



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har inngått to avtaler om henholdsvis programvare og innkjøpsbistand. Klager anførte at dette utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsel førte ikke frem ettersom avtalenes verdi ikke oversteg terskelverdien.

Klagenemndas avgjørelse 28. oktober 2013 i sak 2011/284

Klager: Logistikkastronauten Narve A. Karlsen

Innklaget: Tysfjord kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse, tjenestekonsesjon

Bakgrunn:

- (1) Den 26. mai 2010 inngikk Tysfjord kommune (heretter kalt innklagede) en avtale om kjøp av programvaren "*Å jour Innkjøp*" fra Prosjektservice AS. For programvaren skulle det i henhold til avtalen betales et engangsvederlag på kr 50 000, og en årlig vedlikeholdsavgift på kr 10 000.
- (2) Den 15. juni 2010 inngikk innklagede og Innkjøpsservice AS følgende avtale:

"Det er inngått følgende avtale mellom Kunden og Leverandøren:

- 1. Leverandøren skal ta ansvar for utlysning av alle rammeavtaler for kunden i fire år fra undertegning av denne avtalen. Utlysningene og gjennomføringen av konkurransene skal skje i henhold til regelverket om offentlige anskaffelser.*
- 2. Utlysningen av rammeavtalene innebærer følgende forpliktelser for leverandøren.*
 - Utarbeidelse av konkurransegrunnlag i samarbeid med kommunen.*
 - Kunngjøring av konkurranser på Doffin og TED der det er påkrevet.*
 - Bistand ved informasjon og øvrig arbeid før tilbudsfristen blant annet ved å gi relevant informasjon til leverandører som ønsker å delta i konkurransen.*
 - Bistand ved evaluering av tilbud.*
 - Bistanden gjelder fra planlegging av anskaffelser og til kontrakten er inngått. Kunden har selv ansvar for å følge opp rammeavtalen etter at kontrakten er inngått.*

Bistand ved eventuelle rettslige forhandlinger faller utenfor denne avtalen.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

3. *Leverandøren beholder all opphavsrett til de dokumenter som benyttes og lages.*
 4. *Kunden er forpliktet til å gi Leverandører fullmakt til å ta inn i hver enkelt rammeavtale et vilkår om at den/de leverandøren(e) som vinner den enkelte konkurransen og som inngår en rammeavtale med Kunden må betale kr. 10.000 eks. mva. pr. år i rammeavtalens varighet til Innkjøpsservice AS som betaling for den juridiske og annen bistand knyttet til arbeidet med den enkelte rammeavtale. At leverandøren aksepterer dette må være et minstekrav for deltakelse i konkurransen og unnlatelse av å akseptere dette innebærer avvisning fra konkurransen. Ut over dette betaler Kunden ingenting til Innkjøpsservice AS for opprettelse av rammeavtaler.*
 5. *Leverandøren har selv ansvaret for å fakturere de enkelte leverandører som skal betale kr. 10.000 eks. mva. til Leverandøren pr. år. Leverandøren bærer også den fulle og hele risikoen for leverandørens betalingsvilje og evne.*
 6. *Kunden har selv ansvaret for å følge regelverket om offentlige anskaffelser for denne avtalen mellom Kunden og leverandøren.*
 7. *Leverandøren er forpliktet til å ha et samarbeid med Prosjektservice AS vedrørende Prosjektservice AS sine forpliktelser vedrørende oppfølging av rammeavtalene i Å jour innkjøp og leverandøren må ha kunnskap til og rettigheter til å benytte denne programvaren. Avtalen omfatter således også mer enn bare juridiske tjenester. Omfanget av dette vil bli fastslått etter hvert og er inkludert i prisen i punkt 5."*
- (3) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 17. oktober 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (4) Innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser fra Prosjektservice AS og Innkjøpsservice AS. I konkurransegrunnlagene klager har fått tilgang til er det inntatt en kontraktbetingelse om at leverandørene som blir tildelt oppdraget er forpliktet til å betale kr 30 000 eks mva til Innkjøpsservice AS. I tillegg må leverandørene betale kr 9500 til Prosjektservice AS for bruk av en e-handelsløsning. Til sammen vil leverandørenes betalinger trolig utgjøre 1,6 millioner kroner.
- (5) Avtalene er gjensidig bebyrdende, og de er ikke kunngjort. Følgelig representerer avtalene ulovlige direkte anskaffelser.

Innklagedes anførsler:

- (6) Det bestrides at avtalene representerer en ulovlig direkte anskaffelse.
- (7) Innklagede betaler ikke noe til Innkjøpsservice AS. I avtalen gis Innkjøpsservice AS rett til å utlyse alle rammeavtaler for kommunen og kan kreve betaling av den leverandøren som vinner konkurransen. Det er derfor tale om en tjenstekonsesjonskontrakt i henhold til forskriften § 4-1 bokstav e. Altså foreligger det ikke noen ulovlig direkte anskaffelse.
- (8) De konkurranser som klager har vist til forutsetter uansett ikke alle at vinnerne skal betale vederlag til valgte leverandør, og dette fremgår direkte av

konkurransegrunnlagene. Avtalene med Innkjøpsservice AS omfatter kun rammeavtalene. En gjennomgang per februar 2013 viser at avtalen har vært benyttet i følgende tilfeller:

- Bokbuss – kr. 30.000 – tilbudsfrist 30. mai 2010
 - Elektrikertjenester – kr. 30.000 - tilbudsfrist 12. august 2010
 - Innleie av gravemaskin – kr. 30.000 – tilbudsfrist 13. august 2010
 - Renholdsprodukter – kr. 30.000 – tilbudsfrist 9. september 2010
 - Rådgivende ingeniørtjenester – kr. 30.000 – tilbudsfrist 15. desember 2010
 - Leasing biler – kr. 30.000 – tilbudsfrist 18. februar 2011
 - Middager – kr. 30.000 – tilbudsfrist 25. februar 2011
 - IP telefoni – kr. 30.000 – tilbudsfrist 2. mai 2011
- (9) Basert på oppstillingen ovenfor er det sannsynlig at Innkjøpsservice AS har krevet kr. 240.000 fra leverandørene. Dette er klart under grensen for kontrakter som skal kunngjøres. Det er også lite sannsynlig at man vil komme opp i et beløp over kr. 500.000. Det foreligger derfor uansett ingen ulovlig direkteanskaffelse. For ordens skyld gjøres det oppmerksom på at det i 2013 er utlyst rammeavtaler på renholdsmaskiner og vaskeritjenester, hvor det er forutsatt at leverandørene skal betale henholdsvis 40 000 og 30 000.
- (10) Avtalen med Prosjektservice innebærer at leverandørene må forplikte seg til e-handelsløsningen som selskapet tilbyr, men e-handelsløsningen som er nevnt i avtalen har kun vært benyttet i ett tilfelle. Den del av avtalen har således ingen formell eller praktisk relevans lenger, da kommunen av administrative og praktiske grunner ikke har funnet det hensiktsmessig å bruke denne løsningen. Kommunen blir heller ikke fakturert for den delen av avtalen.

Klagenemndas vurdering:

- (11) Saken gjelder klage på ulovlig direkte anskaffelse, og det gjelder ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker.
- (12) Etter loven § 7b tredje ledd bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Klagen er rettidig.
- (13) For avtalen med Innkjøpsservice AS, er det slik tjenesten er beskrevet, formodentlig tale om en tjeneste som er omfattet av CPV-kode 79418000-7, "*Rådgivning vedrørende innkjøp*", som er en prioritert tjeneste i tjenestekategori 11. Avtalen med Prosjektservice AS er et varekjøp.
- (14) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrift gitt i medhold av loven, jf. loven § 7b og forskriften §§ 9-1/18-1.
- (15) Forskriften oppstiller en hovedregel om kunngjøringsplikt for alle anskaffelser som overstiger kr 500 000, jf. forskriften § 9-1 og 2-1. I henhold til avtalen skulle Innkjøpsservice AS utlyse alle rammeavtaler for kommunen. Innklagede betalte ikke noe vederlag til Innkjøpsservice AS, men leverandørene som ble tildelt rammeavtalen skulle betale Innkjøpsservice AS et vederlag på kr 10 000 pr år i rammeavtalens varighet.

- (16) Ut fra de beløp innklagede har opplyst om er betalt, og vil betales, kan det ikke anses sannsynliggjort at beløpene vil overskride terskelverdien på kr 500 000 i løpet av avtalens fire år, også dersom beløpene som betales i henhold til avtalen med Prosjektservice AS medregnes. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Tysfjord kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 28. oktober 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger