



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte i 2008 en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om advokattjenester. I kunngjøringen var det opplyst at innklagedes anskaffelser av advokattjenester gjennomsnittlig hadde beløpt seg til ca 700 000 pr år. Rammeavtalen skulle dekke innklagedes behov for advokatbistand, og innklagede hadde forpliktet seg til å bruke rammeavtaleleverandøren. I løpet av de fire årene rammeavtalen løp hadde innklagede totalt betalt kr 5 565 688,80 til valgte leverandør for tjenester i henhold til rammeavtalen. Klagenemnda konkluderte med at dette var innenfor omfanget av den rammeavtalen som var kunngjort, og at det derfor ikke forelå en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 17. desember 2012 i sak 2011/294

Klager: Demokratene Askøy

Innklaget: Askøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

(1) Askøy kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 20. februar 2008 en konkurranse med forhandling i ett trinn for inngåelse av rammeavtale med en leverandør om anskaffelse av advokattjenester. I kunngjøringseskjemaet punkt II.1.3) var det likevel krysset av for at kunngjøringen gjelder tildeling av kontrakt, og punktet om inngåelse av rammeavtale var ikke krysset av.

(2) I kunngjøringens punkt II.1.5) var anskaffelsen beskrevet på følgende måte:

Askøy kommune inviterer til konkurranse med forhandlinger for anskaffelse av advokattjenester.

Tjenestene skal kunne leveres fra og med 01.07.2008 og avtalen skal gjelde i 2 år med opsjon for ytterligere 2 år. Det skal inngås en rammeavtale hvor oppdragsgiver ikke har noen kjøpsforpliktelse etter avtalen, men hvor det foretas avrop etter oppdragsgivers behov. Anskaffelser av advokattjenester til oppdragsgiver har de siste 3 årene i snitt beløpt seg til ca. 700.000,- kr eks. mva. årlig, men varierer fra år til år.

(3) Av konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon fremgikk følgende utdypende opplysninger om oppdraget:

C.1 BESKRIVELSE AV OPPDRAGET

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

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

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

Oppdragsgiver ønsker tilbud på advokattjenester. Med advokattjenester menes alt fra besvarelse av juridiske enkeltspørsmål på telefon til omfattende bistand ved langvarige rettsvister. Erfaringsmessig består hovedtyngden av oppdraget av juridisk utredningsarbeid om aktuelle problemstillinger innenfor oppdragsgivers virksomhet.

Det skal inngås en rammeavtale hvor oppdragsgiver ikke har noen kjøpsforpliktelse etter avtalen, men hvor oppdragsgiver vil foreta avrop ved oppdragsgivers behov. Anskaffelser av advokattjenester har de siste 3 årene i snitt beløpt seg til ca. 700.000,- kr eks. mva. årlig, men beløpet varierer fra år til år.

Oppdragsgiver forplikter seg til å benytte det advokatfirmaet som det inngås rammeavtale med, men står likevel fritt til å anskaffe tjenester fra andre advokatfirmaer i spesielle tilfeller, f eks dersom oppdragsgiver har behov for en kompetanse som ikke finnes hos leverandøren eller dersom han har behov for konkret spisskompetanse. Også i tilfeller med habilitetskonflikt, f eks der leverandøren er advokaten til oppdragsgivers motpart, står oppdragsgiver fritt til å velge en annen leverandør for den konkrete saken. Leverandøren plikter å forelegge mulige habilitetskonflikter for oppdragsgiver så snart leverandøren er kjent med problemstillingen.

Oppdragsgiver har selv tilsatt jurister og det er således tale om utfyllende tjenester til de tjenestene disse yter. Det er tale om levering av et bredt spekter av tjenester. Oppdragsgivers oppgaver er svært varierte og tilbyderne bør derfor kunne levere tjenester innenfor størstedelen av oppdragsgivers spekter/behov. Det vises i den forbindelse generelt til norske kommuners virksomhet. Bl a og særlig vil oppdragsgiver fremheve behovet for bistand innenfor følgende saksfelter:

- bygg- og entrepriserett,*
- utbyggingsavtaler, inkludert ops (offentlig og privat samarbeid),*
- fast eiendom, herunder ekspropriasjon og skjønn,*

- tingsrett,*
- kontraktsrett, inkludert forhandlinger,*
- selskapsrett,*

- EU-/EØS-rett, internasjonalt regelverk,*
- arbeidsrett,*
- sosial- og barnevernsrett,*

- forvaltnings- og kommunalrett,*

- prosedyre

- (4) Videre fremgikk av kravspesifikasjonen at dersom oppdragsgiver *"ønsker å benytte opsjonen skal oppdragsgiver gi leverandøren skriftlig melding om det senest innen 01.06.2010."*
- (5) Innklagede mottok seks tilbud i konkurransen. Kontrakt ble 3. oktober 2008 inngått med Advokatfirmaet DLA Piper Norway DA. Etter det opplyste ble DLA Pipers Bergenskontor utfisjonert fra DLA Piper Norway DA med virkning fra 1. januar 2009. Samme dag ble DLA Pipers Bergenskontor fusjonert med Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA som overtakende selskap. Innklagede har etter dette forholdt seg til Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA (heretter kalt valgte leverandør) som kontraktspart.
- (6) I brev fra valgte leverandør datert 28. januar 2011 ble innklagede meddelt at rammeavtalens priser ville oppjusteres i henhold til kontraktens prisreguleringsklausul. Videre fremgikk følgende:

"Vi legger til grunn som meddelt muntlig fra Askøy kommune at avtalen er fornyet for 2 år slik kontrakten gir grunnlag for"
- (7) Innklagede har opplyst at det i perioden 2008 til 2011 totalt er betalt kr 5 565 688,80 til valgte leverandør for tjenester som er kjøpt i henhold til rammeavtalen.
- (8) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser av Demokratene Askøy (heretter kalt klager) ved brev av 21. oktober 2011. Ved brev datert 25. oktober 2011 ble innklagede meddelt at klagenemnda hadde mottatt en klage med anførsel om ulovlig direkte anskaffelse.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Omfanget av rammeavtalen ble bevisst underestimert. Dette var både innklagede og valgte leverandør klar over da kontrakten ble inngått. Dette representerer en skjult direkte anskaffelse. Innklagede har heller ikke skriftlig utløst opsjonen i avtalen, slik at alle kjøp fra valgte leverandør etter 1. juli 2010, subsidiært 3. oktober 2010, representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas avgjørelse i sak 2010/71. Uansett utgjør innklagedes kjøp av advokattjenester fra valgte leverandør ut over estimert omfang en ulovlig direkte anskaffelse.
- (10) Klager påklagde resultatet av konkurransen som ble utlyst i 2008 i sak 2008/160. Foreldelsesfristen for klagenemndas myndighet til å ilegge gebyr må anses avbrutt ved denne klagen.

Innklagedes anførsler:

- (11) Klagers anførsler om ulovlig direkte anskaffelse bestrides. Det er riktig at utløsingen av opsjonen ikke er skjedd skriftlig. Innklagede har imidlertid flere ganger i samarbeidsmøter mellom partene meddelt at opsjonen ble utløst. Dette er også bekreftet i brev fra valgte leverandør datert 28. januar 2011.

- (12) Når det gjelder beregningen av rammeavtalens omfang, ble denne beregnet ut fra et gjennomsnitt av innklagedes advokatutgifter de siste tre år. Innklagede var også bevisst at beløpet kunne variere, og dette ble fremhevet i kunngjøringen.
- (13) Det har ingen anskaffelsesrettslige konsekvenser at estimatet er overskredet. Den rammeavtalen som ble kunngjort gir klart uttrykk for at omfanget er usikkert og kan variere fra år til år. Poenget er at dette er en rammeavtale som skal dekke innklagedes behov for advokatbistand. Dette er behov som reelt varierer, og som det er umulig å beregne nøyaktig i forkant, ut over de vurderinger basert på historikken som innklagede har foretatt. Dette skyldes at advokatutgifter blant annet beror på forhold som kommunen ikke kan påvirke eller forutse, for eksempel at det reises saker mot kommunen. Advokatbransjen, leverandørene, er kjent med dette.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Anskaffelsen gjelder advokattjenester, som er en uprioritert tjeneste. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

- (15) Klagenemnda for offentlige anskaffelser har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge overtredelsesgebyr til offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser.
- (16) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (17) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli eller senere.
- (18) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom foreliggende sak gjelder anskaffelser som er foretatt før dette tidspunktet, er det klagenemnda som skal behandle saken.
- (19) Etter loven § 7b tredje ledd bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt en klage med påstand om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. I foreliggende sak ble dette gjort ved brev datert 25. oktober 2011. Med utgangspunkt i denne datoen, regnet to år tilbake, vil starttidspunktet for foreldelsesfristen være 25. oktober 2009. At klager i sak 2008/160 påklaget foreliggende anskaffelse er ikke fristavbrytende i relasjon til loven § 7b tredje ledd. Dette innebærer at anførselen om at innklagede allerede ved kontraktsinngåelsen i 2008 foretok en skjult direkte anskaffelse er for sent fremsatt. Ettersom klager pretenderer at dette også har betydning for de øvrige spørsmål i saken, nevnes det her at det ut fra den fremlagte informasjon heller ikke er sannsynliggjort at innklagede oppgav

et for lavt historisk omfang. For de øvrige forhold klagen omfatter er klagen i utgangspunktet rettidig, med det forbehold at klagenemndas myndighet til å ilegge gebyr kun omfatter anskaffelser som er foretatt etter 25. oktober 2009.

- (20) Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

- (21) Av loven § 7b første ledd følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (22) Klagenemnda nevner innledningsvis at det forhold at tjenesten leveres av en annen leverandør enn den som opprinnelig inngikk kontrakt med innklagede, ikke er anført av klager som grunnlag for ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda har derfor ingen foranledning til å ta stilling til om dette forhold har noen anskaffelsesrettslige konsekvenser.
- (23) Det første spørsmålet i saken er om kjøp fra valgte leverandør etter utløpet av de første to årene av rammeavtalens varighet representerer en ulovlig direkte anskaffelse grunnet manglende utløsning av opsjonen. Innklagede har opplyst at det i forholdet mellom innklagede og valgte leverandør var gjort helt klart at opsjonen var utløst før utløpet av toårsperioden, selv om dette ikke skriftlig ble meddelt valgte leverandør. Dette støttes av de øvrige opplysninger i saken.
- (24) En slik fravikelse av formkrav til innløsning av opsjonen, innebærer ikke at opsjonen ikke er utløst. På dette punkt skiller foreliggende sak seg fra sak 2010/71. I den saken var det enighet mellom partene at opsjonen ikke var utløst. Dette er ikke tilfelle her. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.
- (25) Klager har videre anført at innklagedes kjøp av advokattjenester fra valgte leverandør ut over 700 000 kr pr år representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede har handlet for totalt 5 565 688,80 fra valgte leverandør på denne rammeavtalen. Spørsmålet er om innklagedes kjøp av advokattjenester for totalt 5 565 688,80 ligger utenfor omfanget av den kunngjorte rammeavtalen.
- (26) Forskriften § 6-1 (3) om rammeavtaler fastsetter:

"Kontrakter innenfor en rammeavtale kan bare inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen, og uten at det gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene."

- (27) Spørsmålet kan betraktes ut fra to synsvinkler. I C-454/06 (presstext) tok EU-domstolen stilling til om endringer i avtalen mellom partene måtte anses så vesentlige at en i realiteten stod overfor en ny kontrakt. Spørsmålet om et kjøp faller utenfor en kunngjort anskaffelse er behandlet i EU-domstolens avgjørelse i sak C-340/02 og sak C-423/07. Disse problemstillingene er også behandlet av klagenemnda i en rekke saker, for eksempel sak 2007/142 og sak 2011/181, som begge gjaldt avrop på rammeavtaler.

Det kan være en flytende overgang mellom hvilken synsvinkel som er mest nærliggende å anlegge.

- (28) Som nevnt hadde innklagede i kunngjørings skjemaet punkt II.1.3) krysset av for at kunngjøringen gjaldt tildeling av kontrakt. Punktet om inngåelse av rammeavtale var ikke krysset av. Det tilføyes her at det likevel gjennom andre opplysninger i kunngjørings skjemaet var klart at foreliggende avtale var en rammeavtale.
- (29) Innklagede hadde ikke oppgitt et estimat under kunngjørings skjemaets punkt II.1.4) "*Anslå samlet verdi av kontraktene i løpet av hele rammeavtalens varighet.*" Innklagede hadde imidlertid i kunngjørings skjemaet punkt II.1.5) oppgitt at kjøp av advokattjenester til oppdragsgiver de siste 3 årene i snitt hadde beløpt seg til ca. 700.000,- kr eks. mva. årlig, og at dette varierte fra år til år. Når dette ses i sammenheng med beskrivelsen av oppdraget i kravspesifikasjonen, kan beløpsangivelsen egentlig ikke oppfattes som et konkret estimat for hvor stort omfang av advokattjenester som ville bli kjøpt i rammeavtalens varighet. Det er mer nærliggende å oppfatte beløpsangivelsen som en opplysning som kunne gi en pekepinn på fremtidig behov.
- (30) Innklagede har fremholdt at dette var en rammeavtale som skulle dekke innklagedes behov for advokatbistand. Klagenemnda er enig i at avtalen må forstås slik. Som innklagede har fremholdt kan behovet for advokatbistand variere avhengig av for eksempel om det reises sak mot innklagede, og leverandører av advokattjenester er naturligvis kjent med dette. For den aktuelle rammeavtalen hadde innklagede endatil forpliktet seg til å benytte den valgte leverandøren ved kjøp av advokattjenester, med unntak for spesielle tilfeller.
- (31) Som nevnt fastsetter forskriften § 6-1 (3) at det ikke må gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene. Generelt må dette antas å kunne innebære at en vesentlig overskridelse av et estimert omfang i en rammeavtale vil kunne representere en ulovlig direkte anskaffelse. Vesentlighetstærskelen bør likevel ta høyde for at omfanget er angitt som et estimat, og at leverandører må antas å være kjent med at omfanget vil kunne overskrides.
- (32) Ved inngåelse av rammeavtaler kan oppdragsgivere, som i foreliggende sak, se seg tjent med å forplikte seg til å kjøpe de ytelser som er omfattet av rammeavtalen hos leverandøren. Dette kan gi leverandørene mulighet for å tilby bedre betingelser i rammeavtalen, og kontraktsrettslig vil det da være begrensninger i oppdragsgivers adgang til å kjøpe utenfor rammeavtalen. Også anskaffelsesregelverket medfører trolig begrensninger i adgangen til å kunngjøre en ny rammeavtale som gjelder samme ytelser som en rammeavtale oppdragsgiver allerede er part i, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/237.
- (33) I foreliggende sak må rammeavtalen oppfattes som en avtale som skulle dekke innklagedes behov for advokattjenester utover det innklagedes jurister selv stod for. Innklagede hadde forpliktet seg til å bruke valgte leverandørs tjenester, med unntak for spesielle tilfeller. Historiske kjøp var estimert til 700 000 kr pr år, men med en presisering av at dette varierte fra år til år. Ut over dette var det ikke oppgitt et estimat for de tjenester som skulle leveres i henhold til rammeavtalen. Basert på dette må innklagedes kjøp av advokattjenester for kr 5 565 688,80 fra valgte leverandør anses å ligge innenfor omfanget av den rammeavtalen som er kunngjort. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Askøy kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 17. desember 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver