



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede hadde inngått en samarbeidsavtale med to private aktører for prosjektet "Utvikling av nærings- og industriområde i Finn fjord". Samarbeidsavtalen innebar at en av avtalepartene skulle ha ansvar for prosjektledelse, som skulle kompenseres gjennom prosjektmidlene. Klagenemnda fant at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, men at gebyr ikke kunne ilegges fordi skyldkravet ikke var oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 9. desember 2013 i sak 2012/113

Klager: Gunnar Johnsen, Lenviklista

Innklaget: Lenvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) Den foreliggende saken gjelder anførsel om ulovlig direkte anskaffelse av prosjektledelse for prosjektet *"Utvikling av nærings- og industriområde i Finn fjord"*. Saken er brakt inn for klagenemnda av Gunnar Johnsen, Lenviklista (heretter kalt klager). Det formelle grunnlaget for prosjektet er opplyst å være en intensjonsavtale av 6. januar 2010, se premiss (3) og en samarbeidsavtale av 21. oktober 2010, se premiss (13), mellom Lenvik kommune (heretter kalt innklagede/kommunen), Kunnskapsparken Nord AS (heretter kalt Kupa) og Finn fjord AS. Innklagede har forklart at bakgrunnen for prosjektet var at smelteverket Finn fjord AS skulle investere i et varmegjenvinningsanlegg som skulle produsere elektrisk kraft. Det var en målsetning å få til samlokalisering i Finn fjord med virksomheter som kunne nyttiggjøre seg overskuddsenergi.
- (2) Prosjektet ble behandlet av formannskapet i kommunen 22. oktober 2009, hvor det ble vedtatt å tildele prosjektet kroner 150 000 første halvår 2010, under forutsetning av at kommunen fikk tilført midler til kommunalt næringsfond. Rådmannen ble gitt anledning til, på vegne av kommunen som partner i prosjektet, å inngå den nødvendige avtale om prosjektet. I saksframlegget fremgikk det at rammen for prosjektet var kroner 3 millioner, hvorav 1/3 skulle dekkes av avtalepartene, og 2/3 skulle *"søkes dekt av andre"*. Denne rammen skulle dekke *"prosjektleder, kjøp og innleie av tjenester og reiseutgifter."* Det var innledningsvis vist til konklusjonen fra forprosjektet om å etablere et hovedprosjekt, og at *"Finn fjord AS og Lenvik kommune har sammenfallende interesser i å utvikle området Finn fjord"*. På denne bakgrunn så kommunen at *"det er naturlig å samarbeide om et hovedprosjekt om markedsføring"*. Videre fremgikk at:

"Det søkes det nå om midler til kommunens andel for deltakelse i et slikt hovedprosjekt. Kunnskapsparken Nord som samarbeidspartner med SIVA vil delta i prosjektet. Prosjektet er også tatt inn i RUP for 2010."

- (3) Det ble inngått en intensjonsavtale mellom kommunen, Finnfjord AS og Kupa 6. januar 2010, som gjaldt frem til avløsning av endelig bindende avtale. Etter punkt 1 var bakgrunnen å sette i gang et prosjekt for å realisere sammenfallende målsettinger hos kommunen og Finnfjord AS om *"styrket markedsføring av og etablering i Lenvik havn og industriområde, samt utvikling av Finnfjord Miljø- og Energipark."* Videre hitsettes følgende:

"3. Nærmere om partenes samarbeid

- *Samarbeid om utvikling av plan for et treårig hovedprosjekt med prosjektledelse i Kunnskapsparken Nord AS. Prosjektet hovedmål er å etablere en industriklynge i Finnfjorden med basis i tilgjengelig areal, havn og tilgang på varme/energi fra Finnfjord AS. Viktige aktiviteter i prosjektet vil være:*
 - *Kartlegging og utvikling av potensialet i Finnfjorden*
 - *Målrettet markedsføring av potensialet*
- *Samarbeid om finansiering av et slikt prosjekt, herunder søke å skaffe ekstern finansiering, bidra med egeninnsats og nødvendig egenkapital*

4. Økonomi

Hver av partene dekker sine egne kostnader i forbindelse med arbeidet fram til oppstart av hovedprosjekt. Kunnskapsparken Nord AS bidrar med inntil 50-75 timers vederlagsfri egeninnsats og dekker egne reisekostnader i arbeidet med prosjektplanen."

- (4) Det ble utarbeidet en prosjektplan av kommunen, Kupa og Finnfjord AS datert 14. april 2010. Det var her redegjort for bakgrunnen for prosjektet, prosjektmål og aktiviteter, samt ressurser og økonomi i hovedprosjekt.
- (5) I punkt 1. *"Introduksjon"* var det vist til at følgende punkter var grunnlag for prosjektet:
- *"Målsetting hos Lenvik kommune om markedsføring og utvikling av Lenvik Havn og nærings- /industriområde, anbefalt i gjennomført forprosjekt, og synliggjort gjennom forberedende tilrettelegging av området*
 - *Troms fylkeskommunes definerte satsinger for regionalt utviklingsarbeid, med spesielt fokus på næringsutvikling*
 - *Nasjonale og internasjonale politiske føringer vedrørende energieffektivisering i industrien*
 - *Finnfjord AS' planlagte energigjenvinningsanlegg og ønske om å bygge opp en energibasert klynge tilknyttet dette*
 - *Kunnskapsparken Nord AS kan som regional industriinkubator bidra i å nå målsetting om nærings- og industrietableringer på området i Finnfjord"*
- (6) I prosjektplanen punkt 2.2 var det vist til Troms Fylkeskommunes regionale utviklingsprogram. Vedrørende Kupa fremgikk følgende i punkt 2.5:

"2.5. Kunnskapsparken Nord AS

Kunnskapsparken Nord er regional industriinkubator for Nordland og Troms, som en del av SIVAs nasjonale nettverk av industriinkubatorer. Hovedmål for Kunnskapsparken Nord er å utvikle leverandørindustri innenfor sektorene petroleum, fornybar energi, oljevern og beredskap. Kunnskapsparken Nord har gjennom eiere, samarbeidspartnere og nettverk, samt egne ressurser, struktur og kompetanse som ansees som relevant for prosjektet.

Finnfjord AS, Lenvik kommune og Kunnskapsparken Nord AS har inngått en intensjonsavtale som omfatter samarbeid om utvikling av plan for et treårig hovedprosjekt, med intensjon om prosjektledelse for hovedprosjektet i Kunnskapsparken Nord."

- (7) Hovedmålsettingen med prosjektet var etter prosjektplanen punkt 3.1 å bidra til etablering av nærings- og industripark i Finn fjorden. I punkt 3.2 var det videre oppstilt fem delmål: *[o]ppnå kartlegging av fordelene forbundet med etableringer på området", "[o]ppnå kartlegging av aktuelle aktører og spesifikke bransjer", "[s]ynliggjøre potensialet, målrettet markedsføring av området", "[a]nalyse av gap mellom behov og tilbud, bidra til å igangsette tiltak for å dekke gap" og "[b]idra direkte til at etableringer finner sted".* Det fremgikk at for å ivareta mandat og oppnå målet var der behov for prosjektleder i 100 % stilling. I punkt 3.3 ble det gitt en detaljert plan for aktiviteter og leveranser leveranse, samt frister, i relasjon til hvert delmål. I prosjektplanen punkt 3.4 *"Avgrensning i forhold til relaterte prosjektet"*, var det vist til Lenvik kommunes forprosjekt som var *"direkte innledende i forhold til planlagte hovedprosjekt"*. Det var også vist til to andre prosjekt: *"Kompetansesenter for energigjenvinning i Midt-Troms"* (2006), og *"Forprosjekt energigjenvinning – finansiering, organiser og sikring av synergier"*. Det var innledningsvis presisert at det ikke var overlapp mellom de ulike forprosjektene og hovedprosjektet.
- (8) Organiseringen av prosjektet var inntatt i modell under punkt 4.1. Det fremgikk at Lenvik kommune var prosjekteier, og det var opprettet en styringsgruppe med de tre avtalepartene. Prosjektledelse/-arbeid tillå Kupa med en 100 % stilling. Det var også opprettet en referansegruppe bestående av havnesjef, Norsk Kulde og Aktuell næring. For prosjektledelsen var det inntatt følgende note:

"Kunnskapsparken Nord vil bemanne en 100 % stilling med prosjektleder (PL) dedikert i hovedsak (f.eks 80 %) til prosjektet. Øvrige ressursbehov i stillingen vil dekkes av annet personell i Kunnskapsparken Nord, for best mulig å støtte PL i arbeidet. Resterende kapasitet hos PL kan benyttes til å arbeide med andre oppgaver for Kunnskapsparken Nord, helst knyttet til geografiske/bransjemessig relaterte aktiviteter. Intensjonen er at PL kontormessig skal være lokalisert til Finn fjord eller Finnsnes."

- (9) I prosjektplanens punkt 4.3 *"Økonomi"* fremgikk av en matrise for estimerte kostnader at prosjektets kostnad totalt for hele perioden var estimert til kroner 3 890 000. Det var angitt estimert beløp i kolonner for etablering, og for hvert av de tre avtaleårene. Lenvik kommunes og Finn fjord AS' ressursbruk var for samtlige av disse postene kroner 50 000. Kupas ressursbruk var angitt til kroner 50 000 for etablering, og kroner 30 000 per år. Lønn og sosiale kostnader var angitt til kroner 800 000 per år, mens markedsføringsmateriell var angitt til kroner 250 000 for første året, kroner 40 000 for

det andre året og kroner 30 000 for siste år. Videre fremgikk følgende vedrørende finansiering:

Forslag til finansieringsmodell

Aktør	Etablering	År 1	År 2	År 3
Lenvik kommune, kapitaltilskudd	17 500	200 000	150 000	160 000
Finnfjord AS, kapitaltilskudd	17 500	200 000	150 000	160 000
Kunnskapsparken Nord AS, kapitalt.	10 000	125 000	100 000	75 000
Troms Fylkeskommune, kapitaltilskudd	25 000	725 000	630 000	605 000
Lenvik kommune, egeninnsats	50 000	50 000	50 000	50 000
Finnfjord AS, egeninnsats	50 000	50 000	50 000	50 000
Kunnskapsparken Nord AS, egeninnsats	50 000	30 000	30 000	30 000
Summert	220 000	1 380 000	1 160 000	1 130 000

Totalt hele perioden:

3 890 000

- (10) I notat fra fylkesråden for næring til fylkesrådet av 26. mai 2010, ble det innstilt på at fylkesrådet skulle innvilge inntil kroner 1 985 000 til prosjektet. Innledningsvis fremgikk det at *"Lenvik kommune planlegger å videreutvikle infrastrukturen ved industriområdet i Finnfjord"* og at kommunen i den sammenheng ønsket *"å bidra til flere etableringer gjennom dannelsen av en industri/energiklynge."* Det var opplyst at kommunen hadde et samarbeid med Finnfjord AS og Kupa i prosjektet. Under fylkesrådets vurdering fremgikk blant annet at Innovasjon Norge gjennom sin vurdering av søknaden hadde konkludert med at prosjektet ikke var bedriftsrettet og dermed heller ikke ble berørt av statsstøtteregelverket. Videre fremgikk at *"[f]orutsetning for tilsagnet er lov og forskrift om offentlige anskaffelser følges"*.
- (11) Lenvik kommune mottok 18. juni 2010 tilskudd om støtte til prosjektet fra Troms fylkeskommune. Det ble innvilget støtte på inntil kroner 1 985 000. Under nøkkelinformasjon om prosjektet var Lenvik kommune oppført som prosjektansvarlig/-eier. Prosjektmålet var angitt til å være *"[e]tablering av en nærings- og industripark i Finnfjorden, med basis i kommunens tilrettelegging av tilgjengelig areal, regionshavn og tilgang på varme/energi fra Finnfjord AS."* Under punkt 4. *"Resultater"* fremgikk blant annet at *"[k]ommunen håper at man gjennom markedsføringsprosjektet kan tiltrekke seg etableringer av varmeintensive virksomheter."* Tilsagnet var gyldig til 15. juni 2012. Vedørende EØS-regelverket fremgikk det av punkt 9 at støtemottaker var ansvarlig for at samlet mottatt offentlig støtte ikke oversteg grensene for statsstøtteregelverket. Videre fremgikk det av punkt 10 om anskaffelser at *"[a]lle anskaffelser av varer og tjenester som inngår i prosjektet, inklusive prosjektledelse, skal skje i henhold til Lov og forskrift om offentlige anskaffelser."*
- (12) Kupa lyste ut prosjektlederstilling 11. august 2010 med henvisning til samarbeidet med kommunen og Finnfjord AS. Stillingen skulle rapportere til administrerende direktør i Kupa og styringsgruppen til prosjektet. Klager har opplyst at det var utarbeidet en stillingsbeskrivelse, hvor det blant annet fremgikk at Prosjektleder skulle tilsettes i Kupa, med kontor hos Finnfjord AS og at prosjektet løp i tre år. Videre hitsettes:

"Til å realisere prosjektets mål trenger vi en person som kan ta på seg rollen som markedsfører, kontaktperson og aktiv tilrettelegger overfor alle relevante bransjer og potensielle etablerere. Prosjektlederen vil få følgende hovedoppgaver:

- Dokumentasjon av fortrinnene ved lokalisering i Finnfjorden: Kostnader og tidsmessige aspekter ved tildeling av areal, utnytting av varme/damp, tilknytning til rør og lignende*
- Utvikling av markedsføringsmateriale*
- Drive aktivt markedsføringsarbeid og tilrettelegging for etableringer av virksomheter, i det nasjonale og det internasjonale markedet."*

- (13) Kommunen, Kupa og Finnfjord AS inngikk en samarbeidsavtale datert 21. oktober 2010. Prosjektplanen av 14. april 2010, se premiss (6) til (12) var angitt som vedlegg til samarbeidsavtalen. Det fremgikk av punkt 1 at partene "[p]artene skal i fellesskap være ansvarlige for gjennomføringen" av prosjektet og at avtalens hensikt var å synliggjøre og regulere arbeidsoppgaver, ansvarsområder og rettigheter i prosjektgjennomføringen. I punkt 6 fremgikk at avtalen ikke var rettslig forpliktende, men at partene ville kunne bli erstatningsansvarlig. Følgende hitsettes fra avtalen:

"3. Prosjektstyring

Prosjektet styres av en styringsgruppe bestående av en representant fra hver av partene, med prosjekteier Lenvik kommune som leder. Styringsgruppen møtes minimum 4 ganger i året. Styringsgruppen står ansvarlig for tilsetting av prosjektleder, prosjektets framdrift i henhold til plan, retning og forbruk. Tilsetting av prosjektleder skjer etter enstemmighet i styringsgruppen. Kunnskapsparken Nord har arbeidsgiveransvar for prosjektleder. Større leveranser/milepæler i prosjektet skal avklares i styringsgruppen.

4. Partenes plikter og rettigheter

Partene plikter å yte økonomiske tilskudd til etablering og gjennomføring av prosjektet innenfor rammene av prosjektets budsjett.

Lenvik kommune eier prosjektet og står ansvarlig for prosjektreknskap. Som eier av nærings- og industriområdet, samt Lenvik Havn, skal Lenvik kommune holdes løpende oppdatert på forhold som angår innsalg og disponering av området. Prosjektet har informasjonsplikt overfor Havneshjefen i Lenvik Havn for saker som angår havna.

Kunnskapsparken Nord er engasjert av Lenvik Kommune til å gjennomføre prosjektet og er ansvarlig for bemanning av dette. Prosjektleder skal tilsettes i 100 % stilling med kontorsted hos Finnfjord AS og dedikeres til arbeidet i prosjektet i minimum 80 % stilling. Inntil 20 % av tidsressursene kan leveres av andre medarbeidere i Kunnskapsparken Nord med relevant kompetanse for å løse de konkrete oppgavene.

Finnfjord AS vil, etter særskilt avtale med partene, stille kontorplass til rådighet for prosjektleder. Dersom energileveranser til eksterne parter blir aktuelt skal Finnfjord AS informeres og tidlig tas med i den videre prosessen overfor potensielle avtakere."

- (14) Det er opplyst at ansatt prosjektleder sluttet i november 2011. Det ble etter dette inngått en tjenestekjøpsavtale mellom Kupa og Utviklingssenteret AS 30. november 2011. Det

fremgår av avtalen at Utviklingssenteret AS skulle yte bistand til Kupa på prosjektledelse av prosjektet, sekretariatet for styringsgruppen og "[a]ndre oppgaver i grensesnittet mellom prosjekt Finnsnes industripark og KUPA." Kupa skulle etter punkt 3.1 betale et årlig honorar på kroner 500 000 eks. mva for oppdraget, som inkluderte utført arbeid, samt kostnader til telefon, PC og nødvendig støtte. Videre fremgikk at Kupa v/prosjektet dekket nødvendige reiser, kontorkostnader på Finnfjord AS og øvrige driftskostnader i prosjektet i henhold til vedtatt budsjett. Etter punkt 3.2 at avtalens varighet var fra 1. november 2011 til 31. desember 2013 med mulighet for forlengelse. Avtalen gjaldt kjøp av en tidsressurs tilsvarende 60 % av full stilling. Utviklingssenterets rådgiver skulle fremstå som prosjektleder for Finnsnes Industripark på vegne av Kupa. Kupa skulle faktureres hver andre måned. Etter punkt 4 hadde prosjektet eiendomsrett til oppdragets resultat når det var betalt, men Kupa og Utviklingssenteret AS hadde rett til å benytte opparbeidet kompetanse og "know how" ved andre prosjekt. Det var i punkt 8 inntatt en gjensidig oppsigelsesfrist på tre måneder.

- (15) På møte i Lenvik kommunestyre 15. desember 2011, ble det gitt en orientering fra Kupa på periodevis statusrapporter og oppnådde resultater så langt i prosjektet. Det er opplyst at klager stilte spørsmål om hvorvidt prosjektledelsen var kunngjort.

- (16) Innklagede besvarte klagers spørsmål i e-post 19. desember 2011, hvor det fremgikk følgende:

"Dette utviklingsprosjektet er et samarbeid mellom Kunnskapsparken Nord AS, Finnfjord AS og Lenvik kommune. Det finansieres av nevnte parter samt tilskudd fra Troms fylkeskommune. De private aktører bidrar inn med 26 % av finansieringen.

Prosjektet har ikke vært utlyst i markedet da Kunnskapsparken Nord AS var og er en del av utviklingssamarbeidet. Hjemmel for å unnta denne type utviklingssamarbeid mellom kommune og private aktører fra anskaffelseslovgivningen er i Lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrift § 1-3 pkt 2[g]"

- (17) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 2. mai 2012. Innklagede ble varslet om klagen ved klagenemndas brev datert 8. mai 2012.

- (18) I e-post av 11. mai 2012 fra innklagede til klagenemnda, er det vist til at Kupa hadde ansvaret for prosjektledelsen, og kommunen "er med andre ord ingen direkte part i denne saken."

- (19) Innklagede har i tilsvaret til klagenemnda blant annet fremhevet følgende vedrørende innklagedes rolle i prosjektet:

"Lenvik kommune har den formelle rollen som prosjekteier, og er også eier av nærings- og industriområdet med unntak av de arealer som eies av Finnfjord AS. Bakgrunnen for at kommunen står som prosjekteier, er at dette har betydning for muligheten til å få utløst offentlige prosjektmidler.

Det var opprinnelig ansatt en prosjektleder i prosjektet. Det formelle arbeidsgiveransvaret tillå Kunnskapsparken Nord, men kontorstedet var lagt til Finnfjord AS. Etter at ansatt prosjektleder i Kunnskapsparken Nord sluttet, har Kunnskapsparken Nord fortsatt prosjektlederansvaret, men leier nå prosjektledertjenester fra Utviklingssenteret på vegne av prosjektet. Prosjektleder

rapporterer til Kunnskapsparken Nord AS og styringsgruppa. Styringsgruppa består av medlemmer fra alle de tre samarbeidspartene.

Lenvik kommune har ikke noen avtale med Utviklingssenteret."

- (20) I e-post av 2. januar 2013 besvarte innklagede en henvendelse fra klagenemndas sekretariat. Vedrørende betaling for tjenesten ble det vist til fremgangsmåten i vedlagt utbetalingsanmodning "*dvs. egeninnsats fra deltakerne, inkludert Kunnskapsparken Nord, og tilskudd fra Kunnskapsparken Nord, Finnfjord, kommunen og fylkeskommunen.*" Den vedlagte utbetalingsanmodningen for 1. mars 2012 til 30. april 2012 fra Kupa var adressert til Lenvik kommune, og det var vist til prosjektet og tildelingsbrevet fra Troms Fylkeskommune av 18. juni 2010. Det var redegjort for kostander og finansiering, og det fremgikk at påløpt kostand for "*[l]ønn og driftsutgifter*" var kroner 99 004, mens sum kostnader inkludert egeninnsats utgjorde kroner 136 496. Når det gjaldt finansiering, var det vist til et kapitaltilskudd på kroner 171 666, med følgende fordeling av "*påløpt kostnad kroner 99 004*"; Lenvik kommune (16 %), Finnfjord AS (16 %), Kupa (10 %) og Troms fylkeskommune (58 %). Det ble anmodet om at kommunen utbetalte sin del i prosjekttilskudd. Videre ble det anmodet om at Troms fylkeskommune via Lenvik kommune utbetalte sin del. Finnfjord AS ble sendt egen faktura.
- (21) I e-posten ble det hevdet at anvendelsen av unntaket i EU-domstolens dom C-480/06 ikke er utelukket selv om private aktører deltar, så lenge disse bistår kommunen i utførelse av oppgaven å drive næringsutvikling og de går inn på non-profit basis. Vedrørende Kupas rolle i prosjektet, og prosjektet som helhet fremgikk følgende:

"Kunnskapsparken Nord AS er en regional industriinkubator med overordnet mål å utvikle vekstkraftige bedrifter innen petroleum, oljevern, oljevernberedskap og fornybar energi i Nordland og Troms. Som et ledd i dette arbeidet bidrar bl.a. Kunnskapsparken Nord til utvikling av industrielle bedriftsallianser og geografiske klynger. Selskapet disponerer også en del kapital til tidligfase evaluering av forretningsideer og investeringer i prosjekter og bedrifter. Denne kapitalen benyttes bl.a. som kapitalinnskudd og egeninnsats i prosjekt Finnsnes Industripark.

Kunnskapsparken Nord besluttet å delta med kapitaltilskudd, egeninnsats og prosjektledelse i dette prosjektet fordi det ble vurdert som viktig for selskapets måloppnåelse. Gjennom prosjektet bidrar også Kunnskapsparken Nord med nettverk mot viktige petroleumsaktører, noe som vurderes som nyttig både for samarbeidspartnere og næringsliv i Lenvik/Midt-Troms, og også for Kunnskapsparken Nord med tilhørende nettverk.

[...]

*Prosjekt Finnsnes industripark (navn endret) er basert på et samarbeid mellom Lenvik kommune, Finnfjord AS og Kunnskapsparken Nord AS, samt Troms fylkeskommune som finansiell aktør. Alle de tre samarbeidspartnerne bidrar med **kapitaltilskudd, egeninnsats og kompetanse** i prosjektet. [...]*

Prosjekteier for Finnsnes industripark er Lenvik kommune og prosjektet ledes av en styringsgruppe der de tre samarbeidspartnerne er representert.

Kunnskapsparken bidrar med følgende i prosjektet:

- 1. Kapitaltilskudd i henhold til prosjektplanen*
- 2. Egeninnsats i henhold til prosjektplanen*
- 3. Prosjektledelse*

[...]

5) Avsluttende merknad

Som påpekt tidligere er dette et samarbeidsprosjekt mellom offentlige og private aktører. Kunnskapsparken Nord er deltaker i kraft av å være industriinkubator. Finnfjord AS i kraft av å være en dominerende grunneier og aktør i det aktuelle området. Lenvik kommune i kraft av sin rolle som grunneier og som tilrettelegger for næringsutvikling. Prosjektet er avhengig av at alle disse spesifikke aktørene deltar. Kommunen kan vanskelig se hvordan man i det hele skulle legge opp en offentlig tilbudskonkurranse, når man er avhengig av at tilbyder bidrar med økonomisk tilskudd og egeninnsats. Man kan heller ikke se at noen andre enn deltakerne ville kunne være aktuelle tilbydere. Dersom det må gjennomføres tilbudskonkurranse på et slikt samarbeidsprosjekt, vil det i realiteten kunne bety at slike prosjekter ikke lar seg gjennomføre. Det kan vanskelig tenkes å være intensjonen bak regelverket."

- (22) I ny e-post fra innklagede samme dag ble det vist til e-post av 14. desember 2012 fra Kupa, hvor det var fremgikk at:

*"På denne bakgrunn kan vi bekrefte at Kunnskapsparken Nords tjenester **enten dekkes i henhold til dokumentasjon av medgåtte utgifter eller inngår som vår egeninnsats i prosjektet.** Dokumentasjon for kostnadene i 2012 følger som vedlegg. Kunnskapsparken Nord tjener derfor ikke penger på/har ikke overskudd på de tjenestene vi yter til prosjektet. Dette inkluderer også de tjenestene der kostnadene dekkes gjennom prosjektets midler. Vi deltar i prosjekt Finnsnes Industripark fordi det bidrar til å realisere Kunnskapsparken Nords målsetting som regional industriinkubator."*

- (23) I vedlagt excel-dokument "Påløpte kostnader" var det i ark for 2012 redegjort for kostnader i 2012, og avtalepartenes egeninnsats. Totalt beløp for 2012 tom. oktober var kroner 477 482. Av dette utgjorde kroner 416 660 samlet beløp for poster merket med "Utviklingssenteret".

- (24) I dokumentet fremgikk også et ark for 2010-2011 "Regnskapsoversikt: "Utvikling av nærings- og industriområde i Finnfjord". Det var også her gitt periodevis oversikt over utgifter, og egeninnsats for partene. Summert utgjorde disse utgiftene, omtalt som driftskostnader, kroner 1 421 432. Egeninnsatsen var totalt oppgitt til kroner 298 497. Samlede totale kostnader inkludert egeninnsats for første år + to måneder i år to var angitt til kroner 1 719 929. Budsjett var oppgitt å være kroner 1 600 000 unntatt de første to måneder i år to, og det fremgikk at man var kroner 119 929 over budsjett. Det fremgikk videre at: "I perioden 01.06.10-31.10.11 er totale kostnader på kr 1 510 195 hvilket er kr 89 805 under estimerte kostnader." For hver periode, bortsett fra juni-november 2010 og november/desember 2011, var det oppført lønn og pendlerutgifter [...]. Samlet sett utgjorde disse utgiftspostene kroner 828 650.

(25) Klager kommenterte innklagedes tilbakemelding ved brev datert 4. januar 2013. Klager fremhevet blant annet at det ikke hadde betydning hvorvidt Kupa tjente på tjenestene som leveres i prosjektet, da *"[d]et avgjørende er om KUPA mottar honorar for tjenestene sine, noe som betyr at vi har med en gjensidig bebyrdende kontrakt å gjøre."* Det er hevdet at Kupa i løpet av tre år skal honoreres med totalt kroner 3 040 000 eks. mva., hvorav kommunen betaler kroner 2 512 500 og Finnfjord AS betaler de resterende kroner 527 500. Det ble videre hevdet at unntaket i EU-domstolens dom C-480/06 ikke var anvendelig, da *"KUPA som privat selskap har fordeler av samarbeidet og i tillegg får utbetalt store pengesummer for sine tjenester."* Klager hevder at tjenestene som utføres av Kupa *"er en ordinær markedsføring som kunne vært utført av mange andre firmaer."*

(26) Innklagede kommenterte klagers anførsler i brev mottatt på e-post 8. januar 2013. Det fremgikk at den fremhevede anmodning om utbetaling til Troms fylkeskommune var normal prosedyre for dekning av utgiftene i prosjektet, og følgende hitsettes fra redegjørelsen for fakturering;

"Lenvik kommune står som eier av prosjektet og må derfor stå for anmodning om utbetaling av midler fra fylkeskommunen. Etter utbetaling fra fylkeskommunen til Lenvik kommune, gjør Lenvik kommune en videre transaksjon til Kunnskapsparken Nord AS, alt i h.h.t. anmodningen som er i h.h.t kostandsramme/budsjett for prosjektet. Finnfjord AS og Lenvik kommune betaler inn sin andel- også i h.h.t anmodningen som igjen er i h.h.t kostnadsramme/budsjett for prosjektet."

(27) Vedrørende utbetaling til Kupa fremgikk videre følgende:

"All utbetaling til Kunnskapsparken Nord AS er i h.h.t godkjent kostnadsramme for prosjektet og bygger på reelle/påløpte kostnader i prosjektet; se vedlagte tilsagn i fra Troms fylkeskommune med kostnadsoverslag og finansieringsplan. Alle midler som overføres Kunnskapsparken Nord AS etter anmodning om utbetaling, går til dekning av kostnader i prosjektet og er således ikke honorar eller inntekt til Kunnskapsparken Nord AS. Utbetalingene går til dekning av prosjektledelse i h.h.t avtale og andre kostnader som reise, kontor etc, i h.h.t. godkjent kostnadsramme/budsjett for prosjektet. Det understrekes at prosjektet revideres av godkjent revisor en gang pr. år."

(28) Avslutningsvis ble det redegjort for prosjektet. Det ble fremhevet at det var et utviklingsprosjekt som også inneholdt *"del om utvikling av strategi for markedsføring av industriparken"* og ville formes gjennom utviklingen av prosjektet. Videre fremgikk:

"Et eksempel på arbeid med markedsføring er utviklingen av egen logo og hjemmeside for industriparken."

Et annet eksempel på utvikling i markedsføring er utviklingen av arrangementet og gjennomføring av "Leverandørseminar" og "Parkmøter" i industriparken. Til "Leverandørseminar" inviteres bedrifter fra hele Nord Norge som også bidrar med innlegg og presentasjon av bedriften. I "Parkmøte" samles bedriftene i industriparken for å bli kjent med hverandre, utveksle erfaringer og komme med forslag på hvordan industriparken kan utvikle seg videre."

Utvikling av disse tiltakene er prosesser som er en del av arbeidet i styringsgruppen og prosjektleder og kan vanskelig "bestilles" hos aktører som driver "ordinær" markedsføring."

Kunnskapsparken Nord AS får ikke betaling av Lenvik kommune, men står for fordeling av og oppgjør for kostnadene i prosjektet i h.h.t godkjente kostnadsramme/budsjett. "

- (29) I e-post av 9. januar 2013 sendte klager kommentarer til innklagedes redegjørelse, hvor det ble bedt om ytterligere redegjørelse på bokføring, og fremleggelse av "reskonto" til Kupa for 2011 og 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (30) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av prosjektledelse fra Kupa, jf. loven § 7b. Den inngåtte avtalen mellom partene er en tjenstekontrakt, jf. forskriften § 4-1 bokstav a. Det er inngått en skriftlig avtale mellom partene som regulerer hva partene skal bidra med, herunder eier kommunen prosjektet og har engasjert Kupa til å gjennomføre prosjektet for kroner 2 512 500. Det er derfor ingen tvil om at kommunen er oppdragsgiver og at Kupa er leverandør. Kontrakten er ikke kunngjort og er gitt Kupa uten noen form for konkurranse. Alle i styringsgruppen må godkjenne prosjektleder, og kommunen kunne som leder satt krav om utlysning av konkurranse når ny prosjektleder skulle tiltre 1. november 2011. Forutsetningen for tilskuddet fra Troms fylkeskommune var også at regelverket om offentlige anskaffelser skulle følges.
- (31) Kontrakten er ikke en FOU-kontrakt som kan unntas regelverket, jf. forskriften § 1-3 (2) bokstav g. Prosjektet handler om markedsføring for å få flere bedrifter til å etablere seg på Finnfjord industri- og havneområde. Det er tjenesten prosjektledelse for markedsføring av Finnfjord nærings- og industriområde som anskaffes, og det er markedsføringen som er hovedelementet i prosjektet. Det utvikles verken noe nytt produkt eller noen ny tjeneste. Forskningselementet er totalt fraværende.
- (32) Kommunen har opptrådt grovt uaktsomt og bør ilegges overtredelsesgebyr. Saken har store likhetstrekk med klagenemndas sak 2011/161, og overtredelsesgebyr bør ilegges i tråd med denne saken. Mange firma har kunnskap om markedsføring og prosjektledelse, og kunne deltatt i en tilbudsrunde. At Utviklingssenteret nå er engasjert til å ivareta prosjektledelsen bekrefter jo nettopp dette.

Innklagedes anførsler:

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (33) Innklagede bestrider å ha foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede vurderte forholdet til regelverket ved inngåelse av samarbeidsavtalen, og fant at denne falt utenfor forskriften.
- (34) Prinsipalt anføres at det ikke foreligger en anskaffelse i forskriftens forstand, jf. forskriften § 1-3 (1). Det er ikke tale om en tjenstekontrakt, men en samarbeidsavtale mellom tre likeverdige partnere som alle bidrar med kapital og innsats, hvor det ikke er noen oppdragsgiver eller leverandør. At kommunen er tillagt den formelle rollen som prosjekteier, at Kupa har det formelle ansvaret for prosjektleder, eller at personell fra Utviklingssenteret AS ble innleid, kan ikke forandre dette. Kommunen bidrar med til sammen kr. 527.500. Også de to andre samarbeidspartnerne bidrar til finansieringen, både med kontante midler og med egeninnsats.

- (35) Realiteten er at uten deltakelse fra de tre konkrete samarbeidspartnerne, ville det ikke blitt noe prosjekt. Kommunen er en nødvendig samarbeidspartner i kraft av å være eier av store deler av industriarealet i Finnfjord. Finnfjord AS er en nødvendig samarbeidspartner, siden selskapet sitter på den sentrale ressursen i form av overskuddsenergi fra varmegjenvinningsanlegget. Kupa er med i kraft av å være industriinkubator i regionen, og det kan ikke forventes at en annen aktør enn Kupa ville kunne gå inn i prosjektet og bidra med midler, uten at det var et økonomisk lønnsomt prosjekt å delta i. Dersom denne avtalen skulle være gjenstand for offentlig tilbudskonkurranse, ville det aldri blitt noe av samarbeidsprosjektet.
- (36) For det tilfellet at det foreligger en anskaffelse etter forskriften, må den anses som en forsknings- og utviklingstjeneste som kan unntas etter forskriften § 1-3 (2) bokstav g. Forskning og utvikling må også kunne omfatte næringsutvikling, herunder utvikling av et næringsområde der man ønsker nye etableringer, hvor samlokalisering vil kunne utløse synergier mot det nye varmegjenvinningsanlegget. Markedsføring er en sentral del av prosjektet, men like sentralt er å utrede de mulighetene samlokalisering av bedrifter i tilknytning til varmegjenvinningsanlegget gir. Anlegget byr på muligheter både for ny virksomhet og for eksisterende virksomheter, både hva gjelder miljø og økonomi. Det er en sentral del av prosjektet å kartlegge og synliggjøre disse mulighetene. Det er også fokus på mulighetene for å danne en industriklynge. Finnfjord AS' arbeid med å utvikle energisparende løsninger er nyskapende, og samarbeidsprosjektet tar dette arbeidet et steg videre ved å tilrettelegge for etablering av avtakere til den energien som blir frigjort i varmegjenvinningsanlegget. Resultatet er systematisert i en database. Vilåårene om at kommunen ikke fullt ut betaler for tjenesten, eller at tjenesten ikke tilfaller kommunen fullt ut, er åpenbart oppfylt.
- (37) For det tilfellet at det foreligger en tjenesteanskaffelse i form av kjøp av tjenester fra Utviklingssenteret, anføres at anskaffelsen ikke har skjedd i kommunens regi, men av Kupa i kraft av å være formelt ansvarlig for prosjektledelsen. Det er riktig at valg av prosjektleder skal skje ved enstemmighet, men dette endrer ikke at Kupa har arbeidsgiveransvaret for prosjektleder. Etter at prosjektleder sluttet, ble det besluttet å leie inn prosjektledertjenester, men fortsatt slik at det er Kupa som står for dette. Kravet om enstemmighet innebærer også at kommunen ikke kan diktere en løsning overfor de andre samarbeidspartnerne.

Gebyr

- (38) Det er uansett ikke grunnlag for illeggelse av overtredelsesgebyr, da skyldkravet om grov uaktsomhet ikke er oppfylt. Kommunen har vurdert forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser, og har kommet til at forskriften ikke kommer til anvendelse. Det skal foretas en skjønnsmessig vurdering, og en eventuell overtredelse kan ikke vurderes som grov. Det kan ikke være lovgivers intensjon at man skal ramme en anskaffelse som eventuelt har falt ned på feil side i tolkningen av et regelverk som på dette punktet kan oppfattes som uklart. Den preventive virkningen av gebyret vil i dette tilfellet være svært begrenset, og gebyr vil også fremstå som urimelig.

Klagenemndas vurdering:

- (39) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse ved kjøp av prosjektledertjenester fra Kupa. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

- (40) Klagenemnda for offentlige anskaffelser har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge overtredelsesgebyr til offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser.
- (41) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (42) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere.
- (43) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom foreliggende sak gjelder forhold før 1. juli 2012, er det klagenemnda som skal behandle saken.
- (44) Av klagenemndsforskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan settes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter loven § 7b tredje ledd. Av bestemmelsen fremgår videre at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse er mottatt, jf. loven § 7b tredje ledd siste punktum. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt samtlige innklagede ved klagenemndas brev av 8. mai 2012.
- (45) Samarbeidsavtalen ble inngått 21. oktober 2010, og klagen er dermed rettidig, jf. loven § 7b tredje ledd siste punktum.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (46) Det følger av loven § 7b første ledd at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse *"som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (47) Klager har anført at den prosjektledelsen som Kunnskapsparken Nord AS (heretter kalt Kupa) forestår som et ledd i samarbeidsavtalen, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Nemnda nevner i denne forbindelse at samarbeidsavtalen innebærer at innklagede har forpliktet seg til å yte økonomiske tilskudd til gjennomføringen av prosjektet som helhet, herunder også prosjektledelse. Innklagede refunderer imidlertid også kostnader til for eksempel reiser, ut fra den kostnadsfordeling partene har avtalt. En forpliktelse til å delta i dekingen av utgifter til kjøp av ytelser som ikke presenteres direkte overfor oppdragsgiver, utgjør ikke nødvendigvis en avtale om kjøp av varer eller tjenester i regelverkets forstand, jf. sak EU-domstolens avgjørelse i sak C-451/08, hvor det fremgår at:

"48 The pecuniary nature of the contract means that the contracting authority which has concluded a public works contract receives a service pursuant to that contract in return

for consideration. That service consists in the realisation of works from which the contracting authority intends to benefit (see Case C-399/98 Ordine degli Architetti and Others [2001] ECR I-5409, paragraph 77, and Case C-220105 Auroux and Others [2007] ECR I-385, paragraph 45).

49 Such a service, by its nature and in view of the scheme and objectives of Directive 2004/18, must be of direct economic benefit to the contracting authority."

- (48) Ettersom forholdet ikke er anført, finner imidlertid ikke klagenemnda grunn til å gå nærmere inn på dette. Spørsmålet i det følgende er om prosjektledestjenestene utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (49) Det følger av § 1-3 (1) at forskriften kommer til anvendelse på *"tildeling av offentlige kontrakter om levering av[...]tjenester"*.
- (50) Som innklagede har anført utgjør ikke en samarbeidsavtale hvor en offentlig oppdragsgiver er part, i seg selv en avtale som er omfattet av regelverket. Avtalen innebærer imidlertid at Kupa forestår prosjektledesten som en del av samarbeidsavtalen, og innklagede betaler et vederlag for dette. Denne delen av avtalen utgjør levering av prosjektledesten med CPV-kode 79421000-1 (Prosjektledesten, med unntak av bygge- og anleggsarbeid), som er en prioritert tjeneste i tjenestekategori 11. Det har ikke avgjørende betydning at innklagede er en av flere oppdragsgivere i prosjektet, jf. forskriften § 4-1 bokstav a og Steinicke/Groesmeyer, EU's Udbudsdirektiver, 2. utgave 2008, på side 156.
- (51) EU-domstolen har behandlet problemstillingen vedrørende avtaler som inneholder ulike elementer, utenfor de tilfeller som er regulert av forskriften § 2-4, som et spørsmål om klassifiseringen av avtalen, men slik at det i tillegg vil være en plikt til å kunngjøre de deler av avtalen som er omfattet av direktivet dersom disse kan skilles fra resten av avtalen, jf. eksempelvis sak C-215/09. Selv om det naturligvis er en fordel at en av aktørene i samarbeidsprosjektet også forestår prosjektledesten, har innklagede i foreliggende tilfelle ikke sannsynliggjort at det ikke ville være mulig å kjøpe prosjektledesten separat. Som følge av at prosjektlederen i Kupa sluttet, ble også tjenesten senere kjøpt fra Utviklingssenteret AS. Den delen av avtalen som gjelder prosjektledesten må derfor i utgangspunktet anses omfattet av regelverket.
- (52) Kunngjøringsplikt etter forskriften del II inntreffer ved anskaffelser hvor verdien overstiger kroner 500 000, og kunngjøringsplikt etter forskriften del III for prioriterte tjenester inntreffer hvor kontraktens verdi overstiger kroner 1,6 millioner, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (53) Den neste problemstillingen blir da hvilken verdi som skal legges til grunn ved avgjørelsen av hvilken del av forskriften som kommer til anvendelse.
- (54) Forskriften regulerer ikke direkte hvilke elementer i samarbeidsavtalen som skal tas med ved verdiberegningen. I forslag til nytt EU-direktiv for offentlige anskaffelser, klassisk sektor, er dette imidlertid regulert på følgende måte i artikkel 3 nr. 4:

"Where contracting authorities choose to award a single contract, this Directive shall, unless otherwise provided in Article 14a, apply to the ensuing mixed contract, irrespective of the value of the parts that would otherwise fall under a different legal

regime and irrespective of which legal regime these parts would otherwise have been subject to.

Thus, in the case of mixed contracts containing elements of supply, works and service contracts and of concessions, the mixed contract shall be awarded in accordance with the provisions of this Directive, provided that the estimated value of the part of the contract which constitutes a contract covered by this Directive, calculated in accordance with the provisions of Article 5, is equal to or greater than the relevant threshold set out in Article 4."

- (55) Klagenemnda antar at dette kan anses som et uttrykk for gjeldende rett. Det er derfor kun prosjektledelsen som skal medtas i verdiberegningen.
- (56) Anskaffelsens verdi skal i henhold til forskriften § 2-3 (1) beregnes på grunnlag av *"oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, ekskl. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen"*.
- (57) Til tross for at ordlyden indikerer at det kun er vederlaget fra oppdragsgiver som er relevant, gjelder det generelt at det er de samlede vederlag som skal medregnes, jf. Steinicke/Groesmeyer på side 554 med henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-220/05. Det er derfor de samlede betalinger for prosjektledelse som skal medregnes. I den grad noe av prosjektledelsen relaterer seg til egeninnsats fra Kupa, må det imidlertid kunne gjøres fratrekk for dette.
- (58) Klagenemnda finner for øvrig grunn til å nevne at slik prosjektet er organisert, er det kommunen som er støttemottaker for tilskuddet fra fylkeskommunen. Uavhengig av overnevnte skal derfor prosjektbidraget fra fylkeskommunen innberegnes i det beløp kommunen har betalt. Samlet sett må derfor kommunen anses for å ha bidratt med kroner 2 512 500 i prosjektet.
- (59) Det er imidlertid klart at ikke hele dette gjelder kjøp av prosjektledertjenester. Etter prosjektplanen var noen av de estimerte kostnadene også utgifter til blant annet kontor og utstyr, egen ressursbruk for avtalepartene og reisekostnader. Ved vurderingen av prosjektledelsens verdi må det gjøres fradrag for disse utgiftene, jf. ovenfor i premiss 57. Ettersom innklagede vurderte det som at anskaffelsen ikke var omfattet av kunngjøringsplikten, har ikke innklagede foretatt en beregning av anskaffelsens verdi. Verdien må da avgjøres ut fra de beløp som er betalt for prosjektledelse.
- (60) I prosjektplanen var lønnskostnader anslått til kroner 800 000 per år i tre år, og det er naturlig å forstå dette som beregnet lønn til ansatt prosjektleder. Det er på det rene at Kupa, i samsvar med samarbeidsavtalen, ansatte en prosjektleder til å gjennomføre prosjektet, og det er dokumentert at det for perioden november/desember 2010 til november/desember 2011, ble utbetalt lønn og pendlerutgifter til ansatt prosjektleder. Basert på den foreliggende dokumentasjon legger klagenemnda til grunn at Kupa i denne perioden fikk utbetalt totalt kroner 828 650 eks. mva. for utførelse av prosjektledertjenester.
- (61) Etter at prosjektlederen i Kupa sluttet, utførte Utviklingssenteret AS prosjektledertjenestene fra november 2011. Etter tjenestekjøpsavtalen punkt 3.2 tilsvarte oppdraget en tidsressurs på 60 % av full stilling. Det er ikke gitt opplysninger om at avtalen er sagt opp. Klagenemnda legger derfor til grunn at avtalen løper hele

avtaleperioden frem til 31. desember 2013, og at Utviklingssenteret får betalt for utførelse av prosjektledertjenester i tilsammen 2 år og 1 mnd. Kupa skulle etter avtalen punkt 3.1 betale et årlig honorar på kroner 500 000 eks. mva for oppdraget. På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn Kupa har kjøpt prosjektledertjenester fra Utviklingssenteret AS for tilsammen til kroner 1 041 666, som Kupa igjen har fått dekket gjennom prosjektmidlene.

- (62) De samlede utgifter til prosjektledelse blir etter dette kroner 1 870 316 eks. mva. Kontrakten skulle dermed i utgangspunktet vært kunngjort etter forskriften del III, jf. forskriften § 2-2.
- (63) Innklagede har anført at anskaffelsen må anses som en forsknings- og utviklingstjeneste som kan unntas etter forskriften § 1-3 (2) bokstav g. Bestemmelsen gjelder imidlertid kun forsknings- og utviklingstjenester, og ikke prosjektledelsestjenestene som utføres i medhold av samarbeidsavtalen i foreliggende sak. Unntaket er derfor ikke anvendelig. Heller ikke unntaket som fremgår av EU-domstolens avgjørelse i C-480/06 og C-159/11 er anvendelig, ettersom en av betingelsene for unntaket er at det ikke er private parter involvert.
- (64) Det tilføyes at unntaket i forskriften § 14-4 bokstav c heller ikke er anvendelig, ettersom vilkåret om tekniske eller kunstneriske grunner klarligvis ikke kan anses oppfylt.
- (65) Kommunens samarbeidsavtale utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse for den delen av avtalen som gjelder kjøp av prosjektledelse, jf. loven § 7b.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (66) Etter loven § 7b første ledd er det et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt "*forsettlig eller grovt uaktsomt*".
- (67) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser er det nærmere redegjort for skyldkravet. Der fremkommer blant annet at:

"Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse rettsuvidenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap – og innsikt."

- (68) Det forutsettes i forarbeidene at offentlige oppdragsgivere har god oversikt over regelverket om offentlige anskaffelser.
- (69) Den delen av samarbeidsavtalen som gjaldt kjøp av prosjektledertjenester skulle vært kunngjort. De konkrete vurderinger som ble foretatt ved innklagedes vurdering av avtalen er ikke synliggjort, og det er rimelig klart at unntaket for forsknings- og utviklingstjenester, som innklagede har vist til, ikke er anvendelig. Prosjektledelsestjenestene er av en slik verdi at de overstiger terskelen for kunngjøring i medhold av forskriften del III. Forholdet til anskaffelsesregelverket burde derfor vært

vurdert grundigere, og klagenemnda er kommet til at innklagede dermed har opptrådt uaktsomt ved avtaleinngåelsen. Den anskaffelsesrettslige klassifiseringen er imidlertid komplisert, og må videre anses basert på en uklar rettsregel. Etter omstendighetene antar nemnda at prosjektledelse i en samarbeidsavtale også kunne blitt ansett som udelelig fra samarbeidsavtalen. På denne bakgrunn viker klagenemnda tilbake for å karakterisere innklagedes opptreden som "*grovt uaktsom*", jf. loven § 7b.

(70) Skyldkravet er etter dette ikke oppfylt, jf. loven § 7b, og gebyr ilegges ikke.

Konklusjon:

Lenvik kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelse av avtale om kjøp av prosjektledelse.

Bergen, 9. desember 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl