



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Ulovlig direkte anskaffelse

*Innklagede inngikk flere kontrakter om diverse fritidsaktiviteter til bruk i ordningen «Aktivitetskortet» uten å kunngjøre anskaffelsen. Klagenemnda kom til at kontraktene utgjorde gjensidig bebyrdende kontrakter i anskaffelsesregelverkets forstand, men at de ulike aktivitetskategoriene utgjorde separate anskaffelser. Den aktuelle kontrakten om danseaktiviteter oversteg ikke terskelverdi for kunngjøringsplikt, og det forelå dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å gjennomføre en anskaffelsesprosess i tråd med anskaffelsesregelverket.*

### **Klagenemndas avgjørelse 21. september 2023 i sak 2023/193**

**Klager:** Stiftelsen Bergen Dansesenter

**Innklaget:** Bergen kommune

#### **Klagenemndas**

**medlemmer:** Bjørn Berg, Hallgrim Fagervold og Wenche Sædal

#### **Bakgrunn:**

- (1) Innklagede innførte i 2015 ordningen «Aktivitetskortet». Ordningen skal sikre at barn og unge, som av ulike grunner ikke benytter byens aktivitetstilbud, lettere skal gis tilgang på aktiviteter. «Aktivitetskortet» gir kortinnehaveren gratis tilgang til ulike fritidsaktiviteter, og målgruppen er barn og unge i alder 0-17 år som mottar sosialstønad fra NAV og/eller er tilknyttet Introduksjonssenteret for flyktninger eller Krisesenteret for Bergen og omegn. I tillegg deles kortet ut av barnevernet, barne- og familiehjelpen, UNG Arena og helsesykepleiere i skolehelsetjenesten og på helsestasjonene. Ordningens formål og målgruppe fremgår for øvrig av byrådssak 1251/16:

*«Målgruppen for aktivitetskortet vil både være variert og mangfoldig hva angår alder, sosial- og etnisk bakgrunn. Derfor mener byråden at det er viktig at aktivitetskortet gir adgang til et bredt spekter av kultur- og idrettstilbud som vil ivareta målgruppens ulike behov og interesser. Det er lagt vekt på at leverandørene som inngår i aktivitetskortet kan besøkes ved hjelp av offentlig transport»*

- (2) Innklagede publiserte 26. september 2022 at en søkte tilbud til «Aktivitetskortet» for 2023. Publiseringen skjedde på innklagedes nettsted «Kommunetorget», og ble samtidig delt på innklagedes sosiale kanaler. Innklagede ba om tilbud i følgende kategorier:

- «Svømmekurs – 1 leverandør per bydel (en leverandør kan levere kurs i flere bydeler)
- Andre idrettskurs – inntil 3 stk
- Danseaktiviteter – inntil 2 leverandører
- Musikkorps – inntil 20 lokale korps

**Postadresse:**

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse:**

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- *Andre kulturkurs – inntil 4 stk, musikk nedprioriteres pga egen korpskategori*
- *Konserter – inntil 2 leverandører*
- *Familieparker – inntil 4 leverandører*
- *Teaterforestillinger- inntil 3 leverandører*
- *Filmforestillinger – inntil 1 leverandør*
- *Friluftaktiviteter – inntil 3 leverandører*
- *Andre familieopplevelser – inntil 3 leverandører*
- *Idrettsarrangement – inntil 2 leverandører»*

(3) Under «Absolutte krav» fremgikk følgende:

*«Dette er krav som brukes for å sile kandidater i innledende runde. Dersom et av kravene ikke oppfylles, vil ikke leverandøren vurderes videre.*

- *Har tilbud til barn og unge innenfor aldersspennet 0-17 år.*
- *Det inngås ikke avtale med religiøse eller politiske organisasjoner/tilbud.*
- *Det må være mulig å delta i aktivitet eller opplevelse uten forhåndskunnskaper, også som ungdom.*
- *Tilbudet må være lett tilgjengelig ved hjelp av offentlig transport.*
- *Leverandør må sende månedlig EHF-faktura til Bergen kommune.*
- *Leverandør må kunne levere tilbudet i minst et år.*
- *Leverandør må være villig til å samarbeide i en eventuell digitaliseringsprosess.*
- *Tilbyder må innhente politiattest fra instruktører/ansatte dersom arbeidets art krever det.*
- *Tilbyder må omtale hvordan HMS blir ivaretatt.*
- *Tilbyder må kunne registrere antall besøkende/deltakere som benytter seg av Aktivitetskortet.»*

(4) Det var også angitt øvrige kriterier i publiseringen:

- *«Tilbudet må inneholde en rabattert kostnad sammenlignet med ordinær kontingent/billett. Totalpris vektlegges.*
- *Utstyr som kreves for å drive med aktiviteten må kunne fremskaffes til eller kunne lånes av deltakerne. Omtal hvilket tilbud som behøves, hva dere kan tilby av dette, om det er til leie eller kjøp og eventuell pris.*
- *Aktivitetene kan ikke ha dyre ekstrakostnader for deltakeren. Beskriv gjerne hvordan du som tilbyder kan bidra til å holde kostnadene nede for deltakerne. Ved aktiviteter og opplevelser der det er nødvendig med for eksempel utstyr, oppfordres tilbyderen til å implementere kostnader til dette i tilbudet.*
- *Det er ønskelig med tilbud fra både store og små leverandører fra hele Bergen. Det er mulig å sende inn tilbud på opplevelser og aktiviteter som favner bare deler av målgruppen siden aldersspennet er stort og behovene er ulike for ulike aldre. Aktiviteter og opplevelser kan foregå både i ukedager, helger og ferier.*

- *Kurs må skje over minst fem uker.»*

- (5) Publiseringen inneholdt ikke informasjon om anskaffelsens verdi, men innklagede har i anledning klagebehandlingen angitt at frem til desember 2022 så utgjorde ordningens budsjett 3,9 millioner kroner, der 2 millioner kroner gikk til tildeling etter fratrukk for administrasjonskostnader. Dette budsjettet ble utvidet 14. desember 2022, etter tildeling av kontrakter. Fratrukket administrasjonskostnader gjenstår ca. 10 millioner kroner til ordningen i 2023. Innklagede har i anledning klagebehandlingen anslått at budsjettet for kategorien «Danseaktiviteter» var anslått til ca. 200 000 kroner, og verdien av en mulig kontrakt for klager er mellom 38 515 kroner og 139 200 kroner.
- (6) Klager innga tilbud i kategorien «Danseaktiviteter». Det kom inn totalt fire tilbud i denne kategorien.
- (7) Innklagede inngikk kontrakt med Hildemors Dansesenter 2. desember 2022 og Step In Dansestudio 8. desember 2022. Kontraktene ble inngått med ett års varighet. Innklagede oversendte melding om tildeling til klager i e-post 6. desember 2023:

*«Vi viser til deres tilbud i konkurransen «Søker tilbud til Aktivitetskortet for 2023» kategori danseaktivitet.*

*Kontrakten tildeles Step In Dansestudio og Hildemors Dansesenter*

*Vi takker for deres deltakelse i konkurransen, og ønsker dere velkommen som tilbyder i fremtidige konkurranser i Bergen kommune»*

- (8) Klager ba om ytterligere informasjon om avslaget i e-post 13. desember 2022. Henvendelsen ble besvart av innklagede samme dag:

*«Hei,*

*Takk for henvendelsen din. Det er leit å høre at dere opplever anbudsprosessen vi har hatt i høst negativt. Bergen kommune er som offentlig instans pliktig til å ha en transparent og rettferdig innkjøpsprosess. Aktivitetskortet har vært i stor utvikling de siste årene. Det har derfor blitt nødvendig å gjennomføre en åpen anbudsprosess etter lov om offentlig anskaffelse. Denne prosessen skal gi alle aktivitetstilbydere like muligheter uavhengig av om de har vært med i ordningen tidligere eller ikke. Alle søknader har blitt likt behandlet, etter kriterier fastsatt på forhånd. Bergen Dansesenter ble utkonkurrert i denne anbudsprosessen grunnet pris.*

*Når det gjelder det du skriver om midlertidighet for elevene, så forstår vi at dette kan oppleves negativt, men det er også slik at Aktivitetskortet ikke nødvendigvis deles ut til de samme personene år etter år. For å motta kortet må du møte gitte krav, i tillegg har det hittil ikke vært nok kort til å dekke alle med behov, slik at det på ingen måte er gitt at man får Aktivitetskortet år etter år. Det skal ikke være nødvendig for barn og unge med Aktivitetskortet å finne andre aktiviteter, et annet sted i byen, slik du skriver. Vi har fortsatt et dansetilbud i Bergenhus bydel og vi håper barn og unge med Aktivitetskortet kan ha glede av å danse her det neste året. 2 Hvis du ønsker å sende en formell henvendelse til Bergen kommune om hvorfor du mener ordningen slik den praktiseres i dag er problematisk kan denne sendes til kulturdirektør Vincent Mrimba.»*

- (9) Klager sendte på ny e-post til innklagede 21. desember 2022 der det blant annet ble bedt om innsyn i protokoll, evalueringsprosessen og de øvrige tilbudene som ble mottatt.
- (10) Den 16. januar 2023 purret klager på tilbakemelding på e-post sendt 21. desember 2022. Innklagede besvarte henvendelsen samme dag og oversendte etterspurt dokumentasjon, herunder evalueringen av klagers tilbud:

*«Ikke valgt som tilbyder i 2023:*

*Bergen Dansesenter: Holder til i byområdet Bergenhus og Årstad huser mange aktivitetskortholdere. Begrensning på maksimalt 30 deltagere. Mindre variert tilbud enn den andre tilbyderen som vurderes i samme byområde. 20 % rabatt og høyere totalpris enn den andre tilbyderen som vurderes i samme byområde»*

- (11) Klager påklaget konkurransen 17. mars 2023, og brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. mars 2023.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. september 2023.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (13) Anskaffelsen er over terskelverdiene for anskaffelser og skulle dermed vært kunngjort.
- (14) Det fremgår ikke av publiseringen at det er en konkurranse, og hvilken konkurranse det er. Konkurranses grunnlaget er dermed uklart.
- (15) Tilbudsevalueringen er mangelfull ved at hvert enkelt tildelingskriterium ikke er dokumentert.
- (16) Tilbudsmeddelelsen er mangelfull, og mangler begrunnelse og klagefrist.

##### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (17) Denne saken dreier seg ikke om «gjensidig bebyrdende avtale» jf. forskriften § 4-1 bokstav a. Anskaffelsesregelverket kommer dermed ikke til anvendelse. Innklagede er ikke bundet av at innklagede har gitt uttrykk for at dette er en konkurranse etter anskaffelsesregelverket tidligere i prosessen.
- (18) Subsidiært anføres at hver enkelt aktivitetskategori utgjør en separat anskaffelse. Anskaffelsen er ikke over terskelverdiene for anvendelse av forskriften del II og del III.
- (19) Under forutsetning av at verdien skal beregnes samlet for alle kontraktene anføres at anskaffelsen er omfattet av unntaket for helse- og sosialtjenester og/eller særlige tjenester jf. forskriften kapittel 30 og § 4-1 jf. § 5-1 (2) bokstav b.
- (20) Konkurranses grunnlaget er ikke uklart, og utformingen av konkurransegrunnlaget tilfredsstillende de generelle prinsippene som ligger til grunn for anskaffelsesregelverket.
- (21) Innklagedes meddelelse er i tråd med de hensyn som begrunner regelen om meddelelse av tildeling etter forskriften del II.

- (22) Tilbudsevalueringen er ikke mangelfull og det ble foretatt en helhetlig vurdering av alle tilbudene, både innad i hver aktivitetskategori og samlet. Søknadene ble vurdert etter totalpris, hvor stor rabatt som ble gitt, og etter hvorvidt kravene i utlysningsteksten var oppfylt. I kategorien «*Danseaktiviteter*» var vurderingen basert på pris for hele kurs, et ønske om aktivitet i flest mulig bydeler og et ønske om at flest mulig skal kunne delta på aktiviteten.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (23) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å anskaffe aktivitetskort uten forutgående kunngjøring. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klagen er rettidig.

#### *Hvorvidt anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse*

- (24) Innklagede har anført at denne saken ikke gjelder en «*gjensidig bebyrdende avtale*» slik definert i forskriften § 4-1 bokstav a, og at anskaffelsesregelverket dermed ikke kommer til anvendelse. Anførselen er begrunnet i at innklagede ikke oppnår en direkte økonomisk fordel, og at ordningen har likhetstrekk med ensidig støtte/tilskudd fra oppdragsgiver.
- (25) Det følger av forskriften § 1-1 at anskaffelsesforordningen gjelder når oppdragsgivere inngår «*vare-, tjeneste eller bygge- og anleggskontrakter [...]*». Begrepet «*kontrakt*» er definert i forskriften § 4-1 bokstav a som en «*gjensidig bebyrdende avtale [...]*».
- (26) I EU-domstolens avgjørelse C-796/18 (*ISE v Stadt Köln*) avsnitt 40 er det lagt til grunn begrepet *gjensidig bebyrdende* innebærer at oppdragsgiveren mottar en ytelse mot et vederlag som gir den offentlige oppdragsgiveren en direkte økonomisk fordel. Videre fremgår av EU-domstolens avgjørelse i sak C-399/98 (*La Scala*) avsnitt 52, at det ikke skal legges til grunn en formalistisk fortolkning av kontraktsbegrepet og dets elementer, men en formålsoverordnet fortolkning som skal sikre regelverkets fulle effekt.
- (27) I denne konkrete saken innebærer avtalene om aktivitetskort at innklagede betaler vederlag for en rett til å benytte aktivitetskortet. Dette vederlaget gir innklagede en direkte økonomisk fordel ved at brukerne av aktivitetskortet får dekket fritidsaktiviteter. Klagenemnda bemerker at det ikke er et krav at oppdragsgiver selv er direkte mottaker av den økonomiske fordel. Det er tilstrekkelig at den økonomiske fordel består i at oppdragsgiver får dekket et behov, for eksempel i form av overholdelse av sine forpliktelser eller ansvar, selv om leverandørens ytelse ikke direkte tilkommer oppdragsgiver, jf. EU-domstolens sak C-271/08 (Kommissjonen mot Tyskland) sak premiss 72–80.
- (28) Innklagede gjør, som nevnt, videre gjeldende at ordningen med aktivitetskortet har likhetstrekk med ensidig støtte/tilskudd fra oppdragsgiver og at det derfor ikke foreligger en gjensidig bebyrdende avtale. I fortalen til Direktiv 2014/24/EU fremgår følgende i premiss 4:

*«[...] Videre hører ren finansieringsvirksomhet, særlig gjennom tilskudd, som ofte er knyttet til forpliktelsen til å tilbakebetale de mottatte beløpene dersom de ikke brukes til de tilsiktede formålene, ikke inn under virkeområdet til reglene for offentlige innkjøp. På samme måte bør forhold der alle markedsdeltakere som oppfyller visse vilkår, har rett til å utføre en bestemt oppgave uten noen form for utvelgelse, for eksempel brukervalgs- og*

*tjenestekupongordninger, ikke forstås som innkjøp, men som rene godkjenningsordninger.»*

- (29) De valgte leverandørene har forpliktet seg til å levere en tjeneste som motytelse til vederlaget som innklagede betaler. Leverandørene vil få betalt i den utstrekning innehaverne av aktivitetskortet benytter tjenesten. Innklagedes vederlag står dermed i direkte forhold til leverandørens ytelse. Dette står i motsetning til ensidige disposisjoner som tilskuddsordninger, som ofte er knyttet til en tilbakebetalingsplikt dersom tilskuddet ikke benyttes til tiltenkt formål. Innklagede har dermed kontroll over den ytelsen som leveres, i motsetning til tilskuddsordninger der det ikke er definert en ytelse oppdragsgiver skal motta.
- (30) Klagenemnda vil også bemerke at ordningen ikke kan likestilles med innklagedes eksempel der innehaverne av aktivitetskortet hadde fått et engangsbeløp til bruk, og selv kunne disponere beløpet. I sistnevnte tilfelle har innklagede begrenset kontroll og innvirkning på hvordan midlene blir brukt, mens i denne konkrete saken har innklagede kontroll på ytelsen som vil leveres gjennom valgte leverandørers forpliktende tilbud.
- (31) Klagenemnda viser også til at denne saken skiller seg fra tilfeller der alle markedsdeltakere som oppfyller visse vilkår har rett til å utføre en bestemt oppgave uten noen form for utvelgelse. Det fremgår klart av utlysningen at leverandørene skulle konkurrere, og at oppfyllelse av de absolutte kravene alene ikke var en garanti for å inngå kontrakt.
- (32) Klagenemnda har etter dette kommet til at anskaffelsen av aktivitetskort skiller seg fra de rene tilskuddsordninger, og at det foreligger en «*gjensidig bebyrdende avtale*» og dermed en «*kontrakt*» jf. forskriften § 4-1 bokstav a. Anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse jf. forskriften § 1-1.

#### *Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse*

- (33) Klagenemnda går så over til å vurdere hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (34) Anskaffelsesregelverkets utgangspunkt er at alle anskaffelser over terskelverdi skal kunngjøres i Doffin og/eller TED, jf. forskriften § 5-1 andre ledd og § 8- 17 første ledd. I den perioden det er aktuelt å ilegge gebyr for var den nasjonale terskelverdien for kommunale myndigheters vare- og tjenestekontrakter på 1,3 millioner kroner ekskl. mva. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdiene i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen. For perioden det er aktuelt å ilegge gebyr for, var EØS-terskelverdien for vare- og tjenestekontrakter på 2,05 millioner kroner ekskl. mva.
- (35) I denne saken har innklagede, uten forutgående kunngjøring i verken Doffin eller TED, inngått 50 kontrakter med ulike leverandører innenfor 12 aktivitetsområder. Innklagede har opplyst at frem til desember 2022, hadde aktivitetskortet budsjett på 3,9 millioner kroner, der 2 millioner kroner gikk til tildeling etter fratrukk for administrasjonskostnader. Budsjettet ble utvidet 14. desember 2022, etter tildeling av kontrakter. Fratrasket administrasjonskostnader gjenstår ca. 10 millioner kroner til ordningen i 2023. I kategorien «*Danseaktiviteter*» var anslått verdi ca. 200 000 kroner.

- (36) Klager har anført at anskaffelsen av aktivitetskort er over terskelverdi, og dermed skulle vært kunngjort. Klager har inngitt tilbud i kategorien «*Danseaktivitet*», og innklagede har opplyst at verdien på denne kategorien utgjør mellom 100 000 – 200 000 kroner. Det er klart at verdien av «*Danseaktivitet*» ikke isolert overstiger terskelverdi for kunngjøringsplikt, også hensyntatt en budsjetøkning. Klagenemnda utelukker ikke at enkelte av de øvrige kategoriene isolert kan overstige terskelverdi for kunngjøringsplikt. Slik denne saken er opplyst avgrenses nemndas behandling til spørsmålet om innklagede hadde kunngjøringsplikt for kategorien «*Danseaktivitet*».
- (37) En eventuell kunngjøringsplikt forutsetter på denne bakgrunn at de ulike aktivitetskategoriene utgjør én anskaffelse. Utgangspunktet er at én kontrakt anses som én anskaffelse, og at verdien av den aktuelle kontrakten legges til grunn ved vurderingen av anskaffelsens verdi jf. forskriften § 5-4 (1).
- (38) Det fremgår imidlertid av forskriften § 5-4 (8) at dersom oppdragsgiveren planlegger å anskaffe tjenester ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Klagenemnda vil derfor ta stilling til om kontraktene i de ulike aktivitetskategoriene i realiteten utgjør én anskaffelse – slik at hver enkelt kontrakt skal anses som en delkontrakt, og ikke en separat anskaffelse. Dersom kontraktene utgjør en samlet anskaffelse, vil totalverdien overskride terskelverdien for kunngjøringsplikt.
- (39) Hva som utgjør en anskaffelse er ikke regulert i anskaffelsesregelverket, verken nasjonalt eller i anskaffelsesdirektivet. Hensynet bak beregningsreglene er å sørge for at anskaffelser over en viss størrelse gjøres kjent i markedet. Selv om regelverket åpner for at oppdragsgiver kan inngå flere mindre delkontrakter, vil oppdragsgivers samlede behov, og muligheten til å få tildelt flere kontrakter, kunne medføre at flere leverandører er interessert i å delta i konkurransen.
- (40) I departementets veileder til regelverket om offentlige anskaffelser punkt 5.4.3, som omhandler oppdeling av kontrakter og vurderingen av om det foreligger én eller flere anskaffelser, uttaler departementet:

*«Ulike momenter spiller inn i vurderingen av hvorvidt det dreier seg om én anskaffelse, for eksempel hvorvidt ytelsene dekker det samme eller tilsvarende behov, om ytelsene normalt leveres fra en leverandør, om ytelsene er «ensartede» og om anskaffelsene utgjør et samlet prosjekt. Andre momenter kan også tas inn i vurderingen. Videre må ikke alle de nevnte momentene være oppfylt for at man skal kunne konkludere med at det foreligger én anskaffelse i regelverkets forstand.»*

- (41) Det fremkommer videre fra EU-domstolens avgjørelse i sak C-16/98 (Sydev) at vurderingen av om det foreligger én anskaffelse skal tas utgangspunkt i hvorvidt kontraktene dekker det samme tekniske og økonomiske behovet. Saken gjaldt en bygge- og anleggsanskaffelse, og omhandlet både kontrakter om elektrisitetsforsyning og veibelysning. Kontraktene om elektrisitetsforsyning ble ansett for å tilhøre én og samme anskaffelse, mens veibelysningen ble ansett som en separat anskaffelse. I vurderingen ble det lagt vekt på at kontraktene måtte anses for å være sterkt avhengige av hverandre, at kontraktene om elektrisitetsforsyning var inngått omtrent samtidig, med den samme oppdragstakeren, at kontraktsytelsene var ensartet, og at arbeidene skulle utføres innenfor et felles geografisk område. Selv om avgjørelsen gjaldt bygge- og anleggsarbeid, må flere av de samme momentene antas å være relevante også når kontraktene gjelder en offentlig vare- eller tjenesteleveranse, jf. klagenemndas sak 2010/312 premiss (42).

- (42) Slik klagenemnda oppfatter denne saken, fremstår anskaffelsen av aktivitetskort til fritidsaktiviteter som et samlet prosjekt med felles formål og målgruppe, se byråds sak gjengitt i avsnitt 1. Kontraktene er også inngått omtrent på samme tid, i november og desember 2022.
- (43) De ulike kategoriene er imidlertid delt inn i ulike fritidsaktiviteter, blant annet svømming musikkorps, konserter og dans. Hver fritidsaktivitet stiller ulike krav til utstyr, lokaler og kompetanse hos leverandørene. Klagenemnda anser det som klart at det er vesensforskjeller på de krav som stilles til leverandørene i de ulike kategoriene, og de behov fritidsaktivitetene dekker. Ytelsene er således ulikeartet. I forlengelsen av dette legger nemnda til grunn at det var ulike oppdragstakere i hver av kategoriene. Det er ikke opplyst hvor mange oppdragstakere det er inngått kontrakt med, men basert på at utlysningen ble sendt til 38 ulike aktører så legger nemnda til grunn at kontrakt ble inngått med flere ulike oppdragstakere.
- (44) Slik drøftelsen over viser, stiller aktivitetskategoriene ulike krav til blant annet utstyr, lokaler, kompetanse mv. Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at de ulike aktivitetskategoriene utgjør separate anskaffelser. Innklagede har anslått at budsjettet for kategorien «Danseaktiviteter» var ca. 200 000 kroner. Nemnda legger etter dette til grunn at verdien er under den nasjonale terskelverdien på 1,3 millioner kroner. Det forelå følgelig ikke kunngjøringsplikt.
- (45) Innklagede har på denne bakgrunn ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

#### *Anførsler om brudd ved konkurransegjennomføringen*

- (46) Klager anfører i tillegg en rekke brudd på anskaffelsesregelverket ved gjennomføringen av anskaffelsen.
- (47) Klagenemnda har kommet til at kontraktene om aktivitetskortet er kontrakter i anskaffelsesregelverkets forstand, og anskaffelsesregelverket kommer dermed til anvendelse, jf. anskaffelsesloven § 2 og forskriften § 1-1. Basert på innklagedes anførsel om at anskaffelsen er unntatt anskaffelsesregelverket, legger nemnda til grunn at innklagede ikke har gjennomført en anskaffelsesprosess i tråd med anskaffelsesloven eller anskaffelsesforskriften. Dette utgjør et selvstendig brudd på anskaffelsesregelverket.
- (48) Selv om innklagede ikke har gjennomført en prosess i samsvar med anskaffelsesregelverket, vil klagenemnda likevel knytte noen merknader til innklagedes tilbudsevaluering.
- (49) I innklagedes tilbudsforespørsel var det angitt at tilbudene skulle inneholde en rabattert kostnad sammenlignet med ordinær kontingent/billett, og at totalpris ville vektlegges ved evalueringen. Det var også angitt at kurs måtte skje over «minst» fem uker.
- (50) Slik klagenemnda forstår innklagedes tilbudsevaluering, har innklagede delt prisevalueringen i underkriteriene rabattert pris, ekstrakostnader for deltakeren og kostnad/pris. De tre underkriteriene ble vektet likt. Slik nemnda oppfatter fremlagt dokumentasjon, samsvarer ikke leverandørens tilbudte priser fullt ut med innklagedes evaluering og rangering av tilbudene. Innklagedes tilbudsevaluering har dermed ikke premiært relevante forskjeller mellom tilbudene. Dette er i strid med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet.



(51) Innklagede har videre forklart at prisevalueringen ble foretatt på bakgrunn av hele kurs. Det ble dermed ikke tatt hensyn til at det var åpnet for at leverandørene kunne tilby kurs med et varierende antall kursuker. Når innklagede i evalueringen ikke har tatt høyde for at kursprisen vil avhenge av tilbudt kurslengde, er også dette i strid med prinsippet om forutberegnelighet.

***Konklusjon:***

Bergen kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede har brutt regelverket ved ikke å ha gjennomført en anskaffelsesprosess i tråd med anskaffelsesregelverket.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Wenche Sædal

*Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur*