



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Vesentlig endring av kontrakt. Verdiberegning.

Innklagede hadde tidligere gjennomført tre separate konkurranser med forhandling om drift av Leira, Kristiansand og Hobøl asylmottak med tilhørende tilrettelagte avdelinger. Klager fikk ikke medhold i sin anførsel om at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å forlenge avtalene om drift av de tre mottakene.

Klagenemndas avgjørelse 22. april 2020 i sak 2018/479

Klager: Fredensborgveien 24 Bolig AS

Innklaget: Utlendingsdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Alf Amund Gulsvik og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Innklagede kunngjorde 6. juli 2011 en konkurranse med forhandling om drift av Leira statlige asylmottak med tilhørende tilrettelagt avdeling, i Levanger kommune. Tilbudsfrist var 17. august 2011.
- (2) Det skulle inngås to kontrakter for drift av Leira mottak, en for drift av ordinær avdeling og en for drift av forsterket avdeling. Avtaleperioden var fire år med opsjon på forlengelse i ytterligere tre år. Dato for kontraktstildeling var 10. oktober 2011.
- (3) I kunngjøringen av kontraktstildeling fremgikk det at kontraktene hadde en årlig verdi på 18 millioner kroner, totalt 126 millioner kroner over syv år. Det fremgikk at fire leverandører leverte tilbud innen tilbudsfristen, og at kontrakt ville tildeles Levanger kommune. I løpet av kontraktens opprinnelige varighet på syv år utbetalte innklagede 116 620 000 kroner til Levanger kommune for drift av ytelsen.
- (4) De to kontraktene for drift av Leira asylmottak ble deretter forlenget med fem måneder, fra 1. november 2018 til 31. mars 2019. Innklagede har opplyst at kontraktsverdien for denne perioden er 7,4 millioner kroner. Forlengelsen ble ikke kunngjort.
- (5) Innklagede kunngjorde 28. august 2012, en konkurranse med forhandling om drift av ordinært asylmottak og forsterket avdeling i Utlendingsdirektoratets region sør. Anskaffelsens verdi ble ikke opplyst i kunngjøringen. Tilbudsfrist var 28. september 2012.
- (6) Avtaleperioden var tre år med opsjon på forlengelse i inntil ytterligere tre år. Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra én tilbyder, Kristiansand kommune, som også ble tildelt kontrakt.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (7) Kontraktene for drift av asylmottak i region sør hadde oppstart 16. januar 2013, og utløp 15. januar 2019. I kontraktperioden utbetalte innklagede 143 590 674 kroner til Kristiansand kommune for drift av ordinær og tilrettelagt avdeling.
- (8) Kontraktene ble deretter først forlenget fra 16. januar 2019 til 31. mars 2019, deretter ytterligere forlenget frem til 5. april 2019. Innklagede har opplyst at kontraktsverdien for disse to periodene er 5 680 862 kroner. Forlengelsen ble ikke kunngjort.
- (9) Innklagede kunngjorde 14. september 2012 en konkurranse med forhandling om drift av Hobøl asylmottak og forsterket avdeling i Utlendingsdirektoratets region indre østland. Anskaffelsens verdi ble ikke opplyst i kunngjøringen. Tilbudsfrist var 15. oktober 2012.
- (10) Avtaleperioden var tre år med opsjon på forlengelse i inntil ytterligere tre år. Kontrakt ble tildelt Ostra Consult AS. Kontraktene for drift av Hobøl asylmottak hadde oppstart 16. februar 2013, og utløp 15. februar 2019. I kontraktperioden utbetalte innklagede 117 777 643 kroner til Ostra Consult AS for drift av ordinær og tilrettelagt avdeling.
- (11) Kontraktene for drift av ordinær avdeling og tilrettelagt avdeling ble deretter forlenget fra henholdsvis 16. februar 2019 og 16. januar 2019, begge frem til 31. mars 2019. Innklagede har opplyst at kontraktsverdien for denne perioden er 2 657 057 kroner for begge kontraktene. Forlengelsen ble ikke kunngjort.
- (12) Etter utløp av de forlengede kontraktene ble nye avtaler inngått for alle mottakene, basert på konkurranser kunngjort 16. januar 2019.
- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 9. november 2018.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. april 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å forlenge avtalene om drift av Leira, Hobøl og Kristiansand asylmottak.
- (16) Kontraktene som er omfattet av klagen skal anses som én anskaffelse. Kontraktene er «*liknende*» tjenestekontrakter som oppdragsgiveren inngår «*regelmessig*», jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 5-4 (9). Verdien av alle kontraktene om drift av de tre mottakene, må derfor vurderes samlet.
- (17) Overtredelsen av kunngjøringsplikten var forsettlig. Det er grunn til å tro at innklagede var klar over at anskaffelsene var kunngjøringspliktige. Likevel valgte innklagede ikke å kunngjøre anskaffelsene. Overtredelsesgebyret bør settes høyt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Det bestrides at forlengelsene av avtalene om drift av asylmottak utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Forlengelsene utgjør ikke en vesentlig endring i noen av avtalene. Det er bare forlengelsen av avtalene for drift av Leira mottak som overstiger terskelverdien, og dermed er det i tilfelle kun denne endringen som var kunngjøringspliktig. Forlengelsen av avtalene for drift av Leira mottak er uansett ikke en vesentlig endring blant annet fordi

forlengelsen var av kort varighet, og har en begrenset økonomisk betydning i forhold til avtalenes totale verdi.

- (19) I en vurdering av om det skal ilegges overtredelsesgebyr, skal hver forlengelse vurderes for seg. Klagen gjelder tre separate avtaleforhold bestående av to avtaler hver, som i utgangspunktet ikke har noe med hverandre å gjøre annet enn at de omfatter de samme ytelsene. Kontraktene er inngått på forskjellige tidspunkt og det ble kunngjort separate konkurranser.
- (20) Subsidiært skal det ikke ilegges overtredelsesgebyr.

Klagenemndas vurdering:

Prosessuelle forhold

- (21) 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.
- (22) Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått.
- (23) Kontraktene om drift av Leira, Kristiansand og Hobøl asylmottak ble opprinnelig inngått i henholdsvis 2011 (Leira) og 2012 (Kristiansand og Hobøl). Forlengelsene av de utløpte kontraktene ble imidlertid iverksatt henholdsvis 1. november 2018 (Leira), 16. januar 2019 (Kristiansand), 16. februar 2019 (Hobøl ordinær avdeling) og 16. januar 2019 (Hobøl tilrettelagt avdeling),
- (24) Klagen med påstand om at disse forlengelsene utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, ble sendt til klagenemnda 9. november 2018. Klagen er derfor rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73, finner klagenemnda av samme grunn at spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse reguleres av forordningen av 12. august 2016 nr. 974, jf. forordningen § 32-2 (1), og klagenemndas avgjørelse i eksempelvis sak 2017/56, premiss 13-17.
- (25) Konkurransene gjelder drift av asylmottak med tilhørende tilrettelagte avdelinger, som er en helse- og sosialtjeneste.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (26) 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).
- (27) Det følger av forordningen §§ 5-1 (4) og 30-5 at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre alle kontrakter om helse- og sosialtjenester med en anslått verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdien i § 5-3 (2). Ved forordning av 12. februar 2020 nr. 128 ble denne terskelverdien hevet til 7,2 millioner kroner. På tidspunktet for forlengelse av avtalene om drift av asylmottak, var terskelverdien imidlertid 6,95 millioner kroner.
- (28) Klager anfører at alle avtalene om forlengelse av drift av asylmottak må anses som én anskaffelse over kunngjøringspliktig terskelverdi, som dermed utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

- (29) Innklagede gjør gjeldende at hver enkelt forlengelse skal vurderes isolert. Det er i så fall bare forlengelsen ved Leira asylmottak som overstiger den kunngjøringspliktige terskelverdien.
- (30) Om det foreligger kunngjøringsplikt, er etter nemndas oppfatning et spørsmål om innklagede årlig kjøper drift av asylmottak for det som må anses som én anskaffelse, for en verdi som overstiger terskelverdien, jf. forskriften § 5-4 (9).
- (31) Det kan diskuteres om anskaffelsen av drift av asylmottak i de tre områdene utgjør samme anskaffelse. I denne saken vil det imidlertid uansett være slik at dersom man skal betrakte hver kontrakt som en separat anskaffelse, så kjøpes det årlig drift av asylmottak for et beløp som overstiger terskelverdiene for hvert område.
- (32) For hver av de tre mottakene hadde innklagede dermed i utgangspunktet en selvstendig plikt til å kunngjøre forlengelsen av kontraktene. Dette uavhengig av verdien på selve forlengelsen av kontraktene.

Vesentlig endring av kontrakt

- (33) Forlengelsene av avtalene om drift av Leira, Kristiansand og Hobøl asylmottak skulle som nevnt i utgangspunktet ha vært kunngjort etter forskriften del IV § 30-5, jf. forskriften §§ 5-1 (4) og 5-3 (2).
- (34) Det er ikke anført, og klagenemnda finner heller ikke holdepunkter for, at forskriften § 28-1 (1) bokstav a eller c til e ga hjemmel for å forlenge avtalene.
- (35) Forlengelsene av avtalene for Kristiansand og Hobøl hadde en verdi på henholdsvis 5,6 og 2,6 millioner kroner. Verdien av disse to forlengelsene var dermed under terskelverdien, og godt under 10 % av kontraktsverdien. Etter nemndas syn kunne disse forlengelsene lovlig foretas etter § 28-1 (1) bokstav b.
- (36) Ut over dette har oppdragsgiver bare adgang til å gjøre «*endringer, uavhengig av verdi, som ikke er vesentlige*», jf. forskriften §§ 28-1 (1) bokstav f og 28-2 første setning. Forlengelsen av Leira mottak, som altså hadde en verdi på 7,4 millioner kroner, må dermed vurderes opp mot denne endringsadgangen.
- (37) Klagenemnda har i sakene 2009/97, 2011/8, 2011/209 og 2011/220 lagt til grunn at en forlengelse av en avtale ut over den varigheten som er opplyst i anskaffelsesdokumentene, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Denne praksisen gjaldt imidlertid rettstilstanden under den tidligere forskriften, og var basert på uttalelser i tidligere forarbeider og daværende litteratur.
- (38) Det følger av § 28-2 at en endring er alltid vesentlig dersom den
- a) «*gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør,*
 - b) *endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren eller*
 - c) *utvider kontraktens omfang betydelig [...]».*

- (39) Tilsvarende bestemmelser står ikke i forskriften del IV. Det er likevel ikke særlig tvilsomt at det gjelder en slik regel også for anskaffelser som følger forskriften del IV. Med utgangspunkt i målet om å sikre «*gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere*», slo EU-domstolen allerede i C-454/06 *pressetext* fast et forbud mot å gjøre vesentlige endringer i en inngått kontrakt. Man står i slike tilfeller overfor en ny avtale som skulle ha vært kunngjort i henhold til regelverket, jf. dommen i avsnitt 34. Et tilsvarende forbud, med de spesielle hensyn som vil kunne gjøre seg gjeldende i helse- og sosialtjenester, må gjelde også for anskaffelser etter forskriften del IV.
- (40) Kontraktene for drift av Leira asylmottak hadde som nevnt en varighet inkludert opsjoner på syv år. Kontraksperioden utløp i oktober 2018. I denne opprinnelige kontraksperioden utbetalte innklagede 116 620 000 kroner til Levanger kommune.
- (41) Kontraktene ble så forlenget med fem måneder, fra 1. november 2018 til 31. mars 2019. I denne perioden utbetalte innklagede som nevnt til sammen 7,4 millioner kroner.
- (42) Klagenemnda finner for det første ikke grunnlag for å konstatere at innklagede med dette har utvidet kontraktens omfang betydelig. Forlengelsen utgjør en økning av vederlaget på 6,3 prosent av den opprinnelige kontraksverdien. Utbetalingen på 7,4 millioner kroner innebærer videre en begrenset overskridelse av terskelverdien i forskriften § 5-3 (2), slik den lød på tidspunktet for forlengelsen. Når det gjelder kontraktens varighet, innebærer endringen som nevnt en forlengelse på fem måneder. Kontraktens vilkår, innhold eller overordnede karakter, er ikke endret. Det er ikke grunnlag for å konstatere at innklagede, ved å forlenge avtalene med fem måneder og øke vederlaget med 6,3 prosent, har introdusert betingelser som – dersom de hadde vært en del av den kunngjorte konkurransen – «*ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør*», jf. C-454/06 *pressetext* avsnitt 35 og forskriften § 28-2 bokstav a. Det er heller ikke holdepunkter for at forlengelsen endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for den valgte leverandøren.
- (43) Forlengelsen av driften på Leira asylmottak må under disse omstendighetene anses som en lovlig endring av de opprinnelige kontraktene.
- (44) Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, kan derfor ikke føre frem.

Konklusjon:

Utlendingsdirektoratet har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk