



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede og en rekke nord-norske kommuner stiftet Bredbåndsfylket AS for å etablere og drifte nettverk i regionen Troms. Klager anførte at innklagede har foretatt en eller flere ulovlige direkte anskaffelser i tilknytning til kjøp av tjenester fra Bredbåndsfylket AS. Klagenemnda fant at vilkårene for utvidet egenregi var oppfylt, og at avtalen dermed falt utenfor regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 16. oktober 2023 i sak 2023/0755

Klager: Bedriftssystemer AS

Innklaget: Tjeldsund kommune

Klagenemndas

medlemmer: Tarjei Bekkedal, Hallgrim Fagervold og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Bredbåndsfylket AS (heretter *Bredbåndsfylket*) ble stiftet i 2003 for å etablere et høyhastighets stamfibernet i den geografiske regionen Troms for å dekke behovet primært innenfor offentlig virksomhet, herunder eiernes behov for sikker transport av data, telefoni og andre tjenester i et lengre perspektiv.
- (2) Tjeldsund kommune (heretter *innklagede*) eier 0,81 prosent av aksjene i Bredbåndsfylket. Troms og Finnmark fylkeskommune eier 80,65 prosent av aksjene i selskapet. De øvrige aksjene eies av en rekke nord-norske kommuner som hver eier 0,81 eller 3,23 prosent av aksjene.
- (3) Bredbåndsfylkets formål var i aksjonæravtalen angitt slik:

«Selskapet har som formål å etablere et høykapasitets stamnett i fylket for å oppnå følgende:

1. Å løse Fylkeskommunens og Kommunenes behov for sikker transport av data, telefoni, og andre tjenester i et lengre perspektiv. Stamnettet skal således levere en forbindelse til samtlige av fylkets kommuner, dvs. rådhus eller tilsvarende, og i tillegg løse kommunikasjonsbehov ved videregående skoler, tannklinikker og andre fylkeskommunale institusjoner. Nettet skal bidra til effektiv samhandling, offentlig fornying og økonomiske gevinster ved samordnet innkjøp av tjenester.

2. Bredbåndsnettet skal knytte til seg kommersielle aktører (bedrifter), interkommunale foretak eller andre lokale eller landsdekkende organisasjoner, som i forlengelse av stamnettet ønsker å tilby bredbånd til private og næringsliv i regionen. Fylkets næringsliv er konkurranseutsatt og en forutsetning for å opprettholde konkurransen er tilretteleggelsen av fremtidig infrastruktur.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

3. Bredbåndsfylket skal kunne tilby overskuddskapasitet til eksterne aktører.

4. Bredbåndsfylket skal i samarbeid med nasjonale og regionale aktører utvikle nye, innovative løsninger og kontinuerlig ligge i forkant av utviklingen. Bredbåndsfylket skal samarbeide tett med lokale aktører innen helse, telemedisin, utdanning, næringsliv, FOU miljøer og samtidig legge til rette at disse kan oppnå gode resultater gjennom kostnadseffektiv bruk av stamnettet.»

- (4) I tillegg til saker som etter aksjeloven må forelegges generalforsamlingen, plikter Bredbåndsfylkets styre å forelegge generalforsamlingen følgende saker:

«i) Godkjenning av årlig budsjett for utvikling og investeringer i stamnettet og vesentlige avvik fra dette

ii) Alle vesentlige avtaler mellom selskapet og aksjonærer (selv om de ikke er slik avtaler som etter aksjeloven skal behandles i generalforsamlingen).

iii) Opprettelse av datterselskap for kommersialisering av tjenester

iv) Opptak av eksterne eiere i datterselskapet og herunder om dette skal skje ved salg av aksjer fra morselskapet eller ved emisjon

v) Salg utenfor den normale drift som vil innebære salg av vesentlige eiendeler i selskapet

vi) Flytting av hovedkontor

vii) Emisjon eller aksjesalg

viii) Endring av selskapets virksomhet og formål

ix) Fusjon og fisjon».

- (5) I aksjonæravtalen punkt 9.2 fremgår det at de sakene som er lagt til avgjørelse i generalforsamlingen krever 85 prosent tilslutning av selskapets aksjer.

- (6) I aksjonæravtalen punkt 10 fremgår det at «[e]ventuelt overskudd i selskapet skal ikke tas ut som utbytte, men skal benyttes til å videreutvikle selskapets tjenester.»

- (7) I et saksfremlegg til møtet i Troms fylkesting 24. september 2003 var følgende gjengitt fra fylkesplan for Troms 2004-07:

«Staten har overlatt etablering av bredbånd til markedet. I et slikt regime er det - i realiteten - bare byene og steder med større populasjoner som vil få utviklet et tilfredstillende bredbåndnett. Troms fylke er preget av lave befolkningskonsentrasjoner, store avstander og spredt bosetting. I mangel av statlig ansvar for denne infrastruktursatsingen har Troms fylkeskommune tatt grep for å sikre tilgang til fiberinfrastruktur i alle deler av fylket, og opprettet et fond for bredbåndssatsing.

Fylkets bredbåndssatsing skal være en positiv regional kraft - og bidra til å styrke samarbeidet mellom kommunene, næringslivet i fylket, FoU miljøet, statlige institusjoner og fylkeskommunen. Den nye infrastrukturen legger til rette for å fornye og effektivisere offentlig og privat virksomhet. Satsingen på prosjektet "Bredbåndsfylket Troms" gis høy

prioritet i planperioden. Som det første innsatsområdet er det angitt at «Samarbeidet mellom kommuner og fylkeskommunen skal forankre utbyggingen av bredbånd og fremme nettbaserte løsninger både for privat og offentlig sektor»

- (8) Bredbåndsfylket startet utbygging av stamnettet for bredbånd i det relevante geografiske området. Det ble bygget et fiberoptisk nett frem til kommunale og fylkeskommunale virksomheter i området, slik at Bredbåndsfylket kunne tilby nettilgang direkte til disse virksomhetene.
- (9) Etter utbyggingen av stamnettet har Bredbåndsfylket inngått avtaler med selvstendige aktører (heretter *operatører*) som skulle bygge ut aksessnettet og tilby bredbånd til det private næringslivet og innbyggere.
- (10) Bredbåndsfylket har krevd et vederlag for å gi operatørene tilgang til stamnettet. Nasjonal kommunikasjonsmyndighet har utarbeidet «*Prisfastsettingsprinsipper for bredbåndsstøtte som er bygd ut med offentlig støtte*». Det følger av prinsippene at netteiere som omfattes som utgangspunkt skal tilby samme prisvilkår som Telenor tilbyr for tilgang til sitt nett, som anses å reflektere et rimelig og ikke diskriminerende prisnivå. Bredbåndsfylket har valgt å tilby tilgang på det samme prisnivået som følger av prinsippene.
- (11) I 2020 ba eierne av Bredbåndsfylket om en ekstern vurdering av forslag til endring av aksjonæravtale og vedtekter i selskapet og oppfyllelsen av kontrollkriteriet. Vurderingene ledet frem til to utredninger fra henholdsvis advokatfirmaene PwC og Kluge. Det fremgikk av utredningen at det nærmere innholdet i kontrollkriteriet, hvor én aksjonær kan utøve kontroll over selskapet alene, er uavklart. I Kluges rapport konkluderes det med at de «*foreslåtte endringene i vedtektene og aksjonæravtalen, går lengre enn det som er nødvendig for å sikre at kontrollkriteriet er overholdt*».
- (12) Fra 2018 til 2022 har omsetningen til Bredbåndsfylket etter det opplyste fordelt seg slik:

År	Omsetning eiere	Omsetning operatør	Totalt
2018	74,7 %	16,9 %	91,6 %
2019	68,3 %	18,3 %	86,6 %
2020	69,8 %	17,2 %	87,0 %
2021	69 %	19,6 %	88,6 %
2022	63,8 %	24,1 %	87,8 %
Snitt 2018-2022	69,1 %	19,2 %	88,3 %

- (13) Kostnadene til Bredbåndsfylket har 2021 og 2022 fordelt seg slik:

	2022		2021	
Driftskostnader totalt	51 609 062		50 651 447	
Relatert til eiere/intern bruk	47 552 036	92,1 %	18 275 987	92,2 %
Relatert til bredbåndsoperatører	2 171 752	4,2 %	1 391 159	2,7 %
Relatert til eksterne kunder	1 885 274	3,7 %	2 563 321	5,1 %
Varekostnad	14 656 493		18 276 987	
Relatert til eiere/intern bruk	13 579 493	92,7 %	16 704 362	91,4 %
Relatert til bredbåndsoperatører	633 285	4,3 %	510 989	2,8 %
Relatert til eksterne kunder	443 715	3,0 %	1 061 638	5,8 %
Lønnskostnader	16 924 063		14 798 945	
Relatert til eiere/intern bruk	15 037 366	88,9 %	12 839 171	86,8 %
Relatert til bredbåndsoperatører	1 029 107	6,1 %	844 456	5,7 %
Relatert til eksterne kunder	857 589	5,1 %	1 115 319	7,5 %
Andre driftskostnader	8 550 827		6 863 813	
Relatert til eiere/intern bruk	7 687 050	89,9 %	6 655 969	97,0 %
Relatert til bredbåndsoperatører	384 583	4,6 %	35 714	0,5 %
Relatert til eksterne kunder	469 193	5,5 %	172 130	2,5 %
Avskrivinger	11 477 679		10 711 702	
Relatert til eiere/intern bruk	11 248 125	98,0 %	10 497 468	98,0 %
Relatert til bredbåndsoperatører	114 777	1,0 %	-	0,0 %
Relatert til eksterne kunder	114 777	1,0 %	214 234	2,0 %

- (14) Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. mars 2023.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. oktober 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har foretatt en eller flere ulovlige direkte anskaffelser i tilknytning til kjøp av nettverkstjenester, herunder tilgang til fysisk infrastruktur og varer fra Bredbåndsfylket i 2021 og 2022. Klager er ikke kjent med at anskaffelsene er kunngjort og det foreligger ikke anvendelige unntaksregler.
- (17) Innklagede oppfyller verken kontrollkriteriet eller aktivitetskriteriet i forskriften § 3-1. Unntaket om utvidet egenregi får derfor ikke anvendelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Det bestrides at innklagede har begått ulovlige direkte anskaffelser i tilknytning til kjøp av nettverkstjenester.
- (19) Vilkårene for utvidet egenregi i forskriften § 3-1 er oppfylt, slik at det kan gjøres direkteanskaffelser fra Bredbåndsfylket. Innklagede oppfyller kontrollkriteriet og har sammen med øvrige eiere bestemmende kontroll over selskapet. Aktivitetskriteriet er oppfylt både ved en kostnadsbasert og ved en omsetningsbasert vurdering.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd.
- (21) Fristen for å fremsette en påstand om ulovlig direkte anskaffelse, er to år fra kontrakt er inngått, jf. klagenemndsforordningen § 13 annet ledd. Avtalen mellom innklagede og Bredbåndsfylket ble inngått i 2003. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt innklagede ved klagenemndas brev 3. mars 2023. Klagefristen er i utgangspunktet ikke overholdt.
- (22) Det anførte grunnlaget for kontrakten mellom innklagede og Bredbåndsfylket er unntaket for utvidet egenregi etter anskaffelsesforordningen § 3-1. Vilkårene for å tildele kontrakter i egenregi må være oppfylt hele kontraktsperioden. Dersom vilkårene på et tidspunkt ikke er oppfylt, vil manglende oppsigelse av den løpende avtalen og manglende kunngjøring på dette tidspunktet representere en ny avtaleinngåelse, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2013/99 avsnitt 13 med videre henvisninger. På denne bakgrunn anses klagen å være rettidig.

Hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

- (23) En ulovlig direkte anskaffelse er «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).

- (24) Utgangspunktet for anskaffelser over nasjonal terskelverdi er at de skal kunngjøres i Doffin, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 § 5-1 andre ledd og § 8-17 første ledd. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen, jf. § 21-1. I perioden hvor kjøpene ble gjort var både den nasjonale terskelverdien og EØS-terskelverdien 1,3 millioner kroner ekskl. mva. I 2021 gjorde innklagede kjøp for 11,8 millioner kroner. Dette innebærer at anskaffelsen i utgangspunktet skulle ha vært kunngjort.
- (25) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagedes kjøp av tjenester fra Bredbåndsfylket er unntatt regelverket om offentlige anskaffelser etter unntaket om utvidet egenregi, jf. forskriften § 3-1.
- (26) For at det skal foreligge utvidet egenregi mellom to rettssubjekt, må vilkårene i forskriften § 3-1 være oppfylt. Av EU-domstolens sak C-26/03 (Stadt Halle) avsnitt 46 følger det at ettersom egenregi er en unntaksbestemmelse, skal vilkårene tolkes restriktivt. Bestemmelsen gir tre vilkår som alle må være oppfylt for at det skal foreligge egenregi. Oppdragsgiveren må for det første ha en kontroll over det andre rettssubjektet som «*svarer til den kontrollen han utøver over sin egen virksomhet*» (kontrollkriteriet). Videre må rettssubjektet utføre mer enn «*80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiveren*» (aktivitetskriteriet). Til slutt kan det heller ikke være direkte «*private eierandeler i det andre rettssubjektet*».
- (27) Det er klart at det ikke er noen «*private eierandeler*» i Bredbåndsfylket.
- (28) Utvidet egenregi kan foreligge ved at flere oppdragsgivere i felleskap oppfyller kontrollkriteriet og aktivitetskriteriet, såkalt «*[f]elles kontroll*», jf. forskriften § 3-2.
- (29) Klagenemnda tar først stilling til om kontrollkriteriet er oppfylt i samsvar med § 3-2 (1) bokstav a.
- (30) Det følger av § 3-2 (1) bokstav a, at kontrollkriteriet er oppfylt når oppdragsgiveren og andre oppdragsgivere i felleskap utøver en kontroll som «*svarer til*» den kontroll de utøver over sin egen virksomhet.
- (31) Når felles kontroll anses å foreligge, er nærmere regulert i § 3-2 (2). Etter bokstav a må for det første samtlige oppdragsgivere være representert i det kontrollerte rettssubjektets styrende organer. Videre må oppdragsgiverne etter bokstav b i felleskap utøve «*bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger*» i det kontrollerte rettssubjektet. Til slutt må det kontrollerte rettssubjektet «*ikke forfølge interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser*».
- (32) Styret i Bredbåndsfylket blir valgt av generalforsamlingen der alle eierkommuner er representert. Nestleder i styret til Bredbåndsfylket sitter i innklagedes kommunestyre. Klagenemnda finner derfor at vilkåret om representasjon i styrende organer, er oppfylt jf. forskriften § 3-2 (2) bokstav a.
- (33) Det er ikke anført at Bredbåndsfylket forfølger interesser som er i strid med eiernes interesser. Tvert imot er det vist til at både levering av tjenester til eierne og salg opp mot operatørene er i tråd med det vedtektsfestede formålet til selskapet.

- (34) Spørsmålet for klagenemnda blir om innklagede med sine 0,81 prosent av aksjene sammen med de øvrige eierne «i felleskap» utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger.
- (35) EU-domstolen har ikke uttrykkelig etablert noen nedre grense for den enkelte oppdragsgivers eierandel for at felles kontroll skal kunne anses å foreligge. I sak C-231/03 (Coname) ble en eierandel på 0,97 prosent ansett for liten, mens 0,25 prosent ble ansett tilstrekkelig i sak C-295/05 (Asemfo/Tragsa). I de forente sakene C-182/11 og C-183/11 (Econord) uttalte EU-domstolen at det i tilfeller av felles kontroll må kreves at den enkelte oppdragsgiveren har en innflytelse som gjør det mulig å ta del i den kontrollen som de deltakende oppdragsgiverne i fellesskap utøver.
- (36) I Bredbåndsfylkets aksjonæravtale punkt 9.2, er det et skjerpet flertallskrav i generalforsamlingen, da en rekke beslutninger krever 85 prosent tilslutning av selskapets aksjer. I tillegg er beslutningsmyndigheten for en rekke saker flyttet fra styret til generalforsamlingen. Klagenemnda legger til grunn at dette gir minoritetsaksjonærene en innflytelse som gjør det mulig å ta del i kontrollen eierne sammen utøver. Kontrollvilkåret er dermed oppfylt gjennom felles kontroll, jf. forskriften § 3-2.
- (37) Spørsmålet blir videre om aktivitetskriteriet er oppfylt.
- (38) Aktivitetskriteriet er begrunnet i hensynet til konkurranse i det åpne markedet. Formålet med dette vilkåret er å sørge for at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse på tilfeller der et selskap som kontrolleres av det offentlige, og samtidig opptrer som en aktør i et konkurranseutsatt marked, ikke får en konkurransefordel, se blant annet EU-domstolens sak C-340/04 (Carbotermo) og sak C-553/15 (Undis Servizi).
- (39) Hvordan aktiviteten skal beregnes er regulert i forskriften § 3-4. Etter bestemmelsen skal kravet om 80 prosent aktivitet for oppdragsgiveren basere seg på en «gjennomsnittlig omsetning» eller «annen egnet aktivitetsbasert metode for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til (...) tjenestene». Det følger av ordlyden at beregningsmetodene er alternative. Dersom oppdragsgiveren bruker en annen aktivitetsbasert metode enn gjennomsnittlig omsetning, er det avgjørende at den metoden oppdragsgiver benytter er «egnet».
- (40) I juridisk teori er det i tråd med ordlyden lagt til grunn at oppdragsgiver har en viss fleksibilitet til å velge beregningsmetode, så lenge beregningen er forsvarlig, jf. blant annet Marianne Dragsten (2021) lovkommentar til forskriften § 3-4.
- (41) Innklagede har beregnet andelen av aktiviteten som Bredbåndsfylket utfører for eierne, ut fra kostnadene som er pådratt. Spørsmålet for klagenemnda er om dette er en egnet metode for å beregne aktiviteten til selskapet.
- (42) Oversikten over kostnadene viser at over 90 prosent er relatert til eierne. I kostnadene inngår lønnskostnader, varekostnader, driftskostnader og avskrivninger. Innklagede har forklart at kostnadene viser at utbygging og drift av stamnettet innebærer store kostnader og investeringer, og at kostnadene er en følge av de eierpålagte oppgavene.
- (43) Klager har vist til at kostnadsmetoden har en klar svakhet ved at allokering av kostnader mellom virksomhetsområder kan bidra til omgåelse av regelverket. Som et eksempel viser klager til at det er usannsynlig at rundt en fjerdedel av Bredbåndsfylkets samlede

omsetning i 2018 er oppnådd uten investeringskostnader og med mindre en 4 prosent av selskapets samlede driftskostnader.

- (44) Klagenemnda er enig i at kostnadsmetoden i noen tilfeller medfører en risiko for omgåelse av regelverket, ved at allokering av kostnader gir et misvisende bilde av den faktiske aktiviteten. Nemnda har imidlertid kommet til at i dette tilfellet er kostnadsallokeringen et reelt og dekkende uttrykk for aktiviteten i Bredbåndsfylket.
- (45) Etter det opplyste er det få av Bredbåndsfylkets ansatte som arbeider med å muliggjøre, selge og gjennomføre tjenester til andre enn eierne og de som er involvert i dette bruker bare en begrenset del av sin kapasitet til dette formålet. I tillegg er utbygging, vedlikehold og drift av stamnettet er kostnadskrevende oppgaver som er nødvendige for å oppfylle eierne behov. Dette medfører at kostnadsbasen til Bredbåndsfylket bare i begrenset grad vil bli påvirket dersom Bredbåndsfylket sluttet å selge tjenester til andre enn eierne. Videre er avtaler som gir bredbåndssoperatører tilgang til fibernettet også nødvendige for at Bredbåndsfylket skal oppfylle den eierpålagte oppgaven om å sørge for bredbåndstilgang til innbyggerne. Klagenemnda finner derfor at å beregne aktiviteten ved bruk av kostnadene som er pådratt i tilknytning til tjenestene, er en forsvarlig metode som er egnet til formålet.
- (46) En del av Bredbåndsfylkets kostnader er avskrivninger, som kan gjenspeile aktivitet flere år tilbake. I denne saken er imidlertid mer enn 80 prosent av kostnadene relatert til eierne, selv når avskrivninger holdes utenfor beregningen. Aktivitetskriteriet er oppfylt.
- (47) På denne bakgrunn finner klagenemnda at vilkårene for utvidet egenregi er oppfylt. Det foreligger dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Tjeldsund kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur