskriften gjelder når oppdragsgivere som nevnt i § 1-2 inngår «vare-, tjeneste eller bygge- og anleggskontrakter [...]». Begrepet «kontrakt» er definert i forskriften § 4-1 bokstav a) som en «gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører».
- (38) At kontrakten er gjensidig bebyrdende, innebærer at den offentlige oppdragsgiveren mottar en ytelse mot et vederlag, som gir den offentlige oppdragsgiveren en direkte økonomisk fordel, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-796/18 (*ISE v Stadt Köln*), avsnitt 40. Det skal ikke legges til grunn en formalistisk fortolkning av kontraktsbegrepet og dets elementer, men en formålsoverordnet fortolkning som skal sikre regelverkets fulle effekt, se eksempelvis EU-domstolens avgjørelse i C-399/98 (*La Scala*), avsnitt 52.
- (39) Kontrakten innebærer at Bodø kommune bidrar med IKT-driftstjenester og noen administrative oppgaver til Røst kommune mot et vederlag. Det fremgår av det årlige fakturagrunnlaget at innklagede betaler for «Drift/vedlikehold/support», beskrevet som serverdrift, klientforvaltning, trådløstnett og servicedesk. I tillegg betaler innklagede for diverse lisenser og forvaltningskostnader, og noen ytterligere tilleggstjenester per år. Det foreligger altså en gjensidig bebyrdende avtale.
- (40) Innklagede har anført at avtalen mellom partene er en samarbeidskontrakt som er unntatt loven og anskaffelsesforskriften, jf. forskriften § 3-3.
- (41) Det følger av anskaffelsesforskriften § 3-3 at «anskaffelsesloven og forskriften ikke gjelder for kontrakter som inngås utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid
- a) som har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål,
- b) som blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser og
- c) der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne.»
- (42) Bestemmelsen gjennomfører artikkel 12 nr. 4 i direktiv 2014/24/EU som utdypes i fortalens avsnitt 33: «Et sådant samarbeid krever ikke, at alle de deltagende myndigheter påtager sig utførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser, så længe der er forpligtelser, der bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse.» Det er altså ikke et krav om at partene bidrar i like stort omfang eller med

bidrag av samme art, se tilsvarende klagenemndas avgjørelse i sak 2017/107, avsnitt 42 til 48.

- (43) EU-domstolen uttalte i sak C-429/19 (*Remondis/Rhein*), avsnitt 37 til 38, at «*vederlaget til distriktet i medfør af denne aftales § 5, stk. 1, udelukkende har form af en godtgørelse af udgifter uden hensyntagen til en fortjenstmargen for de løbende driftsudgifter*». EU-domstolen kom på denne bakgrunn til at «*aftale[n] synes derfor udelukkende at omhandle erhvervelsen af en ydelse mod betaling af et vederlag. Under disse omstændigheder og med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse er den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt ikke omfattet af den undtagelse, der er fastsat i artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24*». Ren kostnadsdekning er derfor ikke nok til å oppfylle samarbeidsvilkåret.
- (44) Innklagede har vist til at kommunene har noen felles prosjekter. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at innklagedes forklaring konkret forklarer hva innklagede eventuelt bidrar med, og forbindelsen til IKT-tjenestene. Slik nemnda ser det, bidrar ikke innklagede med annet enn kostnadsdekning. Selv om innklagede er en vesentlig mindre kommune og dermed ikke nødvendigvis trenger å bidra i like stor grad som Bodø kommune, er ikke kostnadsdekning nok til å oppfylle samarbeidsvilkåret.
- (45) Selv om det ovennevnte i seg selv medfører at samarbeidsvilkåret ikke er oppfylt, finner klagenemnda likevel grunn til å bemerke at EU-domstolen i sak C-796-18 (*ISE v Stadt Köln*), avsnitt 76, uttalte at:
- «[...] at artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24, sammenholdt med 33. betragtning, andet afsnit, til og artikel 18, stk. 1, i dette direktiv, skal fortolkes således, at et samarbejde mellem ordregivende myndigheder i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet ikke må indebære, at en privat virksomhed stilles i en fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter.»*
- (46) Bodø kommunes IKT-tjenester driftes av Atea AS etter avtale inngått 3. januar 2017. Røst kommune er ikke en av oppdragsgiverne i denne avtalen. Avtalen gjelder levering av IKT-driftstjenester, tilhørende utstyr og konsulenttjenester. Det er derfor i realiteten Atea AS som leverer største delen av ytelsen innklagede mottar gjennom samarbeidsavtalen med Bodø kommune. Samarbeidet er derfor heller ikke i overensstemmelse med likebehandlingsprinsippet.
- (47) Videre har innklagede anført at avtalen gjelder myndighetsoverføring, som faller utenfor anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde, jf. anskaffelsesdirektivet 2014/24 art. 1 nr. 6 og EU-domstolens sak C-51/15.
- (48) Det følger av anskaffelsesdirektivet 2014/24 Art. 1 nr. 6 at «*Aftaler, afgørelser eller andre juridiske instrumenter, der organiserer overførsel af kompetencer og ansvar vedrørende gennemførelse af offentlige opgaver mellem ordregivende myndigheder eller grupperinger af ordregivende myndigheder og ikke indebærer, at der skal ydes betaling for kontraktmæssige ydelser, betragtes som et spørgsmål om intern organisation i den berørte medlemsstat og berøres som sådan ikke af dette direktiv*».
- (49) EU-domstolen behandlet myndighetsoverføring i sak C-51/15. 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 i avsnitt 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.»*

- (50) I Remondis hadde de to tyske regionene overført sin lovregulerte forvaltningsmyndighet og ansvar for avfallshåndteringen. Dette omfattet myndighet til å fastsette regulering og gebyrer.
- (51) Tjenesten Bodø kommune leverer til innklagede er leveranse og drift av IKT-tjenester. At denne tjenesten er satt bort fra innklagede til Bodø kommune innebærer ingen overføring av innklagedes forvaltningsmyndighet fra innklagede til Bodø kommune. Det er tale om ren oppdragstildeling for en IKT-tjeneste hvor innklagede kompenserer Bodø kommune for utførelsen. At Bodø kommune har *«fullmakt til å fatte avgjørelser innenfor vedtatt budsjett i saker av ikke-prinsipiell betydning innfor området IKT drifts- og digitaliseringstjenesten»* innebærer ikke at det er overført forvaltningsmyndighet slik definert av EU-domstolen.
- (52) Klagenemnda kan heller ikke se at noen av unntaksbestemmelsene i forskriften § 5-2 kommer til anvendelse i denne saken, og forstår det slik at innklagede heller ikke har påberopt seg dette.
- (53) Som følge av manglende kunngjøring har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

*Hvorvidt det skal ilegges gebyr*

- (54) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum, at klagenemnda *«skal»* ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelses verdi dersom *«oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse»*. Av andre punktum fremgår det at klagenemnda *«kan»* ilegge gebyr dersom *«oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse»*.
- (55) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7 b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12 viser klagenemnda til klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147, avsnitt 55 og utover.

- (56) Offentlige oppdragsgivere forutsettes generelt å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser. På tidspunktet oppdragsgiver inngikk avtalen forelå det klargjørende avgjørelser fra EU-domstolen om forståelsen av offentlig-offentlig samarbeid etter forskriften § 3-3 og unntaket for delegasjon av forvaltningsmyndighet. Innklagede har vist til en juridisk vurdering fra Kommunerevisjonen i Lofoten, og et fremlagt notat adressert til Bodø kommune. Vurderingen viser at kommunene var kjent med disse avgjørelsene, men tolket dem feilaktig. Innklagede har et selvstendig ansvar for overholdelse av regelverket, og klagenemnda kan ikke se at denne rettsvillfarelsen var unnskyldelig. Nemnda mener på denne bakgrunn at det foreligger grov uaktsomhet.

#### *Gebyrets størrelse*

- (57) I forhåndsvarselet la klagenemnda til grunn et gebyr basert på hva som var betalt for tjenesten i 2017, 2018 og 2019 med skjønnsmessig fratrukk for halve 2017. Utmåling av overtredelsesgebyr skal i tråd med praksis fra klagenemnda fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/7, avsnitt 76. Gebyrgrunnlaget må følgelig også inkludere 2020 og eventuelt det beløp som vil bli betalt for fremtidige tjenester.
- (58) Innklagede har opplyst at de er i gang med en ny anbudsprosess for driftstjenester, og at det er innledet samtaler med sikte på ny midlertidig driftsoperatør frem til ny avtale trer i kraft. Midlertidig leverandør antas å være operativ fra senest 1. mars 2021. Klagenemnda legger derfor dette til grunn.
- (59) I kommentarer til forhåndsvarselet, har innklagede anført at anskaffelsens verdi ikke omfatter kostnadene knyttet til Bodø kommune sin egen ressursinnsats. Det fremholdes også at anskaffelsens verdi ikke omfatter kostnader til programvareleverandører som ikke er en del av driftsavtalen mellom Bodø kommune og Atea AS. Klagenemnda er ikke enig i dette. Nemnda har ovenfor kommet til at det er avtalen mellom innklagede og Bodø kommune som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Det fremgår av samarbeidsavtalen punkt 1.4 og fakturaene fremlagt, at disse tjenestene er kjøpt samlet fra Bodø kommune.
- (60) I forhåndsvarselet la klagenemnda til grunn et gebyrgrunnlag på 2 522 799 kroner. I kommentarer til forhåndsvarselet, har innklagede opplyst at det i perioden 1. januar 2020 frem til 1. mars 2021 har og vil påløpe kostnader for 1 126 444 kroner. Gebyrgrunnlaget blir dermed totalt 3 649 243 kroner.
- (61) Det fremgår av loven § 12 tredje ledd at det ved utmålingen av gebyret særlig skal legges vekt på «*bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen*», jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelses verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (62) En gjennomgang av klagenemndspraksis viser at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpene omstendigheter. Klagenemnda kan ikke se at dette foreligger i denne saken.
- (63) Med utgangspunkt i klagenemndas tidligere gebyrvedtak, finner klagenemnda det riktig å ilegge et gebyr på 10 prosent av de samlede utbetalingene på 3 649 243 kroner ekskl. mva., avrundet til 364 000 kroner.

**Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:**

\*\*\*

*Røst kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 364 000.*

*- trehundreogsekstifiretusen - kroner.*

*Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato.*

\*\*\*

Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12 sjette ledd. Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

*Dokumentet er godkjent elektronisk*