



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

De innklagede inngikk en avtale om tjenester for billettsalg, betaling av billetter og billettkontroll uten forutgående kunngjøring. Avtalepartene hadde konkludert med at avtalen var en offentlig-offentlig samarbeidsavtale som kan unntas kunngjøring etter forsyningsforskriften § 3-3. En av partene skulle bidra med en eksisterende billettlnsningsapplikasjon som skulle videreutvikles og tilpasses de øvrige partene. Klager anførte at avtalen av denne grunn utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse ettersom unntaksregelen i forsyningsforskriften § 3-3 ikke kom til anvendelse. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 30. januar 2018 i sak 2017/107

Klager: WTW AS

Innklaget: Ruter AS, Agder Kollektivtrafikk AS, Brakar AS, Kolumbus AS og Østfold kollektivtrafikk

Klagenemndas medlemmer: Georg Fredrik Rieber-Mohn, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Ruter AS, Agder Kollektivtrafikk AS (AKT), Brakar AS, Kolumbus AS og Østfold kollektivtrafikk (heretter de innklagede) publiserte 15. februar 2017 en intensjonskunngjøring for inngåelse av en «samarbeidsavtale om tjenester for billettsalg mv.».
- (2) I intensjonskunngjøringen punkt IV.1.1) fremgikk en forklaring på hvorfor innklagede anså avtalen for ikke å være omfattet av anskaffelsesregelverket. Innklagede fremholdt her at det var tale om «en offentlig-offentlig samarbeidsavtale mellom partene for å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå felles mål, som utelukkende blir utført av hensyn til offentlige interesser, jf. forsyningsforskriften § 3-3.» Videre fremgikk det at avtalen ikke var av kommersiell art, at «ingen av aktivitetene som samarbeidet omfatter blir utført for andre enn partene» og at partene hadde forpliktet seg til å yte reelle bidrag. Samarbeidet skulle være på «strategisk, taktisk og operativt nivå».
- (3) De innklagede inngikk 4. april 2017 en avtale kalt «Samarbeidsavtale om tjenester for billettsalg, betaling av billetter og billettkontroll».
- (4) Formålet med avtalen var angitt i avtalens punkt 1: å tilby «bedre, enklere, sømløse og integrerte tjenester for formidling av billett til publikum» innenfor og på tvers av de regionene hvor samarbeidspartene administrerer kollektivtransporten. Dette var ment å «stimulere til økt bruk av kollektivtrafikk». Videre fremgikk det at partene skulle etablere

et offentlig-offentlig samarbeid «rundt tjenester for billetthåndtering og assosierte tjenester [...]».

- (5) Punkt 2 i avtalen gjaldt dens omfang. Her ble det vist til avtalens vedlegg 1, og for øvrig fremgikk det blant annet at omfanget av avtalen kunne utvides og at nye parter kunne inntre. I vedlegg 1, punkt 1, fremgikk det at samarbeidet blant annet skulle innebære «videreutvikling av kollektivtilbudet til publikum», herunder eksempelvis «samordning av tjenesteinnhold», «økt gjenkjennelighet for publikum på tvers av regioner», «sømløse reiser på tvers av regioner» og «erfaringsutveksling rundt innsamling og analyse av data og bruk av statistikk». Hvilke nærmere samarbeidstiltak som skulle iverksettes ville for øvrig bli «en del av oppfølgingen på strategisk nivå, jf. Vedlegg 2».

- (6) Ruters eksisterende tjeneste for mobile billettkjøp, herunder «*integrasjonsplattform, tjenesteleverandører og integrasjon mot Nasjonal Ordredatabase (NOD)*» skulle utvikles videre til en samarbeidsversjon som «*tilpasses for å understøtte den enkelte parts produktportefølje og grafiske uttrykk.*», jf. vedlegg 1, punkt 2. Baksystemer som økonomisystemer, rapportering, kundehåndtering etc. skulle integreres via integrasjonsplattformen SAPI. Om SAPI og bruken av denne fremgikk følgende:

«SAPI er en integrasjonsplattform som sørger for datautveksling mellom ulike systemer, men som også beregner pris på kundens reise. Det vil utvikles en egen modul for prisberegning for hvert kollektivselskap. Den enkelte kollektivselskaps pris- og sonestruktur vil ligge til grunn for beregningene. SAPI vil initiere fakturering av kunde ved hjelp av de samarbeidende partenes til enhver tid gjeldende betalingsformidlere. De enkelte parter har i dag avtaler med betalingsformidlere som over tid erstattes med fellesavtaler etter hvert som eksisterende avtaler går ut.

SAPI vil utvikle grensesnitt mot det enkelte kollektivselskap. Disse grensesnittene vil overlevere data som muliggjør at partene kan utføre kundebehandling og rapportering.»

- (7) Den enkelte avtalepart var videre gitt ansvaret for «*at rutedata og holdeplassregister innen en region til enhver tid er korrekt og gjort tilgjengelig på avtalt format på avtalt måte*», for å informere om endringer i produkter, priser og sonestruktur og for å bidra til gjennomføringen av endringen.
- (8) Dersom en ny part skulle inntre, fulgte det av punkt 2.3 at etableringskostnadene refunderes med det nye antallet parter.
- (9) Samarbeidet skulle i tillegg omfatte et prosjekt for portal for kundesentrene hos Agder Kollektivtrafikk AS, Brakar AS, Kolumbus AS og Østfold kollektivtrafikk og et prosjekt knyttet til storkunder for Kolumbus og ruter. Ytterligere prosjekter ville kunne igangsettes som en del av samarbeidet.
- (10) Samarbeidets organisering var regulert i punkt 3. Her fremgikk det at partene forpliktet seg til å «*bidra aktivt i samarbeidet*» og at samarbeidet skulle skje på «*strategisk, taktisk og operativt nivå*». Videre ble det vist til vedlegg 2, hvor det var bestemt at hver av partene skulle utpeke en administrativ kontaktperson og en teknisk kontaktperson. Det skulle opprettes et «*felles forvaltningsapparat [...] for drift og videreutvikling av tjenestene som inngår i samarbeidet*» og utpekes en felles systemansvarlig og en systemeier. Ruters operasjonssentral i Oslo skulle inngå i forvaltningsapparatet og

suppleres med bemanning fra de andre partene «etter behov og nærmere avtale». Det fremgikk også følgende:

«Bidrag til bemanningen skal fortrinnsvis gå på rundgang slik at bidragene over tid gjenspeiler den enkelte parts andel angitt ved fordelingsnøkkelen i bilag 5. For det enkelte år skal bemanningsbidrag regnes inn i totalkostnaden som skal fordeles jfr. bilag 5. Ved oppstart skal Brakar bidra med en fulltidsrolle til operasjonssentralen, og AKT skal bidra med en fulltidsrolle til den utvikling og forvaltning som utføres i Forvaltningsapparatet. Videre skal Brakar bidra med en deltidsrolle til økonomioppfølging for samarbeidet, herunder samle inn oversikt over bemanningsbidrag og andre utgifter de enkelte parter har hatt som skal inngå i felleskostnadene, og regne ut den enkelte parts netto bidrag.»

- (11) Videre fremgikk det at det skulle gjennomføres årlige strategiske møter og kvartalsvise taktiske møter.
- (12) Operasjonelle forhold var regulert i avtalens punkt 4, som viste videre til vedlegg 4. Der var det fastsatt konkrete mål for oppfølging på operativt nivå som omfatter tilfredse reisende, informasjonssikkerhet, gode prosesser og metodeverk, stabilt driftsmiljø og tjenestekvalitet og sikker og effektiv endringshåndtering. Det var operasjonssentralen som var gitt ansvaret for overvåking og oppfølging av driften av tjenesten som var beskrevet i vedlegg 1 (se premiss 5 ovenfor). Hver av partene skulle håndtere kunder som reiser innen sin region og *«håndtere og ha ansvar for sine respektive leverandører som er aktuelle for bruk til oppfyllelse av samarbeidsavtalen»*, jf. punkt 4.2.
- (13) Felleskostnader skulle fordeles mellom partene i henhold til benyttet andel reiser per region, jf. punkt 5 jf. vedlegg 5, i tillegg til at hver part må dekke egne kostnader i forbindelse med deltakelse i samarbeidet.
- (14) En part kan velge å tre ut av samarbeidet. Ruter AS må imidlertid ha saklig grunn for å tre ut, jf. avtalens punkt 7.1. Ruter AS har også noen ekstra forpliktelser i forbindelse med uttrede som er regulert i punkt 7.2.
- (15) Det fremgikk av punkt 8 at avtalen ikke endrer *«opphavs-, disposisjons- eller eiendomsrettighetene partene hadde før avtalen»*. Partene får en *«vederlagsfri, ikke-eksklusiv ikke-overførbar bruksrett til applikasjoner, systemer mv. som er relevante for tjenesten som omfattes av og utvikles i samarbeidet»*.
- (16) Mislighetssanksjoner kan gjøres gjeldende mot en part ved grovt uaktsomme eller forsettlig brudd på avtalen, jf. punkt 8.2.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. januar 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Avtalen mellom de innklagede utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Samarbeidsavtalen omfattes ikke av forsyningsforskriften § 3-3.

Oppdeling av samarbeidet i separate deler

- (19) I utgangspunktet må de forskjellige oppgavene som skal utføres i et samarbeid vurderes separat, jf. Klagenemndas avgjørelse i sak 2012/113. Dersom klagenemnda skulle komme til at det er et reelt samarbeid om videreutviklingen av appen, vil overdragelsen av bruksretten til det som allerede er utviklet uansett være en egen anskaffelse. I denne forbindelse må det vurderes om de innklagede kan anskaffe billettløsningen som et separat kjøp. Dersom de innklagede skal betale vederlag til Ruter AS for tjenester som de innklagede kunne kjøpt av andre, vil disse tjenestene kunne være omfattet av regelverket.

Samarbeidsvilkåret

- (20) Det er ikke tale om et reelt samarbeid mellom avtalepartene, noe som er et krav, jf. eksempelvis fortalen til anskaffelsesdirektivet punkt 33. Det er derimot et alminnelig tjenestekjøp. Dette gjelder både kjøpet av applikasjonen som skal videreutvikles, og selve videreutviklingen, enten de vurderes samlet eller hver for seg.
- (21) I realiteten innebærer det såkalte samarbeidet at andre oppdragsgivere knytter seg til en eksisterende billettløsning som Ruter AS har utviklet alene. Det er vanskelig å se hva de øvrige partene tilfører samarbeidet, bortsett fra oppgaver som en mottaker av IT-tjenester ofte vil ha ansvar for. Det vises i denne sammenheng til samarbeidsavtalen punkt 2.1 og vedlegg 1 og 2 som ikke inneholder noen holdepunkter for at det er et reelt samarbeid. I punkt 7.2 fremgår det dessuten at bare Ruter AS må ha saklig grunn til å tre ut av avtalen, og eiendomsrettigheten til alle resultater tilfaller Ruter AS. Partene er altså helt avhengig av at Ruter AS er tilstede i samarbeidet. Det er uklart hvordan de opprinnelige kostnadene er fordelt, selv om det fremgår av vedlegg 5 at kostnadsfordelingen for fremtiden er basert på antall reisende. Særskilte tjenestebehov hos den enkelte part må parten selv finansiere. Disse forholdene taler for at det ikke er tale om et reelt samarbeid
- (22) Samarbeidet bærer altså preg av å være en omgåelse av anskaffelsesreglene og ikke et reelt samarbeid. I EU-domstolens avgjørelse i sak C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg*, la domstolen vekt på at samarbeidet ikke fremstod som noen slik omgåelse. Omgåelseshensynet har derfor stor betydning. Det finnes flere andre markedsaktører som kunne levert de løsningene som nå baseres på Ruter AS' applikasjon. Det er ikke anledning til å omgå regelverket selv om det fremstår fordelaktig for oppdragsgiver i det aktuelle tilfellet, jf. Rt. 2008 s. 1705, avsnitt 33. Det reelle behovet for samarbeid på dette området er dessuten ivaretatt gjennom offentlige tiltak, for eksempel Nasjonal standard for elektronisk billettering.

Offentlige oppgaver

- (23) Subsidiært anføres det at samarbeidet ikke gjelder «*offentlige oppgaver*», jf. forsyningsforskriften § 3-3 bokstav a. Utvikling av en IT-løsning for billettsalg og betaling av billetter kan vanskelig være en offentlig oppgave, ettersom en rekke ulike private aktører kan utvikle IT-løsninger. Det vises til EU-domstolens avgjørelse i sak C-159/11 *ASL Lecce*. Partene samarbeider ikke om et felles mål og saken har dermed likhetstrekk med denne avgjørelsen fra EU-domstolen.
- (24) I tillegg kommer det at en eventuell privat aktør som har bistått Ruter AS med utviklingen av applikasjonen vil kunne få en konkurransefordel ved at flere leverandører nå vil benytte seg av applikasjonen gjennom samarbeidet. Dette er i strid med likebehandlingsprinsippet, jf. C-480/06 premiss 47.

Hvorvidt overtredelsesgebyr kan ilegges

- (25) Avtalen er intensjonskunngjort, men overtredelsesgebyr er likevel aktuelt ettersom innklagede ikke foretok noen aktsom vurdering med hensyn til om samarbeidet var omfattet av unntaksregelen i forsyningsforskriften § 3-3, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/13 *Fastweb* og Prop 51 L (2015-2016), merknader til § 12. Begrunnelsen som ble gitt i intensjonskunngjøringen, tilfredsstiller ikke kravene til begrunnelse som er oppstilt i den nevnte dommen, og de innklagede har ikke vært tilstrekkelig aktsomme i sin vurdering.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Det bestrides at avtalen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Formålet med regelverket, som er å «*fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser*», jf. anskaffelsesloven § 1 og anskaffelsesdirektivets forale punkt 2, tilsier at rasjonelle og kostnadseffektive samarbeidsløsninger må tillates. Det offentlige må ha anledning til å benytte sine gode og egenutviklede løsninger i et offentlig-offentlig samarbeid dersom vilkårene i forsyningsforskriften § 3-3 er oppfylt.

Oppdeling av samarbeidet i separate deler

- (27) Det bestrides at Ruter AS' bidrag til samarbeidet må vurderes separat. Bidraget er uløselig forbundet med samarbeidsavtalen for øvrig. Klagenemndas avgjørelse i sak 2012/113 er ikke relevant for offentlig-offentlig samarbeid.

Samarbeidsvilkåret

- (28) Det bestrides videre at samarbeidsavtalen i hovedsak er en overdragelse av en allerede utviklet løsning, og at det ikke foreligger et samarbeid. Det er ikke et vilkår at alle parter bidrar like mye i samarbeidet, jf. fortalen til anskaffelsesdirektivet punkt 33, departementets veileder og EU-domstolens avgjørelse i sak C-480/06, særlig premiss 41 og 43. Avtalen gjelder noe langt mer enn teknisk leveranse av et IT-system. Samarbeidet skal sikre sømløse reiser på tvers av regioner og erfaringsutveksling mellom samarbeidspartene. Mobilbillettløsningen skal riktignok baseres på Ruter AS' eksisterende billettapplikasjon. Løsningen som samarbeidspartene skal bruke for salg av billetter styres imidlertid fra den sentrale infrastrukturen SAPI. Denne skal videreutvikles gjennom samarbeidet. Mobilapplikasjonen fungerer bare som et «skall» som skal styres fra SAPI, og den skal tilpasses hver av avtalepartenes produktportefølje og grafiske uttrykk.
- (29) Hver av avtalepartene bidrar til utviklingen av løsningen både ved interne ressurser og bruk av konsulentselskaper som partene har rammeavtale med. Eksempelvis bidrar Brakar AS med en fulltidsrolle i operasjonssentralen ved oppstart, og Agder Kollektivtrafikk AS bidrar med en fulltidsrolle til utvikling og forvaltning i forvaltningsapparatet. Minst åtte ulike konsulentselskaper, under ledelse av avtalepartene, er engasjert i arbeidet. Det følger av avtalens punkt 3.1 at partene forplikter seg til å bidra aktivt i samarbeidet. Det vises videre til avtalens vedlegg 2, som viser at dette er reelt.
- (30) Avtalepartenes praksis viser at partene har ytt reelle bidrag. Partene er sammen om etablering, drift og forvaltning. Partenes bidrag er som følger: Samtlige parter har bidratt til utarbeidelse av felles løsningsbeskrivelse gjennom møter og workshops og med

spesifisering, detaljer, innspill og avklaringer. Agder Kollektivtrafikk AS og Kolumbus AS har deltatt i styringsgruppen for etablering av en felles løsning for billett kjøp. I neste fase vil Brakar AS og Østfold kollektivtrafikk delta. Kolumbus AS leder og gjennomfører prosjektet for etablering av en felles kundesenterløsning og har fremforhandlet fellesavtaler med aktuelle betalingsformidlere. Både Kolumbus AS og Agder Kollektivtrafikk AS har dessuten bidratt til utvikling av løsningsdesign for storkunder, noe som har vært av stor verdi, også for Ruter AS.

- (31) Ingen parter har instruksjonsmyndighet overfor hverandre, noe som tilsier at det ikke er tale om et alminnelig tjenestekjøp. Dette underbygges også av mangel på sanksjonssystem ved mislighold, med unntak av tilfeller der det er utvist grov uaktsomhet, og mangel på en Service Level Agreement.
- (32) Ruter AS yter et stort bidrag og beholder rettighetene til programvaren, men dette har ikke betydning for spørsmålet om partene yter reelle bidrag til samarbeidet. Klagers anførsler på dette punkt mangler rettskildemessig dekning.
- (33) Det er heller ikke rettslig grunnlag for å stenge for at en part bidrar med egne ressurser i form av produkter eller løsninger i et offentlig-offentlig samarbeid. Ruter AS' eksisterende billettløsning er et bidrag til samarbeidet og ikke en tjenesteleveranse. Å utvikle en ny løsning i stedet for å bygge videre på denne løsningen, ville ha vært sløsing med ressurser for partene.

Offentlig oppgave

- (34) Klagers anførsel om at samarbeidet ikke har til formål å «sikre at en offentlig oppgave blir utført for å oppnå et felles mål» bestrides. Det kan ikke være avgjørende at den aktuelle tjenesten kan anskaffes i markedet, når dette er det vanlige for de fleste tjenester som det offentlige tilbyr. Den offentlige oppgaven som gjennomføres her, er å tilby reisende et godt og velfungerende transportsystem, herunder billetthåndtering. EU-domstolens avgjørelse C-159/11 er ikke relevant for vår sak da kjernen i argumentasjonen var at det ikke var en offentlig oppgave som *begge* samarbeidspartene hadde ansvar for.

Hvorvidt overtredelsesgebyr kan ilegges

- (35) Det følger av anskaffelsesloven § 12 at overtredelsesgebyr ikke kan ilegges dersom oppdragsgiver har publisert en intensjonskunngjøring. Samtidig kan overtredelsesgebyr bare ilegges dersom oppdragsgiver uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Hvis intensjonskunngjøringen bare beskyttet ulovlige direkte anskaffelser som var aktsomme, ville ikke bestemmelsen knyttet til intensjonskunngjøring ha noen egen betydning. Det følger av EU-domstolens avgjørelse i C-19/13 at en intensjonskunngjøring ikke beskytter mot anskaffelsesregelverkets sanksjoner hvis oppdragsgiver ikke har utvist «*fornøden omhu*». Dette må i lys av formålet med en intensjonskunngjøring tolkes slik at det kreves en kvalifisert form for uaktsomhet, jf. også det danske Klagenævnet for udbuds kjennelse av 4. mai 2016 CGI Danmark A/S mot Moderniseringsstyrelsen.
- (36) I aktsomhetsvurderingen må det vektlegges at rettskildebildet knyttet til det aktuelle spørsmålet er usikkert, med manglende veiledning i praksis. Innklagede har ikke hatt til hensikt å omgå regelverket.

- (37) Det bestrides at begrunnelsen i intensjonskunngjøringen ikke var tilstrekkelig. Det vises til at det er ordbegrensninger i skjemaet og at det uansett er gitt nok informasjon om avtalen når intensjonsavtalens ulike deler ses i sammenheng. Klager hadde videre anledning til å stille spørsmål og kreve innsyn i dokumentene uten at dette ble gjort før klagen ble tatt ut.

Klagenemndas vurdering:

- (38) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a, er det ikke et krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder dette. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.
- (39) Den nye forskriften om innkjøpsregler i forsyningssektoren av 12. august 2016 gjelder fra 1. januar 2017, jf. § 28-2. Ifølge § 28-3 (1) gjelder forskriften «*anskaffelser iverksatt etter forskriftens ikrafttredelse*». Tidspunktet for når en anskaffelse er iverksatt er her fastsatt til når den er kunngjort eller «*når oppdragsgiver har sendt ut en forespørsel til én eller flere leverandører om å melde sin interesse eller inngi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelse*». Selv om intensjonskunngjøringer er av en annen karakter enn alminnelige kunngjorte konkurranser, avgrenser ikke bestemmelsen mot slike kunngjøringer. Nemnda leser derfor bestemmelsen slik at også intensjonskunngjøringer representerer iverksettelsestidspunktet. Intensjonskunngjøringen ble publisert 15. februar 2017. Dette innebærer at den nye forsyningsforordningen kommer til anvendelse.
- (40) Klagenemnda viser til den gjengivelse av samarbeidsavtalen og dens implikasjoner for partene som er gitt i redegjørelsen for sakens bakgrunn og i partenes anførsler. Spørsmålet er om avtalen mellom partene er en samarbeidsavtale som er unntatt loven og forsyningsforordningen, jf. forskriften § 3-3.

Oppdeling av ytelsene i separate deler

- (41) Klager anfører at overdragelsen av retten til å bruke det som allerede er utviklet (Ruter AS' applikasjon) må anses som en separat anskaffelse, og at dette ikke kan anses som et bidrag fra Ruter AS til samarbeidet.
- (42) Verken forsyningsforordningen eller forsyningsdirektivet klargjør hvilke krav som stilles til partenes bidrag i slike samarbeidsavtaler. Praksis fra EU-domstolen gir heller ikke avgjørende bidrag til løsningen av dette spørsmålet. Den tilsvarende direktivbestemmelsen i klassisk sektor, artikkel 12 nr. 4 i direktiv 2014/24/EU, suppleres imidlertid med følgende uttalelse i forordningens 33 betraktning:

«Et sådant samarbejde kræver ikke, at alle de deltagende myndigheder påtager sig udførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser, så længe der er forpligtelser, der bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse.»

- (43) Bestemmelsen om samarbeidsavtaler i klassisk sektor svarer til bestemmelsen i forsyningssektoren, og Klagenemnda legger til grunn at de offentlige samarbeidsavtalene skal reguleres på samme måte. Det innebærer at det ikke stilles krav om at partene yter samme type bidrag, eller at alle parter påtar seg utførelse av kontraktmessige hovedforpliktelser.

- (44) Avtalen mellom de innklagede bærer preg av å være en ordning der partene yter bidrag av ulike slag. Ruter AS' applikasjon er en av ytelsene som Ruter AS skal levere i henhold til avtalen. Avtalen bygger på at applikasjonen skal benyttes og videreutvikles med bistand fra de øvrige partene. Det skal således utvikles en samarbeidsversjon som i utgangspunktet bygger på Ruter-applikasjonen. Det vil bli felles baksystemer i denne nye samarbeidsversjonen, og disse skal integreres via en ny integrasjonsplattform (SAPI), som derved blir en felles infrastruktur for alle avtalepartene. Det er altså tale om et fellesprosjekt der samtlige parter bidrar med ulike innsatsfaktorer som personlige og faglige ressurser og dekning av felles kostnader. Etter klagenemndas syn fremstår derfor billettapplikasjonen som en integrert del av samarbeidsavtalen. Såfremt de øvrige vilkårene i forsyningsforskriften § 3-3 er oppfylt, kan det da ikke være påkrevd å anse billettapplikasjonen som en atskilt ytelse som partene kunne og skulle ha inngått en separat avtale om.

Samarbeidsvilkåret

- (45) Det følger av forsyningsforskriften § 3-3 at anskaffelsesloven og forskriften ikke gjelder
- «for kontrakter som inngås utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere som nevnt i § 1-2 første ledd bokstav a til d, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid som*
- a) 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.»*
- (46) Den aktuelle avtalen er inngått mellom fem parter. Østfold Kollektivtrafikk er en del av Østfold Fylkeskommune, og er dermed en oppdragsgiver som er omfattet av § 1-2 (1) bokstav b. De øvrige partene i avtalen er offentligrettslige organer etter § 1-2 (1) bokstav c. Klager anfører imidlertid at avtalen ikke *«etablerer eller gjennomfører et samarbeid»*.
- (47) Betegnelsen *«samarbeid»* innebærer en avgrensning mot alminnelige kjøp. Klagenemnda forstår forskriften slik at samtlige parter må bidra med en ytelse (utover dekning av kostnader). I tråd med avsnitt 42-44 foran, legger klagenemnda til grunn at det ikke er stilt krav til at partene bidrar i like stort omfang eller med bidrag av samme art.
- (48) Det må derfor foretas en konkret vurdering av avtaleforholdet, og det er ikke uten videre avgjørende at avtalen i stor grad bygger på, og at avtalepartene er avhengige av, bidraget fra Ruter AS.
- (49) I dette tilfellet skal hver av partene eksempelvis bidra til bemanningen i det tidligere nevnte forvaltningsapparatet i henhold til en nærmere angitt fordelingsnøkkel. Operasjonssentralen til Ruter AS skal inngå i forvaltningsapparatet. Ved oppstart skal Brakar AS bidra med en fulltidsrolle til operasjonssentralen og en deltidsrolle til økonomioppfølging for samarbeidet. Agder Kollektivtrafikk AS har forpliktet seg til å bidra med en fulltidsrolle som skal være en del av forvaltningsapparatet. Innklagede har videre opplyst at så langt har samtlige parter bidratt til utarbeidelse av felles løsningsbeskrivelse gjennom møter og workshops og med spesifisering, detaljer, innspill og avklaringer. Agder Kollektivtrafikk AS og Kolumbus AS har deltatt i styringsgruppen

for etablering av en felles løsning for billett kjøp. I neste fase vil Brakar AS og Østfold kollektivtrafikk delta. Kolumbus AS leder og gjennomfører prosjektet for etablering av en felles kundesenterløsning og har fremforhandlet fellesavtaler med aktuelle betalingsformidlere. Både Kolumbus AS og Agder Kollektivtrafikk AS har bidratt til utvikling av løsningsdesign for storkunder, noe som ifølge innklagede har vært av stor verdi, også for Ruter AS.

- (50) Klagenemnda finner etter dette at man her står overfor et «samarbeid» i forskriftens forstand. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

«Offentlig oppgave»

- (51) Klager anfører videre at samarbeidet ikke har *«til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål»*, jf. bokstav a i forskriften § 3-3. Klagenemnda legger også her til grunn at fortalen til direktivet for klassisk sektor bidrar til å kaste lys over forståelsen av dette vilkåret. Det fremgår av fortalens 33. betraktning at samarbeidet kan omfatte *«alle typer af aktiviteter i forbindelse med gennemførelsen af tjenesteydelser og ansvar, som de deltagende myndigheder har fået tildelt eller har påtaget sig, f.eks. lokale eller regionale myndigheders obligatoriske eller frivillige opgaver, eller tjenesteydelser, som i henhold til offentlig ret er pålagt bestemte organer.»*
- (52) Offentlig kollektivtransporttilbud er en oppgave som det offentlige har *«fået tildelt eller har påtaget sig»* i de aktuelle regionene. Utvikling og videreutvikling av betalingsløsninger for dette kollektivtransporttilbudet vil da anses som *«aktiviteter i forbindelse med gennemførelsen»* av disse aktivitetene. Dette gjelder også løsninger som gjør det lettere for de reisende å kjøpe billetter for reiser gjennom ulike regioner. Klagers anførsel om at det ikke er tale om en offentlig oppgave fører derfor ikke frem.
- (53) Klager anfører at en eventuell privat aktør som har bistått Ruter AS med utviklingen av appen vil kunne få en konkurransefordel ved at flere leverandører nå vil benytte seg av appen gjennom samarbeidet. Dette er ifølge klager i strid med likebehandlingsprinsippet, jf. C-480/06 premiss 47. Det kan i tillegg være relevant for vurderingen av om samarbeidet blir *«utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser»*. I fortalen til direktivet for klassisk sektor er det også i 33. betraktning presisert at samarbeidet ikke kan føre til at en *«privat tjenesteyder bliver stillet i en fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter.»* Innklagede har opplyst at alle tjenester fra private aktører i forbindelse med utviklingen av applikasjonen har vært konkurranseutsatt i samsvar med regelverket. Saken er ikke spesielt godt opplyst på dette punktet, men slik saken er opplyst kan ikke nemnda se at en privat aktør får noen konkurransefordel av samarbeidet.

Aktivitetsbegrensningen

- (54) Det siste vilkåret i forsyningsforskriften § 3-3 er ikke problematisert av partene. Det fremstår heller ikke tvilsomt at tjenestene som inngår i samarbeidet, ikke utføres for andre enn samarbeidspartene.
- (55) Følgelig er vilkårene i § 3-3 oppfylt, og anskaffelsesloven og forsyningsforskriften kommer ikke til anvendelse. Det foreligger da ikke noen kunngjøringsplikt.

Konklusjon:

Ruter AS, Agder Kollektivtrafikk AS, Brakar AS, Kolumbus AS og Østfold kollektivtrafikk har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn

Dokumentet er godkjent elektronisk