



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle prinsippene i loven § 4.

Innklagede inviterte én leverandør til å levere tilbud på gjennomføring av en faktaundersøkelse. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt loven § 4 ved ikke å sørge for konkurranse om kontrakten.

Klagenemndas avgjørelse 25. januar 2022 i sak 2021/2103

Klager: Advokatfirmaet Aga AS

Innklaget: Bodø kommune

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Bodø kommune (heretter *innklagede*) hadde en rammeavtale med Ernst & Young AS (heretter *EY*) for mottak av varsler. Oppgaven som varslingsmottak innebærer at en varslar kan rette sin henvendelse til varslingsmottaket istedenfor til kunden, men omfatter ikke oppfølging av varslet. Den 20. oktober 2021 ble EY via telefon og e-post forespurt av innklagede om å bistå med oppfølgende undersøkelser av en varslings sak, herunder gjennomføre en faktaundersøkelse. I e-posten ble EY bedt om å utarbeide utkast til oppdragsbeskrivelse/engasjementsbrev.
- (2) EY bekreftet i e-post til innklagede 22. oktober 2021 at de kunne gjennomføre oppdraget. Engasjementsbrev og standardvilkår ble oversendt til innklagede 25. oktober 2021
- (3) Avtale med EY om gjennomføring av faktaundersøkelse ble signert 26. oktober 2021. Om leveransen og EY sitt mandat stod det:

«BK ønsker nå at EY som en uhildet og ekstern tredjepart utfører undersøkelser for å kartlegge hvorvidt gjengjeldelse kan ha funnet sted.

BK ønsker EYs bistand til å intervju varsler, den tidligere ansatte (varsler i tidligere varslings sak og som også har varslet i herværende sak), de omvarslede samt andre relevante personer som kan belyse saken. Formålet med undersøkelsen er å danne et grunnlag for å kunne vurdere hvorvidt påstandene fra varsler om gjengjeldelse medfører riktighet eller ikke. Undersøkelsene skal videre danne grunnlag til å kunne vurdere om de omvarslede omstendighetene kan ha medført brudd på BK sine interne retningslinjer og/eller rutiner.»

- (4) Den 5. november 2021 mottok innklagede en forespørsel fra Salten kommunerevisjon IKS om å besvare noen spørsmål rundt anskaffelsen av faktaundersøkelsen.

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

- (5) På bakgrunn av henvendelsen ba innklagede innkjøpskontoret i Bodø om en vurdering av anskaffelsens juridiske side. I notat av 9. november 2021 konkluderte innkjøpskontoret med at innklagede hadde brutt anskaffelsesloven § 4 ved ikke å sørge for forutgående konkurranse.

- (6) I svar til Salten kommunerevisjon IKS 12. november 2021 skrev innklagede følgende:

«På grunnlag av alvorlighetsgraden i de aktuelle varslingssakene, ble EY som kommunens varslingsorgan kontaktet direkte for videre oppfølging og vurdering av varslingssakene. Det tilkommer også her at kommunen tidligere har fått kritikk for at oppfølging av varslingssaker i enkelte tilfeller har tatt uforholdsmessig lang tid. Ekstern part ble også engasjert for å påse at formelle krav til habilitet og tillit til gjennomføring av undersøkelsene ble ivaretatt.

[...]

Situasjonen pr. nå er at kommunen må la EY fortsette den påbegynte undersøkelsen. Dette av hensyn til saksbehandlingstiden av varslet, hensynet til de involverte partene og effektiv bruk av offentlige midler. En avslutning av gjeldende oppdrag vil medføre at kommunen må dekke utgiftene som har påløpt så langt i saksbehandlingen til EY pr. 05.11.21 [...]. Kommunen må etter dette gjøre anskaffelsen kjent for «et rimelig antall leverandører». Dette vil åpenbart føre til en forsinkelse av oppfølgingen av varslingssakene og trolig en «merbelastning» for de involverte ved at behandlingen av saken drøyer ut i tid og at de må påregne å bli innkalt til nye møter hvor de må forklare seg om de samme forholdene som EY har undersøkt.

I denne vurderingen har vi også lagt vekt på bruddets alvorlighetsgrad. Ettersom dette er å anse som en anskaffelse under terskelverdi foreligger det ikke kunngjøringsplikt. Anskaffelsen skal derfor vurderes etter anskaffelsesloven § 4 og Forskrift om offentlige anskaffelser Del I. Da det ikke foreligger kunngjøringsplikt kan heller ikke forholdet karakteriseres som en ulovlig direkte anskaffelse som kan gi grunnlag for overtredelsesgebyr fra klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), jf. anskaffelsesloven § 12. Saken kan imidlertid klages inn for KOFA (som vil kunne uttale seg om det foreligger brudd på det grunnleggende prinsippet om konkurranse i anskaffelsesloven.)

Når det er sagt er det likevel slik at kommunen skal følge anskaffelsesregelverket og at brudd ikke bør forekomme, uavhengig av alvorlighetsgrad. Vi vil derfor iverksette en intern prosess med hensyn til utarbeidelse av tiltak for å forhindre at liknende saker oppstår i fremtiden. Kommunen vil også vurdere om det er behov for inngåelse av rammeavtale for oppfølging (undersøkelse og vurdering) av varslingssaker»

- (7) Salten kommunerevisjon IKS utarbeidet et notat 15. november 2021 på bakgrunn av innklagedes svar.
- (8) Etter dette utarbeidet innklagede en anskaffelsesprotokoll. Denne er udatert. I protokollen var anskaffelsens verdi estimert til 450 000 kroner ekskl. mva. Under punkt 5 «Andre vesentlig opplysninger om anskaffelsen» var det vist til «etterfølgende hendelse, hvor saken ble vurdert til å utgjøre et brudd på anskaffelsesloven § 4 om konkurranse.» Om begrunnelse for valg av leverandør var det oppgitt:

«Leverandør hadde rask responstid og kjennskap til saken ifht behov for rask saksbehandling. Varaset ble vurdert som en hastesak hvor det av hensyn til partene, kommunenes omdømme, stor offentlig oppmerksomhet, oppmerksomhet fra egen organisasjon og tillitsvalgte, har hatt avgjørende betydning å få saken vurdert så fort som mulig. Varslersaker er ofte belastende for alle parter samt for et helt arbeidsmiljø, og skal avgjøres innen rimelig tid.»

- (9) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser av Advokatfirmaet Aga AS (heretter *klager*) 13. desember 2021.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. januar 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede har brutt anskaffelsesloven § 4 ved ikke å sørge for konkurranse om anskaffelsen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (12) Det bestrides ikke at det foreligger et brudd på reglene om konkurranse etter anskaffelsesloven § 4.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Klagen er rettidig. Klager har saklig klageinteresse da klager er potensiell leverandør av den aktuelle tjenesten.
- (14) Anskaffelsen gjelder gjennomføring av en faktaundersøkelse med en anslått verdi på 450 000 kroner ekskl. mva. Anskaffelsen følger dermed anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften del I, jf. loven § 2 og forskriften § 5-1. For denne delen av forskriften foreligger det ikke kunngjøringsplikt, som etter de andre delene av forskriften.
- (15) Spørsmålet er om innklagede har brutt loven § 4 ved ikke å sikre konkurranse om kontrakten.
- (16) Selv om loven og forskriften del I ikke inneholder formelle krav til anskaffelsesprosedyre, følger det av prinsippet om konkurranse i loven § 4 at enhver anskaffelse så langt det er mulig skal være basert på konkurranse. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at oppdragsgiver som hovedregel bør kontakt minst tre leverandører, men at det avgjørende må være en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2019/497.
- (17) Innklagede inviterte i dette tilfellet kun én leverandør til å levere tilbud på gjennomføring av en faktaundersøkelse i forbindelse med en varslingssak. Selv om det var viktig for innklagede med hurtig oppfølging av varslene, er det her snakk om anskaffelse av en type konsulenttjeneste, der det er relativt enkelt å sammenligne timespriser og ressurser. Andre leverandører kunne derfor – uten å måtte bruke mye tid på det – inngitt timespriser og beskrevet ressurser. Innklagede kunne altså uten særlig mye merarbeid kontaktet flere leverandører. Innklagede har ikke angitt noen forhold som tilsier at EY i sin rolle som varslingsmottak var mer skikket enn andre til å håndtere selve varslene, eller at det var andre grunner som skulle tilsi at oppdraget burde tildeles direkte til EY. Innklagede har

for øvrig ikke bestridt at de har brutt anskaffelsesloven § 4 ved å kun henvende seg til en leverandør.

- (18) Etter klagenemndas oppfatning har innklagede brutt anskaffelsesloven § 4 ved ikke å sørge for konkurranse om den aktuelle kontrakten.
- (19) Bruddet som er konstatert over, gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforskriften § 13.

Konklusjon:

Bodø kommune har brutt loven § 4 ved ikke å sørge for konkurranse om kontrakten.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk