



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Kristiansand kommune v/Kristiansand Havn KF et gebyr på 450 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av juridiske tjenester fra Advokatfirmaet Kjær DA og Kvale & Co/Kvale Advokatfirma DA i forbindelse med innklagedes tvist med Fjord Line AS. Gebyret utgjorde ca. 9,4 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 6. november 2012 i sakene 2011/112, 2011/119, 2011/207, 2012/20, 2012/21 og 2012/22

Klagere: Frank Salvesen i 2011/112, Demokratene i 2011/119, og Fjord Line AS i 2011/207, 2012/20, 2012/21 og 2012/22

Innklaget: Kristiansand kommune v/Kristiansand Havn KF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Frank Salvesen i sak 2011/112, fra Demokratene i sak 2011/119 og fra Fjord Line AS i sak 2011/207 og i de saker som senere er skilt ut fra 2011/207, dvs. sakene 2012/20, 2012/21 og 2012/22.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) er kommet til at Kristiansand kommune v/Kristiansand Havn KF ilegges et overtredelsesgebyr stort kroner 450 000 for ulovlig direkte anskaffelse av juridiske tjenester fra Advokatfirmaet Kjær DA og Kvale & Co/Kvale Advokatfirma DA i forbindelse med innklagedes tvist med Fjord Line AS. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

1) Innledning

- (3) Klagenemnda har valgt å forene behandlingen av klagesakene 2011/112, 2011/119, 2011/207, 2012/20, 2012/21 og 2012/22, som alle inneholder påstander om at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser av juridiske tjenester.
- (4) Sakene 2011/112, 2011/119 og 2011/207 gjelder alle klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse av juridiske tjenester. Sak 2011/207 gjelder i tillegg påstand om ulovlig direkte anskaffelse av konsulenttjenester i forbindelse med rettssak mot Fjord Line AS. På bakgrunn av påstandene i klagesak 2011/207, besluttet sekretariatet å skille

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

ut anførselene om ulovlig direkte anskaffelse av konsulenttjenester i sakene 2012/20 (tjenester fra Copenhagen Economics), 2012/21 (tjenester fra Erling Hjelmeng, Øystein Foros og Kenneth Fjell) og 2012/22 (tjenester fra Aabø & Co).

- (5) Klagesak 2011/112 ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 30. mars 2011, og innklagede ble varslet ved klagenemndas brev av 5. april 2011. Klagesak 2011/119 ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 5. april 2011, og innklagede ble varslet ved klagenemndas brev av 18. april 2011. Klagesak 2011/207 ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 25. juli 2011, og innklagede ble varslet ved klagenemndas brev av 2. august 2011. Senere besluttet sekretariatet at klagesak 2011/207 skulle deles opp, og sakene 2012/20, 2012/21 og 2012/22 ble således skilt ut fra denne klagesaken, men nå er alle sakene forent.
- (6) Som følge av at sakene er forent til behandling, vil nemnda i det følgende gjøre rede for bakgrunnen i samtlige av klagesakene. Under punkt 2) vil det gjøres samlet rede for sakene 2011/112, 2011/119 og 2011/207. Deretter vil det i punkt 3) redegjøres for sak 2012/20 (Copenhagen Economics), i punkt 4) for sak 2012/21 (Hjelmeng, Foros og Fjell) og i punkt 5) for sak 2012/22 (Aabø & Co).
- (7) I vedtak av 31. mai 2012 varslet klagenemnda innklagede om at det kunne være aktuelt å ilegge overtredelsesgebyr for innklagedes ulovlige direkte anskaffelse av juridiske tjenester fra Advokatfirmaet Kjær DA og Kvale & Co/Kvale Advokatfirma DA i forbindelse med innklagedes tvist med Fjord Line AS. Etter forhåndsvarselet mottok klagenemnda kommentarer fra innklagede i brev av 18. juni 2012 og Fjord Line AS i brev av 28. juni 2012. I e-post av 7. september 2012 ba klagenemndas sekretariat innklagede om å fremlegge ytterligere informasjon og dokumentasjon tilknyttet oppdraget som ble tildelt Copenhagen Economics i Fjord Line saken og oppdragene om juridisk bistand i denne saken og i Multiconsult saken. Dette ble etterkommet av innklagede i brev av 19. september 2012. Partenes kommentarer til forhåndsvarselet er presentert under partenes anførsler.

2) Sakene 2011/112, 2011/119 og 2011/207 – Juridisk bistand

2.1 Innledning

- (8) I tilsvaret til sakene 2011/112 og 2011/119 av 30. mai 2011 opplyste innklagede at Kristiansand Havn KF (heretter KH) forstod klagen i 2011/112 slik at den omfattet alle juridiske tjenester i perioden 1. januar 2009 til april 2010. Det fremgikk videre:

"I det følgende gis en oversikt over de juridiske oppdragene innklagede har kjøpt inn i løpet av perioden etter 5. april 2009. Dertil nevnes saker hvor oppdraget er signert før 5. april 2009, men hvor arbeidet ikke er avsluttet før denne datoen."

- (9) Det ble så opplyst at advokatfirmaet Hjort hadde hatt to oppdrag for innklagede "i perioden", og at verdien på anskaffelsen var 425 752 kroner eks. mva. Videre ble det opplyst at innklagede i den aktuelle perioden hadde vært bistått av advokatfirmaet Tofte i fem ulike saker, og at verdien på anskaffelsen samlet var 442 283 kroner eks. mva. Dernest ble det opplyst at innklagede i den aktuelle perioden hadde vært bistått av Kvale Advokatfirma DA, og at verdien på anskaffelsen var 925 318 kroner eks. mva.

- (10) Til sist ble det opplyst at innklagede "*i den aktuelle perioden*" hadde vært bistått av Advokatfirmaet Kjær & Co DA "*ved en rekke anledninger*", og at samlet vederlag var 3 332 092 kroner eks. mva. Det ble deretter gitt en redegjørelse for de oppdrag Advokatfirmaet Kjær & Co DA hadde hatt for innklagede "*i perioden oktober 2007 frem til mai 2011*":

"1) Utarbeidelse av ny standardavtale for fergeanløp.

Omfang: 69 187,-

2) Utarbeidelse av brukeravtale for Color Line, herunder

- forhandling av standardavtale

- forliksforhandlinger og inngåelse av forliksavtale 16. januar 2009 om:

- tidligere ikke betalte havneavgifter

- oppgjør i forbindelse med utbyggingen av havnen for anløp av Super Speed

Omfang totalt på oppdraget: 569 675,-

Etter 5. april 2009: 170 000,-

3) Forhandling av samarbeidsavtale Fjord Line. Sak ikke avsluttet.

Omfang: 90 350,-

4) Fjord Line, klage til EFTAs overvåkningsorgan i forbindelse med påstand om brudd på konkurranselovgivningen.

Omfang totalt på oppdraget: 312 000,-

Etter 3. april 2009: 172 000,-

5) Fjord Line, klage EFTAs overvåkningsorgan. Spørsmål knyttet til forordning 4055/86

Omfang: 31 187,-

6) Klage fra Fjord Line til Kystverket angående mottaksplikt.

Omfang totalt på oppdraget: 341 787,-

Etter 3. april 2009: 210 000,-

7) Klage fra Fjord Line til Kystverket knyttet til forvaltningsloven § 36 og krav om erstatning for saksomkostninger. Ikke avsluttet.

Omfang: 166 087,-

8) Fjord Line, ny klage til Kystverket i 2011 om kaiplass. Ikke avsluttet.

Omfang: 72 112,-

9) Fjord Line tvist om utestående fordring, ikke avsluttet

Omfang: 12 075,-

10) Brukeravtale Color Line Fjord Line

Omfang 12 960,-

11. Utredning om ny havnelov

Omfang: 39 475,-

12) Bistand i forbindelse med rettssak mot Fjord Line. Utgangspunktet for saken er inngåelse av nye avtaler med Fjord Line. Rederiet søkte om å drive en katamaranrute mellom Kristiansand og Hirtshals sommeren 2009. Innklagede avslo søknaden og krevde helårsdrift og godstrafikk for at den nye ruten skulle godkjennes. Etter dette stevnet Fjord Line Kristiansand Havn for retten. Innklagede tapte i tingretten og saken ligger nå til behandling i lagmannsretten. Oppdrag ikke avsluttet.

Omfang: 1 986 094,-

13) Avtale med Norske Shell

Omfang: 38 700,-

14) Bistand i forbindelse med fjerning av fiskefartøyer

Omfang: 3937,-

15) Arrest skip Clare Express. Ikke avsluttet.

Omfang 10800,-

16) Bistand i forbindelse med krav mot Multiconsult i forbindelse med utrasing Lagmannsholmen. Da det ikke lyktes Kristiansand Havn å komme frem til en omforent enighet om erstatning etter utrasingen på Lagmannsholmen besluttet Kristiansand Havn å gå til rettslige skritt. Kjær har vært engasjert til å føre saken for tingretten og anke til lagmannsretten. Oppdraget startet oktober 2009 og er ikke avsluttet. Innklagede vurderer anslagsvis at kostnadene samlet ikke vil overstige 500 000 kroner. Anslaget er forbundet med usikkerhet.

Totalt omfang på oppdraget: 441 966,-

Etter 5. april 2009: 413 229,-

I tillegg kommer diverse mindre henvendelser over hele perioden, med omfang på kr. 111 612,-"

(11) I brev av 26. januar 2012 opplyste innklagede følgende:

"Vedlagt følger den etterspurte dokumentasjonen som angir en oversikt over de innkjøp som Kristiansand Havn har gjort, oppdelt etter sak, totalt i perioden, og etter firma."

(12) Vedlagt brevet fulgte én oversikt for "perioden 2007-2011", én oversikt "per firma" og én oversikt "per sak". Oversikten over perioden 2007-2011 viste at innklagede totalt hadde kjøpt juridisk bistand for 9 113 533,74 kroner eks. mva., og at innklagede hadde benyttet følgende leverandører: Advokatfirmaet Haavind Vislie AS/Advokatfirmaet Haavind AS, Advokatfirma Tofte DA/Tofte & Co Advokatfirma AS, Advokatfirmaet Hjort DA, Advokatfirmaet Kjær & Co DA, Arntzen de Besche, Torkildsen, Tennøe & Co, PriceWaterhouseCoopers AS, Tryti & Co, Kvale & Co/Kvale Advokatfirma DA, Olav Kolstad og Prosjekt- og teknologiledelse AS.

(13) Når det gjaldt oversikten "per firma" var det ikke angitt for hvilken periode denne gjaldt. Klagenemnda forstår oversikten slik at det totalt var kjøpt for 5 209 963,20 kroner, og at dette fordelte seg med 84 516,76 kroner på Prosjekt- og teknologiledelse AS, 425 752,11 kroner på Advokatfirmaet Hjort DA, 925 318,07 kroner på Kvale & Co,

185 244,50 på Tofte & Co Advokatfirma DA, 257 039,65 kroner på Advokatfirma Tofte DA, og 3 332 092,11 kroner på Advokatfirmaet Kjær & Co DA. Dette vil bli lagt til grunn i det følgende.

- (14) Heller ikke i oversikten *"per sak"* var det angitt for hvilken periode denne gjaldt. Totalbeløpet var her angitt til 5 298 775,70 kroner. I denne oversikten var det angitt én kolonne for firma, én for fakturanummer, én for dato, én for beløp eks. mva. og én for sak. Under kolonnen *"sak"* var det for noen av radene bare angitt et spørsmålstegn og et nummer, som for eksempel *"? – 9359"*. For andre av radene var det under kolonnen for sak angitt et firmanavn og et nummer, for eksempel *"Color Line – 7461"*, og for atter andre rader var det bare angitt ett enkelt ord i sakkolonnen, som f.eks. *"Festeforhold"*. Oversikten viste blant annet at Advokatfirmaet Kjær & Co DA hadde fakturert innklagede for til sammen 304 878 kroner for sak *"Fjord Line – 8090"*, og for til sammen 182 205,50 kroner for sak *"Fjord Line – 8510"*.
- (15) I e-post av 15. februar 2012 ba klagenemndas sekretariat om at innklagede presiserte og supplerte opplysningene som fremgikk av dokumentasjonen vedlagt brevet av 26. januar 2012, og viste til pålegget om dokumentfremleggelse. I e-post av 16. mars 2012 la innklagede frem en ny oversikt over kjøp av juridisk bistand fra 1. januar 2007. Av oversikten fremgikk det at innklagede totalt hadde kjøpt juridisk bistand for 9 108 575,74 kroner eks. mva. Nemnda vil i det følgende presentere de opplysninger som fremgikk av oversikten, samt senere innsendte opplysninger, etter tema.

2.2 Kongsgård – Vige

- (16) Av oversikten fremlagt 16. mars 2012 fremgikk blant annet følgende:

- I perioden 31. desember 2009 til 4. juli 2011 ble innklagede, fordelt på fem fakturaer, fakturert for til sammen 509 319,30 kroner av Advokatfirma Tofte DA (heretter Advokatfirma Tofte/Tofte) for saken(e) *"KNAS"*, *"KNAS – voldgift"* og *"KNAS – voldgiftssak Kongsgård Vige"*. Beskrivelsen av bistanden var for samtlige av fakturaene angitt å være *"Kjøp av grunn/voldgift/stevning Kongsgård – Vige"*.
- I perioden 10. september 2008 til 28. mars 2010 ble innklagede, fordelt på tretten fakturaer, fakturert for til sammen 132 998,76 kroner av Prosjekt- og teknologiledelse AS for saken(e) *"KNAS"*, *"KNAS – voldgiftssak Kongsgård Vige"*, *"Oppfølging"*, *"Prosesskriv voldgift februar"*, *"Tlf"*, *"Tlf/mail bemerkning desember"*, *"Tlf/mail bemerkning mars"* og *"Tlf/mail bemerkning, stevning januar"*. Beskrivelsen av bistanden er for samtlige av fakturaene angitt å være *"Første voldgift i Kongsgård – Vige"*.

- (17) I e-post av 30. mars 2012 stilte klagenemndas sekretariat en rekke spørsmål til innklagede vedrørende den juridiske bistanden som knyttet seg til Kongsgård – Vige, og innklagede besvarte denne henvendelsen i e-post av 17. april 2012:

"Svar:

Utfordringen i saken var å finne rett markedspris på havnearealer gjennom frivillig avtale.

Kristiansand havn KF (KH) skulle opprinnelig erverve arealene, regulert til havneformål, av Kristiansand kommune i Kongsgård – Vige. I 2006 ble disse eiendommene overført fra KK til Kristiansand Næringssselskap AS, KNAS et selskap heleid av KK. KH måtte da erverve arealene fra KNAS i stedet for KK.

KH engasjerte først Prosjekt- og Teknologiledelse AS til å bistå juridisk med å gjennomføre den frivillige voldgiftsprosessen. I november 2008 inngikk partene avtale om frivillig voldgift.

Den 20. mai ble retten satt i Kristiansand tinghus. Voldgiftsrettens avgjørelse gikk i KHs favør.

Den 22. juni 2009 mottok KH brev fra KNAS sin advokat hvor det fremgikk at de ville gå til ordinært søksmål mot KH med påstand om at voldgiftsavgjørelsen var ugyldig hvor de særlig påpekte at avtale mellom KH og KK av 26.12.2006 ikke var fremlagt for Voldgiftsretten. Prosjekt- og teknologiledelse AS meddelte KH at de ikke ønsket å føre ordinært søksmål for retten og deres engasjement ble avsluttet.

Fra mai/juni 2009 engasjerte KH advokatkontoret Tofte til å bistå havna juridisk videre i saken. I hele perioden ble det gjennomført flere forhandlingsrunder mellom partene for å komme frem til enighet på flere nivåer i de to selskapene. Ulike modeller, kalkyler, prinsipper og argumentasjon ble fremlagt av partene.

For at en skulle unngå ordinær rettsak vedtok kommunalutvalget 16.02.11 at prisen skulle fastsettes av bystyret og kommunens eiendomssjef ble ansvarlig for saksbehandling, organisering, gjennomføre prosessen med endelig behandling i bystyret. Bystyret satte markedsprisen til 42 mill. i møte den 22.06. 2011.

Oppsummering:

Flere prosesser og ulike tilnærminger ble forsøkt for frivillig å bli enige om rett markedspris. Først engasjerte KH Prosjekt- og teknologiledelse AS til å bistå juridisk med å gjennomføre den første frivillige voldgiftsprosessen. Dette engasjementet ble avsluttet med voldgiftsrettens avgjørelse 20. mai 2009. KH trodde da at saken var avsluttet.

Da KH ble rettslig stevnet i juni 2009 ble advokatkontoret Tofte engasjert av KH.

Nedenfor er oppstilling av separate enkelt prosesser etter juni 2009:

- Varsel om stevning juni 2009, med frist 03.07.09, utarbeidelse av prosesskrift
- Forslag til frivillig avtale av 5. januar 2010.
- Ny stevning 18.02.10, utarbeidelse av prosesskrift
- Andre runde for å få til frivillig voldgiftsavtale av 11.06.10
- Juridisk bistand fra 22.03.11 til saksforberedelse til bystyrets behandling 22.06.11 hvor endelig markedspris skulle fastsettes ut fra vederlagslovens bestemmelser, tidligere føringer fra bystyre og avtaler som ikke kunne være gjenstand for klagebehandling eller rettslig prøving.

Juridisk bistand fra advokatkontoret Tofte til de enkelte prosessene ble direktebestilt.

Prosesser pågikk også samtidig i perioder sammenfallende med gjentatte forhandlingsforsøk mellom de to selskapene for å komme til enighet. Det ble ikke gjort overslag over hva de enkelte prosessene kostet før bestilling av juridisk bistand. I de ulike prosessene var det uklart hvor mye bistand en hadde behov for til hvilken tid.."

2.3 Multiconsult AS

- (18) Av innklagedes oversikt fremlagt 16. mars 2012 fremgikk at innklagede i perioden 3. oktober 2009 til 1. desember 2011, fordelt på tolv fakturaer, ble fakturert for til sammen 529 878,36 kroner eks. mva. av Advokatfirmaet Kjær & Co DA (heretter Advokatfirmaet Kjær/Kjær) for sak "*Lagmannsholmen utrasning*". Beskrivelsen av bistanden var for samtlige av fakturaene angitt å være "*Møter forhandlinger, rettsak utrasing Multiconsult*".
- (19) Klagenemndas sekretariat stilte i e-posten av 30. mars 2012 en rekke spørsmål til innklagede vedrørende denne juridiske bistanden. I innklagedes svar av 17. april 2012 ble det opplyst at dette delvis var besvart i tidligere prosesskrift til klagenemnda, og det ble for øvrig vist til vedlagte redegjørelse fra advokat Andersen i Advokatfirmaet Kjær, hvor det fremgikk følgende:

"E-post fra Klagenemnda punkt 3, Tvist med Multiconsult.

Saken var et forhandling/prosessoppdrag i forbindelse med et ras på Lagmannsholmen. For å innvinne tilleggsarealer ble det foretatt en omfattende steinfylling under ledelse av konsulentfirmaet Multiconsult. Etter at denne raste søkte Havnen erstatning fra Multiconsult.

Oppdraget ble etablert den 17. desember 2008."

- (20) Klager har fremlagt en omkostningsoppgave til Kristiansand tingrett fra Advokatfirmaet Kjær i sak mellom Kristiansand kommune v/KH – Multiconsult AS. Innklagede krevde her dekket saksomkostninger på totalt 671 801 kroner inkl. mva., fordelt med salærutgifter til advokat med 347 500 kroner eks. mva. (434 375 kroner inkl. mva.), andre spesifiserte utlegg på 23 712 kroner, vitnegodtgjørelse for Frands Haahr på 29 500 kroner og vitnegodtgjørelse for sakkyndig vitne på 184 214 kroner.
- (21) I e-post av 9. mai 2012 ba klagenemndas sekretariat om at innklagede presiserte opplysningene knyttet til når oppdraget knyttet til sak "*Lagmannsholmen utrasning*" startet, dette på bakgrunn av at innklagedes opplysninger i tilsvaret av 30. mai 2011 var i strid med opplysningene gitt av advokat Andersen i hans redegjørelse av 12. mars 2012. I e-post av 11. mai 2012 viste innklagede til vedlagt dokumentasjon som svar på denne forespørselen. Vedlagt e-posten var et brev fra Advokatfirmaet Kjær til innklagede av 19. desember 2008, med tittelen "*Ras på lagmannsholmen den 11. april 2008, krav mot Multiconsult*". I brevet ble det redegjort for en del rettslige spørsmål knyttet til foreldelse, skyldkrav, kontraktsrett og forholdet til entreprenør, samt for fremdriften i saken.

2.4 Fjord Line AS

- (22) Av oversikten fremlagt 16. mars 2012 fremgikk følgende:

- I perioden 28. juni 2008 til 1. desember 2011 ble innklagede, fordelt på 50 fakturaer, fakturert for til sammen 3 275 962,24 kroner eks. mva. av Advokatfirmaet Kjær for sak "Fjordline". Beskrivelsen av bistanden var for samtlige av fakturaene angitt å være "Sak helårsdrift. Kystverket, Byrett, Lagmannsrett, ESA1 og [...]", fra "ESA2" til "ESA51". Av dette beløpet ble 3 263 962,24 kroner eks. mva. fakturert etter 5. april 2009.
 - I perioden 11. mai 2009 til 22. november 2011 ble innklagede, fordelt på elleve fakturaer, fakturert for til sammen 2 011 187,92 kroner eks. mva. av Kvale & Co/Kvale Advokatfirma DA for sak "Tilgang havnefasilitet". Beskrivelsen av bistanden var for samtlige av fakturaene angitt å være "Rettsak Fjordline".
 - I faktura av 23. september 2009 ble innklagede fakturert for 85 000 kroner eks. mva. av Olav Kolstad for sak "Arbeid med betenkning". Beskrivelsen av bistanden var angitt å være "Kystverkets vedtak".
- (23) Klagenemndas sekretariat stilte i e-posten av 30. mars 2012 en rekke spørsmål til innklagede vedrørende den juridiske bistanden fra Advokatfirmaet Kjær og Kvale & Co/Kvale Advokatfirma DA (heretter Kvale Advokatfirma/Kvale). I innklagedes svar av 17. april 2012 ble det opplyst at dette delvis var besvart i tidligere prosesskriv til klagenemnda, og det ble for øvrig vist til vedlagte redegjørelse fra advokat Andersen i Kjær. Denne redegjørelsen var datert 12. mars 2012, og her fremgikk følgende:

"Jeg viser til mottatt e-post fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Jeg skal besvare de spørsmål som gjelder advokatfirmaet Kjær.

E-post fra Klagenemnda punkt 2, Tvist med Fjord Line.

Det er for sammenhengens skyld nødvendig å ta utgangspunkt i den sak som hos oss ble registrert den 17. oktober 2007 og som har betegnelsen "Brukeravtale Color Line" (vår ref; 19963/7461), samt vår sak "Samarbeidsavtale Newco (19963/7540), registrert 4. desember 2008. Oppdraget gikk ut på å utarbeide en samarbeidsavtale mellom Kristiansand Havn og potensielle fergerederier. Fordi Color Line på dette tidspunktet hadde annonsert at den nye fergen Super Speed (en helt ny dimensjon ferge i Kristiansand) skulle trafikkere havnen ble de praktiske og rettslige problemstillinger som oppsto i denne sammenheng benyttet som ett av utgangspunktene for mitt arbeide med avtaleutformingen (7461). Avtaleverket ble så løpende fulgt opp i en ren standardavtale som skulle kunne nyttes i forhold til alle fergerederier (7540).

Sak 7461 ble for øvrig vesentlig mer omfattende enn opprinnelig forutsatt fordi det underveis viste seg å være uenighet mellom Color Line og Havnen vedrørende fordelingen av kostnader ved utvidelse av havnen (for å kunne motta Super Speed). Havnen ønsket at kostnadsfordelingen skulle forhandles samtidig med forhandlingene rundt den nye samarbeidsavtalen (blant annet fordi Havnen da kunne gi noe i kostnadsfordelingen for å oppnå fordeler i samarbeidsavtalen, blant annet omfattende garantier for fremtidig inntektsstrøm).

Fjord Line hadde ingen langsiktig avtale med Havnen. Derfor ble standardavtalen slik den var utarbeidet i sak 7540 presentert for rederiet.

Standardavtalen inneholdt en klausul om at fergerederier som skulle benytte Kristiansand Fergehavn måtte basere sin drift på et helårstilbud for gods og passasjerer. Fjord Line ville ikke godta en slik klausul. Dette er utgangspunktet for alle senere saker mellom Havnen og Fjord Line. Tvistesakene med Fjord Line ble inngått med advokatfirmaet Kjær som følger;

19963/8090, Fjord Line Kystverket, startet 1. februar 2008

Klage til kystverket med påstand om at standardavtalens bestemmelse var ulovlig/ugyldig. Vurdering av blant annet tidligere havnelov, ny havnelov, skillet mellom forvaltningsutøvelse og forretningsdrift, samt noe vurdering av konkurranserettslige bestemmelser.

19963,8510 Rett til havn EFTA, Fjord Line, startet 14. november 2008

Fjord Line påberoper de samme konkurranserettslige bestemmelser og samme fakta overfor ESA som overfor Kystverket i sak 8090.

19963,9305 Erstatningskrav Fjord Line, startet, 27. juli 2009

Erstatningskravet bygger på både de rettslige og faktiske forhold som er anført fra begge parter i sak 8090, sak 8510 og ikke minst på at det hevdes at Havnen har opptrådt i strid med konkurranseretten ved sin agering i forhold til Color Line, og forutsetter således grundig kjennskap til forhandlingene med Color Line under sak 7461 nevnt innledningsvis.

19963/9334, ESA, utveksling av tjenesteytelser, startet 21. august 2009

Saken bygger på samme faktagrunnlag som i erstatningssaken, og anførselen overfor ESA ble av Fjord Line AS også anført i erstatningssaken.

19963/9369, Fjord Line, forvaltningslovens § 36, startet 21. august 2009

Et betydelig krav om erstatning for saksomkostninger i anledning sak 8090, hvor det også ble fremmet omfattende argumentasjon knyttet til anførselene i sak 8510.

19963/9415, Fjord Line utestående fordring, startet 15. oktober 2009.

Som følge av at Fjord Line krevet erstatning holdt man tilbake betaling av ordinære havneavgifter mv. Liten sak med utgangspunkt i sak 8090 og 9305.

19963/11131, Fjord Line, klage ad kaiplass, startet 28. februar 2011.

Fjord Line hevdet at man basert på den samme type argumentasjon som var fremført tidligere hadde krav på en spesifikk kaiplass i fergehavnen.

Som det fremgår er det i de sakene vi har hatt i relasjon til Fjord Line et meget betydelig sammenfall i faktisk og rettslig argumentasjon fra Fjord Lines side. Verken Havnen eller undertegnede forutså at utarbeidelse av en samarbeidsavtale skulle ende opp i et slikt omfattende problemkompleks.

Antall saker (kontrakter) i relasjon til Fjord Line var syv.

Det skulle fremgå ovenfor hva den enkelte sak gjelder.

Hva som er betalt under den enkelte sak er dokumentert tidligere.

Fjord Line tok ut stevning den 2. september 2009 (krav varslet den 13. juli 2009)

[...]

Avslutningsvis kan det være grunn til å påpeke at advokat Olav Kolstad opprinnelig ble engasjert i egenskap av professor ved Universitetet i Oslo. Han ble bedt om å utarbeide en juridisk betenkning omkring skillet mellom myndighetsutøvelse og forretningsvirksomhet, samt enkelte konkurranserettslige spørsmål. Havnen ønsket å føre Kolstad som sakkyndig vitne i anledning erstatningssaken. Retten nektet dette, men fordi hans kompetanse var helt nødvendig for gjennomføring av erstatningssaken (til dels komplisert konkurranserett) besluttet man derfor at han i stedet skulle bistå Havnen som rettslig medhjelper for undertegnede. Da dette ble besluttet hadde Kolstad allerede ervervet omfattende faktisk og rettslig kunnskap i relasjon til saken slik at det ville være meget lite hensiktsmessig og kostnadsdrivende om man skulle benyttet tilsvarende ekspertise fra andre. Det var rettens nektelse av å benytte Kolstad som sakkyndig vitne som førte til at hans honorar ble betydelig utover NOK 500.000,-.

Det er også grunn til å nevne at undertegnede måtte kontakte en rekke personer ved flere universiteter innen de aktuelle rettsområder før vi fant en som hadde tid og vilje til å se på saken. Professornivå var avgjørende fordi vedkommende var tiltenkt rollen som sakkyndig vitne. En konkurranse blant de meget få aktuelle tilbyderne (professorer med hovedvekt på forvaltningsrett og konkurranserett) ville høyst sannsynlig ikke gitt noe som helst resultat".

- (24) Klager har fremlagt dom fra Kristiansand tingrett av 8. mars 2010 i sak mellom Fjord Line AS og Kristiansand kommune v/KH. Av dommen fremgår det at innklagede var representert av advokat Jens Richard Andersen, med advokat Olav Kolstad som rettslig medhjelper, og videre at advokat Andersen fremla et samlet omkostningskrav på 1 531 250 kroner eks. mva.
- (25) I omkostningsoppgave til Agder lagmannsrett av 16. juni 2011 i saken mellom Fjord Line AS og Kristiansand kommune v/KH (hvor innklagede benyttet de samme prosessfullmektiger som i tingretten) krevde innklagede dekket saksomkostninger på totalt 2 268 857 kroner, fordelt med 2 204 900 kroner eks. mva. i samlet honorar til advokat Andersen og rettslig medhjelper advokat Kolstad (fordelt med 1 107 900 kroner eks. mva. til advokat Andersen og 1 097 000 kroner eks. mva. til advokat Kolstad) og 63 957 kroner til andre utlegg. I tillegg til omkostningsoppgaven av 20. juni 2011 krevde innklagede i tillegg dekket kostnader på 1 314 233,20 danske kroner, fordelt med 1 301 893,68 danske kroner for honorar og utlegg til Copenhagen Economics og 12 339,63 danske kroner for honorar og utlegg til Tom Bringsværd. I tilleggssoppgaven var totalbeløpet omregnet til 1 395 453 norske kroner (basert på en kurs på 1,06).

3) 2012/20 - Copenhagen Economics

- (26) I e-post av 16. mars 2012 fremla innklagede en oversikt som viste at innklagede i perioden mellom 28. februar 2011 og 31. juli 2011, fordelt på fem fakturaer, var blitt fakturert for 1 403 969,34 kroner eks. mva. fra Copenhagen Economics.
- (27) I e-post av 30. mars 2012 stilte klagenemndas sekretariat en rekke spørsmål til innklagede vedrørende kjøpet fra Copenhagen Economics. I e-post av 17. april 2012 viste innklagede til at det var gjort rede for sekretariatets spørsmål i tidligere prosesskriv til klagenemnda, og at det tillegg ble gitt følgende svar på spørsmålene:

"Saken berammet til siste halvdel av januar 2011. På fristen for sluttinnlegg mottok KH et meget omfattende prosesskriv fra advokatfirmaet Wikborg Rein Co. Dette var to uker før hovedforhandling. Blant annet var det et vedlegg som var utarbeidet av professor Nils-Henrik Mørck von der Fehr ved Universitetet i Oslo, datert januar 2011. Dokumentet inneholdt en omfattende rettslig og faktisk vurdering av konkurransespørsmål. Dokumentet hadde en rekke henvisninger til andre dokumenter i saken (som utgjorde ett par tusen sider). Med to uker til hovedforhandling søkte KH utsettelse av hovedforhandlingen, men dette ble avvist av retten.

Årsaken til at hovedforhandlingen likevel ble utsatt var at en representant for KH ble syk dagen før hovedforhandlingen. Lagmannsretten besluttet da utsettelse, men gav beskjed om at prosessfullmektigene ville bli kontaktet med det første for at ny hovedforhandling skulle kunne berammes så fort som mulig.

Rapporten fra Mørck var bakgrunnen for at KH umiddelbart måtte engasjere Copenhagen Economics den 13. januar 2012. Vårt håp var at de allerede under hovedforhandlingen skulle kunne gi noen kommentarer til rapporten. Det ble så besluttet utsettelse, men KH visste ikke hvor lang tid man hadde. Derimot visste KH at tiden var meget kort. Det var nødvendig at KH hadde eksperter som kunne evaluere rapporten fra Mørck, herunder gjennomgå alle de faktiske henvisningene som var gjort i rapporten, samt innhente nytt faktum. Det var ingen som helst mulighet for å sende dette ut på anbud, kanskje hadde vi bare en måned til hovedforhandlingen startet på nytt. KH hadde ikke en eneste dag å miste.

Som kjent ble hovedforhandlingen etter hvert utsatt til 6. til 17. juni (ca 4,5 måneder) hvilket ingen kunne vite på forhånd. Utsettelsen medførte betydelige merkostnader. Den 6. januar var både advokat Kjær og advokat Kolstad klare til å starte hovedforhandling. Det er et betydelig arbeid som gjøres de siste ukene før en slik hovedforhandling. Med en så lang utsettelse var det nødvendig å gjøre mye på nytt."

4) 2012/21 - Hjelmeng, Foros og Fjell

- (28) Innklagede har fremlagt følgende oppdragsbekreftelse fra Erling Hjelmeng, Øystein Foros og Kenneth Fjell av 12. april 2010:

"Oppdragsbekreftelse økonomisk/juridisk vurdering ifm saken mellom KH og FL

Oppdrag

Vi viser til mail fra advokat Olav Kolstad av 7. april og bekrefter med dette at vi påtar oss å utarbeide en vurdering av størrelsen på et tap som Fjord Line (FL) eventuelt kan ha lidd som følge av at de ble nektet seilingstillatelse for 2009-sesongen, herunder mulig tap som følge av delvis vinterdrift i 2008. Rapporten vil dekke både økonomiske og juridiske sider, i den forstand at størrelsen på et eventuelt økonomisk tap vil vurderes i lys av norsk retts prinsipper om tapsutmåling, FLs forhold (tapsbegrensningplikt), prinsipper om beskyttet interesse osv.

En slik analyse vil da gi et estimat på et eventuelt økonomisk tap for FL, og vil også kommentere en del mangler ved Shipbiz sin rapport. Den økonomiske delen vil utarbeides av prof. Øystein Foros og førsteamanuensis Kenneth Fjell (NHH), den juridiske delen av prof. Erling Hjelmeng (UIO).

[...]

Tidsrom for oppdrag

Oppstart medio april, rapport ferdigstilt medio juni

[...]

Kostnader

Vi ser for oss at vi kan utføre en slik aggregert økonomisk analyse innenfor en kostnadsramme på 220 000 eks MVA. Den juridiske delen av analysen kan utføres innenfor en ramme på 80 000 eks. MVA, slik at samlet kostnadsramme for rapporten er kr. 300 000.

Ytterligere klientgenerert ressursbruk som møter, presentasjoner, ytterligere informasjon etc vil gå utover denne rammen og faktureres etter avtale med 2000 kr pr time eks. moms (evt reisekostnader dekkes etter regning)"

- (29) Innklagede har fremlagt tre fakturaer datert henholdsvis 24. og 25. august 2010. Av disse fremgikk det at Foros fakturerte innklagede for 110 000 kroner eks. mva., at Fjell fakturerte innklagede for 110 000 kroner eks. mva., og at Hjelmeng fakturerte innklagede for 80 000 kroner eks. mva. I fakturaen fra Foros av 24. august 2010 var det opplyst følgende:

"Oppgjør i forbindelse utarbeidelse av rapport for Kristiansand Havn

Jeg viser til e-post den 13. april 2010 og avtale om utarbeidelse av økonomisk og juridisk analyse vedrørende Fjord Lines mulige økonomiske tap som følge av seilingsnekt fra KH sommersesongen 2009. Rammen ble satt til 300 000 eks moms. Den økonomiske analysen utgjør 220 000 eks moms. Av dette anmoder undertegnede om oppgjør for medgått arbeid på 110 000 eks moms, Kenneth Fjell sender separat faktura på 110 000 eks moms, og Erling Hjelmeng sender separat faktura på 80 000 eks moms."

- (30) Innklagede har videre fremlagt ytterligere to fakturaer datert henholdsvis 21. og 29. september 2011. Den første var fra Foros og var på 110 000 kroner eks. mva., mens den andre var fra Fjell og var på 100 000 kroner eks. mva. (I innklagedes oversikt over fakturaene fra Hjelmeng, Foros og Fjell er den sistnevnte fakturaen uriktig angitt til

110 000 kroner eks. mva., i stedet for 100 000 kroner eks. mva. Totalbeløpet utgjør dermed 510 000 kroner, og ikke 520 000 kroner slik innklagede har beregnet i sin oversikt over fakturaene.) I fakturaene av 21. og 29. september 2011 fremgikk følgende:

"Oppgjør i forbindelse utarbeidelse av rapport for Kristiansand Havn

Jeg viser til telefonsamtaler og e-postkorrespondanse med Olav Kolstad hvor vi avtalte utarbeidelse av et addendum til vår rapport fra juni 2010. "

- (31) I e-post av 17. april 2012 viste innklagede til oppdragsbekreftelsen av 12. april 2010 som svar på spørsmål fra sekretariatet om det ble gjort noe anslag over kontraktens verdi før kontraktsinngåelse.

5) 2012/22 - Aabø & Co AS

- (32) Innklagede har fremlagt en oversikt som viser at KH, fordelt på ti fakturaer, i perioden mellom 30. juni 2009 og 25. mars 2010, ble fakturert for 394 732,60 kroner eks. mva. fra Aabø & Co AS (heretter Aabø & Co). Fakturaene var angitt å tilhøre sakene "*Akonto – møte og skisse til plan*" (én faktura), "*Utleggsrefusjon*" (to fakturaer), "*Løpende rådgivning*" (fire fakturaer), "*Møte og skisse til plan*" (én faktura) og "*Løpende rådgivning og bistand ankesak*" (én faktura).
- (33) Videre har innklagede fremlagt en avtale mellom KH og Aabø & Co hvor det blant annet fremgikk at Aabø & Co skulle være informasjonsrådgiver for KH, og at avtalen hadde virkning fra 8. mars 2010. Avtalen er verken datert eller signert.
- (34) I e-post til sekretariatet fra innklagede av 17. april 2012 ble det opplyst at "*[s]å langt KH kan se, etter å ha gjennomgått korrespondansen med Aabø & Co, er dette i all hovedsak relatert til hjelp i forbindelse med Fjordline saken*".

Anførsler:

Klagernes anførsler:

Avvisning av klagen

- (35) Samtlige av klagerne bestrider at det foreligger grunnlag for avvisning av klagesakene. Klagerne i sakene 2011/112 og 2011/207 (og de senere utskilte saker) viser til at kravet til saklig interesse ikke gjelder ved påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I sak 2011/119 har klager vist til at klagen er rettet mot konkrete anskaffelser fra en konkret leverandør av juridiske tjenester.

Ulovlige direkte anskaffelser

I. Innledning

- (36) Klager i sak 2011/112 anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av advokattjenester fra 2007 og over flere år.
- (37) I sak 2011/119 anfører klager at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser av juridiske tjenester fra Advokatfirmaet Kjær i den perioden klagenemnda har kompetanse til å ilegge gebyr for.

- (38) Også klager i sak 2011/207 anfører, på bakgrunn av klagene i sakene 2011/112 og 2011/119, at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av juridiske tjenester. Videre anføres det at innklagede også har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av andre konsulenttjenester. Det vil i det følgende først bli redegjort for anførslene fra Fjord Line AS som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av juridiske tjenester, før det redegjøres for anførslene som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av andre konsulenttjenester (dvs. for anførslene som er skilt ut i klagesakene 2012/20, 2012/21 og 2012/22).

II. 2011/112, 2011/119 og 2011/207 - Juridiske tjenester

1. Beregning av anskaffelsens verdi

- (39) Det anføres at samtlige av innklagedes kjøp av juridiske tjenester fra to år før tidspunktet for fristavbrytelse i sak 2011/112, må anses som ulovlige direkte anskaffelser.
- (40) Det vises til at anskaffelsens verdi må beregnes i henhold til reglene i forskriften § 2-3 første og ellevte ledd, hvor det fremgår at årlig forbruk danner grunnlag for verddivurderingen ved regelmessige innkjøp. Det er uten betydning at innklagede har foretatt kjøp fra ulike leverandører og at det er tale om oppdrag innenfor ulike juridiske fagfelt. De juridiske tjenester oppdragsgiver har kjøpt er likeartede og skulle vært sett i sammenheng ved verdiberegningen.
- (41) Innklagedes anførsel om at utgiftene til juridisk bistand forut for Fjord Line AS-saken var beskjedne, er ikke korrekt. Av innklagedes redegjørelse av 30. mai 2011 fremgår det at selv uten prosessoppdraget mot Fjord Line AS, har innklagede kjøpt juridiske tjenester for 3 197 945 kroner. I dette beløpet er heller ikke utgiftene til den juridiske utredningen fra professor Kolstad tatt med.
- (42) Innklagedes redegjørelse etterlater videre inntrykk av at Advokatfirmaet Kjær har vært innklagedes hovedleverandør av juridiske tjenester over en lang periode. Det samlede beløpet – relatert til siste to år – er etter klagers beregninger på ca. 5 145 000 kroner eks. mva. Dersom det også inkluderes underleveranser fra sakkyndige som ble engasjert av Advokatfirmaet Kjær i anledning firmaets prosessoppdrag for innklagede, øker dette beløpet med ca. 1,6 millioner kroner, til ca. 7 745 000 kroner. Dette relaterer seg til Advokatfirmaet Kjærs omkostningsoppgaver i sakene mot Multiconsult AS og Fjord Line AS, henholdsvis 213 714 kroner (Multiconsult AS) og 1 380 006 kroner (Fjord Line AS). Innklagedes oppdeling av denne anskaffelsen i flere mindre anskaffelser fremstår som et ulovlig forsøk på å bringe anskaffelsen under terskelverdiene.

2. De enkelte oppdrag

2.1 Innledning

- (43) Klager har videre noen kommentarer til enkelte av de juridiske leveransene fra Advokatfirmaet Kjær.

2.2 Multiconsult AS

- (44) Det registreres at innklagede i tilsvar av 30. mai 2011 har oppgitt samlet størrelse på denne anskaffelsen til 441 966 kroner, og slik at oppdraget startet i oktober 2009 (ettersom oppdraget startet i oktober 2009, fremstår det som uklart hvorfor innklagede henfører deler av anskaffelsen til perioden før april 2009). Samtidig uttales at det er innklagedes vurdering at kostnadene samlet sett ikke vil overstige 500 000 kroner, men at anslaget er forbundet med usikkerhet. Det legges til grunn at størrelsen på innklagedes anskaffelse er oppgitt per 30. mai 2011. I den grad dette medfører riktighet antar klager videre at beløpet inkluderer utarbeidelse av anke til lagmannsretten. Klager kan imidlertid vanskelig se at ytterligere kostnader til forberedelse og gjennomføring av ankeforhandlingen ikke vil medføre kostnader som gjør at den totale verdien på anskaffelsen kommer til å overstige 500 000 kroner. For ordens skyld vises til Advokatfirmaet Kjær omkostningsoppgave for tingretten. Innklagede har så vidt klager kan se ikke orientert klagenemnda om utgiftene til ekspertvitnet som ble benyttet under saken, og som må anses som en del av prosessoppdraget.

2.3 Fjord Line AS

- (45) Når det gjelder rettssaken mot Fjord Line AS, følger det av omkostningsoppgavene for tingrett og lagmannsrett at innklagedes utgifter til juridisk bistand til Advokatfirmaet Kjær så langt i saken er 3 800 107 kroner eks. mva.
- (46) Videre har Advokatfirmaet Kjær benyttet advokat Olav Kolstad i Kvale Advokatfirma som rettslig medhjelper i saken mot Fjord Line AS. Hvorvidt advokat Kolstad i anskaffelsesrettslig forstand skal anses som en underleverandør til Advokatfirmaet Kjær – og således inngå i innklagedes anskaffelse fra sistnevnte – eller skal anses som en selvstendig anskaffelse, er et spørsmål klager ikke finner grunn til å ta stilling til. Det vises til at anskaffelsen fra Kvale Advokatfirma, også om den vurderes separat, uansett overstiger terskelverdien og således var kunngjøringspliktig. Når det gjelder innklagedes påstand om at Kolstads forutgående kjennskap til saken gjorde Kolstad uunnværlig som rettslig medhjelper, kan dette ikke begrunne en fravikelse av anskaffelsesreglene, og påstanden er uansett også misvisende. Det vises til at Kolstads betenkning primært gjaldt havnerettslige/forvaltningsrettslige spørsmål og hadde følgende overskrift: *"Er Kristiansand Havns avgjørelse å ikke behandle Fjord Lines søknad om fastsettelse av seilingsplaner å anse som et enkeltvedtak?"* Som innklagede selv har angitt, gjaldt prosessoppdraget derimot sakens EØS-rettslige og konkurranserettslige sider.
- (47) Videre bemerkes at oppdraget med advokatfirmaet Kjær i Fjord Line AS saken ikke kan anses foreldet. Prinsipalt menes det at arbeidet som ble utført av advokatfirmaet fra sommeren 2009 ikke kan anses som en del av avtale inngått mellom innklagede og advokatfirmaet før klagefristen. Oppdragene som er skissert i advokat Andresens skriv til klagenemnda av 12. mars 2012 kan ikke anses som én samlet anskaffelse. Oppdragene er svært forskjellige og dekker ulike faktiske og rettslige tema. Hvis klagenemnda mener at advokatfirmaet Kjær sine oppdrag er forlengelser av avtaler inngått før klagefristen, foreligger det en vesentlig endring i den opprinnelige avtale. Det er usannsynlig at innklagede i 2008/tidlig 2009 skal ha inngått en avtale som dekker alt arbeidet som er utført etter denne dato, og som Andresen også omtaler som nye oppdrag. En vesentlig endring av en avtale er en ny kontraktsinngåelse, som må følge kunngjøringsreglene, jf. EU-domstolens sak C-454/06 premiss (34) ("Presstext") og

klagenemndas sak 2008/217 premiss (69). Dersom det foretas en vesentlig endring foreligger det oppsigelsesplikt.

- (48) Innklagedes kommentarer av 18. juni 2012 til klagenemndas forhåndsvarsel inneholder en rekke feil og ufullstendigheter. For det første startet ikke oppdraget i saken vedrørende Kystverket den 1. februar 2008, men den 4. desember 2008. Det var denne dato Fjord Line AS innga klage til Kystverket, og klagen gjaldt havnestyrets vedtak av 14. oktober 2008, og ikke standardavtalen til havnen. For det andre er det feil å si at ESA-saken var en oppfølging av argumentasjon først presentert i Kystverket-saken, da ESA saken startet først. Denne saken startet 14. november 2008.

III. 2012/20 - Copenhagen Economics

- (49) Det anføres at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse fra Copenhagen Economics. Det vises til at innklagede i forbindelse med ankesaken mot Fjord Line AS i Agder lagmannsrett anskaffet tjenester fra Copenhagen Economics til en verdi av 1 380 006 kroner eks. mva., uten at anskaffelsen ble kunngjort. Som det fremgår av innklagedes brev til klagenemnda av 5. september 2011, gikk det mellom fire og fem måneder fra Copenhagen Economics ble engasjert, til rapporten ble levert. Innklagede kan således ikke høres med at anskaffelsen kunne unntas kunngjøring som følge av dårlig tid. Som det fremkommer av innklagedes tilsvaer var innklagede ogs a fullt klar over at dette kunne være et oppdrag som ville kunne overstige 500 000 kroner.
- (50) Innklagedes redegjørelse for innkjøpet av konsulenttjenester fra Copenhagen Economics inneholder videre en rekke faktiske feil. For det første hevder innklagede at klager 5. januar 2011 fremla en større økonomisk vurdering på 426 sider. Dette er ikke riktig. Rapporten som ble fremlagt var på 44 sider. De øvrige dokumentene som ble fremlagt innen fristen for fremleggelse av bevis, var oppdaterte versjoner av de samme rapportene som var blitt presentert for tingretten, samt en rekke øvrige faktiske og juridiske bevis. Innklagede hadde på dette tidspunktet for lengst engasjert økonomene Øystein Foros og Kenneth Fjell.
- (51) For det andre hevdes det at Copenhagen Economics ble engasjert 13. januar 2011 og at betydelig arbeid ble nedlagt frem til retten besluttet å utsette hovedforhandlingen på grunn av sykdom. Klager stiller seg tvilende til at dette var tilfelle, ettersom det bare gikk maksimalt to virkedager fra engasjeringen fant sted til retten besluttet utsettelse. Allerede i forbindelse med rettsmøtet 17. januar 2011, ble det klart for innklagede at saken kom til å bli utsatt og, på bakgrunn av dommerens uttalelser om mulige berammelsestidspunkter, at utsettelsen ville være betydelig. Det arbeidet som ble nedlagt i de to virkedagene kan på ingen måte ha vært betydelig sammenlignet med oppdraget Copenhagen Economics endte med å utføre for KH. Dette siste oppdraget kostet nesten 1,4 millioner kroner eks. mva. og krevde om lag 662,5 arbeidstimer.
- (52) For det tredje synes det, på bakgrunn av kostnader og tidsbruk, klart at oppdraget Copenhagen Economics ble engasjert til å utføre for innklagede 13. januar 2011 må ha vært et annet enn det oppdraget Copenhagen Economics utførte i løpet av tiden frem til den omberammede rettssaken startet 6. juni 2011. Det er dette siste oppdraget denne saken gjelder og det synes klart at ingenting forhindret konkurranse om dette oppdraget. Klager antar at Copenhagen Economics 13. januar 2011 ble engasjert for å opptre som

ekspertvitne i saken som var berammet med start 17. januar 2011, og at Copenhagen Economics deretter fikk et nytt og mer omfattende oppdrag etter at det 17. januar 2011 ble klart at saken kom til å bli utsatt i et betydelig tidsrom. Det nye oppdraget som innklagede må ha tildelt Copenhagen Economics etter at rettssaken ble utsatt, må anses vesentlig forskjellig fra det første oppdraget.

- (53) I klagenemndas forhåndsvarsel har nemnda lagt til grunn en svært liberal fortolkning av forskriften § 2-1 (2) bokstav b, som det ikke er rettskildemessig dekning for. Nemnda legger også feil faktum til grunn i vurderingen av om vilkårene for å benytte unntaksbestemmelsen er oppfylt. I foreliggende sak synes det som om oppdragsgivers unnlatelse av å opplyse saken, har kommet denne til gode. Det er uheldig om klagenemnda legger opp til en slik praksis i fremtiden. Dersom unntaksbestemmelsen må anses for å gi hjemmel for den direktetildeling som skjedde 13. januar 2011, må det vurderes hvilket oppdrag som da kunne tildeles uten kunngjort konkurranse.

IV. 2012/21 – Hjelmeng, Foros og Fjell

- (54) Det anføres at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av sakkyndige tjenester fra teamet Hjelmeng, Foros og Fjell. Kjøpet har en slik nærhet i tid og innhold at det må anses som én anskaffelse, jf. forskriften § 2-3. Det vises til at Hjelmeng, Foros og Fjell ble engasjert for å utarbeide en felles rapport om de erstatningsmessige konsekvensene av innklagedes opptreden overfor Fjord Line AS i 2008/2009, noe også innklagede har opplyst. Etter klagers syn må den delen av anskaffelsen som består av juridiske tjenester, også anses som del av den ulovlige direkte anskaffelsen av løpende juridiske tjenester.

V. 2012/22 – Aabø & Co

- (55) Det anføres at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av informasjonsrådgivningstjenester fra Aabø & Co.

VI. Om det skal ilegges gebyr

- (56) Adgangen til å ilegge gebyr er ikke foreldet, jf. klagenemndas saker 2010/222 og 2009/144, hvor det ble ilagt gebyr selv om avtalene ble inngått før toårsfristen.

VII. Gebyrets størrelse

- (57) Innklagede har til tross for god kjennskap til anskaffelsesregelverket systematisk og over lang tid bevisst ignorert å følge regelverkets kunngjøringsregler ved innkjøp av advokat- og konsulenttjenester. Dette har skjedd samtidig som innklagede har lagt andre typer oppdrag ut på anbud. Der oppdragene oversteg terskelverdi, skyldes ikke dette en beklagelig feilvurdering av oppdragets verdi, men en bevisst ignorering av regelverkets kunngjøringskrav. I forhåndsvarselet legges det til grunn en altfor mild vurderingsnorm som belønner en åpenbart uforsvarlig innkjøpspraksis.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klagen

- (58) Innklagede gjør gjeldende at klagen i sak 2011/112 må avvises ettersom klager ikke har saklig klageinteresse.
- (59) Videre mener innklagede at samtlige av klagen må avvises fordi de er ubegrunnede og må anses som uhensiktsmessige for behandling, jf. klagenemndforskriften § 9. Dette for det første fordi det er klart at det ikke foreligger ulovlige direkte anskaffelser, og for det andre fordi klagen ikke konkretiserer de angivelige brudd.
- (60) Når det gjelder klagen i 2011/119, synes hovedformålet med klagen å være å score politiske poeng. Klagenemndas kompetanse brukes i denne sammenheng altså som et ledd i et politisk spill, uten at klageren har noen økonomisk interesse eller leverandørinteresse i saken. Når det gjelder klageren Fjord Line AS, vil innklagede påpeke at Fjord Line AS har en omfattende rettslig tvist med innklagede om tilgang til havnefasiliteter. Bakgrunnen for klagen må derfor ses i sammenheng med det vanskelige forholdet mellom partene, snarere enn Fjord Line AS' angivelige egeninteresse i at innklagede opptrer i samsvar med anskaffelsesregelverket.

Ulovlig direkte anskaffelser

I. Innledning

- (61) Det bestrides at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser av juridiske tjenester og konsulenttjenester.
- (62) Innklagede vil innledningsvis bemerke at så fremt klagen i sak 2011/112 anses fristavbrytende, har klagenemnda ikke kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr for oppdrag som er inngått (signert) før 5. april 2009. Det stilles imidlertid spørsmål ved om klagen i 2011/112 kan være fristavbrytende, ettersom den som nevnt er svært begrenset og generell. Klagen i sak 2011/119 ble gjort kjent for innklagede 20. april 2011. Forutsatt at klagenemnda ikke anser klagen i sak 2011/112 som fristavbrytende, er det således denne datoen klagenemnda må legge til grunn i vurderingen. Når det gjelder klagesak 2011/207, er tilsvarende dato 25. juli 2009. Avgrensningen av klagenemndas kompetanse gjelder selv om oppdraget som sådan utføres i tid etter denne datoen. Dersom klagenemnda ikke er enig i avgrensningen av egen kompetanse, anføres det at størrelsen på eventuelle gebyr uansett skal utmåles basert på verdien av arbeidet som faller i tid etter tidspunktet for fristavbrytelse. Dersom verdien (fakturert beløp) av dette arbeidet ikke overskrider 500 000 kroner, foreligger det ikke kunngjøringsplikt og følgelig ikke grunnlag for gebyr, jf. loven § 7b.
- (63) Det vil i det følgende først bli redegjort for innklagedes anførsler som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av juridiske tjenester, før det redegjøres for anførslene som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av andre konsulenttjenester.

II. 2011/112, 2011/119 og 2011/207 – Juridisk bistand

1. Beregning av anskaffelsens verdi

- (64) Det bestrides at samtlige av KHs innkjøp av juridiske tjenester i den aktuelle perioden skal ses i sammenheng etter forskriften § 2-3. Det anføres at kjøp av juridiske tjenester ikke kan ses på som én anskaffelse, men at kontraktene må ses adskilt. Der hvor faktum og rettsområde i én sak ikke har en naturlig sammenheng med andre oppdrag, må oppdragene ses på som enkeltanskaffelser.
- (65) Det vises til at juridiske tjenester omfatter svært mange rettsområder og forskjellige typer oppdrag. Ulike saker vil derfor kreve helt ulik kompetanse. Spesialisering av advokat tjenester innebærer dessuten at både firmaer og avdelinger innad i firmaer har særlig kompetanse på enkelte juridiske områder. Valget av leverandør vil således avhenge av type sak, og det må for hver enkelt leveranse gjøres en vurdering av hvem som er den beste leverandøren på det aktuelle rettsområdet.
- (66) Dette kan ikke påvirkes av at KH i flere saker har brukt samme leverandør. De fleste av disse sakene har en naturlig indre sammenheng, og sakskomplekset har vokst på en måte som ikke var forutsigbar for KH.
- (67) Forutsatt at klagenemnda likevel skulle komme til at juridiske tjenester må anses som én anskaffelse, anfører innklagede at KH uansett ikke har brutt forpliktelsen til å gjøre en reell vurdering av behovet for juridiske tjenester, jf. forskriften § 2-3. Det vises til at den juridiske bistanden i den aktuelle perioden i all hovedsak er knyttet til saken mellom Fjord Line AS og KH. Dette startet med et mindre kontraktsrettslig oppdrag som etter hvert krevde omfattende juridisk bistand som følge av klager både til EFTAs overvåkningsorgan, Kystverket og prosess for de alminnelige domstolene. Da denne prosessen startet for KH var det ikke mulig å forutse den massive strømmen av klager fra Fjord Line AS og hvilke ressurser dette ville kreve. Samlet størrelse på kontraktene var derfor ikke forutsigbart for KH. At saksforhold øker er et ikke ukjent fenomen for juridiske tjenester, uten at KH kan klandres for ikke å ha sett omfanget av denne saken. Her må det legges vekt på at KH i årene forut for Fjord Line AS-saken hadde beskjedne utgifter til juridiske tjenester. Kvaliteten på KHs vurdering av hvilke kostnader som ville påløpe, og om kunngjøring av en kontrakt var nødvendig og burde forutses, må ses i lys av de tidligere års utgifter.

2. De enkelte oppdrag

2.1 Innledning

- (68) Når det gjelder de enkelte oppdrag, bestrides det at disse utgjør ulovlige direkte anskaffelser.
- (69) Det vises for det første til at oppdragene som er utført av Advokatfirmaet Hjort DA samlet er under nasjonal terskelverdi for kunngjøring.
- (70) Det samme er tilfelle for oppdragene utført av Advokatfirmaet Tofte DA (heretter Advokatfirmaet Tofte/Tofte). Når det gjelder bistanden utført av Advokatfirmaet Tofte

som gjaldt "*Kjøp av grunn/voldgift/stevning Kongsgård – Vige*", og spørsmålet om unntaksbestemmelser, vises det til at det ble igangsatt ulike prosesser.

- (71) Når det gjelder Advokatfirmaet Kjær, utgjør samlet vederlag i den aktuelle perioden 3 332 092 kroner eks. mva., men det bestrides at det foreligger grunnlag for overtredelsesgebyr. Dette skyldes i hovedsak at det er flere oppdrag som ikke kan anses som én og samme anskaffelse. Derneft, for de oppdragene hvor honoraret ligger over nasjonal terskelverdi for kunngjøring, foreligger det hjemmel for direkte anskaffelse. Av redegjørelsen innklagede har gitt for Advokatfirmaet Kjærs oppdrag, fremgår det at bare to av oppdragene er av et slikt omfang at samlet vederlag overstiger 500 000 kroner. Dette gjelder bistand i forbindelse med brukeravtaler for Color Line (som er foreldet ettersom avtale ble inngått før april 2009), og bistand i forbindelse med rettssaken mot Fjord Line AS.
- (72) De øvrige oppdragene spenner fra utarbeidelse av kontrakter, konkurranserett og andre EØS-rettslige spørsmål til utredninger om havneloven. Ingen av kontraktene overstiger grensen for kunngjøringsplikt. Alle oppdragene består dessuten i saker, som både med hensyn til tidspunktene for bistanden, motpart, og sakenes art må ses som enkeltstående, uavhengige oppdrag. Det er således ikke noen naturlig sammenheng mellom sakene som skulle tilsi at disse ble utlyst som én samlet kontrakt.

2.2 Multiconsult AS

- (73) Advokatbistanden fra advokatfirmaet Kjær ble inngått 17. desember 2008, og kontrakten om dette, er følgelig foreldet. Saken gjaldt krav fra KH om erstatning fra Multiconsult AS, som følge av et undersjøisk ras. Multiconsult AS hadde avgitt en rapport om grunnundersøkelser og stabilitetsvurdering, og basert på rapporten hadde KH foretatt en utvidelse av landarealet på Ytre Lagmannsholmen. I april 2008 ble det utløst et undersjøisk ras, som førte til at store deler av utfyllingsarbeidet gikk tapt. Advokatfirmaets oppgave var først å bistå innklagede i forhandlinger med Multiconsult AS om erstatningskravet og deretter opptre som prosessfullmektig da det i juni 2010 viste seg at det ble rettssak om erstatningskravet. Bistanden var under hele perioden knyttet til spørsmålet om Multiconsult AS' erstatningsansvar overfor KH og endret ikke på noe tidspunkt karakter fra oppdraget startet i desember 2008 til det ble avsluttet ved rettskraftig dom den 5. april 2012 fra Agder lagmannsrett. For øvrig vises det til advokat Andersen redegjørelse av 12. mars 2012.
- (74) Det bestrides at kostnader til ekspertvitner må ses som en del av prosessoppdraget, og derfor tas inn i beregningen av kontraktens verdi.

2.3 Fjord Line AS

2.3.1 Advokatfirmaet Kjær

- (75) Når det gjelder saken mot Fjord Line AS, var dette opprinnelig et oppdrag knyttet til avtaleforhandlinger, herunder utarbeidelse av standardavtaler for anløp. Da det senere oppstod en tvist om avtaleinngåelsen med Fjord Line AS anså innklagede det ikke for hensiktsmessig å konkurranseutsette prosessoppdraget for kanskje å ende opp med en annen juridisk rådgiver enn den som hadde bistått i begynnelsen av saken. Advokatfirmaet Kjær kjente til kontraktene og var involvert i arbeidet, noe et annet advokatfirma ville måtte bruke tid og ressurser på å sette seg inn i før en eventuell

rettsprosess. I en kontraktsprosess der det viser seg at arbeidet plutselig leder til en tvist, kan det etter innklagedes syn ikke være i samsvar med anskaffelsesregelverkets formål om effektiv ressursbruk dersom offentlige oppdragsgivere skal være forpliktet til å utlyse og eventuelt skifte advokat midt i prosessen. I slike saker er historikken bak kontraktsforhandlinger mv. ofte helt avgjørende, og ikke noe enhver advokat, uten å måtte bruke store ressurser på å sette seg inn i saken, vil ha mulighet til å håndtere på samme måte som de som allerede har bistått i prosessen. I den aktuelle saken mente innklagede at Advokatfirmaet Kjær kompetanse og kjennskap til saken var sentral i rettsprosessen, og innklagede valgte derfor å ikke kunngjøre oppdraget.

- (76) Advokat Andersen i Advokatfirmaet Kjær har mange års erfaring fra shipping og kontraktsrett, og ble på denne bakgrunn engasjert av KH i forbindelse med at innklagede skulle reforhandle avtaler med Color Line i 2007. Dette var i utgangspunktet et lite, begrenset oppdrag, men krevde at Andersen gjorde et omfattende arbeid for å sette seg inn i KHs virksomhet, historie, avtaleverk mv. Arbeidet ble også mer omfattende enn det man i utgangspunktet trodde, fordi det ble vanskelig å komme til enighet med Color Line. Gjennom arbeidet med utarbeidelse og forhandling fikk Andersen således inngående kjennskap til KH og de rettslige problemstillinger som virksomheten reiste herunder de EØS-rettslige problemstillinger om tilgang til havner etter EØS-avtalens artikkel 53 og 54, som senere ble aktuelle i forbindelse med saken mot Fjord Line AS.
- (77) Høsten 2008 fattet havnestyret i KH vedtak om at det ville bli krevd helårsdrift for ferger som seilte fra KH. Dette forutsatte at Fjord Line AS, som tidligere bare hadde seilt i sommersesongen, måtte ha helårsdrift på rutene fra Kristiansand Havn. For Fjord Line AS var dette ikke ønskelig, og saken ble klaget inn for Kystverket. Saken reiste i hovedsak tre problemstillinger:
- 1) Om KHs bestemmelse var myndighetsutøvelse og ikke utøvelse av privat autonomi (bare myndighetsutøvelse kan klages inn for Kystverket)
 - 2) Spørsmålet om kystloven § 10 pålegger norske havner mottaksplikt
 - 3) Om KHs krav var i strid med EØS-avtalen artikkel 53 og 54
- (78) Andersen hadde på bakgrunn av bistanden i forbindelse med Color Line-saken omfattende kjennskap til faktum, de rettslige spørsmålene saken reiste og til KHs virksomhet og begrunnelse for kravet til helårsdrift. Tatt i betraktning at han allerede var godt inne i problemstillingene, mente KH at det av hensyn til effektiv ressursbruk var mest hensiktsmessig å engasjere Andersen. Videre ville en konkurranse i tilfellet neppe være formålstjenlig, ettersom Andersens oppdragsforståelse og kjennskap til saken, sammen med pris, innebar at det var lite sannsynlig at en annen advokat ville bli valgt. Dessuten var det gitt korte frister for tilsvaret til Kystverket.
- (79) Parallelt med klagesaken til Kystverket fremmet Fjord Line AS i tillegg en klage til EFTAs overvåkningsorgan (ESA), hvor det ble hevdet at KH opptrådte i strid med EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og at KH måtte ha mottaksplikt etter EØS-retten. Saken reiste i realiteten mange av de samme problemstillingene som bistanden i arbeidet med avtaler for Color Line og klagesaken til Kystverket. Sakene var samlet sett svært omfattende og krevde en betydelig gjennomgang av faktum og juridiske problemstillinger. Av hensyn

til effektiv ressursbruk valgte KH derfor å engasjere advokat Andersen også i dette oppdraget.

- (80) Samtidig klaget Fjord Line AS også inn KH til ESA for brudd på EØS forordning 4055/86.
- (81) Endelig fremmet Fjord Line AS i 2009 krav om erstatning fra KH for tap som følge av at Fjord Line AS ikke hadde fått seile sommeren 2009. Saken reiste følgende spørsmål:
- 1) Om KH hadde brutt havneloven § 10
 - 2) Spørsmål om Kystverkets vedtak var gyldig
 - 3) Om KH hadde brutt EØS-artikkel 53 og 54, og
 - 4) Om KH hadde et ulovlig samarbeid med Color Line
- (82) På bakgrunn av Andersens nevnte erfaring med disse spørsmålene, ble han her engasjert som prosessfullmektig.
- (83) Det følger av det ovennevnte at alle sakene hvor KH har engasjert Advokatfirmaet Kjær, i stor grad knytter seg til identiske juridiske problemstillinger. Fjord Line AS har gjentatte ganger, og for ulike organer, klaget inn KH med påstand om brudd på havnelov og EØS-avtalen. KH har vurdert det som hensiktsmessig at samme advokat har tatt hånd om disse problemstillingene. Alternativet ville være å stadig lyse ut ny konkurranse om advokattjenester, med den risiko at KH måtte bruke ulike advokater på saker som i realiteten reiste mange av de samme problemstillingene.
- (84) Oppdraget som ble tildelt Advokatfirmaet Kjær i denne saken må, uavhengig av antall kontrakter som er inngått, anses som *"ett prosjekt"*, jf. klagenemndas sak 2011/179, hvor det uttales at: *"Når det gjelder avtaler som er begrenset til et konkret prosjekt må derfor den klare hovedregelen være at avtalen kan fullføres uten at unnlatt oppsigelse representerer en ulovlig direkte anskaffelse."* Dette er i avgjørelsen begrunnet med følgende: *"Som et utgangspunkt må imidlertid konkurransehensynet anses tilstrekkelig ivarettatt ved de rettigheter leverandørene er gitt for å anfekte den opprinnelige kontraktsinngåelsen."* Advokatfirmaets bistand startet i 2008 i tilknytning til avtale om havnefasiliteter og at havnestyret høsten 2008 fattet vedtak om at det ville bli krevd helårsdrift for ferger som seilte fra havnen. Dette omfattet Fjord Line AS, som ikke var enig i dette, og derfor fremmet klage til Kystverket, til ESA med påstand om brudd på EØS-avtalens artikkel 53 og 54 og EØS-forordning 4055/86 og erstatningskrav mot KH fremmet for tingretten i 2009 som følge av at Fjord Line AS ikke hadde fått seile sommeren 2009. Alle sakene knytter seg til ulike rettslige grunnlag med ett felles underliggende faktum. I forhåndsvarselet legger nemnda til grunn at faren for omgåelse er stor om nemnda skal se de ulike kontraktene under ett. Ved en alvorlig sanksjon som overtredelsesgebyr, må nemnda foreta en inngående vurdering av de faktiske forhold i saken og ikke bare begrunne sin avgjørelse med en generell fare for omgåelse. Ellers ivaretas ikke KHs rettssikkerhet. Siden oppdraget i denne saken er inngått før klagefristen, er dette forhold foreldet. Det vises her til klagenemndas vurdering av Multiconsult-saken, hvor det legges til grunn at avtalen er inngått før klagefristen, at det her er tale om det samme oppdraget/prosjektet gjennom hele perioden, og at det derfor ikke gjelder noen oppsigelsesplikt som medfører at det foreligger en ulovlig direkte

anskaffelse. Fjord Line saken må bedømmes på samme måte. For øvrig vises det til advokat Andersen redegjørelse av 12. mars 2012.

2.3.2 Kvale Advokatfirma

- (85) Når det gjelder Kvale Advokatfirma, er den samlede verdien av bistanden over nasjonal terskelverdi, og utgangspunktet er følgelig at oppdraget skulle vært kunngjort. Det anføres imidlertid at det ikke foreligger grunnlag for overtredelsesgebyr.
- (86) Det vises til at Olav Kolstad, som på den tiden var professor ved juridisk fakultet i Oslo, i 2009 ble engasjert av innklagede for å gi en rettslig vurdering av spørsmål som ble reist i tvisten mellom innklagede og Fjord Line AS. Bakgrunnen for oppdraget var at saken mot Fjord Line AS omfattet forvaltningsrettslige og EØS-rettslige spørsmål, blant annet av om KH var et foretak. KH mente at det var sentralt at vurderingen ble gjort av en uavhengig person som ville ha mulighet til å gjennomføre en objektiv vurdering. Det var dessuten tale om en problemstilling som krevde særlig kompetanse om forholdet mellom konkurranserett, EØS-rett og forvaltningsrett. KH ønsket på denne bakgrunn å engasjere en professor fra et av landets universiteter. De aktuelle kandidatene til oppdraget ved landets universiteter ble kontaktet, og Kolstad hadde anledning til å ta oppdraget. Kolstad utarbeidet en vurdering av sentrale spørsmål i saken, med fokus på det EØS-rettslige. Fra 1. oktober 2009 tok Kolstad permisjon fra stillingen som professor for å tre inn som partner i Kvale Advokatfirma. Kolstad ble kort etter at han startet som advokat engasjert som rettslig medhjelper til advokat Andersen for å bistå i rettssaken mellom innklagede og Fjord Line AS for Kristiansand tingrett. Kolstad prosederte de EØS-rettslige sidene av saken for tingretten, og ble også engasjert som rettslig medhjelper i forbindelse med ankesaken for Agder lagmannsrett. Kolstad hadde en unik kjennskap til saken, og hadde allerede gjennom sin juridiske vurdering gått grundig inn i de juridiske spørsmålene saken reiste. I den aktuelle saken mente innklagede at Kolstads kompetanse og kjennskap til saken var sentral i rettsprosessen, og valgte derfor å ikke kunngjøre oppdraget. Etter innklagedes syn kan det ikke være i samsvar med formålet i anskaffelsesregelverket at offentlige oppdragsgivere skal være forpliktet til å utlyse en konkurranse om juridisk rådgivning når advokater allerede på et tidligere tidspunkt har vært inne i saken og har kunnskap og kompetanse som andre advokater ikke har.

III. 2011/20 - Copenhagen Economics

- (87) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av konsulenttenester fra Copenhagen Economics.
- (88) Innklagede engasjerte Copenhagen Economics 13. januar 2011 i forbindelse med rettssaken mot Fjord Line AS. Bakgrunnen for dette var at motparten ved tidspunktet for sluttinnlegg 5. januar 2011 fremla et prosesskrift med økonomiske vurderinger utarbeidet av professor von der Fehr og selskapet ShipBiz, som det var nødvendig å imøtegå. Prosesskriftet ble mottatt av innklagede 10. januar 2011. Både Fehr og ShipBiz opptrådte som sakkyndige vitner og begge rapporter var omfattende. Rapporten fra ShipBiz var også betydelig endret fra den som var fremlagt for tingretten. Begge rapportene bygde på analyser av en omfattende mengde data om geografiske forhold, reisemønstre mellom Danmark og Norge, værforhold i Skagerak, distansemålinger

mellom ulike havner, bunkersforbruk/priser, analyser, befolkningsanalyser i forskjellige markeder mv. Videre var rapportene basert på diverse påstander/anførsler om betydningen/forståelsen av konkurranseregler og rettsavgjørelser i EU. Hovedforhandlingen var på dette tidspunkt berammet til 17. januar 2011, og innklagede så for seg at Copenhagen Economics kunne utarbeide et skriftlig ekspertdokument og avgi sakkyndig vitneprov i retten ca. 25- 26. januar 2011, om ikke saken ble utsatt, slik innklagede i utgangspunktet håpte på. Advokatene til KH hadde selv ingen mulighet eller kompetanse til å gjennomgå det nye materialet.

- (89) Selv om innklagede den 10. januar 2011 begjærte saken utsatt, kunne ikke innklagede avvente rettens beslutning vedrørende dette før økonomer ble engasjert. På grunn av den korte tiden, var innklagede avhengig av å finne et ekspertvitne med store interne ressurser, som hadde erfaring med denne typen arbeid fra før, og som kunne starte umiddelbart uten noen opplæringsperiode. Anskaffelsen var derfor foranlediget av uforutsette omstendigheter og det var ikke mulig å gjennomføre en hasteprosedyre om denne slik klager hevder, jf. forskriften § 2-1 (2) bokstav c.
- (90) Innklagedes begjæring om utsettelse ble i utgangspunktet ikke tatt til følge, men på grunn av sykdom på dagen for hovedforhandling ble saken likevel tilslutt utsatt. Dette ble meddelt innklagede i brev av 21. januar 2011, og saken ble da utsatt i ca. 4 måneder. På dette tidspunkt hadde Copenhagen Economics allerede nedlagt et betydelig arbeid, jf. selskapets faktura av 26. januar 2011, som viser at selskapet de første 10 virkedagene hadde arbeidet 186 timer og for dette fakturerte kr. 385 609,81. Tatt i betraktning regelverket krav til effektiv ressursbruk, var det ikke økonomisk hensiktsmessig å kunngjøre en konkurranse for å få på plass en eventuell ny leverandør på dette tidspunkt. Dette er heller ikke et arbeid som automatisk kan overtas av et annet selskap. Selv om saken ble utsatt var tiden likevel knapp. Motpartens data skulle gjennomgås, nye data skulle fremskaffes, og dette skulle gjennomgås med innklagede. Det var derfor heller ikke realistisk å stoppe arbeidet, og først fortsette dette etter at kunngjort konkurranse var gjennomført.
- (91) Selv om utsettelsen medførte at det ble lenger tid til å utføre oppdraget og omfanget/verdien av dette dermed økte, har oppdraget hele tiden vært av samme art og formål. Copenhagen Economics oppdrag var å utarbeide en ekspertrapport og opptre som sakkyndig vitne i rettssaken. Det er derfor tale om ett og samme oppdrag, slik klagenemnda helt korrekt har lagt til grunn i forhåndsvarselet. Det er dermed ikke grunnlag for å vurdere denne anskaffelsen på nytt. KH bestrider for øvrig at det bevisst er holdt tilbake informasjon/dokumentasjon i saken.

IV. 2012/21 – Hjelmeng, Foros og Fjell

- (92) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av konsulenttjenester fra Erling Hjelmeng, Øystein Foros og Kenneth Fjell.
- (93) Det vises til at oppdragene utført av disse tre ikke kan ses som én anskaffelse. Dette fordi det ble inngått separate kontrakter med henholdsvis Hjelmeng og Foros/Fjell, oppdragene ble fakturert hver for seg, det gjaldt ulike fagdisipliner og arbeidet resulterte i frittstående rapporter.

- (94) Professor Erling Hjelmeng ble engasjert av KH for å utføre en juridisk utredning om erstatningsutmåling ved formuestap. Valget av Hjelmeng ble gjort på bakgrunn av hans særlige kompetanse og det faktum at innklagde ønsket en objektiv gjennomgang av reglene. Hjelmengs engasjement var et separat oppdrag og resulterte i en egen juridisk vurdering. Oppdraget ble fakturert Hjelmeng direkte, og oversteg ikke 500 000 kroner.
- (95) Hjelmengs oppdrag skiller seg klart fra utredningen innhentet fra Foros og Fjell, som gjaldt økonomiske beregninger og således krevde en helt annen fagdisiplin. Foros og Fjell ble engasjert av KH for å gjøre økonomiske beregninger av betydningen av at Fjord Line AS ikke seilte fra KH i 2009. Henvendelsen til Foros og Fjell var uavhengig av Hjelmengs oppdrag, og partene stod ikke i noen form for underleverandør-forhold til hverandre. Arbeidet resulterte i en egen rapport med de økonomiske vurderingene. Oppdragenes omfang oversteg ikke 500 000 kroner. Videre ble både Foros og Fjell engasjert direkte av KH og kan ikke ses som en del av advokatfirmaet Kjærs prosessoppdrag.

V. 2012/22 – Aabø & Co

- (96) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av informasjonsrådgivningstjenester fra Aabø & Co. Det vises til at Aabø & Co bistod KH i perioden mai 2009 og til og med mars 2010. Oppdraget gjaldt informasjonsrådgivning i forbindelse med ulike prosjekter. Oppdragets totale omfang er på 394 732 kroner under en tidsperiode på ti måneder. Aabø & Co har ikke hatt oppdrag for KH etter mars 2010.

VI. Om det skal ilegges gebyr

- (97) Fjord Line saken startet som et lite oppdrag knyttet til avtalerett og utviklet seg til et oppdrag som krevde omfattende juridisk bistand. Dette kunne ikke KH forutse på forhånd. Klagenemndas tolkning av regelverket i forhåndsvarselet (særlig premiss (217)), innebærer at oppdragsgiver alltid har risikoen for at et juridisk spørsmål utvikler seg til et større oppdrag som skal kunngjøres. Offentlige oppdragsgivere må dermed alltid utlyse konkurranse om juridisk bistand selv om oppdraget i utgangspunktet vurderes til å ha en verdi under 500.000 og videre også selv om advokater har vært inne i saken på et tidlig stadium og har kompetanse og kunnskap om denne som andre ikke har. Dette er ikke i samsvar med regelverkets krav til effektiv ressursbruk. KH kan uansett ikke klandres for sin opptreden. KH hadde på et tidlig tidspunkt engasjert advokat Kjær og så det verken juridisk eller økonomisk hensiktsmessig å kunngjøre oppdraget da det utviklet seg til å bli svært omfattende. Nemnda bes derfor om å vurdere skyldspørsmålet på nytt.

VII: Gebyrets størrelse

- (98) Gebyret må uansett settes ned, da det ikke var påregnelig for KH at omfanget av Fjord Line saken ville vokse i det omfang den gjorde og at KH ikke kan klandres for å fortsette å bruke den advokaten som allerede var engasjert og godt inne i saken.

Klagenemndas vurdering:

Hvorvidt klagen må avvises

- (99) Innklagede har gjort gjeldende at klager i sak 2011/112 mangler saklig klageinteresse, og at samtlige av klagen må avvises som ubegrunnede eller uhensiktsmessige for behandling da det etter innklagedes syn ikke foreligger ulovlige direkte anskaffelser og fordi klagen ikke i tilstrekkelig grad konkretiserer de angivelige brudd. I klagenemndas forhåndsvarsel av 31. mai 2012 ble det tatt stilling til hvorvidt klagen(e) skulle avvises på disse grunnlag, og nemnda fastslo da at kravet til saklig klageinteresse ikke gjelder i gebyrsaker, jf. klagenemndeforskriften § 13a, og at klagen heller ikke skulle avvises som ubegrunnede eller uhensiktsmessige med hjemmel i klagenemndeforskriften § 9. Dette fastholdes.

Om klagefrist og foreldelsesfristen for å ilegge overtredelsesgebyr

- (100) Av klagenemndeforskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Av denne bestemmelsen fremgår det at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (101) Klagesak 2011/112 ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 30. mars 2011, og innklagede ble varslet ved klagenemndas brev av 5. april 2011. Klagenemnda har således myndighet til å behandle og ilegge overtredelsesgebyr for de kontraktsinngåelser denne klagen gjelder foretatt fra 5. april 2009. Klagesak 2011/119 ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 5. april 2011, og innklagede ble varslet ved klagenemndas brev av 18. april 2011. Klagenemnda har da myndighet til å behandle og ilegge overtredelsesgebyr for de kontraktsinngåelser denne klagen gjelder foretatt fra 18. april 2009. Klagesak 2011/207 (og senere utskilte saker 2012/20, 2012/21 og 2012/22) ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 25. juli 2011, og innklagede ble varslet ved klagenemndas brev av 2. august 2011. I denne saken har klagenemnda dermed myndighet til å behandle og ilegge overtredelsesgebyr for de kontraktsinngåelser denne klagen gjelder foretatt fra 2. august 2009. Klagenemnda vil komme tilbake til hvorvidt de enkelte anskaffelser er klaget inn rettidig, etter at nemnda har vurdert hvilke kontrakter som må ses i sammenheng ved beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi. Klagen tas etter dette til behandling.

Hvorvidt anskaffelsen(e) er omfattet av regelverket

I. Innledning

- (102) Det følger av forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 1-3 første ledd at "[d]enne forskrift får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter". Begrepet "kontrakt" er i forskriften § 4-1 bokstav a definert som en "gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører". Hva som anses som "skriftlig" fremgår av § 4-1 bokstav h: "ethvert uttrykk bestående av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres". Det kan videre omfatte elektronisk melding når informasjonen i denne er tilgjengelig for ettertiden.

- (103) I klagenemndas saker 2011/58 til 2011/65 gjennomgikk nemnda praksis og teori vedrørende skriftlighetskravet, og oppsummerte følgende i premiss (156) i sak 2011/58:

"Ovennevnte uttalelser og klagenemndas praksis viser at skriftlighetskravet i forskriften, verken av departementet eller i teorien, tidligere er blitt tolket som en reell begrensning når det gjelder spørsmålet om hvilke avtaler som er omfattet av forskriften. Bakgrunnen for dette synspunktet er omgåelsesbetraktninger."

- (104) I den konkrete vurderingen av om skriftlighetskravet var oppfylt, la nemnda i premiss (164) vekt på følgende:

"Dette innebærer etter nemndas syn at de sentrale avtalevilkårene, herunder hva som er kontraktsgjenstanden, hvilken pris som skal betales og hva som er leveringstiden, i foreliggende sak hele tiden har vært fastsatt skriftlig. Det må også legges til grunn at renovasjonstjenestene som er kjøpt i denne saken er en type kjøp som det vanligvis inngås skriftlig kontrakt om. Videre er det også på det rene at BIR har utført de tjenestene renovasjonsordningen gjelder, og at innklagede har betalt de skriftlige fakturaene BIR har utstedt for sine tjenester. Dette er etter nemndas oppfatning nok til å konkludere med at det her foreligger en skriftlig kontrakt, og at anskaffelsen omfattes av forskriften, jf. § 1-3 (1) og § 4-1 bokstav a. "

- (105) Klagenemnda vil i det følgende vurdere hvorvidt skriftlighetskravet er oppfylt for kontraktene som er klaget inn i de foreliggende saker.

II. 2011/112, 2011/119 og 2011/207 – Juridisk bistand

- (106) Når det gjelder oppdragene om juridisk bistand i sakene 2011/112, 2011/119 og 2011/207, har innklagede ikke fremlagt noen form for oppdragsbekreftelser eller lignende for disse. Dette til tross for gjentatte oppfordringer og pålegg fra klagenemndas sekretariat om å fremlegge dette. Nemnda forstår den manglende fremleggelsen slik at slike dokumenter ikke eksisterer. Dette fremstår etter nemndas syn som påfallende, all den tid medlemmer av Advokatforeningen er pålagt å utarbeide skriftlige oppdragsbekreftelser. Kjøpene av juridisk bistand er uansett dokumentert ved at innklagede har utarbeidet en oversikt over fakturaer som knytter seg til samtlige oppdrag om juridisk bistand fra 2007. Videre er det også på det rene at innklagede har betalt de skriftlige fakturaene som de enkelte advokatfirma har utstedt for sine tjenester. For noen av oppdragene om juridisk bistand har innklagede/innklagedes advokat også gitt en redegjørelse for hva disse omfattet. Klagenemnda finner, for samtlige av disse sakene, at den dokumentasjon som foreligger må anses tilstrekkelig til å være omfattet av forskriftens krav ettersom det er tale om kjøp som vanligvis inngås skriftlig, og som klagenemnda må legge til grunn at det skulle vært inngått skriftlig kontrakt for. Forskriften kommer dermed til anvendelse, jf. § 1-3 første ledd og § 4-1 bokstav a.

III. 2012/20 - Copenhagen Economics

- (107) Når det gjelder tjenestekjøpet fra Copenhagen Economics, har innklagede beskrevet oppdraget og fremlagt fakturaer fra leverandøren. Videre er det også på det rene at innklagede har betalt de skriftlige fakturaene som Copenhagen Economics har utstedt for sine tjenester. På samme måte som for den juridiske bistanden omfattet av sakene 2011/112, 2011/119 og 2011/207, finner klagenemnda at den dokumentasjon som

foreligger må anses tilstrekkelig til å være omfattet av forskriftens krav ettersom det er tale om kjøp som vanligvis inngås skriftlig, og som klagenemnda må legge til grunn at det skulle vært inngått skriftlig kontrakt for. Forskriften kommer dermed til anvendelse, jf. § 1-3 første ledd og § 4-1 bokstav a.

IV. 2012/21 - Hjelmeng, Foros og Fjell

- (108) Innklagede har i sak 2012/21 fremlagt en oppdragsbekreftelse fra Øystein Foros, Erling Hjelmeng og Kenneth Fjell av 12. april 2010 vedrørende utarbeidelse av rapport, og i tillegg fremlagt fakturaene som er betalt av KH både for rapporten og et senere "addendum" til denne. Når det gjelder addendument, fremgår det av de tilhørende fakturaene at dette ble avtalt per telefon og e-post (klagenemnda har ikke fått fremlagt e-postkorrespondansen det her refereres til). Videre er det også på det rene at innklagede har betalt de skriftlige fakturaene som Hjelmeng, Foros og Fjell har utstedt for sine tjenester. Klagenemnda finner at også disse kontraktene omfattes av forskriftens virkeområde, og forskriften kommer dermed til anvendelse, jf. § 1-3 første ledd og § 4-1 bokstav a.

V. 2012/22 - Aabø & Co

- (109) I klagenemndas sak 2012/22 har innklagede utarbeidet en oversikt over fakturaer fra tjenestene fra Aabø & Co. Videre er det på det rene at innklagede har betalt de skriftlige fakturaene som Aabø & Co har utstedt for sine tjenester. Nemnda finner at også i dette tilfellet må den dokumentasjon som foreligger anses tilstrekkelig til å være omfattet av forskriftens krav ettersom det er tale om kjøp som vanligvis inngås skriftlig, og som klagenemnda må legge til grunn at det skulle vært inngått skriftlig kontrakt for. Forskriften kommer dermed til anvendelse, jf. § 1-3 første ledd og § 4-1 bokstav a.

Beregning av anskaffelsen(e)s anslåtte verdi

I. Innledning

- (110) Av loven § 7b første ledd følger det at med en ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (111) Oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på minst 500 000 kroner eks. mva., jf. forskriften § 9-1/§ 18-1, jf. § 2-1 andre ledd jf. § 2-2 første ledd, med mindre ett av unntakene for kunngjøringsplikten kommer til anvendelse.
- (112) Nemnda finner grunn til å presisere at juridiske tjenester etter direktiv 2004/18/EF artikkel 21 er fritatt fra de fleste prosedyrekravene, men at forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 femte ledd om uprioriterte tjenester utvider kunngjøringsplikten ved henvisningen til forskriften del I og del II. Dermed skal juridiske tjenester beregnet til en anslått verdi på minst 500 000 kroner som hovedregel kunngjøres.
- (113) Regler for beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi er inntatt i forskriften § 2-3. Utgangspunktet er at én kontrakt må anses som én anskaffelse, og at det således er verdien av den aktuelle kontrakt som skal legges til grunn ved vurderingen av om det foreligger kunngjøringsplikt. I noen tilfeller innebærer imidlertid beregningsreglene som er angitt i forskriften § 2-3 at verdien av flere kontrakter skal ses samlet når kunngjøringsplikten vurderes. Nemnda vil i det følgende ta stilling til om og eventuelt for hvilke kontrakter dette er tilfellet i de foreliggende klagesaker.

II. Forskriften § 2-3 første og ellefte ledd

- (114) Fjord Line AS har anført at anslått verdi av de juridiske tjenestene innklagede har kjøpt, må beregnes i henhold til beregningsreglene i § 2-3 første og ellefte ledd, og nemnda vil i det følgende ta stilling til dette.
- (115) Av forskriften § 2-3 første ledd følger det at anskaffelsens anslåtte verdi beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, eks. mva., *"for de kontrakter som utgjør anskaffelsen"*.
- (116) Denne bestemmelsen har ikke noe motstykke i direktiv 2004/18/EF, men viser at en oppdragsgiver ved verdiberegningen i visse tilfeller har plikt til å se flere kontrakter i sammenheng. Dette vil for eksempel være tilfelle dersom vilkårene i § 2-3 ellefte ledd er oppfylt. Av denne bestemmelsen fremgår det at den anslåtte verdien *"[f]or vare- og tjenestekontrakter som inngås med regelmessige mellomrom eller som skal fornyes innen et gitt tidsrom"*, skal beregnes på bakgrunn av *"enten den samlede faktiske verdien av de påfølgende kontraktene av samme type tildelt i løpet av de foregående tolv månedene"* eller *"den samlede anslåtte verdien av de påfølgende kontraktene tildelt i løpet av tolv måneder fra den første leveransen eller i løpet av regnskapsåret dersom dette er lengre enn 12 måneder"*.
- (117) Klagenemnda vil i det følgende avgrense vurderingen av hvordan anskaffelsens verdi skal beregnes, til å gjelde de kontraktene som er skilt ut som klagegjenstand i sakene 2011/112, 2011/119 og 2011/207.
- (118) Det første spørsmålet blir da om alle de kontraktene innklagede har inngått om juridiske tjenester kan anses å være av *"samme type"*, jf. § 2-3 ellefte ledd. Nemnda forstår ordlyden slik at det kan foreligge kunngjøringsplikt dersom oppdragsgiver har/vil inngått/inngå kontrakter av *"samme type"* (som den aktuelle kontrakten som vurderes) til en verdi av minst 500 000 kroner i løpet av de tidsperioder som fremgår av bokstavene a og b, dvs. enten bakover eller fremover i tid. Nemnda legger videre til grunn at oppdragsgiver kan velge mellom de beregningsmetoder som er angitt i § 2-3 ellefte ledd, men at valg av metode ikke kan gjøres med det formål å unngå kunngjøringsplikt, jf. forskriften § 2-3 tredje ledd, Steinicke/Groesmeyer, *"EU's Udbudsdirektiver"*, 2008, side 594 og Arrowsmith, *"The Law of Public and Utilities Procurement"*, 2005, side 382.
- (119) Arrowsmith har på side 383 uttalt følgende om bestemmelsen i direktiv 2004/18/EF artikkel 9 nr. 7:

"The rules above apply, as indicated, only to purchases of goods or services of the same "type". There is some debate as to what is meant by a "type" of good or service for this purpose. Probably goods or services are of the same "type" where they are typically available from the same supplier or service provider. Thus, for example, pens, rubbers and typing fluid are probably products of the same "type", since they are all generally supplied by individual stationary firms. Certain different types of vehicles – such as street-sweeping vehicles and fire engines – are probably different "types" of product since they are normally available only from different specialist firms. Such a test reflects the objective of the rules, which is to ensure that purchases are advertised when it is commercially reasonable for those purchases to be packaged in a single contract. Services will generally need to be aggregated only at much lower levels than the

"categories" of services listed in Sch.1 to the Services Regulations (which is included for the purpose of categorising services as Part A and Part B services); many of these categories cover a wide range of services which would not typically be provided by a single firm. [...] Generally, it is desirable that the courts should not be too strict, and should not insist on aggregation where there is a reasonable commercial argument for splitting requirements.

The aggregation rules also only apply to contracts "with similar characteristics". The appropriate test here appears to be whether the same providers would be likely to be interested in the contracts. This could depend on many factors – for example, on whether the contract is for hire or for purchase (which may, in some industries, be covered by different providers), or on the applicable terms, which may be very different for regular needs and for one-off special projects and may thus attract different types of providers. Another factor might be whether additional subject matter is included – for example, a contract for both supply and maintenance may interest different providers from a simple supply contract."

- (120) Steinicke/Groesmeier uttaler på side 593 at i ordlyden *"lignende successive kontrakter"* ligger antagelig både at kontraktsgjenstandene helt eller delvis skal ligne på hverandre, slik at de tar sikte på å oppfylle de samme behov, og at kontraktens grunnkarakteristika og vilkår ikke må avvike så mye fra hverandre at det ikke kan tales om lignende kontrakter. Videre mener forfatterne det kan argumenteres for at det etter denne bestemmelsen kreves en noe tettere sammenheng mellom kontraktene enn det som ligger i bestemmelsen i direktivets artikkel 9 nr. 5 bokstav b om *"ensartede varer"*.
- (121) Hvorvidt kontraktene om juridisk bistand er av *"samme type"*, må etter dette avgjøres ut fra en konkret vurdering, der både egenskaper ved de juridiske tjenestene innklagede kjøpte og kontraktsvilkårene har betydning.
- (122) Når det gjelder kontraktsvilkårene, forstår nemnda innklagede slik at det ikke foreligger skriftlige oppdragsbekreftelser eller lignende. Nemnda antar således at leverandørens standardvilkår har kommet til anvendelse, men heller ikke disse er fremlagt for nemnda. Nemnda har imidlertid ingen holdepunkter for at kontraktsvilkårene skiller seg fra hverandre i en slik grad at det skulle tilsi at kontraktene ikke er av *"samme type"*.
- (123) Etter klagenemndas syn vil imidlertid ikke enhver kontrakt om juridisk bistand nødvendigvis være av *"samme type"* som en annen kontrakt om juridisk bistand. Det vises til at juridiske tjenester omfatter en rekke ulike rettsområder, og det varierer hvilke typer juridiske tjenester de enkelte juridiske rådgivere tilbyr. Når det gjelder kontrakter innenfor samme type rettsområde, legger nemnda imidlertid til grunn at disse i utgangspunktet vil kunne anses som *"samme type"*.
- (124) Dokumentasjonen i herværende saker viser at innklagede har inngått en rekke kontrakter om juridisk bistand fra år 2007. Selv om en stor del av bistanden er utført av Advokatfirmaet Kjær, viser innklagedes oversikt at det er benyttet til sammen elleve leverandører. Når det gjelder de enkelte kontrakter, har innklagede redegjort for enkelte av disse, men ikke for alle. Så vidt klagenemnda forstår, omfatter de juridiske tjenestene i hovedsak bistand knyttet til havnelovgivning, kontraktsrett, EØS-rett, konkurranserett, forvaltningsrett og fast eiendom. Det synes således å være tale om generell juridisk bistand som dekker ulike sider av innklagedes virksomhet. Som følge av at kontraktene om juridisk bistand synes å omhandle ulike rettsområder, og det også er benyttet en rekke ulike leverandører, har klagenemnda ikke tilstrekkelige holdepunkter for at alle

kontraktene innklagede har inngått om juridiske tjenester etter 5. april 2009 er av "samme type". Fjord Line AS kan etter dette ikke høres med at kontraktens anslåtte verdi må beregnes i henhold til forskriften § 2-3 ellefte ledd.

III. Beregning av de enkelte anskaffelsers anslåtte verdi

1. Innledning

(125) Nemnda har altså konkludert med at innklagede ikke hadde plikt til å beregne verdien av samtlige av kontraktene om juridisk bistand samlet etter § 2-3 ellefte ledd. Nemnda vil i det følgende vurdere hvorvidt de enkelte kjøp i herværende sak etter sin anslåtte verdi skulle vært kunngjort. I denne vurderingen vil det også være nødvendig å ta stilling til hvorvidt innklagede i henhold til andre bestemmelser i § 2-3 hadde plikt til å se enkelte av kontraktene samlet ved vurderingen av anskaffelsens anslåtte verdi, dvs. om anskaffelsen må anses å bestå av flere kontrakter i henhold til reglene om verdiberegning.

2. Kongsgård Vige

(126) Innklagedes oversikt fremlagt 16. mars 2012 viser at innklagede i perioden 31. desember 2009 til 4. juli 2011 ble fakturert for til sammen 509 319,30 kroner eks. mva. av Advokatfirma Tofte for bistand i saken(e) "KNAS", "KNAS – voldgift" og "KNAS – voldgiftssak Kongsgård Vige". Bistanden er for samtlige av fakturaene angitt å være "Kjøp av grunn/voldgift/stevning Kongsgård – Vige".

(127) I e-post av 17. april 2012, inntatt i premiss (19), har innklagede redegjort nærmere for denne bistanden, og blant annet opplyst at saken gjaldt spørsmålet om å finne rett markedspris på havnearealer som innklagede skulle erverve fra Kristiansand Næringssekskap AS (KNAS). Innklagede ble først bistått av Prosjekt- og Teknologiledelse i frivillig voldgift, men "[f]ra mai/juni 2009 engasjerte KH advokatkontoret Tofte til å bistå havna juridisk videre i saken". Klagenemnda legger etter dette til grunn at det ble inngått én kontrakt om juridisk bistand fra Advokatfirma Tofte i forbindelse med tvisten med KNAS, og det er således ikke tvilsomt at bistanden fra Tofte må anses som én anskaffelse ved beregningen av anskaffelsens verdi. Dette selv om bistanden etter det opplyste gikk ut på "separate enkelt prosesser" etter juni 2009, herunder varsel om stevning/utarbeidelse av prosesskriv, forslag til frivillig avtale, ny stevning/utarbeidelse av prosesskriv, andre runde for å få til frivillig voldgiftsavtale og juridisk bistand til saksforberedelse til bystyrets behandling. Det er videre klart at anskaffelsen ikke er foreldet, jf. klagenemndsforordningen § 13a jf. loven § 7b tredje ledd, idet kontrakten må anses omfattet av klagen i sak 2011/112 og kontrakten er inngått etter 5. april 2009.

(128) Spørsmålet blir da hva som må legges til grunn som anskaffelsens anslåtte verdi.

(129) Etter forordningen § 2-3 første ledd er utgangspunktet at anskaffelsens anslåtte verdi beregnes på grunnlag av "oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale" eks. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen.

(130) I bestemmelsens andre ledd er det i tillegg fastslått at beregningen skal være holdbar på kunngjøringstidspunktet, eller for anskaffelser som ikke krever kunngjøring, på det tidspunkt oppdragsgiver etter en forsvarlig vurdering av markedet begynner å innhente tilbud.

- (131) Så fremt oppdragsgiver har foretatt en forsvarlig vurdering som går ut på at anskaffelsens anslåtte verdi er lavere enn terskelverdien, er det ikke avgjørende om anskaffelsen senere viser seg å overstige terskelverdien, jf. blant annet Veileder FAD 2006 side 45 og Steinicke/Groesmeyer side 557.
- (132) I klagenemndas sak 2007/90 uttalte nemnda at vurderingen av om oppdragsgivers anslag kan anses forsvarlig alltid må bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering.
- (133) Steinicke/Groesmeyer har på side 555 uttalt følgende om oppdragsgivers plikter ved verdiberegningen:

"Selv om ordregivers bedømmelse af, om tærskelværdien er nået, nødvendigvis må basere sig på et skøn over noget fremtidigt med den usikkerhed, som følger med, skal skønnet udøves på et veloplyst grundlag. Ordregiver skal således undersøge markedet og den forventede prisdannelse for anskaffelsen på en relevant måde med henblik på at skaffe sig et dækkende og fyldestgørende grundlag for at skønne over anskaffelsens værdi."

- (134) Nemnda forstår det slik at på det tidspunktet Advokatfirma Tofte ble engasjert for å yte juridisk bistand, var innklagede allerede saksøkt av Kristiansand Næringselskap AS. Dette tilsier at innklagede burde forstå at oppdraget ville kunne bli av et visst omfang. Imidlertid synes målet hele veien å ha vært å komme frem til en minnelig løsning, og det vises til innklagedes opplysninger om at det ble gjennomført "flere forhandlingsrunder" mellom partene. Dette kunne igjen tilsi at omfanget av oppdraget ville bli av noe mindre omfang enn dersom det skulle gjennomføres hovedforhandling i saken. Selv om anskaffelsen kom på like over 500 000 kroner eks. mva., og selv om innklagede har opplyst at det ikke ble foretatt noe anslag over anskaffelsens verdi før bestilling, jf. innklagedes e-post av 17. april 2012, finner klagenemnda under tvil at det ikke var uforsvarlig av innklagede å unnlate kunngjøring. Det foreligger således ingen ulovlig direkte anskaffelse av juridisk bistand fra Advokatfirma Tofte.

3. Multiconsult AS

- (135) Innklagedes oversikt fremlagt 16. mars 2012 viser at innklagede i perioden 3. oktober 2009 til 1. desember 2011 ble fakturert for til sammen 529 878,36 kroner eks. mva. av Advokatfirmaet Kjær for bistand i sak benevnt "*Lagmannsholmen utrasning*". Bistanden er for samtlige av fakturaene angitt å være "*Møter forhandlinger, rettsak utrasing Multiconsult*".
- (136) I e-post av 9. mai 2012 ba klagenemndas sekretariat om at innklagede presiserte opplysningene om når oppdraget knyttet til sak "*Lagmannsholmen utrasning*" startet. En slik presisering var nødvendig fordi innklagede i tilsvaret av 30. mai 2011 opplyste at oppdraget startet i oktober 2009, mens det samtidig ble nevnt at deler av kostnadene for bistanden var påløpt før 5. april 2009. Disse stredd således mot opplysningene gitt av advokat Andersen i hans redegjørelse av 12. mars 2012, hvor det ble opplyst at oppdraget ble etablert 17. desember 2008. I e-post av 11. mai 2012 viste innklagede til vedlagt dokumentasjon som svar på sekretariatets forespørsel. Vedlagt e-posten var et brev fra advokat Andersen i Kjær til innklagede av 19. desember 2008, med tittelen "*Ras på lagmannsholmen den 11. april 2008, krav mot Multiconsult*". I brevet ble det redegjort for en del rettslige spørsmål knyttet til foreldelse, skyldkrav, kontraktsrett og forholdet til entreprenør, samt for fremdriften i saken. Klagenemnda legger etter dette

til grunn at det her er tale om én kontrakt, slik advokat Andersen også synes å mene, og videre at denne kontrakten må anses for å være inngått før 5. april 2009. Ettersom avtalen ble inngått mer enn to år før fristen ble avbrutt ved klage til klagenemnda i sak 2011/112, er klagen i utgangspunktet ikke rettidig fremsatt, jf. klagenemndsforskriften § 13a jf. loven § 7b tredje ledd. Klagenemnda har imidlertid tidligere lagt til grunn at klagefristen i enkelte situasjoner kan anses overholdt, selv om klage er blitt fremsatt senere enn to år fra kontraktsinngåelse. I disse situasjonene har klagenemnda funnet at manglende oppsigelse av en løpende avtale kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, fordi innklagede i visse tilfeller har en plikt til å si opp en avtale som er/har blitt ulovlig. Dersom oppdragsgiver forsømmer denne plikten, vil dette kunne likestilles med inngåelse av nye avtaler, som igjen kan utgjøre ulovlige direkte anskaffelser, jf. klagenemndas sak 2011/58 premiss (194)-(202) med videre henvisninger til klagenemndas praksis.

(137) I innklagedes tilsvare av 30. mai 2011 ble det opplyst at oppdraget på det daværende tidspunkt ikke var avsluttet, og at Advokatfirmaet Kjær var engasjert til å føre saken for tingretten og anke til lagmannsretten. Innklagede har ikke opplyst hvorvidt oppdraget nå er avsluttet, men nemnda legger til grunn at dette er tilfellet da nemnda er kjent med at det foreligger rettskraftig dom i saken fra Agder lagmannsrett (dom av 2. mars 2012 - LA-2011-80287).

(138) Etter klagenemndas oppfatning må advokatfirmaet Kjærs bistand i denne saken anses som et "*prosjekt*", hvor behovet til innklagede var å få juridisk bistand i erstatningstvisten mot Multiconsult AS. Om oppsigelsesplikten for foreldete kontrakter som tilhører "*et konkret prosjekt*" uttalte klagenemnda følgende i sak 2011/179 premiss (22): "*Når det gjelder avtaler som er begrenset til et konkret prosjekt må derfor den klare hovedregelen være at avtalen kan fullføres uten at unnlatt oppsigelse representerer en ulovlig direkte anskaffelse*". Nemnda kan ikke se at det i herværende tilfelle skulle være grunn til å fravike dette utgangspunktet. Klagen over denne anskaffelsen er dermed ikke rettidig, og klagenemnda finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på beregningen av anslått verdi.

4. Fjord Line AS

(139) Nemnda vil så vurdere kontraktene som er inngått i forbindelse med innklagedes tvist med Fjord Line AS, og vil i den forbindelse begynne med kontraktene som er inngått med Advokatfirmaet Kjær.

(140) I redegjørelsen fra advokat Andersen, jf. premiss (23), er det opplyst at "*[a]ntall saker (kontrakter) i relasjon til Fjord Line var syv*". Klagenemnda forstår det slik at kontraktene ble inngått på de tidspunkter advokat Andersen har opplyst at sakene "*startet*", dvs. henholdsvis 1. februar 2008, 14. november 2008, 27. juli 2009, 21. august 2009 (to saker), 15. oktober 2009 og 28. februar 2011. Her er det altså, til forskjell fra sakene vedrørende Kongsgård Vige og Multiconsult AS, inngått flere kontrakter om juridisk bistand.

(141) De aktuelle kontraktene er omfattet av klagen i sak 2011/112, og vil dermed i utgangspunktet være foreldet dersom de er inngått før 5. april 2009, jf. premiss (101).

(142) I klagenemndas sak 2011/49 la nemnda til grunn at det ved beregningen av anskaffelsens verdi, bare er de kontraktene i en anskaffelse som ligger innenfor klagefristen for ulovlige direkte anskaffelser som skal legges til grunn, jf. premiss (26) i denne avgjørelsen. Når det gjelder kontraktene som ble inngått 1. februar og 14. november 2008, er disse inngått før foreldelsesfristen, og nemnda kan ut fra de opplysningene som foreligger ikke se at det for disse har foreligget en oppsigelsesplikt innenfor foreldelsesfristen slik at det kan sies å foreligge nye kontraktsinngåelser som følge av unnlatt oppsigelse. Klagenemnda ser derfor bort fra verdien av disse kontraktene ved beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi, og nemnda finner da heller ikke grunn til å vurdere hvorvidt disse to kontraktene må ses som del av samme anskaffelse som de fem kontraktene som er inngått innenfor foreldelsesfristen.

(143) Spørsmålet blir da om de fem kontraktene som er inngått innenfor foreldelsesfristen er å anse som én og samme anskaffelse i henhold til beregningsreglene i forskriften § 2-3.

(144) Av forskriften § 2-3 første ledd følger det som nevnt at anskaffelsens anslåtte verdi beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, eks. mva., *"for de kontrakter som utgjør anskaffelsen"*. Et utslag av forskriften § 2-3 første ledd (gjengitt ovenfor) er bestemmelsen i forskriften § 2-3 syvende ledd, som fremstår som den mest aktuelle verdiberegningsregelen i herværende tilfelle:

"Når en tjeneste eller et bygge- og anleggsarbeid er inndelt i flere delarbeider som det skal inngås særskilte kontrakter for samtidig, skal den anslåtte verdien av hvert delarbeid tas med i beregningen."

(145) Denne bestemmelsen bygger på direktiv 2004/18/EF artikkel 9 nr. 5a:

"Når et påtænkt bygge- og anlægsarbejde eller et påtænkt indkøb af tjenesteydelser kan opdeles på en række delkontrakter, der indgås samtidig, skal den anslåede værdi af alle disse delkontrakter til sammen lægges til grund."

(146) Steinicke/Groesmeyer har på side 578 uttalt følgende om innholdet i kravet til at delkontraktene inngås *"samtidig"*:

"Indholdet af dette krav er næppe, at delkontrakterne bokstaveligt skal indgås samtidigt, men er derimod antagelig, at der skal være en tæt tidsmessig sammenheng mellem delkontrakterne. Hvor tæt sammenhengen skal være, kan næppe siges generelt. Omfatter ordregivers henvendelse til mulige leverandører alle de omhandlede tjenesteydelser, eller henvender ordregiver sig i øvrigt samtidig til markedet vedrørende tjenesteydelserne, må kravet om samtidighed normalt anses for opfyldt, også selv om tidspunktet for selve indgåelsen av kontrakterne måtte være forskudt noget."

Ar. 9 stk 5, litra a) første afsnit, levner dog næppe en betydelig margin for den tidsmessige forskydelse, hvis delkontrakterne skal anses for indgået samtidigt."

(147) Videre tar Steinicke/Groesmeyer på side 579 til orde for at det også må innfortolkes et krav til innholdsmessig sammenheng mellom tjenesteytelsene som det inngås delkontrakter om:

"En tidsmessig sammenheng må dog nødvendigvis suppleres med et afgrænsningskriterium, der angår den indholdsmæssige sammenheng mellem de tjenesteydelser, der indgås samtidige delkontrakter om. [...] Formentlig må man som ordregiver også i relation til tjenesteydelser se på momenter som leverandørmarkedet, og om delkontrakterne sædvanligvis tager sigte på at tjene det samme eller et tilsvarende formål [...]".

- (148) Kommisjonen har i sitt forslag til nytt direktiv om offentlige anskaffelser av 20. desember 2011 uttalt følgende om hva som skal anses som én og samme anskaffelse i fortalen premiss (4):

"It has also proven necessary to clarify what should be understood as a single procurement, with the effect that the aggregate value of all contracts concluded for the purpose of this procurement has to be taken into account with regard to the thresholds of this directive, and that the procurement should be advertised as a whole, possibly split into lots. The concept of single procurement encompasses all supplies, works and services needed to carry out a particular project, for instance a works project or an entirety of works, supplies and/or services. Indications for the existence of one single project can for instance consist in overall prior planning and conception by the contracting authority, the fact that the different elements purchased fulfil a single economic and technical function or that they are otherwise logically interlinked and carried out in a narrow time frame."

- (149) Kommisjonens forslag til klargjøring av hva som utgjør én anskaffelse er deretter presisert i artikkel 1, nr. 2 andre punktum:

"An entirety of works, supplies and/or services, even if purchased through different contracts, constitutes a single procurement within the meaning of this Directive, if the contracts are part of one single project."

- (150) Både EU-domstolen og klagenemnda har tidligere tatt stilling til spørsmålet om hvilke kontrakter som skal anses for å utgjøre én og samme anskaffelse ved verdiberegningen.

- (151) I EU-domstolens dom C-16/98 (Sydev) ble det uttalt at det ved vurderingen av om det foreligger én anskaffelse, må tas utgangspunkt i om kontraktene må anses for å dekke det samme tekniske og økonomiske behov. 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. I vurderingen ble det lagt vekt på at kontraktene måtte anses for å være sterkt avhengige av hverandre, at kontraktene var inngått omtrent samtidig, med den samme oppdragstakeren, at kontraktsytelsene var ensartete, og at arbeidene skulle utføres innenfor et felles geografisk område. Selv om Sydev-dommen 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).

- (152) I klagenemndas sak 2008/55 var det spørsmål om to kontrakter om konsulentbistand inngått med forskjellige leverandører skulle anses som én eller to anskaffelser. Nemnda uttalte følgende om vurderingstema i premiss (35):

"Det må legges til grunn at kontraktene med Arnstad og INSA ble inngått på omtrent samme tidspunkt. Videre er kontraktene inngått med samme oppdragsgiver. Dette er således momenter som kan tale for at kontraktene tilhører den samme anskaffelsen. Det avgjørende må imidlertid etter klagenemndas oppfatning være om kontraktene kan sies å utgjøre en naturlig enhet. Det vil si om de kan anses for å dekke det samme behov, eller om de kan anses for å tilhøre det samme prosjekt."

- (153) I klagenemndas forente saker 2008/81 og 2008/85 fant klagenemnda at to kontrakter om juridisk bistand med forskjellige advokatfirma ikke var å anse som samme anskaffelse. Avgjørende var at kontraktene ikke kunne anses *"for å dekke det samme behovet hos oppdragsgiver"*.
- (154) Ved vurderingen av hvilke kontrakter som kan sies å utgjøre én og samme anskaffelse, viser rettskildene at relevante momenter er hvilket behov kontraktene skal dekke hos oppdragsgiver, om kontraktene er avhengige av hverandre, om kontraktsytelsene er likeartede og nærhet i tid mellom inngåelsen av kontraktene.
- (155) I herværende tilfelle foreligger det fem kontrakter, inngått mellom samme parter, og som alle gjelder juridisk bistand i tilknytning til innklagedes tvist med Fjord Line AS. I redegjørelsen fra advokat Andersen er det opplyst at det i de aktuelle sakene mot Fjord Line AS var et *"meget betydelig sammenfall i faktisk og rettslig argumentasjon fra Fjord Lines side"*. Etter nemndas syn må kontraktene også sies å dekke et felles behov hos innklagede, dvs. behovet for juridisk bistand i tvisten med Fjord Line AS. I herværende tilfelle er fire av kontraktene inngått innenfor en periode på mindre enn tre måneder, mens den siste kontrakten er inngått ca. ett år og fire måneder etter den nest siste kontrakten. Selv om det således foreligger en viss avstand i tid frem til den siste kontrakten, finner nemnda at også denne, som følge av den nære sammenhengen mellom kontraktene med hensyn til rettslige og faktiske forhold, må anses som en del av den samme anskaffelsen som de øvrige fire kontraktene. Kontraktene må således ses i sammenheng ved beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi, jf. forskriften § 2-3 syvende ledd jf. første ledd.
- (156) Neste spørsmål blir da om anskaffelsen av juridisk bistand fra Kvale Advokatfirma i anledning rettssaken er å anse som samme anskaffelse som kjøpet av juridisk bistand fra Advokatfirmaet Kjær.
- (157) Innklagede har i tilsvaret av 30. mai 2011 opplyst at Kolstad trådte inn i Kvale Advokatfirma fra 1. oktober 2009 og *"kort etter"* dette ble engasjert som rettslig medhjelper i Fjord Line saken. Klagenemnda forstår det slik at det således bare er inngått én kontrakt med Kvale Advokatfirma i forbindelse med denne bistanden, og legger dette til grunn i det følgende. Spørsmålet blir da om denne kontrakten skal ses om en del av samme anskaffelse som de fem kontraktene innklagede inngikk med Advokatfirmaet Kjær.
- (158) Fremlagt dokumentasjon viser at innklagede i perioden 11. mai 2009 til 22. november 2011 er blitt fakturert for 2 011 187,92 kroner eks. mva. fra Kvale Advokatfirma for sak *"Tilgang havnefasilitet"*. Bistanden er for samtlige av fakturaene angitt å være *"Rettsak Fjordline"*. Innklagede har imidlertid ikke gitt noen forklaring på hvorfor noen av fakturaene for bistanden er datert før Kolstad etter det opplyste trådte inn i Kvale Advokatfirma, og således kan ha blitt engasjert som rettslig

medhjelper. Nemnda finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette, ettersom begge disse tidspunktene er etter 5. april 2009, og nemnda legger til grunn at kontrakt uansett er inngått innenfor foreldelsesfristen.

- (159) Nemnda finner at kontrakten med Kvale om juridisk bistand må sies å inngå i samme prosjekt som kontraktene med Kjær, og å dekke et felles behov hos innklagede, nemlig behovet for juridisk bistand i tvisten med Fjord Line AS, herunder partsrepresentasjon til forberedelse og gjennomføring av hovedforhandling. Det var derfor etter nemndas syn en nær sammenheng mellom oppdragene. Kontraktene må etter dette ses i sammenheng ved beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi, jf. forskriften § 2-3 syvende ledd jf. første ledd.
- (160) Neste spørsmål blir om også anskaffelsen av den juridiske betenkningen fra Olav Kolstad, før han ble engasjert som rettslig medhjelper i saken, skal anses som en del av anskaffelsen av juridisk bistand i forbindelse med tvisten med Fjord Line AS. Partene har opplyst at advokat Olav Kolstad, før han ble engasjert som rettslig medhjelper og mens han var ansatt som professor ved UiO, utarbeidet en juridisk betenkning for innklagede i anledning tvisten med Fjord Line AS. Av dokumentasjonen fremlagt 16. mars 2012 fremgår det at innklagede 23. september 2009 ble fakturert for 85 000 kroner eks. mva. for saken "*Arbeid med betenkning*". Beskrivelsen av bistanden er angitt å være "*Kystverkets vedtak*". Nemnda forstår det slik at Kolstad i forbindelse med den juridiske betenkningen ble engasjert i egenskap av å være professor ved UiO til å utrede diverse begrensede juridiske spørsmål, mens Kolstad deretter ble engasjert i egenskap av å være advokat og til å prosedere deler av saken for innklagede. Dette dekker etter nemndas syn ulike behov hos innklagede, og nemnda finner derfor ikke at anskaffelsen av den juridiske betenkningen er en del av det samme prosjektet som anskaffelsen av juridisk bistand fra advokatfirmaene Kjær og Kvale i forbindelse med tvisten mot Fjord Line AS. Siden verdien av dette oppdraget er langt under terskelverdien, utgjør ikke den direkte anskaffelsen av dette arbeidet noen ulovlig direkte anskaffelse.
- (161) Deretter blir spørsmålet hva som må legges til grunn som anslått verdi av anskaffelsen fra advokatfirmaene Kjær og Kvale.
- (162) Innklagede har i sine anførsler vist til at sakskomplekset som gjaldt Fjord Line AS vokste på en måte som ikke var forutsigbar for KH da prosessen startet. Klagenemnda forstår det slik at innklagede mener at det var forsvarlig å vurdere anskaffelsens verdi til under 500 000 kroner eks. mva., og at anskaffelsen derfor ikke var kunngjøringspliktig.
- (163) På tidspunktet da innklagede inngikk avtalen med Advokatfirmaet Kjær om bistand i forbindelse med Fjord Line AS' erstatningskrav (27. juli 2009), hadde Fjord Line AS tatt ut stevning mot KH, og klaget KH inn for både Kystverket og ESA. Det forelå således på dette tidspunktet allerede en tvist mellom partene. Fremlagt dokumentasjon viser videre at innklagede har betalt totalt 4 800 077,36 kroner eks. mva., for den juridiske bistanden i tvisten mot Fjord Line AS, jf. nedenfor. Det påløpte beløpet ligger således langt over kunngjøringsgrensen. Innklagede har selv opplyst at klagesakene for Kystverket og ESA samlet sett var svært omfattende og krevde en betydelig gjennomgang av faktum og juridiske problemstillinger. Etter nemndas syn må det derfor, iallfall på tidspunktet da Advokatfirmaet Kjær ble engasjert for å representere innklagede i søksmålet som Fjord Line AS hadde tatt ut, ha fremstått som påregnelig at anskaffelsens verdi ville komme på minst 500 000 kroner eks. mva. Innklagedes vurdering av anskaffelsens anslåtte verdi fremstår etter dette som ikke forsvarlig.

- (164) I mangel av andre holdepunkter for hva som ville ha vært et forsvarlig anslag, finner klagenemnda at det beløp innklagede faktisk har betalt for de utførte tjenester må legges til grunn ved vurderingen av hva som ville vært et forsvarlig anslag for kontraktsverdien ved avtaleinngåelsene fra 5. april 2009 og videre utover (27. juli 2009, 21. august 2009, 15. oktober 2009 og 28. februar 2011). Dokumentasjon fremlagt 16. mars 2012 viser at innklagede har blitt fakturert for 3 275 962,94 kroner eks. mva. for bistand utført av Advokatfirmaet Kjær i sak "*Fjordline*", beskrevet som "Sak helårsdrift. Kystverket, Byrett, Lagmannsrett, ESA1 og ESA2" (og deretter frem til ESA51). Av denne oversikten fremgår det imidlertid ikke hvor mye av beløpet som knytter seg til hver av de syv kontraktene. I redegjørelsen fra advokat Andersen fremgår det at de to foreldede kontraktene om juridisk bistand hadde saksnummer 8090 og 8510. I oversikten fremlagt "*per sak*" fremlagt 26. januar 2012 fremgår det at innklagede har blitt fakturert for 304 878 kroner eks. mva. for sak 8090, og for 182 205,50 kroner eks. mva. for sak 8510, dvs. at 487 083,50 kroner må trekkes fra beløpet på 3 275 962,94 kroner eks. mva. For de fem kontraktene som ikke er foreldet, er innklagede således blitt fakturert for til sammen 2 788 879,44 kroner fra Advokatfirmaet Kjær for juridisk bistand knyttet til tvisten med Fjord Line AS. Som nevnt viser videre fremlagt dokumentasjon at innklagede er blitt fakturert for 2 011 187,92 kroner eks. mva. fra Kvale Advokatfirma for sak "*Tilgang havnefasilitet*". Anskaffelsens verdi er etter dette 4 800 067,36 kroner eks. mva.
- (165) Siden ingen av de kontraktene som heretter utgjør "anskaffelsen" i Fjord Line saken er foreldet, oppstår ikke spørsmålet om kontraktene kan anses som et felles "*prosjekt*", (jf. innklagedes henvisning til klagenemndas sak 2011/179), som innklagede kunne fullføre uten å si opp kontraktene. Dette spørsmål oppstår kun når kontraktene som vurderes i utgangspunktet er foreldet. Nemnda må i så fall vurdere om det forelå en oppsigelsesplikt, for å kunne konstatere om det er inngått ny(e) ulovlig(e) direkte anskaffelse(r) innenfor foreldelsesfristen. Dette skiller altså vurderingen av denne anskaffelsen fra vurderingen av Multiconsult saken, hvor det var inngått én kontrakt som i utgangspunktet var foreldet for behandling og gebyr.
- (166) Anskaffelsen som her er gjennomgått, gjelder "[j]uridiske tjenester", som er en uprioritert tjeneste etter forskriften vedlegg 6 kategori (21). Anskaffelsen følger da etter sin art og verdi reglene i forskriften del I og II, jf. forskriften § 2-1 første og andre ledd jf. femte ledd jf. § 2-2 første ledd. Anskaffelsen skulle dermed vært kunngjort i henhold til forskriften § 9-1, med mindre et av unntakene fra kunngjøringsplikten kommer til anvendelse. Dette kommer nemnda tilbake til i premiss (187)-(197).

5. 2012/20 - Copenhagen Economics

- (167) Innklagede har opplyst at Copenhagen Economics ble engasjert 13. januar 2011, og klagen er således rettidig, jf. premiss (101). Bakgrunnen for engasjementet var at Fjord Line AS i sitt sluttinnlegg i rettssaken den 5. januar 2011 hadde fremlagt et prosesskrift med økonomiske vurderinger utarbeidet av professor von der Fehr og selskapet ShipBiz, som det var nødvendig for innklagede å imøtegå. Copenhagen Economics ble derfor engasjert til å utarbeide en økonomisk ekspertrapport og til å møte som sakkyndig vitne i rettssaken. Partene er uenige i hvorvidt det må anses for å foreligge en eller flere kontrakter med Copenhagen Economics. Dette spørsmål vil klagenemnda komme tilbake til i vurderingen av om det her foreligger ulovlig(e) direkte anskaffelse(r) fra selskapet. Dokumentasjon fremlagt 16. mars 2012 viser at innklagede i perioden mellom 28. februar 2011 og 31. juli 2011 ble fakturert for 1 403 969,34

kroner eks. mva. fra Copenhagen Economics. Første spørsmål blir om kontrakten(e) med Copenhagen Economics i anledning saken mot Fjord Line AS må anses som en del av den samme anskaffelsen som kjøpet av juridisk bistand fra Advokatfirmaene Kjær og Kvale i forbindelse med tvisten.

- (168) Én mulig tolkning av Kommisjonens uttalelse i fortalen og i forslaget til nytt direktiv om hva som utgjør én anskaffelse, gjengitt i premiss (148)-(149), er at det er tilstrekkelig at tjenestene anskaffes som del av samme prosjekt for at de skal kunne anses som én og samme anskaffelse. At innklagede hadde behov for begge typer tjenester i forbindelse med rettssaken mot Fjord Line AS, kan dermed tilsi at kontrakten(e) med Copenhagen Economics må ses som en del av den samme anskaffelsen som den juridiske bistanden fra Kjær og Kvale. Det må imidlertid også gjelde et krav til innholdsmessig sammenheng mellom ytelsene for at de skal kunne anses som én og samme anskaffelse i henhold til § 2-3 syvende ledd, jf. Steinicke/Groesmeier på side 579 gjengitt ovenfor i premiss 147. I saken mot Fjord Line AS dekket de her etterspurte tjenester etter nemndas syn ulike behov hos innklagede. Mens kjøpene fra advokatfirmaene Kjær og Kvale dekket innklagedes behov for juridisk partsrepresentasjon i tvisten, dekket kjøpet fra Copenhagen Economics behovet for å få etterprøvd motpartens økonomiske rapport. Det er videre tale om tjenester i ulike tjenestekategorier, som vanligvis ikke leveres av samme leverandører. Nemnda finner etter dette at kjøpet fra Copenhagen Economics ikke skal ses sammen med kjøpene fra Kjær og Kvale ved beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi.
- (169) Innklagede har ikke opplyst om det ble gjort et anslag over verdien på den tjenesten som ble kjøpt fra Copenhagen Economics i forkant av at selskapet ble engasjert, og hva dette anslaget i tilfelle gikk ut på.
- (170) I mangel av andre holdepunkter for hva som ville vært et forsvarlig anslag, finner klagenemnda at det beløp innklagede faktisk betalte for tjenesten, må legges til grunn ved vurderingen av hva som ville vært et forsvarlig anslag for kontraktsverdien. Det vil si at det ved vurderingen av hva som ville ha vært et korrekt anslag, må legges til grunn en verdi på 1 403 969,34 kroner eks. mva.
- (171) Den tjenesten Copenhagen Economics har levert omfattes av kategorien "*[a]ndre tjenester*", som er en uprioritert tjeneste etter forskriften vedlegg 6 kategori (27). Kjøpet følger da etter sin art og verdi reglene i forskriften del I og II, jf. forskriften § 2-1 første og andre ledd jf. femte ledd jf. § 2-2 første ledd. Det foreligger dermed kunngjøringsplikt i henhold til forskriften § 9-1, med mindre ett av unntakene fra kunngjøringsplikten kommer til anvendelse. Dette kommer nemnda tilbake til i premiss (198)-(204).

6. 2012/21 – Hjelmeng, Foros og Fjell

- (172) Tjenesteytelsene fra Hjelmeng, Foros og Fjell reiser spørsmål om hvorvidt det er tale om én eller flere anskaffelser i flere relasjoner. Det første spørsmålet er om inngåelsen av to kontrakter medfører at det er tale om flere anskaffelser.
- (173) Fremlagt dokumentasjon viser at det ble utstedt en felles oppdragsbekreftelse fra Hjelmeng, Foros og Fjell av 12. april 2010 som gikk ut på at Hjelmeng, Foros og Fjell påtok seg å utarbeide en vurdering av størrelsen på et tap som Fjord Line AS eventuelt kunne ha lidd som følge av at Fjord Line AS ble nektet seilingstillatelse for 2009-

sesongen. Videre viser fremlagt dokumentasjon at det etter at denne rapporten var utarbeidet ble avtalt at det skulle utarbeides et "addendum" til denne. Den siste avtalen synes utelukkende å være inngått mellom innklagede og Foros og Fjell, ettersom det ikke foreligger noen faktura fra Hjelmeng for dette etterfølgende arbeidet. Innklagede har ikke opplyst noe om bakgrunnen for avtalen om at det skulle utarbeides et addendum eller hva dette inneholdt. Etter klagenemndas syn fremstår den etterfølgende avtalen som en utvidelse/forlengelse av den første kontrakten og også helt avhengig av arbeidet som ble utført under den første kontrakten. Begge kontraktene dekket derfor etter nemndas syn et felles behov hos innklagede for å få beregnet Fjord Line AS' eventuelle økonomiske tap. Kontraktene må etter dette ses i sammenheng ved beregningen av anskaffelsens verdi.

- (174) Innklagede har så anført at tjenestene fra Hjelmeng på den ene siden, og Foros og Fjell på den andre siden må anses som to separate anskaffelser, ettersom oppdraget bestod både av juridiske og økonomiske vurderinger.

- (175) Steinicke/Groesmeyer har på side 567 uttalt følgende om betydningen av at én kontrakt omfatter flere typer ytelser:

"Som minimum vil det være værdien af den enkelte kontrakt, som skal sammenholdes med tærskelverdien. En ordregiver kan således ikke foretage en separat værdivurdering af ydelser omfattet af en og samme kontrakt. Det gælder også, selv om ydelserne er væsentligt forskellige, og selv om kontrakten indgås af flere ordregivende myndigheder."

- (176) Klagenemnda er enig i det ovenfor siterte, og legger derfor til grunn at det her er tale om én anskaffelse etter forskriften § 2-3 første ledd idet det må anses for å være inngått én felles kontrakt for tjenestene fra Hjelmeng, Foros og Fjell.

- (177) Nemnda vurderer så om anskaffelsen må anses som en del av anskaffelsen av juridisk bistand fra advokatfirmaene Kjær og Kvale i forbindelse med tvisten med Fjord Line AS. Selv om innklagede hadde behov for begge typene tjenester i forbindelse med rettssaken mot Fjord Line AS, dekket de etter nemndas syn ulike behov hos innklagede. Det vises til at kjøpet av rapport og addendum hadde som formål å beregne størrelsen på et eventuelt tap hos Fjord Line AS, og forutsatte både juridiske og økonomiske vurderinger, mens kjøpene fra advokatfirmaene Kjær og Kvale dekket innklagede behov for partsrepresentant i saken. Nemnda finner etter dette at kjøpet fra Hjelmeng, Foros og Fjell ikke skal ses sammen med kjøpene fra advokatfirmaene Kjær og Kvale ved beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi.

- (178) Spørsmålet blir da hva som må legges til grunn som anslått verdi for anskaffelsen fra Hjelmeng, Foros og Fjell.

- (179) I oppdragsbekreftelsen av 12. april 2010 er det opplyst at "samlet kostnadsramme for rapporten er kr. 300 000", og at "[y]tterligere klientgenerert ressursbruk som møter, presentasjoner, ytterligere informasjon etc vil gå utover denne rammen og faktureres etter avtale med 2000 kr pr time eks. moms (evt. reisekostnader dekkes etter regning)".

- (180) Selv om oppdragsbekreftelsen ikke inneholder noen øvre ramme for oppdragets kostnad, forstår nemnda det slik at verdien var anslått å ligge på ca. 300 000 kroner eks. mva.

- (181) Fremlagt dokumentasjon viser at innklagede til sammen ble fakturert for 510 000 kroner eks. mva. for arbeidet som ble utført av Hjelmeng, Foros og Fjell. Selv om anskaffelsens verdi så vidt oversteg kunngjøringsgrensen, har nemnda ikke holdepunkter for at det var uforsvarlig av innklagede å legge til grunn at anskaffelsens verdi ville være på mindre enn 500 000 kroner eks. mva. Dette på bakgrunn av informasjonen i oppdragsbekreftelsen og kostnadsrammen som der var angitt av Hjelmeng, Foros og Fjell. Anskaffelsen var dermed ikke kunngjøringspliktig, og det foreligger således ingen ulovlig direkte anskaffelse i klagesak 2012/21.

7. 2012/22 – Aabø & Co

- (182) Fremlagt dokumentasjon viser at innklagede i perioden mellom 30. juni 2009 og 25. mars 2010 ble fakturert for 394 732,60 kroner eks. mva. fra Aabø & Co i sakene *"Akonto – møte og skisse til plan"*, *"Utleddsrefusjon"*, *"Løpende rådgivning"*, *"Møte og skisse til plan"* og *"Løpende rådgivning og bistand ankesak"*. Innklagede har opplyst at bistanden gjaldt informasjonsrådgivning, og at bistanden *"i all hovedsak"* var relatert til hjelp i forbindelse tvisten mot Fjord Line AS.
- (183) Det første spørsmålet for nemnda blir da om anskaffelsen må anses som en del av anskaffelsen av juridisk bistand fra advokatfirmaene Kjær og Kvale i forbindelse med tvisten med Fjord Line AS.
- (184) Selv om innklagede hadde behov for begge typene tjenester i forbindelse med rettssaken mot Fjord Line AS, dekket de etter nemndas syn helt ulike behov hos innklagede. Det er videre tale om tjenester i ulike tjenestekategorier og som vanligvis ikke leveres av samme leverandører. Nemnda finner etter dette at avtalen(e) med Aabø & Co ikke kan ses som del av samme prosjekt som avtalene om juridisk bistand i Fjord Line AS-saken. Siden den totale verdien på tjenestene innklagede har kjøpt fra Aabø & Co ikke overstiger kunngjøringsgrensen på 500 000 eks. mva., er det ikke grunn til å vurdere hvorvidt det må anses for å foreligge én eller flere anskaffelser fra Aabø & Co, jf. forskriften § 2-3 første ledd jf. syvende ledd. Det foreligger etter dette ingen ulovlig direkte anskaffelse i klagesak 2012/22.
- (185) Det er på denne bakgrunn heller ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt klagen over denne/disse anskaffelsen(e) er rettidig fremsatt, jf. klagenemndforskriften § 13a jf. loven § 7b tredje ledd.

Hvorvidt det foreligger ulovlige direkte anskaffelser

I. Innledning

- (186) Klagenemnda har ovenfor tatt stilling til hvilke anskaffelser som i utgangspunktet var kunngjøringspliktige etter sin art og verdi. For de to anskaffelsene der nemnda fant at dette var tilfelle, vil nemnda nå, for å kunne ta stilling til om det foreligger ulovlig(e) direkte anskaffelse(r), vurdere om eventuelle unntak fra kunngjøringsplikten kommer til anvendelse.

II. Fjord Line AS

- (187) Innklagede har bestridt at anskaffelsen av juridisk bistand fra advokatfirmaene Kjær og Kvale var kunngjøringspliktig.

- (188) Når det gjelder kjøpet fra Kjær, har innklagede vist til at saken mot Fjord Line AS opprinnelig var et oppdrag knyttet til avtaleforhandlinger, og til at det ikke var hensiktsmessig å konkurranseutsette prosessoppdraget når det senere oppstod en tvist om avtaleinngåelsen med Fjord Line AS. Med hensyn til anskaffelsen fra Kvale, har innklagede vist til at Kolstads kompetanse og kjennskap til saken var sentral i rettsprosessen. For begge kjøpene har innklagede vist til at det ikke kan være i samsvar med anskaffelsesregelverkets formål om effektiv ressursbruk dersom offentlige oppdragsgivere skal være forpliktet til å utlyse en konkurranse om juridisk rådgivning når advokater allerede på et tidligere tidspunkt har vært inne i saken og har kunnskap og kompetanse som andre advokater ikke har.
- (189) For anskaffelser som er omfattet av forskriften del II, er unntak fra kunngjøringsplikten uttømmende regulert i forskriften § 2-1 andre ledd. Det er opp til oppdragsgiver å godtgjøre at et unntak kan komme til anvendelse, og unntaksbestemmelser skal uansett tolkes strengt, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/220 premiss (52).
- (190) Av forskriften § 2-1 andre ledd bokstav a fremgår at det kan gjøres unntak fra kunngjøringsplikten dersom *"anskaffelsen [bare kan] foretas hos én leverandør i markedet for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv."*
- (191) Hensynet bak unntaket er at det er unødvendig å avholde en kunngjort konkurranse når det uansett bare er én mulig leverandør som kan inngi tilbud. Det må foreligge objektive grunner til at kun én leverandør kan gi ytelsen, og det er ikke tilstrekkelig at én leverandør kan utføre ytelsen mer effektivt, jf. klagenemndas sak 2009/170 premiss (52) og Veileder FAD 2006 side 81.
- (192) Etter nemndas syn vil det forhold at innklagede var av den oppfatning at det ville være mest effektivt å benytte en advokat som hadde vært inne i saken tidligere, ikke kunne begrunne unntak fra kunngjøringsplikten etter forskriften § 2-1 andre ledd bokstav a. Verken for advokat Andersen i Kjær eller advokat Kolstad i Kvale har innklagede etter nemndas syn godtgjort at bare disse advokatene kunne gi adekvat juridisk bistand i tvisten med Fjord Line AS. Unntaksbestemmelsen i § 2-1 andre ledd bokstav a kommer således ikke til anvendelse.
- (193) Av forskriften § 2-1 andre ledd bokstav c følger det at anskaffelser som *"på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse"*, er unntatt kunngjøringsplikt. Bestemmelsen er tilnærmet identisk med direktiv 2004/18 artikkel 31 nr. 1 bokstav c, men det presiseres dog i direktivteksten at *"[d]e omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives de ordregivende myndigheder"*.
- (194) Forskriften § 2-1 andre ledd bokstav c forutsetter at tre kumulative vilkår er oppfylt; det må foreligge uforutsette omstendigheter (som ikke kan tilskrives den aktuelle offentlige oppdragsgiver), anskaffelsen må ikke kunne utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse og det må være årsakssammenheng mellom omstendighetene og anskaffelsesbehovet, jf. blant annet klagenemndas saker 2011/52 premiss (43), 2008/81 og 85 premiss (35) og Veileder FAD 2006 side 83-84.

- (195) Klagenemnda kan ikke se at det forhold at avtaleforhandlinger utvikler seg til en rettslig tvist, kan anses som en uforutsett omstendighet. Nemnda forstår at det kan være vanskelig for en oppdragsgiver på forhånd å forutse hvilke oppdrag som etter hvert utvikler seg til en tvist mellom partene, som igjen medfører at omfanget av oppdraget øker. Imidlertid må en slik utvikling i utgangspunktet sies å være oppdragsgivers egen risiko, ettersom en slik utvikling av et oppdrag må anses påregnelig, og på ingen måte fremstår som ekstraordinær. Det kan her tilføyes at selv om oppdragsgiver ikke har adekvat rammeavtale på plass når behovet for umiddelbar juridisk bistand oppstår, så tillater regelverket direkte kjøp inntil kunngjøringsgrensen er nådd.
- (196) Unntaket i forskriften § 2-1 andre ledd bokstav c kommer etter dette ikke til anvendelse. Nemnda kan heller ikke se at dette er tilfellet for noen av de øvrige unntaksbestemmelsene i § 2-1 andre ledd.
- (197) Ettersom verdien av anskaffelsen overstiger kunngjøringsgrensen, har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av juridisk bistand ved å unnlate å kunngjøre anskaffelsen av juridisk bistand fra advokatfirmaene Kjær og Kvale i anledning tvisten med Fjord Line AS.

III. 2012/20 - Copenhagen Economics

- (198) Innklagede har bestridt at anskaffelsen fra Copenhagen Economics var kunngjøringspliktig under henvisning til at det forelå et umiddelbart behov for å få imøtegått de økonomiske vurderingene som Fjord Line AS fremla sammen med sitt sluttinnlegg i rettssaken mot Fjord Line AS, og at innklagede dermed hadde hjemmel for hasteanskaffelse i forskriften § 2-1 andre bokstav c. Innklagede har også bestridt at det her er tale om to ulike kontrakter/at den opprinnelige kontrakten som ble inngått med Copenhagen Economics ble vesentlig endret.
- (199) Av forskriften § 2-1 andre ledd bokstav c følger det at anskaffelser som *"på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse"*, følger forskriften del I, og således er unntatt kunngjøringsplikt.
- (200) Klagenemnda har ovenfor gjort nærmere rede for innholdet i denne unntaksbestemmelsen.
- (201) Sluttinnlegget fra Fjord Line AS med de økonomiske vurderingene ble etter det opplyste mottatt av innklagede 10. januar 2011, og innklagede engasjerte Copenhagen Economics den 13. januar 2011. Rettssaken skulle opprinnelig startet den 17. januar 2011, og innklagede fikk ikke medhold i sin opprinnelige begjæring om utsettelse. På grunn av sykdom på den første dagen for hovedforhandling, ble imidlertid saken på dette tidspunkt utsatt. Dette ble gjort kjent for innklagede i brev av 21. januar 2011, hvor det også fremkommer at den nye datoen for oppstart hovedforhandling var 6. juni 2011. Etter at det ble klart at hovedforhandlingen var utsatt fortsatte Copenhagen Economics sitt arbeid, og fremla sin rapport 19. mai 2011. Selskapet opptrådte også som sakkyndig vitne i rettssaken. I faktura fra Copenhagen Economics for fakturering tom 26. januar 2011 fremgår det at selskapet frem til dette tidspunkt hadde nedlagt 186 timer og fakturerte for totalt kroner 385 609, 81. Innklagede ble totalt fakturert for kroner 1 403 969,34 kroner eks. mva. for selskapets arbeid.
- (202) Ut fra de opplysningene som er fremlagt i saken, legger nemnda til grunn at de økonomiske rapportene som innklagede mottok sammen med Fjord Line AS

sluttinnlegg i rettssaken, var kompliserte og omfattende. Videre har innklagede også opplyst at rapporten fra Shipbiz var betydelig endret fra den som var fremlagt for tingretten. Rapportene som Fjord Line AS fremla bygde etter det opplyste på analyser av en omfattende mengde data om geografiske forhold, reisemønstre mellom Danmark og Norge, værforhold i Skagerak, distanse målinger mellom ulike havner, bunkersforbruk/priser, analyser, befolkningsanalyser i forskjellige markeder mv. Rapportene var etter det opplyste basert på diverse påstander/anførsler om betydningen/forståelsen av konkurranseregler og rettsavgjørelser i EU. Det må etter nemndas oppfatning kunne legges til grunn at det var tvingende nødvendig for innklagede å imøtegå dette. Klagenemnda har heller ingen holdepunkter for å si at det var påregnelig for innklagede at det på et så sent stadium i saken skulle komme to rapporter av en slik karakter som de foreliggende, hvor den ene i tillegg var betydelig endret fra den som var fremlagt tidligere. Vanligvis skal sluttinnlegg i en rettsak inngis senest to uker før hovedforhandlingen starter, og kun kort angi den påstand, de påstandsgrunnlag, de rettsregler som påberopes og de bevis som vil føres, jf. tvisteloven § 9-10. Etter klagenemndas oppfatning må den situasjonen som oppstod da Fjord Line AS fremla sitt sluttinnlegg med økonomiske vurderinger, derfor kunne anses som så ekstraordinær at den må kunne karakteriseres som en uforutsett omstendighet som innklagede ikke kan lastes for ikke å ha forutsett. Når det gjelder spørsmålet om anskaffelsen fra Copenhagen Economics ikke kunne utsettes i den tiden det ville tatt å gjennomføre en kunngjort konkurranse om oppdraget, er det situasjonen på tidspunktet da anskaffelsen ble foretatt som er relevant. Vanligvis må det kunne legges til grunn at det minimum vil ta en måned eller to å gjennomføre en kunngjort konkurranse etter forskriftens del II. I noen tilfeller må det også beregnes enda lenger tid, avhengig av anskaffelsens art, omfang, kompleksitet mv, jf. klagenemndas sak 2011/209 premiss (94) med videre henvisninger. I foreliggende sak hadde innklagede bare noen dager igjen til hovedforhandlingen opprinnelig skulle starte og i høyden noen uker på å fremskaffe en ekspertrapport og sakkyndige vitner som kunne delta under hovedforhandlingen. Innklagede måtte ved mottak av sluttinnlegget derfor handle raskt, og kunne på dette tidspunkt ikke uten videre legge til grunn at saken ville bli utsatt (noe den i utgangspunktet heller ikke ble). Nemnda finner det derfor godtgjort at anskaffelsen ikke kunne utsettes i den tiden det ville tatt å gjennomføre en kunngjort konkurranse om oppdraget etter bestemmelsene om dette i forskriften del II. Dette innebærer at innklagede etter nemndas oppfatning hadde hjemmel i forskriften § 2-1 andre ledd bokstav c til å inngå kontrakt direkte med Copenhagen Economics den 13. januar 2011.

- (203) Det kan så reises spørsmål ved om den kontrakten innklagede opprinnelig inngikk med Copenhagen Economics må anses vesentlig endret (og at det dermed foreligger en ny kontraktsinngåelse som må vurderes opp i mot vilkårene for direkte anskaffelse) etter at det ble klart at rettssaken faktisk ble utsatt. Dette er det imidlertid ikke nødvendig for nemnda å ta endelig stilling til, da nemnda uansett er kommet til at hvis så er tilfelle, så må det kunne legges til grunn at innklagede hadde hjemmel i forskriften § 2-1 andre ledd bokstav c for også å inngå denne nye kontrakten direkte. Etter nemndas oppfatning var innklagede fremdeles i en situasjon som må anses oppstått på grunn av en uforutsett omstendighet. Motparten hadde fremlagt to omfattende og komplekse økonomiske rapporter, som det fremdeles var tvingende nødvendig at innklagede gjennomgikk så fort som mulig. Videre måtte innklagede ved eksternt hjelp fremskaffe det materialet som var nødvendig for å kunne imøtegå rapporten. Dette måtte skje i et tett samarbeid med den eksterne konsulenten innklagede benyttet, for at innklagede fortløpende kunne

sjekke om det faktagrunnlag som ble hentet inn, kunne legges til grunn eller om det var behov for å fremskaffe ytterligere informasjon. Formålet med arbeidet var altså hele tiden å hurtigst mulig få utarbeidet en ekspertrapport og gjøre Copenhagen Economics klar til å møte som sakkyndig vitne i den utsatte rettssaken. Selv om unntaksbestemmelsen i forskriften § 2-1 (2) bokstav c skal tolkes snevert, har innklagede i foreliggende sak godtgjort at anskaffelsen ikke kunne utsettes i den tiden det ville tatt å gjennomføre en kunngjort konkurranse om oppdraget etter bestemmelsene om dette i forskriften del II.

- (204) Basert på ovennevnte er klagenemnda kommet til at innklagede hadde hjemmel i forskriften § 2-1 andre ledd bokstav c for de(n) direkte kontraktsinngåelse(n)e som innklagede foretok med Copenhagen Economics. Det foreligger dermed ingen ulovlig direkte anskaffelse fra dette selskap i klagesak 2012/20.

Nemndas videre behandling

- (205) Klagenemnda har ved behandlingen av de anskaffelser klagen omfatter kommet til at innklagede har foretatt én ulovlig direkte anskaffelse, dvs. anskaffelsen av juridisk bistand fra advokatfirmaene Kjær og Kvale i forbindelse med tvisten med Fjord Line AS. Nemndas videre behandling vil i det følgende utelukkende omhandle denne ulovlige direkte anskaffelsen, mens behandlingen av de øvrige anskaffelser som er omfattet av klagen herved avsluttes.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (206) Skyldkravet for å kunne ilegge overtredelsesgebyr er at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt *”forsettlig eller grovt uaktsomt”*, jf. loven § 7b første ledd.
- (207) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) er det nærmere redegjort for skyldkravet, og følgende fremgår på side 26:

”Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsomt eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse rettsuvidenhet som grovt uaktsomt. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og innsikt.”

- (208) Innklagede har hevdet at det ikke var påregnelig at sakskomplekset med Fjord Line AS skulle vokse til en slik størrelse som det gjorde, og at det ikke kan være i samsvar med regelverkets krav til effektiv ressursbruk å oppstille en plikt til å bytte advokat om et oppdrag om kontraktsforhandlinger utvikler seg til en tvist. Etter nemndas oppfatning er det ikke uvanlig at et lite kurant forhandlingsoppdrag, kan utvikle seg til en tvist som krever betydelig rettslig bistand. I slike tilfeller kan oppdragsgiver anskaffe bistand uten kunngjøring opp til kunngjøringsgrensen, men etter dette må anskaffelsen kunngjøres såfremt det ikke kan godtgjøres at det var forsvarlig å estimere anskaffelsens verdi til under kunngjøringsgrensen eller ett av unntakene fra kunngjøringsplikten kommer til anvendelse. Dersom oppdragsgiver ikke på forhånd har en rammeavtale på plass, må denne være forberedt på at det kan bli nødvendig å kunngjøre et oppdrag etter hvert som

en sak utvikler seg. I denne saken mener nemnda at innklagede på et tidlig tidspunkt måtte forstå at anskaffelsens verdi langt ville overstige kunngjøringsgrensen. Det er også klart at ingen av unntaksbestemmelsene fra kunngjøringsplikten er anvendelige. Til tross for dette, unnlot innklagede å kunngjøre en konkurranse om anskaffelsen. Dette finner nemnda i det minste grovt uaktsomt. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

(209) Det følger av loven § 7b første ledd at oppdragsgiver *”kan”* ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, *”forsettlig eller grovt uaktsomt”* foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det blant annet skal legges vekt på *”overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning”*, jf. § 7b andre ledd.

(210) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *”for å sikre større etterlevelse av regelverket”*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas sak 2010/24 premiss (42) med videre henvisninger.

(211) I klagenemndas sak 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:

”Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser.”

(212) I denne saken har nemnda kommet til at innklagede tidlig måtte forstå at anskaffelsens verdi langt ville overstige kunngjøringsgrensen og at det ikke er tvilsomt at ingen av unntakene fra kunngjøringsplikten kommer til anvendelse. Til tross for dette unnlot innklagede å kunngjøre en konkurranse om anskaffelsen. Kontraktsinngåelsene med advokatfirmaene Kjær og Kvale ble videre foretatt helt uten konkurranse. Anskaffelsens verdi er heller ikke ubetydelig. For øvrig kan det også vises til at kunngjøring av anskaffelser også skal ivareta andre hensyn enn de rent økonomiske, blant annet hensynet til allmennhetens tillit til at offentlige tjenesteoppdrag tildeles på en objektiv og nøytral måte, og hensynet til fremme av likebehandling mellom private leverandører, jf. loven § 1 og § 5.

(213) Klagenemnda er etter dette kommet til at det skal ilegges overtredelsesgebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (214) Ved utmålingen av gebyret skal det legges vekt på de samme momenter som ved vurderingen av om gebyr skal ilegges; overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkning, jf. loven § 7b andre ledd. Opplistingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b andre ledd andre punktum.
- (215) Det vises her til de vurderingene som er gjort i spørsmålet om skyldkravet er oppfylt og hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr. I dette tilfellet taler klar kunngjøringsplikt, ingen konkurranse om anskaffelsen og ikke ubetydelig anskaffelsesverdi for at gebyret settes relativt høyt. Mot at gebyret settes altfor høyt, taler at foreliggende anskaffelse tross alt startet som et kontraktsforhandlingsoppdrag.
- (216) Klagenemnda finner etter dette at gebyret passende kan settes til 450 000 kroner. Dette utgjør ca. 9,4 prosent av anskaffelsens verdi på 4 800 067,36 kroner eks. mva.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

*Kristiansand kommune v/Kristiansand Havn KF ilegges et overtredelsesgebyr på 450 000
- firehundreogfemtusen - kroner*

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

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

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b femte ledd. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å begjære en sak prøvd for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

Bergen, 6. november 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl