



OSLO – BERGEN – STAVANGER – TROMSØ – TRONDHEIM – TØNSBERG – ALESUND

NOTAT

Bergen, 5. september 2018

Ansvarlig advokat:

Åshild Langhelle Fløisand

Advokatfirmaet
Steenstrup Stordrange DA

Org.nr.:
NO 960 716 647

T +47 55 30 10 00
F +47 55 30 10 01
post@sands.no
www.sands.no

Til: Interkommunale IKT-tenester Nordhordland (IKTNH) og
Samnanger kommune

Fra: Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA

Problemstillinger knyttet til utvidelse av eierkommuner i IKTNH

1 Problemstilling

Interkommunale IKT-tjenester Nordhordland («IKTNH») har bedt SANDS Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange om bistand til å vurdere ulike problemstillinger knyttet til potensiell inklusjon av nye kommuner i IKTNH.

Samnanger kommune har ønske om bistand for å drifte sine IKT-tjenester, og har vedtatt politisk at prosess for innmelding i IKTNH skal settes i verk.

En problemstilling er hvorvidt Samnanger kommune, i påvente av en eventuell inklusjon i IKTNH, kan sette ut driften av sine IKT-systemer til IKTNH. I relasjon til anskaffelsesregelverket vil dette anses som at Samnanger anskaffer tjenester fra IKTNH.

I dette notatet vurderer vi hvorvidt denne anskaffelsen er en kunngjøringspliktig anskaffelse, eller om Samnanger kommune lovlig kan kjøpe de aktuelle tjenestene uten å kunngjøre en konkurranse om oppdraget.

Konklusjonene er inntatt i punkt 2, og i punkt 3 er den nærmere rettslige og faktiske vurderingen inntatt. I den resterende delen av punkt 1 beskriver vi bakgrunnen for problemstillingen nærmere, og redegjør for Samnanger kommunes alternativer til å kjøpe tjenestene fra IKTNH frem til tilslutningen.

1.1 Bakgrunn – tilslutningsprosessen til IKTNH

Som nevnt er det flere kommuner som ønsker å inngå i IKTNH. Gulen kommune har lenge vært aktuell som medlem. Kommunen er medlem i regionrådet for Nordhordland og dermed allerede en nær samarbeidspart for eierkommunene i IKTNH. De deltar per i dag i et annet IKT-

SAMNANGER KOMMUNE SENTRALADMINISTRASJONEN	
SAK NR. JNR.	12 SEPT. 2018
EMNEKODE:	OBJEKTkode:
SAKSH:	GRADERING:

samarbeid, men vil innen desember avklare avvikling av dette samarbeidet hvilket muliggjør inntreden i IKTNH våren 2019.

Austevoll kommune har en eksisterende avtale om kjøpt av driftstjenester fra IKTNH og avtalen har varighet til mai 2019. De ønsker å bli medlem av IKTNH fra våren 2019. De ønsker altså å gå fra å få driftstjenesten som ekstern kjøper, til å bli fullverdig medlem av IKTNH og å motta driftstjenester på linje med øvrige eierkommuner.

Ideelt sett kunne det ha vært gjennomført separate opptaksprosesser for de enkelte nye kommunene, slik at Samnanger kommune kunne ha tilsluttet seg IKTNH så snart som mulig. Dette er imidlertid ikke et aktuelt alternativ på grunn av interne forhold i eierkommunene – uten at dette er utdypet nærmere. Tilslutningen til IKTNH for de tre kommunene må gjøres i en samlet prosess. IKTNH antar at slike vedtak kan fattes i februar 2019 med virkning (tilslutning) fra april 2019.

Annen relevant kontekst for tilslutningsprosessen(e) er at IKTNH forventer krevende kapasitetsforhold i 2019 og 2020. Både for IKTNH og it-leverandørene til norske kommuner vil det nærmest være unntakstilstand på grunn av kommunesammenslåingsprosessene som pågår. Særlig trykk forventes i siste halvdel av 2019, og første halvdel av 2020. Dette betyr at dersom en integrasjon med Samnanger, Gulen og Austevoll kommune ikke skjer i løpet av våren 2019, så vil det trolig ikke kunne skje før etter 2020.

1.2 Bakgrunn – alternativer for Samnanger kommune

Ett alternativ for Samnanger kommune til å kjøpe inn IKT-drift fra IKTNH frem til den forventede tilslutningen april 2019, er at kommunen driver videre som i dag. Alternativet fremstår som lite aktuelt pga avtale med Visma som må settes i verk høsten 2018, samt manglende back-up i dagens systemer. En forskyvning av overgangen til IKTNHs systemer innebærer også en risiko for at verken IKTNH eller andre aktører vil ha kapasitet til å effektuere de nødvendige prosessene (jf. punktet ovenfor). Dersom Samnanger kommune ikke overfører driften til IKTNH er en annen konsekvens at det vil pådra kommunen utgifter til installasjon av programvare fra Visma først hos Samnanger kommune høsten 2018 og så hos IKTNH våren 2019. Dette vil slik vi forstår det utgjøre en unødvendig kostnad i lys av tilslutningen til IKTNH i april 2019.

Et annet alternativ er å anskaffe – gjennom en alminnelig kunngjort konkurranse – drift av IKT-tjenester for perioden frem til tilslutningen. Dette vil være en kostnadskrevende prosess der eneste realistiske utfall er at IKTNH blir valgt som leverandør. Det er slik vi forstår det helt urealistisk at andre vil kunne levere de aktuelle tjenestene til den kostnaden overføring til IKTNH medfører. For det tilfelle at andre skulle være konkurransedyktige vil utsettingen av driften først til én aktør, og deretter til IKTNH ved tilslutningen, innebære økte kostnader for kommunen. Mange av kostnadene er forbundet med selve overgangen til et nytt system, og to slike overganger på et halvt år medfører dermed dobbelte kostnader på mange poster.

Et siste alternativ som har vært diskutert er å installere det nevnte Vismaprogrammet på IKTNH sine servere, og kun å utsette driften av dette til IKTNH før tilslutningen i 2019. Heller ikke dette alternativet fremstår som aktuelt. For det første vil det innebære vanskeligheter med tanke på grensesnitt og ansvar,

og uansett oppstår problemstillingen med kapasitetsproblemene dersom tilslutningen forskyves til våren 2019.

2 Konklusjoner

2.1 Alternative grunnlag for at direkteanskaffelsen er lovlig

Samnanger kommunes eventuelle direkteanskaffelse fra IKTNH kan potensielt betraktes som lovlig basert på to ulike grunnlag.

- (1) De enkelte kostnadselementene/kontraktene skal ikke ses i sammenheng, og overstiger derfor ikke terskelen for kunngjøringsplikt på 1,3 millioner
- (2) tilbudet fra IKTNH er et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe ytelsene til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser

2.2 Alternativ (1): Anskaffelsens verdi er lavere enn kunngjøringsgrensen

Etter vår oppfatning vil Samnanger kommune lovlig kunne kjøpe de aktuelle tjenestene av IKTNH i 6 måneder frem til en eventuell vedtatt tilslutning til IKTNH. Begrunnelsen er at alternativ (1) ovenfor er oppfylt, altså at anskaffelsens verdi ikke overstiger kunngjøringsgrensen i anskaffelsesforskriften.

Nedenfor i punkt 3.1.1 beskriver vi utgangspunktene for vurderingen, gir en innføring i de reglene som er relevante for vurderingen (3.1.2) og foretar en konkret vurdering av de enkelte kontraktene og kostnadselementene i prosjektet (3.1.3). Det er en liten risiko for at KOFA/domstolene er uenige med oss og kommer til at beregningen av at anskaffelsens verdi ikke overstiger kunngjøringsgrensen, selv om den tidsmessig avgrenses til 6 måneder. Denne risikoen vurderer vi imidlertid som svært lav. Se vurderingen av og forutsetningene for dette nedenfor i punkt 3.1.3. Vi presenterer også et tilleggsmoment i punkt 3.1.4 som kan bidra til å redusere risikoen.

En viktig forutsetning for at konklusjonen skal være noenlunde sikker er tidsavgrensningen på 6-7 måneder. Ved en lengre avtaleperiode overstiger anskaffelsens verdi kunngjøringsgrensen på 1,3 millioner kroner.

2.3 Alternativ (2): Det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud

Dersom anskaffelsens verdi overstiger kunngjøringsgrensen er den underlagt kunngjøringsplikt. Spørsmålet er da om forskriftens *unntak* fra kunngjøringsplikten er anvendelige.

Forutsatt at anskaffelsens verdi er mellom 1,3 millioner kroner og 2 millioner kroner, vil tilbudet fra IKTNH etter vår vurdering mest sannsynlig oppfylle vilkåret om å være et usedvanlig fordelaktig tilbud for Samnanger kommune – sammenlignet med betingelsene det vil være mulig å oppnå for kommunen dersom markedet skulle konkurrert om å levere det samme. IKTNH har opplyst at markedsprisene erfaringsmessig er om lag det dobbelte av den kostnaden IKTNH tilbyr seg å utføre de aktuelle tjenestene for. Dersom dette er mulig å sannsynliggjøre vil dette etter vårt syn innebære at unntaket er oppfylt.

For å fjerne risikoen for sanksjoner anbefaler vi at det kunngjøres en intensjonskunngjøring dersom Samnanger kommune vil støtte seg på dette alternativet.

Dersom anskaffelsens verdi er over 2 millioner kroner (over EØS-terskelverdien) er det ikke anvendelige unntak i forskriften.

2.4 Regler for anskaffelser uten kunngjøringsplikt

I punkt 3.3 har vi skrevet om de reglene som gjelder for anskaffelser der det ikke foreligger kunngjøringsplikt. Kort sagt er det noen forhold som IKTNH / Samnanger kommune må være oppmerksomme på, men ingen regler som hindrer anskaffelsen.

2.5 Risikobildet

Når det gjelder det risikobildet har vi inntatt noen mer generelle vurderinger i punkt 3.4, men utdyper og konkretiserer gjerne dette om ønskelig.

I dette punktet beskriver vi også fordelene og ulempene ved en intensjonskunngjøring.

3 Vurdering av om anskaffelsen skal kunngjøres

3.1 Er anskaffelsens verdi lavere enn kunngjøringsgrensen?

3.1.1 Utgangspunkt

Etter forskrift om offentlige anskaffelser («FOA») gjelder det kunngjøringsplikt for anskaffelser som er omfattet av FOA del II eller III.

Del II gjelder for kontrakter med en anslått verdi på minst 1,3 millioner kroner ekskl. mva. Del III gjelder for kontrakter med en anslått verdi som er lik eller overstiger 2 millioner kroner ekskl.mva.

IKTNH har oppstilt et kostnadsestimat for ulike elementer ved en eventuell tilslutning til IKTNH i en utredning fra mai 2018. Kort oppsummert består kostnadene av (1) en forholdsmessig andel for IKTNHs driftsutgifter, investeringer m.m, (2) engangskostnader til ulike av Samnanger kommunes eksisterende kontraktsparter for overflytting, og (3) kjøp av varer og tjenester i anledning overflyttingen. Ut over disse kategoriene må det påregnes interne kostnader i kommunen, som ikke er relevante for vurderingen her.

Ingen av enkeltpostene som er oppstilt overstiger kunngjøringsgrensen på 1,3 millioner. FOA inneholder imidlertid regler som medfører at kontrakter i visse tilfeller skal ses i sammenheng med tanke på hvorvidt de overstiger kunngjøringsgrensen. Den største posten er (1) den forholdsmessige andelen av IKTNH-utgifter, som årlig utgjør 1,7 millioner. Ettersom den aktuelle perioden for tilslutningen vil vare maksimalt 6 måneder er summen lavere enn kunngjøringsgrensen.

Innledningsvis nevner vi også at brudd på beregningsreglene kan få alvorlige følger, ettersom de normalt først aktualiseres ved, og også innebærer, brudd på kunngjøringsreglene. Ved brudd på

kunngjøringsreglene anses anskaffelsen som en ulovlig direkteanskaffelse, hvilket medfører risiko for overtredelsesgebyr på inntil 15 % av anskaffelsens verdi og/eller at kontrakten kan kjennes uten virkning.

I praksis frem til nå er det en del saker der oppdragsgivere har blitt felt i KOFA for brudd av denne karakter. I hovedsak gjelder dette nokså klare omgåelsestilfeller, og tilfeller der oppdragsgivere har manglet bevissthet om reglene og derfor ikke engang har vurdert om flere kontrakter skal ses samlet.

3.1.2 Kort introduksjon til beregningsreglene

Regler for beregning av anskaffelsens verdi opp mot kunngjøringsplikten er inntatt i FOA § 5-4. Oppdragsgiveren skal foreta en forsvarlig vurdering av anskaffelsens verdi for å vurdere om anskaffelsen kommer over eller under de aktuelle terskelverdiene.

Anskaffelsens verdi skal beregnes på grunnlag av et «anslag over den antatte samlede betalingen, ekskl. mva». Dersom oppdragsgiveren er i tvil om verdien bør han ta høyde for det i fastsettelsen av anslaget.

Som et generelt utgangspunkt regnes **én kontrakt som én anskaffelse**, og verdien av denne kontrakten legges til grunn ved vurderingen av hvilken terskelverdi anskaffelsen faller inn under. Det er imidlertid flere tilfeller hvor én anskaffelse ikke kun består av én kontrakt.

I sin veileder til anskaffelsesforskriften skriver Næringsdepartementet følgende om dette:

«Ulike momenter spiller inn i vurderingen av hvorvidt det dreier seg om én anskaffelse, for eksempel hvorvidt ytelsene dekker det samme eller tilsvarende behov, om ytelsene normalt leveres fra en leverandør, om ytelsene er "ensartede" og om anskaffelsene utgjør et samlet prosjekt. Andre momenter kan også tas inn i vurderingen. Videre må ikke alle de nevnte momentene være oppfylt for at man skal kunne konkludere med at det foreligger én anskaffelse i regelverkets forstand.

Det må foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle av hvorvidt én kontrakt er en del av en større helhet. At ytelser er "ensartede" betyr ikke nødvendigvis at de må være identiske. Selv om det er nyanser i spesifikasjonene når det gjelder kvalitet og dimensjoner kan man allikevel stå ovenfor "ensartede" varer. Levering av forskjellige kontormøbler vil, for eksempel, regnes som én anskaffelse – også i det tilfellet dette leveres fra forskjellige leverandører.»

Vurderingen av om flere kontrakter skal ses som én anskaffelse, og verdien av kontraktene derfor skal aggregeres, beror altså på en konkret vurdering.

Det er alternative tilnærminger til spørsmålet. I det ene ytterpunktet kan Samnanger kommune se enhver kontrakt som en separat anskaffelse. Kontraktene er ikke hensiktsmessige å anskaffe ved separate delkontrakter, og derfor er det kun verdien av den enkelte kontrakten som bestemmer hvilke terskelverdier som er nådd. I det andre ytterpunktet kan en se det slik at alle kontrakter som gjelder overføring og drift av IKT-virksomheten i kommunen er planlagt gjennomført, og det ved separate

delkontrakter. Derfor skal verdien av samtlige kontrakter medregnes ved vurderingen av om terskelverdiene er nådd.

Etter vår vurdering er ingen av disse tilnærmingene helt treffende. Den sentrale begrensningen er at oppdragsgiver ikke skal:

«velge beregningsmåte eller dele opp en kontrakt med det formål å unnta kontrakten fra forskriften.»

Altså – hvis det er holdepunkter for at Samnanger kommune har gjort kunstige inndelinger av ulike kontraktsarbeider for å komme under terskelverdiene, vil dette utgjøre en stor risiko for regelbrudd.

Avgrensningen av hvilke kontrakter som skal ses som én anskaffelse i relasjon til beregningsreglene beror også til dels på innkjøpsfaglig skjønn. Når oppdragsgiver har definert sine innkjøp i separate kontrakter, kreves det *konkrete holdepunkter* for å anse komme til at denne avgrensningen av anskaffelsen er uriktig. Et slikt holdepunkt kan være at leverandørmarkedet typisk anser kontraktsarbeider som er inndelt i ulike kontrakter for å tilhøre samme kontrakt/prosjekt. Utgangspunktet er at kontrakten ikke er større enn det tjenestetilbudet som IKTNH skal påta seg å utføre, og kontrakter som er så nært knyttet til dette tjenestetilbudet at de er naturlig å anskaffe som én ytelse fra en leverandør.

Det følger av kravet til etterprøvbarhet at oppdragsgiveren skal kunne dokumentere at det er foretatt en forsvarlig og realistisk vurdering av anskaffelsens verdi. Der oppdragsgiveren er i tvil om anskaffelsen kommer over eller under aktuelle terskelverdier, bør han synliggjøre hvilke vurderinger som er foretatt i et eget notat eller i anskaffelsesprotokollen.

Beregningen av anskaffelsens verdi skal være forsvarlig på tidspunktet for kunngjøringen av anskaffelsen, jf. § 5-4 (2). For anskaffelser som ikke krever kunngjøring skal beregningen være forsvarlig på det tidspunktet oppdragsgiveren innleder anskaffelsesprosessen, eller vurderer at kunngjøringsgrensen ikke er nådd.

3.1.3 Konkret vurdering av anskaffelsens verdi – de aktuelle kontraktene

I oversikten nedenfor har vi kopiert inn de engangskostnadene som antas å påløpe ved at Samnanger kommune overfører sine systemer til IKTNH for videre drift der. Vi legger til grunn at dette er en fullstendig oversikt og at kostnadsestimatene er forsvarlige, og at de er ekskl.mva. Vi ber om å bli opplyst dersom dette er uriktig. Ber også om at IKTNH korrigerer dersom de antakelsene som er gjort i høyre kolonne er uriktige.

1	Acos (Websak, Cosdoc, Cosdoc+, heimesider)	ca.kr 80.000	Betaling til ekstern leverandør. Ingen andre leverandører aktuelle.
2	Norkart (Gisline, Komtek, matrikkel mm.)	ca.kr 80.000	Som over
3	Tieto – Socio	ca.kr	Som over

		20.000	
4	Infodoc	ca.kr 15.000	Som over
5	Diverse mindre system	ca.kr 25.000	Som over
6	Omlegging til IKTNH si standard trådløs løsning	ca.kr 150.000	Betaling til ekstern leverandør, må oppfylle IKTNH sine spesifikasjoner men kan kjøpes av ulike leverandører.
7	Naudsynt utskifting av nettverksutstyr	ca.kr 200.000	Betaling til ekstern leverandør. Flere leverandører er aktuelle.
8	Naudsynt utskifting av gamle pc-ar ut over budsjett	ca.kr 300.000	Betaling til ekstern leverandør. Flere leverandører er aktuelle.
9	Arbeid utført av IKTNH i samband med omlegginga	ca.kr 130.000	Betaling til IKTNH. Ingen andre leverandører aktuelle.
	Totalt	ca.kr 1.000.000	

De fem første postene er overflyttingsutgifter som skal betales til eksterne leverandører. Disse betalingene kan etter vårt syn ikke medregnes i anskaffelsens verdi, da de uansett ikke er oppnåelige for en leverandør som ønsker å drifte kommunens IKT-løsninger / nettverk. Det er ikke tjenester e.a. som IKTNH eller andre markedsaktører tilbyr seg å levere som underleveranser, men avrop på eksisterende rammeavtaler som er inngått i samsvar med anskaffelsesregelverket. Med andre ord – betalingene utgjør sideordnede kostnader som er en ren konsekvens av at Samnanger setter ut driften til en ekstern part. Postene utgjør kr. 220.000 av summen på 1 million kroner.

Når det gjelder postene 7 og 8, er dette etter vårt syn også egne anskaffelser som ikke utgjør del av en samlet anskaffelse. Det er tale om varekjøp (med et tilknyttet tjenesteelement) som Samnanger kommune står fritt til å foreta uavhengig av utsettingen av driften. Slik vi forstår det er utskiftningen av nettverksutstyr og PC-er nødvendig uavhengig av om driften settes ut eller ikke. Selv om det er en tilknytning mellom driftsutsettelsen og oppgraderingen av utstyr, dekker ikke ytelsene *samme eller tilsvarende behov*, de leveres ikke normalt *fra en leverandør*, og de er ikke *"ensartede"*. At det eksisterer en tilknytning ved at de foretas samtidig med utsetting av driften og som del av samme prosjekt er derfor ikke tilstrekkelig til at de skal ses i sammenheng ved vurderingen av en eventuell større anskaffelses samlede verdi. Postene utgjør kr. 500.000 av summen på 1 million kroner.

Når det gjelder post 6 er det imidlertid noe usikker hvordan denne skal kategoriseres – se kommentar i tabellens høyre kolonne.

Dermed gjenstår post 9 (og muligens post 6), sammen med den årlige andelen av IKTNHs utgifter. Estimert kostnad er kr. 130.000, eller kr. 280.000 dersom post 6 inkluderes. Posten er så nært knyttet til overtakelsen av driften at kostnaden antakeligvis må anses som en del av anskaffelsen som skal gjøres.

Verdien av anskaffelsen beror dermed på varigheten av kontrakten / tilknytningen til IKTNH. Dersom varigheten er et halvt år, er det grunn til å vurdere verdien som (årlig 1,7 millioner*0,5) kr. 850.000 + inntil kr. 280.000 = kr. 1.130.000. I så tilfelle er anskaffelsen godt innenfor kunngjøringsgrensen på 1,3 millioner kroner.

Dette innebærer at det etter vårt syn ikke foreligger plikt for Samnanger kommune til å kunngjøre anskaffelsen. I punkt 6 nedenfor har vi skrevet om risikobildet i tilfelle KOFA eller domstolene skulle gjøre en annen vurdering av dette enn oss.

Selv om anskaffelsens verdi ikke utløser plikt til å kunngjøre anskaffelsen, betyr ikke dette at det ikke gjelder regler for innkjøpet. Disse skriver vi nærmere om i punkt 5.

3.1.4 Tilleggsmoment til verdiberegningen

To IT-ansatte i Samnanger kommune skal ha tilbud om fortsatt jobb også etter omleggingen.

Vi oppfatter at det er et aktuelt alternativ at en av dem forblir ansatt i kommunen som lokal IT-ressurs evt. også med andre oppgaver. Den andre stillingen vil kunne bli overflyttet til IKTNH fra og med kommunens tilslutning. Med en slik løsning vil begge de to lokale IT-ressursene få videreført sine arbeidsforhold, hvilket er ønskelig sett fra Samnanger kommune sin side.

Et alternativ som også kan ha anskaffelsesrettslige implikasjoner er om denne overflyttingen skjer fra høsten 2019 (dersom Samnanger kommune setter ut driften til IKTNH på dette tidspunkt) eller først fra våren 2019 ved formell tilslutning som eierkommune.

En mulig løsning er at denne personen «leies inn» til IKTNH fra for eksempel november 2018-april 2019 slik at han kommer inn i IKTNH fra det tidspunkt driften tas over. Den leie IKTNH skal betale (tilsvarende lønn) kan avregnes ved at det skjer en tilsvarende reduksjon i forhold til normale driftskostnader fra IKTNH for de 6 mnd. (for eksempel ca. 850 000). En slik reduksjon av driftskostnadene vil justere regnestykkene presentert i punkt 3.1.4 ovenfor, slik at det oppnås en større sikkerhetsmargin med tanke på når kunngjøringsgrensen nås. Denne løsningen kan vi presentere nærmere dersom dette vurderes som aktuelt. Vi antar at det er ønskelig både for Samnanger kommune, IKTNH og den ansatte som skal overflyttes, at man får til en god løsning som innebærer overføring av oppgaver allerede fra den dato driften skal overtas av IKTNH, samtidig som at den ansatte har sikkerhet for sin stilling i Samnanger kommune dersom prosessen våren 2019 mot formodning ikke skulle lede frem til at Samnanger kommune blir eierkommune i IKTNH. I så måte vil forslag om en innleie avtale frem til full inntreden være en godt alternativ.

En eventuell slik avtale må uansett være gjenstand for drøftelser med den aktuelle ansatte som er aktuell for overflytting, tillitvalgte m.m. Vi kan redegjøre nærmere for AMLs krav om ønskelig.

Se også punkt 3.2 nedenfor.

3.2 Er anskaffelsen unntatt fra kunngjøringsplikten på annet grunnlag?

Forutsatt at anskaffelsens verdi er over kunngjøringsgrensen (men under 2 millioner kroner), er det aktuelle unntaket fra kunngjøringsplikten (FOA § 5-2 (1)) at det gjelder en kontrakt:

«oppdragsgiveren kan inngå på grunnlag av et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe ytelsene til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser»

I forarbeidene til bestemmelsen uttales det at bestemmelsen skal ha et snevert anvendelsesområde, og for å kunne vurdere om et tilbud ligger vesentlig under normale markedspriser, må oppdragsgiver ha god oversikt hele markedet. Departementet skriver i sin veileder til regelverket at «Det kreves meget god kjennskap til det aktuelle markedet hvor ytelsen kan anskaffes. Som utgangspunkt stilles det derfor relativt strenge krav».

Det finnes ikke praksis som sier noe klart om *hvor fordelaktig tilbudet må være*, eksempelvis prosentvis avstand fra oppnåelige markedspriser eller annet mer konkret. Det forhold at IKTNH ikke har profittformål for den eventuelle kontrakten med Samnanger kommune er ikke tilstrekkelig til å konkludere med at tilbudet er usedvanlig fordelaktig. Vi har fått opplyst fra IKTNH at deres priser ligger omtrent på halvparten av eksterne konkurrenters priser. Så vidt vi er kjent med er det ikke gjort noen markedsundersøkelse, eller på annen måte dokumenterbart at prisene er så mye lavere. Dersom IKTNH kan utdype dette temaet noe, kan det imidlertid være en god løsning å kunngjøre en intensjonskunngjøring basert på antakelsen om at dette vilkåret er oppfylt.

I denne forbindelse kan det også være relevant at utsetting av driften til IKTNH utløser besparelser for Samnanger kommune ved at én ansatt som del av driftsavtalen leies ut til IKTNH i den aktuelle 6 måneders periode.

Dersom anskaffelsens verdi er over EØS-terskelverdien på 2 millioner gjelder det ikke et tilsvarende unntak (FOA § 13-4).

3.3 Regler for anskaffelser med lavere verdi enn kunngjøringsgrensen

Som nevnt avslutningsvis i punkt 3 inneholder anskaffelsesregelverket regler også for anskaffelser som har lavere verdi enn kunngjøringsgrensen (såfremt verdien er mer enn kr. 100.000).

Reglene finnes i anskaffelsesloven og i FOA kapittel 7. De aktuelle reglene i kapittel 7 er kort oppsummert:

- Dokumentasjonsplikt (skal oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen)
- Plikt til å innhente skatteattest
- Forvaltningsrettslige regler om offentlighet (innsyn), taushetsplikt og habilitet.

I anskaffelsesloven § 4 står det at:

«Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøubarhet og forholdsmessighet»

Prinsippene om konkurranse og likebehandling innebærer i utgangspunktet en plikt til å innhente tilbud fra flere leverandører – selv om det ikke er en plikt til å kunngjøre en konkurranse. Det må altså foreligge legitime grunner til å unnlate en slik uformell konkurranse.

I dette tilfellet mener vi at konteksten rundt Samnanger kommunes tjenestekjøp fra IKTNH utgjør slike legitime grunner. Bakgrunnen for tjenestekjøpet er ønsket om formelt å tilknytte seg IKTNH og det sannsynlige tilknytningsvedtaket. Det vil være tids- og ressurspillende å inngå kontrakt med en annen med grunnlag i den sannsynlige tilknytningen til IKTNH fra våren av.

Uansett er det ingen formelle konsekvenser knyttet til et eventuelt brudd på prinsippene om likebehandling og konkurranse for et tilfelle som dette.

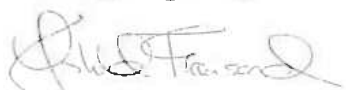
3.4 Risiko og intensjonskunngjøring

Dersom KOFA eller domstolene kommer til en annen vurdering enn oss med tanke på hvilke kontrakter som samlet skal beregnes å utgjøre «anskaffelsens verdi», eller det vurderes som sannsynlig at kontrakten kan vare lenger enn 6 måneder, kan anskaffelsen bli ansett som en ulovlig direkteanskaffelse (kjøp uten konkurranse til tross for at regelverket krever en kunngjort konkurranse).

Konsekvensene dersom anskaffelsen blir klaget inn for KOFA eller domstolene, og at disse kommer til at anskaffelsen var en ulovlig direkteanskaffelse, er noe kompliserte. Sanksjonene mot direkteanskaffelser kan være gebyr ilagt av domstolene eller KOFA på inntil 15 % av kontraktens verdi, og/eller at kontrakten kjøennes «uten virkning» av en domstol.

Sanksjoner kan ikke idømmes dersom oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring etter regler fastsatt i forskrift, og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen. Det kan gjelde et unntak dersom oppdragsgiver ikke har vært i god tro. Intensjonskunngjøring innebærer at kommunen kunngjør en intensjon om å inngå en kontrakt uten annen kunngjøring eller konkurranse, og begrunner hvorfor man mener det kan gjøres. Dersom ingen protesterer på kunngjøringen, begrenses muligheten til å angripe anskaffelsen i ettertid. Intensjonskunngjøringen innebærer ikke at en ellers ulovlig anskaffelse blir lovlig, men forhindrer på visse nærmere vilkår at det kan treffes sanksjoner mot anskaffelsen. En risiko ved intensjonskunngjøring er at kunngjøringen utløser protester og en vanskelig prosess

Med vennlig hilsen



Åshild Fløisand

Partner | Advokat | Attorney at Law

Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA

Notatet bør vurderes unntatt fra offentlighet jfr. offentleglova § 15 (2)

Vår ref.: 4091139.1-133321 RISEIR/RISEIR