



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Rana kommune en gebyr på 767 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av IKT-utstyr. Kommunen hadde foretatt avrop på en utgått rammeavtale.

Klagenemndas gebyrvedtak 2. august 2022 i sak 2022/247

Klager: Braathe Gruppen AS

Innklaget: Rana kommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og illeggelse av overtredelsesgebyr

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Rana kommunes (heretter *innklagede*) kjøp av IKT-utstyr. Braathe Gruppen AS (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. februar 2022.
- (2) Klagenemnda er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 767 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av IKT-utstyr. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov av 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Etter en åpen anbudskonkurranse, inngikk innklagede en rammeavtale med Imento Norge AS for innkjøp av datamaskiner, nettbrett, skjermer og tilbehør, med oppstart 20. oktober 2015. Kontrakten hadde en varighet på to år, med mulighet for forlengelse i til sammen to år. Opsjonene ble løst ut, og avtalen varte frem til og med 20. oktober 2019.
- (4) Den 11. desember 2018 fusjonerte Imento Norge AS med Atea AS. Atea AS overtok kontraktsforpliktelsene i rammeavtalen.
- (5) Den 3. april 2018 signerte innklagede samarbeidsavtale om innkjøpstjenester kalt «*Samordna innkjøp i Nordland*» (SIIN). På dette tidspunktet deltok 19 kommuner i innkjøpssamarbeidet, med Bodø kommune som vertskommune.
- (6) Innklagede har opplyst at de i 2019 startet å bruke SIINs innkjøpsportal «*Ajour innkjøp*». Før dette ble avrop på rammeavtalen gjort via e-post.
- (7) Skjermbilder fra «*Ajour innkjøp*» viser at innklagede i innkjøpsportalen står som brukerkunde i SIINs rammeavtale for kjøp av IKT-utstyr. Det har videre blitt beregnet driftsbidrag for SIINs rammeavtale fra Atea AS til innklagede fra 2019. Klagenemnda

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

har i sak 2018/568 slått fast at kjøp under denne rammeavtalen innebærer en ulovlig direkte anskaffelse.

- (8) Innklagede vedtok innkjøpsstopp av IKT-utstyr våren 2021, og kunngjorde en ny anbudskonkurranse om anskaffelse av IKT-utstyr. Ny avtale med Datarekvisita Norge AS ble inngått 9. juli 2021.
- (9) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. februar 2022. Fristavbrytende brev ble sendt 17. februar 2022, jf. anskaffelsesloven § 12 fjerde ledd.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. mai 2022.
- (11) Klagenemnda sendte 31. mai 2022 varsel om ileggelse av gebyr på 10 prosent av anskaffelsens verdi.
- (12) Innklagede opplyste 4. juli 2022 at man ikke hadde merknader til forhåndsvarselet.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager gjør prinsipalt gjeldende at innklagede har gjort avrop på SIINs rammeavtale for IKT-utstyr uten å være opprinnelig part i rammeavtalen eller klart identifisert i kunngjøringen. Avropene vil derfor utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.
- (14) Kjøp av IKT-utstyr under innkjøpssamarbeidets rammeavtale vil i alle tilfelle utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, jf. klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/568.
- (15) Dersom klagenemnda kommer til at innklagede har gjort avrop på egen rammeavtale med Atea AS, anføres det subsidiært at avropene er gjort etter utløpet av rammeavtalen og derfor utgjør en ulovlige direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede er ikke en del av SIINs rammeavtale med Atea AS. Kommunen hadde egen rammeavtale med Imento Norge AS/Atea AS.
- (17) Innklagede har ikke vært klar over at man har vært ført opp som avtalepart under innkjøpssamarbeidets rammeavtale. Innklagede mener å ha lagt frem dokumentasjon som viser at man hadde en egen rammeavtale med Atea AS til og med oktober 2019, og at man mente å forlenge denne også utover dette.
- (18) Innklagede erkjenner samtidig at det fra 20. oktober 2019 til 9. juli 2021 er handlet på en utgått rammeavtale.
- (19) Klagen er for sent fremsatt, jf. klagenemndsforskriften § 13a, som sier at klagen kan fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Kommunen forlenget avtalen utover avtaleperioden fra 20. oktober 2019. Dermed gikk klagefristen ut i løpet av 2021. Oversendelsen til kommunen fra klagenemndssekretariatet er datert 17. februar 2022.
- (20) For det tilfellet at klagenemnda kommer til at det skal ilegges overtredelsesgebyr i saken, ber kommunen om at det særlig hensyntas at kommunen gjennom sin internkontroll

avdekket at kommunen handlet på rammeavtalen utover dens løpetid, registrerte avvik og utlyste nytt anbud, jf. loven § 12 (3).

Klagenemndas vurdering:

- (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 § 13a første ledd.
- (22) Klage med påstand om en ulovlig direkte anskaffelse kan ifølge klagenemndsforordningen § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Klagen i denne saken ble sendt til klagenemnda 7. februar 2022, og ble oversendt innklagede 17. februar 2022. Under en rammeavtale gjør oppdragsgiver løpende avrop. Klagenemnda har i tidligere saker lagt til grunn at hvert avrop under en rammeavtale skal anses som inngåelse av en kontrakt, se til sammenligning klagenemndas avgjørelser i sak 2019/61 og 2020/119. Den delen av klagen som gjelder avrop foretatt for mindre enn to år siden, er således rettidig. Nemnda skal dermed ta stilling til om avropene som er foretatt etter 17. februar 2020, representerer ulovlig direkte anskaffelser.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (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).
- (24) Innklagedes rammeavtale med Atea AS løp ut 20. oktober 2019.
- (25) Partenes anførsler foranlediger at nemnda tar stilling til om innklagedes kjøp av IKT-utstyr er gjort på egen rammeavtale eller på SIINs rammeavtale med Atea AS.
- (26) Registrering av innklagede under SIINs rammeavtale i innkjøpsportalen «*Ajour innkjøp*» og Ateas betaling av driftsbidrag, tilsier at innklagedes kjøp av IKT-utstyr er plassert på SIINs rammeavtale. Innklagede har imidlertid forklart at man mente å handle på egen rammeavtale med Atea AS. Etter det opplyste tok IKT-avdelingen hos innklagede kontakt med Atea AS før utløpet av egen rammeavtale, og ble enige om å forlenge rammeavtalen med Atea AS utover de kunngjorte fire årene. Forlengelsen av avtalen ble gjort muntlig.
- (27) Det er i denne saken imidlertid ikke avgjørende for klagenemnda etter hvilken rammeavtale kjøpene faktisk ble gjort. De to alternativene vil innebære at man henholdsvis gjør avrop på en rammeavtale man ikke er en del av eller en rammeavtale som er utløpt på tid.
- (28) Nemnda vil imidlertid tilføye at det er vanskelig å forstå hvordan det er mulig for innklagede å ikke vite på hvilken rammeavtale man har kjøpt IKT-utstyr. Det har formodningen mot seg at de to rammeavtalene har identiske vilkår hva gjelder kvalitet, pris og øvrige kontraktsvilkår. Innklagedes manglende evne til å redegjøre for hvilken rammeavtale man har kjøpt på indikerer et fullstendig fravær av kontraktsoppfølging.
- (29) Innklagede har handlet for 6 394 555 kroner i perioden 17. februar 2020 til 9. juli 2021. Dette beløpet overstiger både den nasjonale terskelverdien og EØS-terskelverdien, jf. § 5-1 og § 5-3. Anskaffelsen skulle derfor i utgangspunktet ha vært kunngjort både i Doffin og i TED-databasen.

- (30) Klagenemnda vil ta stilling til om innklagede likevel hadde hjemmel til å foreta avropene uten ny kunngjøring gitt at avropene ble gjort på Rana kommune sin rammeavtale.
- (31) Når en kontrakt er inngått etter en kunngjort konkurranse, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette er dersom avtalen endres på en slik måte at man reelt sett står overfor en ny kontrakt som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2019/29, avsnitt 38. For at endringer i kontrakten skal likestilles med at det er inngått en ny kontrakt, må de være vesentlige, jf. forskriften §§ 28-1 og 28-2.
- (32) Rammeavtalen ble forlenget på ubestemt tid etter at rammeavtalenes maksimale varighet på fire år (inkludert opsjoner) var løpt ut. Avtaleforlengelsen var tidsubegrenset, og avropene etter forlengelsen oversteg klart terskelverdi. Forlengelsen ble gjort fordi man anså det hensiktsmessig å avvete at SIIN skulle gjennomføre en samlet ny anskaffelse av rammeavtale. Innklagede hadde imidlertid ikke noe klart bilde av når det ville skje. Nemnda kan ikke se at det i en slik situasjon er adgang til å forlenge rammeavtalen.
- (33) Klagenemnda mener etter dette at avropene foretatt etter rammeavtalens utløp ikke kunne forankres i den tidligere rammeavtalen. Nemnda kan heller ikke se at noen av unntaksbestemmelsene i anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse, og innklagede har heller ikke forsøkt å føre bevis for dette.
- (34) Innklagedes kjøp av IKT-utstyr i den aktuelle perioden utgjør etter dette en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (35) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning at klagenemnda «skal» ilegge 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» ilegge gebyr dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse».
- (36) Skyldkravet gjelder både det faktiske og det rettslige grunnlaget for overtredelsen, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2020/119 med videre henvisninger.
- (37) Klagenemnda forstår innklagedes prosesskriv slik at de erkjenner at forlengelsen av rammeavtalen skulle vært kunngjort.
- (38) Klagenemnda forstår videre innklagedes redegjørelse slik at man var klar over at man forlenget en rammeavtale utover dens kunngjorte lengde, og at det ikke forelå hjemmel til dette. Innklagede handlet dermed i visshet om at anskaffelsen var kunngjøringspliktig. Nemndas vurdering er at innklagede har handlet på en måte som må karakteriseres som forsettlig. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning.

Gebyrets størrelse

- (39) I tråd med tidligere praksis, legger klagenemnda til grunn at gebyret skal fastsettes basert på det beløpet som faktisk er betalt for ytelsen. På bakgrunn av mottatt dokumentasjon på avrop gjort i den aktuelle perioden, utgjør gebyrgrunnlaget 6 394 555 kroner.

- (40) Ved utmålingen av gebyret skal det 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.
- (41) IKT-avdelingen hos innklagede har bevisst forlenget en rammeavtale utover kunngjort avtaleperiode. Det ble ansett hensiktsmessig å ikke utlyse ny konkurranse selv, men vente til innkjøps samarbeidet skulle kunngjøre en ny konkurranse.
- (42) Nemnda legger noe vekt på at innklagede vedtok innkjøpsstopp og umiddelbart lyste ut ny konkurranse da man ble klar over praksisen. Størrelsen på beløpet man har handlet for etter forlengelsen av avtalen, er imidlertid langt over terskelverdiene. En slik forsettlig overtredelse av den viktigste plikten i anskaffelsesregelverket, uten en mer presserende grunn enn at det ble ansett hensiktsmessig før en senere utlysning, er skjerpene og tilsier en streng reaksjon. Etter en helhetsvurdering finner nemnda det riktig å sette gebyrets størrelse til 12 prosent av anskaffelsens verdi. Det gir et avrundet gebyr på 767 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Rana kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 767 000 – syvhundreogsekstisytusen – kroner.

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

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

Vedtaket 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,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk