



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Bodø pensjonskasse inngikk i perioden 2007-2014 flere avtaler med ulike leverandører om tjenester i forbindelse med drift av pensjonskassen. Avtalene ble ikke kunngjort, og klager anførte at innklagede på dette grunnlag hadde foretatt ulovlige direkte anskaffelser. Klagenemnda avviste klagen som for sent fremsatt. Saken ble behandlet i stornemnd. Uttalelser om oppsigelsesplikt ved ulovlig inngåtte kontrakter.

Klagenemndas avgjørelse 2. april 2023 i de forente sakene 2021/1132, 2021/1180, 2021/1181 og 2021/1182

Klager: Piratpartiet

Innklaget: Bodø pensjonskasse

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg, Karin Fløistad, Kjersti Holum Karlstrøm og Sverre Nyhus.

Bakgrunn:

- (1) Bodø pensjonskasse (heretter *pensjonskassen* eller *innklagede*) ble opprettet 1. juli 1927 av bystyret i Bodø. Pensjonskassens formål er å yte pensjon til medlemmende og deres etterlatte.
- (2) Piratpartiet (heretter *klager*) brakte 27. juni 2021 inn klage for Klagenemnda for offentlige anskaffelser, med påstand om at innklagedes løpende kjøp av tjenester fra Bodø kommune, KLP, Ernst & Young AS og Griff Kapital AS, er ulovlige direkte anskaffelser. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 21. juli 2021.
- (3) De påklagede avtalene ble inngått i 2007, 2009, 2011 og 2014. Avtalene er tidsubestemte.
- (4) Nemndsmøte ble avholdt 28. februar 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (5) Avtalene om kjøp av tjenester fra Bodø kommune, KLP, Ernst & Young AS og Griff Kapital AS, har ikke vært gjenstand for kunngjøring, og utgjør dermed ulovlige direkte anskaffelser.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (6) Klagen skal avvises som for sent fremsatt, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.

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) Dersom klagenemnda likevel tar klagen til behandling, anføres det at innklagede ikke er et offentligrettslig organ som omfattes av anskaffelsesregelverket.
- (8) Alle avtalene er inngått før 1. januar 2017, og klagenemnda mangler derfor kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr.
- (9) Skyldkravet for å ilegge gebyr er under enhver omstendighet ikke oppfylt. Innklagede har forholdt seg til at Foreningen Pensjonskontoret har konkludert med at pensjonskasser ikke er omfattet av anskaffelsesregelverket. Innklagede har oppfattet det slik at dette er en konklusjon som også andre kommunalt opprettede pensjonskasser har forholdt seg til.

Klagenemndas vurdering:

- (10) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke et krav til saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften) § 13a første ledd.
- (11) Det følger av klagenemndsforskriften § 13a andre ledd at en klage på ulovlig direkte anskaffelse *«kan fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått.»* Videre følger det av anskaffelsesloven § 12 (4) at *«[a]dgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakten er inngått.»*
- (12) Kontraktene denne saken omhandler, ble inngått i 2007, 2009, 2011 og 2014. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for klagenemnda 27. juni 2021. Klagen er derfor i utgangspunktet for sent fremsatt, jf. anskaffelsesloven § 12 fjerde ledd og klagenemndsforskriften §13a andre ledd.
- (13) Under den forrige perioden klagenemnda hadde gebyrmyndighet (2007 til 2012), ble det i noen saker ilagt gebyr selv om klage på anskaffelsen var fremsatt mer enn to år etter at kontrakt var inngått. Nemnda kom i disse sakene til at oppdragsgiver var forpliktet til å si opp den ulovlig inngåtte kontrakten, og at den videre bruken av kontrakten måtte anses som suksessive inngåelser av kontrakter om kjøp, som utløste den to-årige klagefristen samt adgang til å ilegge gebyr.
- (14) Klagenemnda tar i det følgende stilling til om oppdragsgiver har en plikt til å si opp kontraktene disse forente sakene gjelder.
- (15) Håndhevelse av offentlige anskaffelser er regulert i håndhevelsesdirektivet (2007/66/EF), implementert i norsk rett i 2012. Håndhevelsesdirektivet pålegger ikke oppdragsgiver å si opp kontrakter som er inngått i strid med anskaffelsesregelverket. Direktivet pålegger isteden medlemsstatene i nærmere angitte tilfeller å implementere sanksjonen *«uten virkning»*, eller å forkorte kontraktens varighet. Sanksjonen *«uten virkning»* vil være aktuell ved kontrakter inngått uten kunngjøring, fordi den åpner for at ulovlige inngåtte kontrakter bringes til opphør. I fortalen til håndhevelsesdirektivet er det uttalt at sanksjonen ikke bør inntre automatisk, men fastslås av en uavhengig klageinstans. Det følger videre av fortalen at rettssikkerhetshensyn krever at det fastsettes en rimelig foreldelsesfrist, se avsnitt 25. EU-lovgiver har dermed sett det slik at en rimelig foreldelsesfrist er i samsvar med effektivitets- og ekvivalensprinsippet.
- (16) Spørsmålet er om det kan utledes en oppsigelsesplikt av de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene. Det var på bakgrunn av hensynet til konkurranse og effektiv etterlevelse av anskaffelsesregelverket, at klagenemnda tidligere i enkelte saker

innfortolket en plikt for oppdragsgiver til å si opp langvarige og ulovlig inngåtte kontrakter, se blant annet klagenemndas avgjørelser i sakene 2009/144, 2011/58 og 2011/229.

- (17) Dette spørsmålet har vært berørt av EU- og EFTA-domstolen i flere saker etter at håndhevelsesdirektivet av 2007 trådte i kraft.
- (18) I storkammeravgjørelsen C-91/08 (*Wall*) fra 2010, uttalte EU-domstolen at prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet «*ikke forpligter de nationale myndigheder til at opsiges en kontrakt*», se avsnitt 65. EU-domstolen viste også til at det påhviler medlemsstatene å sikre at håndhevelsen av anskaffelsesregelverket er i samsvar med effektivitets- og ekvivalensprinsippet.
- (19) Det tilsvarende standpunktet som i *Wall*, ble tatt av EFTA-domstolen i sak E-24/13 (*Casino Admiral*) fra 2014. EFTA-domstolen ble her spurt om konsekvensene av at det var foretatt en ulovlig tildeling av konsesjonskontrakt. Her uttalte retten at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet «*do not necessarily require [...] the national authorities to terminate a contract or the national courts to set aside the award decision*», se avsnitt 70.
- (20) Spørsmålet om oppsigelsesplikt ble også berørt av EU-domstolen i sak C-518/17 (*Rudigier*) fra 2018. Her uttalte EU-domstolen at EU-rettens regler «*om indgåelse af offentlige kontrakter ikke [inneholder] nogen generel regel [som] gør alle senere handlinger i denne procedure ulovlige og kan begrunde deres annullation. Det er kun i bestemte nærmere definerede situationer, at denne lovgivning foreskriver et sådant resultat*», se avsnitt 57.
- (21) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at det etter at håndhevelsesdirektivet trådte i kraft på et EU/EØS-rettslig grunnlag kan utledes en anskaffelsesrettslig plikt for oppdragsgiver til å si opp ulovlig inngåtte kontrakter. Det følger imidlertid av den nevnte praksisen og av håndhevelsesdirektivet, at medlemsstatene er gitt rom til å fastsette nasjonale løsninger for håndhevelse, så fremt håndhevelsen er i samsvar med effektivitets- og ekvivalensprinsippene.
- (22) Etter anskaffelsesloven § 12 har klagenemnda hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr der en oppdragsgiver «*forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*». Hva som nærmere ligger i begrepet ulovlig direkte anskaffelse er ikke nærmere definert i lov eller forskrift, men det følger av forarbeidene til den nye anskaffelsesloven § 12 (Prop.51L 2015-2016) at med en ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort selv om det foreligger en kunngjøringsplikt etter regelverket.
- (23) Verken anskaffelsesloven eller anskaffelsesforskriften inneholder uttrykkelige bestemmelser om oppsigelsesplikt for oppdragsgiver ved ulovlig inngåtte kontrakter. Eventuell oppsigelsesplikt vil ledsages av kunngjøringsplikt, som i sin tur innebærer at pliktbrudd kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Siden ileggelse av gebyr er en sanksjon med likhetstrekk til strafferettslige reaksjoner, mener klagenemnda at hjemmelen for å oppstille en gebyrbelagt plikt, også bør være rimelig klar.
- (24) Ved gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet i norsk rett i 2012, ble kompetansen til å kjenne en kontrakt «*uten virkning*» lagt til domstolene i tråd med uttalelsene i fortalen,

se anskaffelsesloven § 13. Etter anskaffelsesloven § 14 er domstolene også gitt myndighet til å forkorte en kontrakts varighet. Søksmål om brudd som kan resultere i at kontrakten kjennes «uten virkning», må imidlertid reises innen to år etter at kontrakt er inngått. Inkorporasjonen av denne sanksjonen og den klare lovreguleringen av den, er også et forhold som tilsier at en oppsigelsesplikt uten et EU/EØS-rettslig grunnlag, må ha et klart rettsgrunnlag i anskaffelsesregelverket.

- (25) I tråd med anskaffelsesdirektivet inneholder anskaffelsesforskriften kapittel 28 forbud mot å gjøre vesentlige endringer i inngåtte kontrakter. Klagenemnda har kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr i tilfeller der en kontrakt er endret på en slik måte at man reelt sett står overfor en ny kontrakt som skulle vært kunngjort i henhold til regelverket. Disse reglene omfatter inngåtte kontrakter, men krever i likhet med sanksjonen uten virkning at klage fremsettes innen to år fra tidspunktet for endringen.
- (26) Klagenemnda er etter dette kommet til at det etter ikrafttreddelsen av håndhevelsesdirektivet og påfølgende rettsavklaring i EU-domstolen, ikke kan utledes en anskaffelsesrettslig oppsigelsesplikt for oppdragsgiver ved kontrakter inngått i strid med regelverket. Hensynet til konkurranse og en effektiv håndhevelse av ulovlige direkte anskaffelser må i dette tilfellet vike, fordi det ikke er en klar nok lovhjemmel i norsk rett til å oppstille en oppsigelsesplikt med et etterfølgende krav om kunngjøring av anskaffelsen. Det innebærer at klage må fremsettes innen de frister som følger av anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, som for ulovlige direkte anskaffelser innebærer at klage må fremsettes innen to år fra kontrakten ble inngått.
- (27) Ettersom alle kontraktene i de foreliggende sakene ble inngått mer enn to år før klagen ble brakt inn for nemnda, er klagen for sent fremsatt, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd. Klagen avvises derfor som for sent fremsatt, og nemnda tar med det ikke stilling til om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Klagen om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, avvises fra behandling i klagenemnda.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er godkjent elektronisk