



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Avvisning av leverandør.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om levering av sekretariattjenester til kontrollutvalget. Klager anførte at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å endre kontraktens innhold vesentlig. Klager anførte videre at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, fordi valgte leverandør ikke oppfylte krav til arkivsystem. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 25. november 2021 i sak 2020/526

Klager: Konsek Trøndelag IKS

Innklaget: Nærøysund kommune

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Alf Amund Gulsvik og Karin Fløistad

Bakgrunn:

(1) Nærøysund kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 16. august 2019 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om levering av sekretariattjenester til kontrollutvalget. Rammeavtalen ville ha en varighet på inntil seks år (4+1+1). Tilbudsfristen var 23. september 2019.

(2) I kunngjøringen var det gitt en kort beskrivelse av anskaffelsen:

«Vikna og Nærøy kommuner slås sammen til Nærøysund kommune fra 01.01.2020. I den forbindelse har Fellesnemda besluttet å konkurranseutsette kontrollutvalgets sekretariatfunksjon. Nærøysund kommune ønsker å inngå rammeavtale for perioden 01.01.2020 til 31.12.2023 med opsjon på inntil 2 år.»

(3) I kravspesifikasjonen punkt 1 «Generelle forhold» gikk det frem at sekretariatets arbeidsoppgaver besto av følgende:

«Sekretærtjeneste for kontrollutvalget skal i hovedsak dekke saksbehandling og sekretærtjenester for kommunens kontrollutvalg. Kontrollutvalgets oppgaver beskrevet i Lov av 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner, § 78 og 79 med tilhørende forskrifter. Sekretariatets oppgaver er beskrevet i Forskrift om kontrollutvalg i kommuner og fylkeskommuner av 15. juni 2004 § 20.

<https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2004-06-15-905>

Sekretariatet skal bistå kontrollutvalget med:

- *å ivareta praktiske sekretariatsoppgaver.*

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

- å forberede saker til behandling i kontrollutvalget.
 - oppfølging av kontrollutvalgets vedtak.
 - å utarbeide plan for forvaltningsrevisjon og selskapskontroll.
 - å videreformidle utvalgets bestillinger og å følge opp oppdrag.
 - å bistå i valg av revisjonsordning.
 - profesjonell håndtering av utvalgets arkiv.»
- (4) Innklagede mottok spørsmål om sekretariatet skulle utarbeide risiko- og vesentlighetsvurderinger for plan for forvaltningsrevisjon og plan for eierskapskontroll. Innklagede bekreftet at denne tjenesten skulle inkluderes i prisingen av oppdraget.
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 3 «Krav til leverandøren» var det stilt krav til «leverandørens organisatoriske og juridiske stilling, kompetanse og tilgjengelighet». Disse var følgende:

Oppdragsgiverens krav	Dokumentasjonskrav/spesifikasjon
<ul style="list-style-type: none"> • Det kreves at leverandøren har et lovlig etablert foretak • Det kreves tilfredsstillende økonomisk soliditet til å gjennomføre leveransen • Det kreves erfaring fra tilsvarende oppdrag • Det kreves tilstrekkelig bemanning og nødvendig kompetanse • Det kreves at leverandøren er tilgjengelig 	<ul style="list-style-type: none"> • Firmaattest • Kredittvurderingen må ikke være eldre enn 6 måneder og være utstedt av kredittvurderingsinstitusjon som banker og kredittselskaper. • Foretakets 3 viktigste og mest relevante leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker. • Bekreftende dokumentasjon i forhold til kompetanse/erfaring (CV) for de ansatte som vil være tilgjengelig for oppdraget samt oversikt over foretakets bemanning. Beskrivelse av kompetanse innen offentlig/kommunal forvaltning. • Leverandøren må være tilgjengelig for oppdragsgiver per telefon, per e-post og ved personlig fremmøte etter oppdragsgivers behov. Geografisk avstand må ikke være så stor at det påfører oppdragsgiver praktisk ulempe.

- (6) Kontrakt skulle tildeles tilbyderen som tilbød laveste pris, jf. konkurransegrunnlaget punkt 6.2 «Tildelingskriterier – evaluering av tilbud». Pris skulle fylles inn i prisskjemaet vedlagt konkurransegrunnlaget. I prisskjemaet skulle leverandørene tilby en fastpris per år for «Sekretærtjeneste inkl. saksbehandling», samt gi et anslag for timeforbruk som fastprisen var kalkulert ut fra. I tillegg skulle tilbyderne prise andre tjenester som kunne avtales særskilt, hvor innklagede på forhånd hadde fastsatt et tidsestimat på 50 timer. Totalsummen av de to postene utgjorde tilbudsprisen.

- (7) To tilbydere leverte tilbud innen tilbudsfristen. Disse var Søstrene Åsjord AS (heretter *valgte leverandør*) og Konsek Trøndelag IKS (heretter *klager*).
- (8) Det fremgikk av tilbudsbrevet at den årlige tilbudsprisen til valgte leverandør var 200 000 kroner ekskl. mva. Tilbudsprisen inkluderte 50 timer særskilt avtalte tjenester.
- (9) I sin redegjørelse for gjennomføringen av oppdraget, ga valgte leverandør følgende «[b]eskrivelse av verktøy og metoder som skal benyttes under oppdraget»:
- «Vi vil benytte våre IT-systemer for kommunikasjon og sikker lagring av dokumenter, ekstern server FUNN. Herunder også Poweroffice win, for oppfølging og planlegging av våre aktiviteter. Vi har utarbeidet et kvalitetssikringssystem som benyttes, hvor vi gjennom Poweroffice Win kvitterer ut oppgaver, samt legger inn frister for gjennomføring. Slik planlegger vi oppgavene og sikrer en god gjennomføring.»*
- (10) Kontrakt ble tildelt valgte leverandør 12. november 2019.
- (11) Kontrakt ble inngått 2. januar 2020. Avtalen baserte seg på Statens Standardavtale om konsulenttjenester (SSA-O). I bilag 5 til avtalen om «Pris og prisbestemmelser» fremgikk følgende om reise og diettkostnader:
- «Satser for reise- og diettkostnader*
- Reise- og diettkostnader skal dekkes etter følgende satser:*
- (Fylles ut dersom partene avtaler at Statens satser ikke skal legges til grunn)*
- Reisetid*
- I tillegg til avtalt vederlag kan Konsulenten fakturere medgått reisetid:*
- (Hovedregelen er at reisetid ikke faktureres. Reisetid kan derfor bare faktureres hvis det er avtalt. Fylles ut dersom det er aktuelt å betale for reisetid)*
- ___ For reiser til og fra Konsulentens lokaler til Kunden i forbindelse med Bistanden*
- ___ For reiser til og fra møter på Kundens vegne*
- ___ Annet (spesifiseres)».*
- (12) Kontrollutvalget vedtok i sine møter 30. april og 4. juni 2020 at kommunens revisor skulle utarbeide en risiko- og vesentlighetsvurdering for plan for forvaltningsrevisjon og plan for eierskapskontroll. Det ble satt en øvre ramme for arbeidet på 60 timer.
- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. juni 2020.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. november 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. For det første endret innklagede kontrakten vesentlig ved å beslutte at valgte leverandør ikke skal utarbeide risiko- og vesentlighetsvurderinger for plan for forvaltningsrevisjon og plan for eierskapskontroll. Det var forutsatt i anskaffelsesdokumentene at vurderingene skulle utarbeides av leverandøren på rammeavtalen, noe innklagede også har bekreftet. For det andre fremgår det av valgte leverandørs tilbud at selskapet skal fakturere kommunen for reise- og oppholdsutgifter i henhold til statens satser i forbindelse med møtene, hvilket er i strid med konkurransegrunnlaget og derfor en endring av avtalevilkårene.
- (16) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Leveransen omfatter «*profesjonell håndtering av utvalgets arkiv*». Etter en naturlig forståelse medfører leveransen derfor at det stilles krav til fullelektronisk arkiv i tråd med kravene til Norsk arkivstandard (NOARK). Det fremkommer ikke av tilbudet til valgte leverandør at de tilbyr et fullelektronisk sak- og arkivsystem.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Vedtaket om at revisjonskonsulenten til kommunen skulle utarbeide risiko- og vesentlighetsvurderingene utgjør en mindre endring av den totale leveransen som er omfattet av rammeavtalen. Arbeidet er anslått til mellom 50-60 timer og skal utføres hvert fjerde år. Bestemmelsene om satser for reise- og oppholdsutgifter gjelder ikke for rammeavtalen mellom innklagede og valgte leverandør. Bestemmelsene følger av standardavtalen, og ble ikke fjernet for å tilpasse avtalen til det konkrete avtaleforholdet mellom valgte leverandør og innklagede.
- (18) Det bestrides at valgte leverandør skulle ha vært avvist. Det var ikke stilt noe krav til at leverandøren skulle ha et fullelektronisk sak- og arkivsystem i anskaffelsesdokumentene.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en rammeavtale om levering av sekretariattjenester til kontrollutvalget, og er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er etter det opplyste estimert til 1,8 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandør

- (20) Klagenemnda skal først ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fordi de ikke tilbyr et fullelektronisk sak- og arkivsystem.
- (21) Det fremgår av forskriften § 9-5 (1) bokstav a) at oppdragsgiveren «*skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene*».

- (22) Klagenemnda bemerker at anskaffelsesdokumentene ikke inneholder noe krav til at leverandørene må ha et fullelektronisk sak- og arkivsystem for å være kvalifiserte til å delta i konkurransen om denne rammeavtalen.
- (23) At anskaffelsesdokumentene inneholder en generell beskrivelse av leveransens omfang som går ut på «*profesjonell håndtering av utvalgets arkiv*» kan heller ikke forstås å implisitt oppstille et absolutt krav til leverandørenes sak- og arkivsystemer, slik klager synes å anføre.
- (24) Klagers anførsel kan ikke føre frem.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (25) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Klager viser til at oppdraget med å utarbeide risiko- og vesentlighetsvurderinger for plan for forvaltningsrevisjon og plan for eierskapskontroll ikke lenger skal utføres av valgte leverandør og at kontrakten derfor er vesentlig endret.
- (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). I utgangspunktet gjelder dette også i tilfeller hvor innholdet i kontrakten er vesentlig endret sammenlignet med det som ble kunngjort. Man står i slike tilfeller overfor en ny kontrakt, som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket.
- (27) I forskriften § 11-2 første ledd kommer dette til uttrykk ved at en oppdragsgiver kan foreta endringer som ikke er vesentlige i en kontrakt. Av andre ledd heter det at en endring er vesentlig «*dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten*».
- (28) I dette tilfellet besluttet innklagede at de nevnte risiko- og vesentlighetsvurderingene for 2020 skulle utføres av kommunerevisjonen etter at rammeavtalen ble inngått med valgte leverandør, selv om arbeidet ble bekreftet å være omfattet av rammeavtalen under anskaffelsesprosessen. Det foreligger derfor en endring som medfører en reduksjon i rammeavtalens omfang, noe innklagede heller ikke har bestridt. Innklagede har videre opplyst at den årlige fastprisen i valgte leverandørs tilbud ble redusert i tråd med endringen.
- (29) Spørsmålet er dermed om endringen gjør at innholdet i kontrakten er vesentlig forskjellig fra den kunngjorte kontrakten.
- (30) Hvorvidt en endring er vesentlig, beror på en konkret sammenligning av avtaleforholdet før og etter endringen. Klagenemnda har i tidligere praksis lagt til grunn at de rettslige rammene for vesentlighetsvurderingen i forskriften del III vil være av relevans ved vesentlighetsvurderingen etter forskriften del II. Det er likevel slik at adgangen til å gjøre endringer i kontrakter som følger forskriften del II etter omstendighetene vil kunne være noe videre, se i den forbindelse også forenklingsutvalgets flertall i NOU 2014:4 på side 140.
- (31) I denne saken har innklagede opplyst at arbeidet i høyden har et omfang på 60 arbeidstimer, og utføres hvert fjerde år. Vedtaket om å legge arbeidene til kommunerevisjonen for 2020, endrer derfor i liten grad kontraktens totale omfang. Etter

klagenemndas oppfatning har endringen heller ikke påvirket karakteren av sekretariatfunksjonen, slik denne er bestemt etter kommuneloven § 23-7 og oppdragsbeskrivelsen i konkurransegrunnlaget. Det er dessuten klart at verdien av endringen er langt lavere enn både terskelverdiene og den totale kontraktsverdien. Endringen kan derfor ikke anses å være vesentlig.

- (32) Klagenemnda tar videre stilling til om rammeavtalen er vesentlig endret fordi rammeavtalen mellom valgte leverandør og innklagede inneholder bestemmelser om dekning av reise- og oppholdsutgifter for valgte leverandør.
- (33) Slik klagenemnda forstår det, beror anførselen til klager på en misforståelse som oppsto i forbindelse med klagebehandlingen, da innklagede oversendte rammeavtalen mellom valgte leverandør og innklagede. Rammeavtalen baserer seg på SSA-O, og inneholder standardbestemmelser om reise- og diettkostnader som ikke har blitt fjernet fra avtalen. Innklagede har opplyst at satsene likevel ikke gjelder mellom avtalepartene. Nemnda legger dette til grunn. Prisivilkårene er i realiteten derfor ikke endret sammenlignet med hva som ble kunngjort, slik at feilen beror på en formalitet.
- (34) Klagers anførsler om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse kan derfor ikke føre frem.

Konklusjon:

Nærøysund kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk