



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Flatanger kommune gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for innkjøp av og levering av dagligvarer til forskjellige kommunale enheter. Den estimerte verdien av rammeavtalen var 7,2 millioner kroner. Anskaffelsen ble kunngjort i Doffin, men ikke i TED. Det var klart at kontrakten oversteg EØS-terskelverdien for varekontrakter, og dermed skulle ha vært kunngjort i TED-databasen i tillegg til i Doffin. På dette grunnlag fant klagenemnda at kontraktsinngåelsen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på fem prosent av avropenes verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 13. desember 2021 i sak 2021/344

Klager:	Nær Engros AS
Innklaget:	Flatanger kommune
Klagenemndas medlemmer:	Kjersti Holum Karlstrøm, Sverre Nyhus og Kristian Jåtog Trygstad
Saken gjelder:	Overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelse

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Flatanger kommunes (heretter *innklagede*) kjøp av dagligvarer. Nær Engros AS (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. februar 2021. Anførsel om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt 2. september 2021. Fristavbrytende brev ble oversendt innklagede 8. september 2021.
- (2) Klagenemnda er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 174 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede kunngjorde 4. november 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for innkjøp og levering av dagligvarer til forskjellige kommunale enheter. Avtalens varighet var angitt til fire år fra 1. januar 2021, med opsjon for forlengelse med ett pluss ett år, totalt seks år. Tilbudsfrist var angitt til 4. desember 2020.
- (4) På konkurransegrunnlagets forside var det angitt at konkurransen var en «åpen anbudskonkurranse etter forskriftens del I og III».
- (5) I konkurransegrunnlaget var innklagedes behov beskrevet slik:

«Kommunens formål er å anskaffe rammeavtale for levering av matvarer til Flatanger Pleie og Omsorgs Tun, Lauvsnes skole, Vangan Barnehage og administrasjonsbygget,

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

som ligger i kommunesenteret på Lauvsnes. Dessuten Utvorda Oppvekstsenter, som ligger 50 km fra kommunesenteret.»

- (6) Følgende ble opplyst om anskaffelsens verdi og kontraktsperiode:

«Estimert verdi av avtalen er ca. kr 1,2 mill. pr. år.

[...]

Kontraktsperioden er fire år med virkning fra 1. januar 2021.

Oppdragsgiver har opsjon på å forlenge kontrakten på de samme betingelsene med 1 + 1 år, slik at kontraktsperioden mulig blir 6 år.»

- (7) Om gjennomføring av konkurransen var det angitt følgende:

«Anskaffelsen gjennomføres i henhold til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 (LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) FOR 2016-08-12-974.

For denne anskaffelsen gjelder forskriftens del I og II. Anskaffelsen følger prosedyren åpen anbudskonkurranse.»

- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra to leverandører, klager og Spar Flatanger v/Alfred Sørgaard Eftf. AS.
- (9) I perioden 16. desember 2020 til 22. desember 2020 gjennomførte innklagede avklaringsmøter og avklaringer per e-post med de to leverandørene. Den 5. januar 2021 ble klager informert om at kontrakt var tildelt Spar Flatanger v/Alfred Sørgaard Eftf. AS (heretter *valgte leverandør*). Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 18. februar 2021.
- (10) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. februar 2021. Anførsel om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt 2. september 2021. Fristavbrytende brev ble oversendt innklagede 8. september 2021.
- (11) Nemndsmøte om utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 25. oktober 2021.
- (12) Klagenemnda sendte 26. oktober 2021 varsel om illeggelse av et overtredelsesgebyr på fem prosent av anskaffelsens verdi.
- (13) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 16. november 2021 og 1. desember 2021.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved å gjennomføre løpende dialog med valgte leverandør om priser på enkeltvarer i prisskjemaet etter tilbudsfristen. Innklagede har heller ikke gitt klager lik anledning til å forhandle, og dette utgjør et brudd på likebehandlingsprinsippet. Videre har innklagede gjennomført konkurransen i strid med konkurransegrunnlaget, ved å ta hensyn til en estimert ordrestørrelsesrabatt for valgte leverandørs tilbud etter tilbudsfristen, og ved å tillate såkalte varierende butikkpriser. Valgte leverandør er også

gitt positiv uttelling i evalueringen for forhold som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget.

- (15) Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Estimert årlig verdi på 1,2 millioner kroner ekskl. mva. gjør at anskaffelsen overstiger EØS-terskelverdien.

Innklagedes anførsler:

- (16) Anskaffelsen ble kun kunngjort i Doffin, og det erkjennes at dette er en feil. Det ble ikke krysset av korrekt i Merzell ved utlysning av kunngjøringen. Det har imidlertid vært en åpen konkurranse, hvor 94 leverandører har mottatt utlysningen på e-post, tre leverandører har etterspurt dokumenter, og to leverandører leverte tilbud. Dette er en liten konkurranse, og erfaring fra andre kommuner er at det leveres få tilbud, hovedsakelig fra lokale leverandører. Feilen med manglende kunngjøring i TED vil derfor i liten grad kunne ha påvirket antall leverandører og resultatet i konkurransen.
- (17) Det bestrides at regelverket ellers er brutt. Det er ikke gjennomført løpende dialog, og valgte leverandør har ikke fått anledning til fortløpende korrigeringer og å bytte ut varer i prisskjemaet i perioden etter tilbudsåpning. Begge parter ble innkalt til avklaringsmøter, som ble fulgt opp per e-post i etterkant. Det er ikke forhandlet med noen av leverandørene, og det foreligger derfor heller ikke brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (18) Ordrerabattskalaen var en del av valgte leverandørs tilbud, og må da også vektlegges da det har betydning for tilbudets totalpris. De andre forhold klager har påpekt, er tillatt å vektlegges i evalueringen i henhold til konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. For behandling av slike påstander gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.
- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har dermed i utgangspunktet også saklig interesse i å få avgjort øvrige anførsler om brudd på regelverket, jf. klagenemndsforordningen § 6. På bakgrunn av resultatet i saken, hadde innklagede plikt til å avlyse konkurransen. Klagenemnda har derfor valgt ikke å ta stilling til klagers øvrige anførsler.
- (21) Konkurransen gjelder rammeavtale for innkjøp og levering av dagligvarer til forskjellige kommunale enheter i Flatanger kommune, og er kunngjort som en vareanskaffelse.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (22) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at anskaffelsen bare ble kunngjort i Doffin.
- (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), s. 86. Departementet presiserer videre at en ulovlig direkte anskaffelse også omfatter «*situasjoner der oppdragsgiveren bare har kunngjort konkurranse i Doffin når det etter regelverket foreligger en plikt til å kunngjøre i TED-databasen*».

- (24) Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 (anskaffelsesforskriften) § 5-3, skal i tillegg til kunngjøring i Doffin, kunngjøres i TED-databasen. EØS-terskelverdien var på kunngjøringstidspunktet 2,05 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgivere enn statlige myndigheters vare- og tjenestekontrakter.
- (25) Innklagede hadde estimert rammeavtalens årlige verdi til 1,2 millioner kroner ekskl. mva. Kontraktens varighet var angitt til fire år, med opsjon på forlengelse i ett + ett år, totalt seks år. Den totale estimerte verdien for rammeavtalen er derfor 7,2 millioner kroner ekskl. mva.
- (26) Kontraktens verdi er betydelig over EØS-terskelverdien for varekontrakter, som på kunngjøringstidspunktet var 2,05 millioner ekskl. mva. Klagenemnda bemerker at dette også vil være tilfellet om man legger innklagedes senere vurdering av avtalens omfang til grunn, slik dette er beskrevet i avsnitt 39 nedenfor.
- (27) Når innklagede har inngått kontrakt uten forutgående kunngjøring i TED-databasen, utgjør dette dermed en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (28) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning at klagenemnda «skal» illegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse». Av annet punktum fremgår det at klagenemnda «kan» illegge gebyr dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse».
- (29) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12, viser klagenemnda til sak 2017/147, avsnitt 55 og utover.
- (30) Innklagede har erkjent at det er gjort feil ved at konkurransen bare ble kunngjort i Doffin, og ikke i TED. Innklagede har først forklart at innklagede selv oppfattet at anskaffelsen var under terskelverdi, og at det derfor ikke ble krysset av for publisering i TED ved oversendelse av kunngjøringen gjennom konkurransegjennomføringsverktøyet Mercell. I etterkant av denne forklaringen, har innklagede vist til at konkurransedokumentene er entydig på at anskaffelsen har fulgt forskriften del III. Det er vist til at konkurransegjennomføringsverktøyet i utgangspunktet besørger kunngjøring i både Doffin og TED, og at innklagede ikke var klar over eller har oversett at det eksplisitt måtte krysses av for kunngjøring i TED i tillegg til Doffin.
- (31) I innklagedes merknader til forhåndsvarselet har innklagede ytterligere utdypet at dette var den første anskaffelsen innklagede gjennomførte ved bruk av konkurransegjennomføringsverktøyet Mercell. Det er også vist til at dette var den første anskaffelsen innklagede la ut i egen regi, og at dette tidligere hadde vært håndtert av fylkeskommunen. Det er i den forbindelse fremhevet av innklagede at Doffin har god support og veiledning, som små kommuner uten egen innkjøpsavdeling er avhengig av. Slik klagenemnda forstår innklagede, var det etter innklagedes oppfatning ikke samme support og veiledning i Mercell, som ble benyttet for denne anskaffelsen.

- (32) Klagenemnda finner ikke holdepunkter for at innklagede har hatt til hensikt å omgå regelverket, og anser dermed ikke den ulovlige direkteanskaffelsen for å være inngått forsettlig. Det vises til at innklagede la til rette for konkurranse om anskaffelsen ved at den ble kunngjort i Doffin. Denne kunngjøringen ble fanget opp av 94¹ leverandører, hvor tre av disse meldte interesse, og to valgte å levere tilbud. Anskaffelsen har dermed vært gjenstand for konkurranse.
- (33) Innklagede innrømmer at feilen er skjedd grunnet manglende kompetanse og har erkjent å ha opptrådt uaktsomt. Etter innklagedes syn er det imidlertid ikke grunnlag for å konstatere grov uaktsomhet. Klagenemnda finner derimot at innklagedes opptreden skal karakteriseres som grovt uaktsom. Riktig kunngjøring av konkurransen er en sentral del av en anskaffelse. Offentlige oppdragsgivere forutsettes å kartlegge hvilke baser konkurransen skal kunngjøres i, og å sørge for kunngjøring i disse basene. Vurderingen av om reglene om kunngjøring er brutt, skal foretas uavhengig av om det har vært reell konkurranse om anskaffelsen. Innklagede har feilaktig unnlatt å sørge for å kunngjøre anskaffelsen i TED-databasen, og har dermed brutt en klar og sentral forpliktelse. Som fremhevet i klagenemndas forhåndsvarsel, endrer ikke manglende kompetanse klagenemndas vurdering av at den ulovlige direkte anskaffelsen er grovt uaktsom.
- (34) Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

Gebyrets størrelse

- (35) I tråd med tidligere praksis legger klagenemnda til grunn at gebyret skal fastsettes basert på det beløp som er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/7, avsnitt 76.
- (36) Ved utmålingen av gebyret, skal det etter anskaffelsesloven § 12 tredje ledd særlig legges vekt på «*bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen*», jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (37) En gjennomgang av nemndspraksis viser at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpende omstendigheter, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2019/102, avsnitt 41.
- (38) Etter klagenemndas syn er det formildende omstendigheter i denne saken. På tross av manglende kunngjøring i TED, medførte den kunngjøringen som ble foretatt, at det var 94 leverandører som mottok informasjon om kunngjøringen på e-post, tre leverandører meldte interesse og to leverandører leverte tilbud. Den manglende kunngjøringen i TED-databasen har ført til at leverandører utenfor Norge måtte undersøke Doffin-databasen for å gjøre seg kjent med anskaffelsen. Anskaffelsen gjelder en rammeavtale for kjøp og levering av dagligvarer i Flatanger kommune. Klagenemnda ser ikke bort fra at konkurransen først og fremst har vært av interesse for nasjonale leverandører.

¹ I skjermbildet fra Merzell står det at 94 leverandører ble informert på e-post. Klagenemnda har derfor benyttet dette antallet istedenfor 92 som innklagede har opplyst i tilsvar 27. september 2021.

- (39) Med dette som bakgrunn finner klagenemnda det riktig å ilegge et gebyr på fem prosent av avropenes totale verdi. I forbindelse med merknadene til forhåndsvarselet har innklagede gjennomgått allerede gjennomførte avrop og gjort en ny vurdering av verdien det forventes at avtalen vil ha per år. Dette utgjør 870 000 kroner ekskl. mva., og er dokumentert overfor nemnda. Nemnda legger derfor denne årlige verdien til grunn for utmåling av gebyret. Videre er det bekreftet at innklagede ikke vil benytte seg av opsjonene for forlengelse av kontrakten på ett pluss ett år. Avtalens varighet uten opsjoner på 4 år legges derfor til grunn. Dette gir et gebyrgrunnlag på 3 480 000 kroner. Gebyret settes derfor til 174 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Flatanger kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 174 000

- etthundredeogsyttifiretusen - kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato.

Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12 sjette ledd. Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk