



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Stryn kommune inngikk avtale med sitt heleide selskap Stryn Energi AS om bygging og drift av bredbåndsnett i kommunen. Lov om offentlige anskaffelser, men ikke anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften kom til anvendelse. Vilåårene for egenregi var ikke til stede. Klagenemnda kom til at Stryn kommune brøt lovens § 5 ved ikke å undergi anskaffelsen konkurranse.

Klagenemndas avgjørelse 12 januar 2004 i sak 2003/243

Klager: Sico Data AS

Innklaget: Stryn kommune

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Inger Marie Dons Jensen og Per Christensen

Saken gjelder: Krav til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Sakens bakgrunn:

Stryn kommune (heretter kalt ☐innklagede☐) har besluttet at det skal bygges og drives bredbåndsnett i kommunen.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

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

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

I mars 2003 ble det lagt fram en prosjektbeskrivelse med navn ☐ Breiband til skulane i Stryn kommune ☐. I denne står det under punkt 1.1 fjerde avsnitt:

☐ Stryn kommune ønskjer å ha ei aktiv rolle i høve til tilrettelegging for breiband. Gjennom å syte for breibandløysing for eiga verksemd vil vi også få den tilleggseffekten at den utbygde kapasiteten kan nyttast av andre aktørar for sal til private og bedrifter i dei fleste områda i kommunen. ☐

I punkt 4.1 står det:

☐ *Hovudmål*

Målet med prosjektet er å etablere ei felles kommunikasjonsløysing for skulane og andre kommunale ytre einingar gjennom bruk av radio- og fiberbasert breibandsnett. ☐

I prosjektbeskrivelsen ble totalsummen for prosjektet anslått til kr. 4.256.000.

Ved vedtak 10.04.2003 godkjente kommunestyret prosjektet ☐ Breiband til skulane i Stryn kommune ☐.

I vedtaket ble prosjektet anslått å koste kommunen kr 2.786.000, og det ble i tillegg søkt om støtte fra HØYKOM på kr 1.393.000. Prosjektet skulle utføres i flere deler. Første del, legging av fiberkabel til Stryn Ungdomsskule, skulle gjennomføres i 2. kvartal 2003 for kr 250.000. Prosjektet ble iverksatt etter særskilte forhandlinger med graveentreprenør og kabelentreprenør, og hvert av oppdragene lå under terskelverdiene (200.000 kr eks mva), slik at de ifølge innklagede ikke skulle kunngjøres.

For den videre gjennomføring av prosjektet vedtok kommunestyret å forhandle frem en avtale med Stryn Energi/Via Vest om bygging og drift av bredbånd til grunnskolene i Stryn. Stryn Energi AS driver ikke selv med drift av bredbåndskommunikasjon, men eier 60.87% i Via Vest som bl a har bredbåndsutbygging som sitt forretningsområde. Det ble videre vedtatt at intensjonen skulle være å åpne for et fritt marked for leverandører av innhold/tjenester, slik at de som knyttet seg til nettet av næringslivet og privatpersoner, fritt kunne velge leverandør. Formannskapet fikk fullmakt til å godkjenne gjennomføring av prosjektet. Ut fra den fremlagte dokumentasjon ble andre leverandører ikke vurdert eller kontaktet.

Driftskostnadene ble av formannskapet i kommunen anslått å være ca 150.000 per år.

Den 05.11.2003 ble følgende avtale mellom innklagede og Stryn Energi AS godkjent av Stryn formannskap, og av styret i Stryn Energi AS:

□Mål:

Stryn kommune og Stryn Energi AS sitt mål med denne intensjonsavtalen er å legge til rette for utbygging av framføringsveg for breibandkommunikasjon i Stryn kommune.

Roller:

Stryn kommune si rolle etter denne avtalen er å bygge ut breibandkommunikasjon til skulane og kommuneorganisasjonen sine ytre einingar □ del A av utbygginga. Ved utbygginga skal det leggst til grunn at den framføringsvegen som vert bygd skal vere ein del av ein større breidbandinfrastruktur, som på ein god måte også dekkjer verksemdar og einskildepersonar sin trong til breibandkommunikasjon- jfr. Stryn Energi AS si rolle.

Stryn Energi AS si rolle er, i tråd med energiverket sin strategi om satsing på breibandkommunikasjon, utbygging av den kommersielle delen av breidbandinfrastrukturen i kommunen □del B av utbygginga □ og ha driftsansvar for dette nettet.

Det vert lagt til grunn at del A og B vert samordna og gjennomført som eitt utbyggingsprosjekt, men med særskilde rekneskap i høve til rolledeling.

Gjennomføring:

Kvar av partane står i prinsippet ansvarleg for planlegging, innhenting av anbod (jfr. forskrift om offentlige anskaffelser), finansiering og gjennomføring for sine deler av utbyggingsprogrammet. For samordning av planlegging, anbod og teknisk utbygging m.m. vert det oppretta ei prosjektgruppe med ein deltakar frå kvar av partane pluss prosjektleiar. Det skal gjerast eigen avtale om dette.

Drift av nettet m.m.:

Partane legg til grunn at det skal gjerast eigen avtale om drifta av breibandnettet når utbygging er gjennomført. Ei slik avtale skal, i tillegg til å sikre partane sine rettar, også omfatte leveranse og omfang, installasjon, levering og tilgang, betaling for tenester og sal av tenester til andre enn partane m.m.

Ved prising av tenester som nemnd ovanfor skal vanlege forretningsmessige prinsipp leggst til grunn, og stå i høve til investert kapital og den kapasitet som kvar av partane disponerer i det samla nettet. Verdien av mogeleg HØYKOM-tilskot tilfelle Stryn kommune

Avtalen kan og omfatte eigeomsretten til nettet eller deler av det. Avtale om eventuell overføring av eigeomsrettar skal godkjennast av Stryn kommunestyre og styre for Stryn Energi AS.

Sico Data AS (heretter kalt klager) kontaktet klagenemnda 06.11.2003 idet de som lokal bredbåndsleverandør ønsket å gi tilbud på bygging og drift av bredbånd til Stryn kommune.

I brev datert 01.12.2003 fra klagenemnda ble innklagede bedt om å redegjøre for hvorfor det ble besluttet at prosjektet skulle skje i samarbeid med Stryn Energi AS, i stedet for å konkurranseutsette valg av samarbeidspartner. I sitt svarbrev datert 01.12.2003 kom innklagede med følgende begrunnelse:

☐ Som nemnd i tidlegare brev er Stryn Energi AS eit heileigd kommunalt energiverk. Det kommunale energiverket vil derfor vere eit naturleg utgangspunkt for utvikling av lokale samdriftsprosjekt. Utbygging av framføringsveg for breiband-kommunikasjon i Stryn kommune er eit slikt samdriftsprosjekt. Eit slikt samarbeid vil kunne gje samdriftsfordeler mellom kommunen og kommunen sitt energiverk, gje høgare effektivitet og betre og billigare tenester til kommunen sine innbyggjarar. Samdrift med energiverket er vidare vurdert som drift i ☐ eigenregi ☐ , då levering av tenester til andre oppdragsgjevarar enn kommunen er vurdert til ikkje å utgjere meir enn 20% innanfor resultatområde breiband. Dette er bakgrunnen for, og grunngjevinga for, vedtaket om at prosjektet skulle skje i samarbeid med Stryn Energi AS i staden for å konkurranseutsette val av samarbeidspartner. ☐

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at avtale om bygging og drift av bredbånd til grunnskolene i Stryn kommune ble inngått direkte med Stryn Energi AS i strid med kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser.

Stryn Energi AS eier over 60% i Via Vest AS, og Via Vest AS driver med utbygging av bredbånd i Stryn. Styreformannen i Stryn Energi AS, som også er styreformannen i Via Vest AS, kan ikke opptre som en habil part i forbindelse med den planlagte anbudsutlysning av bredbåndsutbygging, da slik utbygging er innenfor Via Vest AS' forretningsområde.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt forskrift om offentlige anskaffelser.

Stryn Energi er pålagt å håndtere kjøp/salg av energi og bygging/drift av overføringsnett som egne resultatområder. Innklagede vil kjøpe bredbåndstjenester av Stryn Energi AS etter at nettet er ferdig etablert. Disse tjenestene vil utgjøre mer enn 80% av energiverkets omsetning av slike tjenester. Samdriften med energiverket må derfor anses som egenregi og er ikke omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser.

Selve utbyggingen av nettet skal lyses ut på anbud.

Klagenemndas vurdering:

Klager ønsker å gi kommunen et tilbud på linje med Stryn Energi AS. Klager har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagenemnda forstår intensjonsavtalen slik at innklagede skal bygge ut et bredbåndsnett (heretter kalt "stamnett") for kommunale brukere for egen regning, der selve byggearbeidet skal på anbud. Stryn Energi AS skal få koble seg på dette stamnettet og for egen regning bygge ut bredbåndsnettet videre til private aktører. Også dette byggearbeidet skal ut på anbud. Stryn Energi AS skal stå for driften av hele nettet og mottar for dette et fast honorar fra innklagede. Stryn Energi AS skal også selge bredbåndstjenester til både offentlige og private.

Forsyningsforskriftens anvendelsesområde

Innklagede er en offentlig oppdragsgiver og omfattes av lov om offentlige anskaffelser, jf lovens § 2. Utgangspunktet er at innklagede skal foreta anskaffelser etter reglene i forskrift om offentlige anskaffelser. Imidlertid følger det av forskriftens § 1-2 (4) at anskaffelser som skjer som ledd i utøvelse av virksomhet som omfattes av forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (heretter ☐ forsyningsforskriften ☐), skal følge sistnevnte forskrift. Anskaffelsen ligger imidlertid under terskelverdien i dette regelverket, og anskaffelsen gjelder telekommunikasjonstjenester som er unntatt etter forsyningsforskriften § 11 tredje ledd.

Forsyningsforskriften kommer derfor ikke til anvendelse.

Krav til konkurranse i lovens § 5

Selv om verken forsyningsforskriften eller forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse på forholdet, følger det av lov om offentlige anskaffelser § 5 at oppdragsgiver så langt det er mulig, skal basere anskaffelser på konkurranse.

Partene er enige om at selve byggearbeidet skal ut på anbud. Spørsmålet er om kommunens bruk av Stryn Energi AS kan kalles egenregi, eller om tildelingen av retten til oppkobling til stamnettet samt avtalen om drift og bredbåndstjenester også må være gjenstand for konkurranse.

Etter anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften gir både ordlyd og rettspraksis veiledning for når egenregi hjemler unntak fra forskriftenes anvendelse. I forhold til anskaffelseslovens krav om konkurranse i § 5, er det derimot isolert sett vanskelig å utlede unntak for egenregi. Klagenemnda er imidlertid kommet til at § 5 må tolkes slik at unntak for egenregi også må gjelde her, og at omfanget av unntaket, i mangel av andre holdepunkter, må tilsvare unntakene etter forsyningsforskriften og anskaffelsesforskriften.

Det fremgår både av forsyningsforskriftens § 11 åttende ledd, og av EF-domstolens avgjørelse i sak C-107/98 (Teckal), at selv om innklagede eier Stryn Energi AS 100 %, foreligger det ikke egenregi fordi hoveddelen av Stryn Energi AS totale virksomhet er rettet mot andre enn innklagede.

Vilkårene for egenregi er derfor ikke oppfylt. Når innklagede ikke har vurdert alternative leverandører til Stryn Energi AS, har innklagede opptrådt i strid med kravet til konkurranse i anskaffelsesloven § 5.

Spørsmål om inhabilitet:

Etter klagenemndas forståelse knytter anførselen om inhabilitet seg til den anbudskonkurransen som etter intensjonsavtalen skal utlyses for det planlagte byggearbeidet, jf intensjonsavtalens punkt □gjennomføring□.

Anførselen knytter seg til en fremtidig anbudskonkurranse, og partene har ennå ikke inngått avtale om gjennomføringen av denne, herunder om styreformannen i Stryn Energi AS skal ha noen rolle i konkurransen. Det faller utenfor klagenemndas myndighetsområde å uttale seg om spørsmål av hypotetisk karakter.

Konklusjon:

Stryn kommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at valg av leverandør av bredbåndtjenester ikke har vært gjenstand for konkurranse

Klagenemnda ber Stryn kommune uttale seg om hva som vil bli gjort for å rette opp feilen og unngå tilsvarende feil i framtiden.

For klagenemnda, 12.01.2004

Andreas Wahl