



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede hadde direkteanskaffet konsulentbistand i forbindelse med et datavarehusprosjekt til en samlet verdi av kr 1 290 720 eksklusiv merverdiavgift. Klagenemnda fant at det her var tale om én samlet anskaffelse i henhold til beregningsregelen i forskriften § 2-3 (1), men fordi den delen av anskaffelsen som lå innenfor foreldelsesfristen kun utgjorde kr 284 520 eksklusiv merverdiavgift fant nemnda at det ikke forelå en ulovlig direkte anskaffelse. Nemnda uttalte i denne forbindelse at man i gebyrsakene ut fra legalitetsprinsippet må tolke beregningsreglene i forskriften § 2-3 i lys av de særregler som gjelder for gebyrsaker, herunder særlig foreldelsesregelen i klagenemnds forskriften § 13 a (2), jf. loven § 7b (3).

Klagenemndas avgjørelse 22. juni 2011 i sak 2011/49

Klager: Næringslivets Hovedorganisasjon

Innklaget: Statens Pensjonskasse

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger og Andreas Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Næringslivets Hovedorganisasjon (heretter klager) ved brev 20. desember 2010. Klagen er foranlediget av Riksrevisjonens rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2009. På bakgrunn av rapporten besluttet sekretariatet å dele opp saken i ni saker, hvorav seks saker senere ble trukket av klager. Foreliggende sak gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av IT-konsulenttjenester. De øvrige to sakene gjelder hhv. anskaffelse av IT-konsulenttjenester og tilleggstjenester til et dokumenthåndteringssystem.

Bakgrunn:

- (2) Statens Pensjonskasse (heretter innklagede) forspurte fem av sine eksisterende rammeavtaleleverandører på konsulenttjenester om å inngi tilbud på bistand i forbindelse med et datavarehusprosjekt ved e-post 25. april 2008. Det var opplyst følgende om anskaffelsen:

"Statens Pensjonskasse (SPK) inviterer med dette rammeavtaleleverandørene til å levere tilbud på en kandidat med senior datavarehuskompetanse. Varigheten vil være fra umiddelbar oppstart til 15. september med opsjon for forlengelse. Omfang vil være 50 % av full tid frem til 15. september med opsjon på utvidelse av omfang etter denne datoen. Kandidaten vil inngå i forvaltningsteamet for datavarehusløsningen til SPK som ble utviklet i 2007.

*Kandidaten må ha flere års erfaring innenfor:
Kundekommunikasjon
Rapportutvikling innenfor Business Objects XI
Krav- og løsningsspesifikasjon
Utvikling av datavarehusløsninger*

Erfaring med bruk av Informatica PowerCenter og kjennskap til administrasjon og oppsett av Business Objects vil være en fordel.

Kandidaten vil inngå i en felles pool av ressurser som administreres og håndteres av Seksjon Systemutvikling (SYS). Dette vil kunne føre til omdisponeringer til andre prosjekter og forvaltninger ved behov.

Det er ønskelig at ressursen har pensjonsfaglig kompetanse eller evne til å tilegne seg kompetanse på høyt nivå.

Svarfrist senest og innen onsdag 7. mai”.

- (3) Av anskaffelsesprotokoll, datert 16. november 2008, fremgår at anskaffelsens verdi var anslått til under kr 500 000. Videre fremgår at *”Rammeavtaleleverandørene kunne ikke levere og det ble da hentet inn tilbud fra bWise AS hvor ønsket kompetanse kunne leveres.”*

- (4) Fra bWise Software AS’ e-post 22. mai 2009 hitsettes:

”Viser til hyggelig samtale med [...]. Hun ringte og forespurte om Business Objects konsulent for Statens Pensjonskasse, og ba meg sende deg en mail med tilgjengelig konsulenter samt CV’er.”

- (5) Innklagede har fremlagt likelydende kontrakter om *”datavarehusoppgaver i prosjekt og forvaltning”* med bWise Software AS inngått 2. juni 2008 for perioden 10. juni 2008 til 15. september 2008, deretter 22. august 2008 for perioden 16. september 2008 til 31. desember 2008, og 10. november 2008 for perioden 2. januar 2009 til 31. mars 2009. Innklagede har videre fremlagt utskrift fra sitt regnskapssystem som viser at det er blitt anskaffet konsulentbistand for totalt kr 1 290 720 eksklusiv merverdiavgift fra bWise Software AS.

- (6) Fra kontrakten 10. november 2008 hitsettes følgende:

”1.1 OMFANGET AV KONSULENTBISTANDEN

[...]

Bistanden utføres av Hilde Kristin Marås.

[...]

Konsulenten skal i perioden tilstrebe en kapasitet på 100 % stilling hos Kunden.”

[...]

1.3 VARIGHET

"Arbeidet påbegynnes 02.01.09, og skal være avsluttet innen 31.03.09. Mulighet for forlengelse og utvidelse etter avtale."

- (7) Etter 1. april 2009 fortsatte innklagede å anskaffe konsulentbistand ut september 2009, uten at forlengelsen ble nedfelt skriftlig. Ifølge utskriften fra regnskapssystemet er det anskaffet konsulentbistand til en verdi av kr 284 520 eksklusiv merverdiavgift i denne perioden.
- (8) Riksrevisjonen overleverte sin rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2009 til Stortinget 19. oktober 2010. Fra *"Dokument 1 (2010 – 2011)"* punkt 2.1.2 *"Anskaffelser"* refereres:

"Riksrevisjonen påpekte svakheter ved anskaffelser ved revisjonen av regnskapet for 2007. Departementet uttalte da at riktig forståelse og etterlevelse av regelverket blant annet krever en tett og direkte oppfølging av alle impliserte. Departementet la opp til kontinuerlig fokus på anskaffelsesområdet i den løpende styringsdialogen med SPK.

Revisjon av anskaffelser i SPK for 2009 viser fortsatt svakheter og mangler, blant annet ved

- uhjemlet direkte kjøp*
- manglende konkurranse*
- kjøp av varer og tjenester uten gyldig avtale*
- manglende dokumentasjon av anskaffelsesprosessen*
- manglende protokollføring*
- manglende toveis sporbarhet mellom avtaler og fakturaer*

Arbeidsdepartementet har uttalt at fokus på etterlevelse av etatens anskaffelsesregelverk vil bli fulgt opp gjennom etatsstyringsdialogen. I tildelingsbrevene for 2007, 2008 og 2009 har det vært satt fokus på etterlevelse av anskaffelsesregelverket.

[...]

Det opplyses videre at SPK har besluttet å opprette en funksjon for intern revisjon i andre halvår 2010. Internrevisjonen skal følge opp systemene for intern kontroll i SPK, herunder på anskaffelsesområdet."

- (9) Fra punkt 2.2.2 *"Internkontroll"* refereres videre:

"Riksrevisjonen viser til at SPK fremdeles har svakheter og mangler i sin etterlevelse av anskaffelsesregelverket. Det vises videre til at Fornyings- og administrasjons – departementet som hadde ansvaret for etatsstyringen av Statens Pensjonskasse frem til 1. januar 2010, i sin styring av SPK, har satt fokus på etterlevelse av anskaffelsesregelverket både i 2007, 2008 og 2009. Riksrevisjonen påpekte svakheter ved anskaffelser ved revisjonen av regnskapet for 2007.

På bakgrunn av at SPK fortsatt ikke etterlever anskaffelsesregelverket, stiller Riksrevisjonen spørsmål om dagens opplegg for styring av SPK er tilstrekkelig og tilpasset risikobildet i virksomheten.

[...]

SPK har gjennom flere år hatt problemer med anskaffelsesregelverket, og de forholdene Riksrevisjonen tar opp henger alle sammen med svikt i interne rutiner og kvalitetssikring.”

- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 20. desember 2010.
- (11) Innklagede ble varslet om klagen ved klagenemndas brev 28. desember 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Klager anfører at innklagede har foretatt ulovlig direkte anskaffelse slik det fremkommer av Riksrevisjonens merknader i Dokument 1 (2010-2011).

Innklagedes anførsler:

- (13) Innklagede anfører prinsipalt at vurderingen av anskaffelsens verdi inkludert forlengelser, må anses forsvarlig på det tidspunkt innklagede innhentet tilbud.
- (14) I forespørsel om tilbud til de respektive leverandører var anskaffelsens verdi inkludert eventuelle forlengelser vurdert til under 500 000 eksklusiv merverdiavgift.
- (15) Den opprinnelige avtalen ble forlenget flere ganger frem til sommeren 2009 og sluttsummen på kr 1 290 720 eksklusiv merverdiavgift ble høyere enn først beregnet.
- (16) Subsidiært anføres at klagen er innkommet for sent. Etter innklagedes oppfatning er adgangen til å ilegge gebyr for kontrakter inngått før 28. desember 2008 bortfalt, jf. loven § 7b, 3. ledd, 3. punktum. Av anskaffelsen gjenstår kr 284 450 kr eksklusiv merverdiavgift som omfattes av kontrakter inngått etter 28. desember 2008. Anskaffelsen er etter dette under nasjonal terskelverdi.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Anskaffelsen gjelder EDB og beslektede tjenester som er en prioritert tjeneste omfattet av forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, vedlegg 5, kategori (7).
- (18) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a 1. ledd.
- (19) Av klagenemndsforskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b 3. ledd. Av bestemmelsen fremgår 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. Foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved brev 20. desember 2010, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev 28. desember 2010.

- (20) Innklagede inngikk skriftlig avtale om konsulentbistand med selskapet bWise Software AS 2. juni 2008, 22. august 2008 og 10. november 2008. Klagenemndas myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr er i denne saken begrenset til å gjelde den kontrakt/de kontrakter innklagede kan anses for å ha inngått etter 28. desember 2008, jf. premiss ovenfor.
- (21) Kontrakten som ble inngått 10. november 2008 skulle utløpe 31. mars 2009 "*med mulighet for forlengelse og utvidelse etter avtale*". Innklagede har ikke fremlagt dokumentasjon på skriftlig forlengelse av kontrakten eller skriftlig inngåelse av ny kontrakt, men det fremgår av innklagedes redegjørelse at konsulentbistanden fortsatte i perioden 1. april 2009 til og med september 2009.
- (22) I klagenemndas avgjørelse i sak 2010/1 (premiss 52) ble det lagt til grunn at forskriften kun kommer til anvendelse der det er inngått, eller skal inngås, en skriftlig kontrakt, jf. forskriften § 1-3 (1) sammenholdt med § 4-1 bokstav a. I sak 2010/71 la nemnda til grunn at skriftlighetskravet var oppfylt ved muntlig avtale basert på en utløpt rammeavtale, dvs. på samme avtalevilkår og med det samme innhold.
- (23) Basert på tidligere klagenemndspraksis, legger nemnda til grunn at skriftlighetskravet må anses oppfylt i tilknytning til de kjøp innklagede har foretatt fra 1. april 2009 og ut september 2009, idet disse er foretatt på samme avtalevilkår som de som var fastsatt i den skriftlige kontrakten av 10. november 2008 og det her gjelder en fortsettelse av anskaffelse av den samme konsulenttjeneste som den skriftlige kontrakten omhandlet. Klagen vedrørende disse kjøpene foretatt fra 1. april 2009 og ut september 2009 er etter dette rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (24) Av loven § 7b (1) 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. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1. Av forskriften § 2-1 (2) fremgår at for kontrakter hvor den anslåtte verdi overstiger kr. 500 000 eksklusiv merverdiavgift, men ikke overstiger EØS-terskelverdiene, gjelder reglene i forskriften del I og II.
- (25) I foreliggende sak fremstår de kjøpene som er foretatt som én løpende avtale om EDB-bistand fra den samme navngitte konsulenten, på samme avtalevilkår og med det samme innhold; "*datavarehusoppgaver i prosjekt og forvaltning*". Klagenemnda legger derfor til grunn at det her er tale om én samlet anskaffelse i henhold til beregningsregelen i § 2-3 (1). Totalverdien på anskaffelsen er på kr 1 290 720 eksklusiv merverdiavgift, og overstiger således klart kunngjøringsgrensen. Imidlertid utgjør verdien av de kjøpene som er foretatt i henhold til kontrakt inngått etter 28. desember kun kr 284 520 eksklusiv merverdiavgift. Spørsmålet for klagenemnda blir derfor hvorvidt man ved verddivurderingen av hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse skal legge til grunn verdien av hele anskaffelsen eller kun den delen av anskaffelsen som ligger innenfor klagefristen for ulovlige direkte anskaffelser.
- (26) På den ene siden kan det anses naturlig å legge til grunn samme verddivurdering her som man ville gjort hvis det ikke var tale om en gebyrsak, dvs ta med verdien av alle kontraktene som må anses for å tilhøre "*anskaffelsen*", jf. § 2-3 (1). På den andre siden antar nemnda at verdiberegningsreglene i forskriften § 2-3 i gebyrsaker ut fra

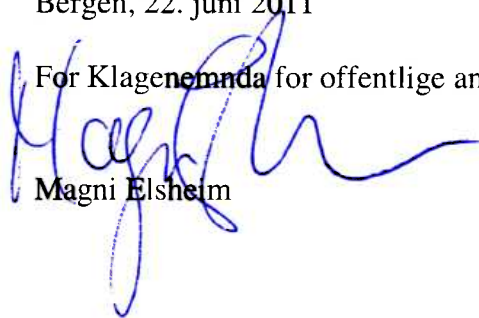
legalitetsprinsippet må tolkes i lys av de særregler som her gjelder, herunder regelen om foreldelsesfrist for gebyrsaker i klagenemndsforordningen § 13 a (2), jf. loven § 7b (3). Basert på dette må det legges til grunn at det ved verdivurderingen kun skal tas hensyn til den delen av anskaffelsen som er foretatt innenfor foreldelsesfristen. I foreliggende sak utgjør verdien av denne delen av anskaffelsen kun kr. 284 520 eksklusiv merverdiavgift. Dette er under kunngjøringsgrensen, og det foreligger da etter klagenemndas oppfatning ingen ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Statens Pensjonskasse har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Bergen, 22. juni 2011

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Magni Elshelm', is written over the printed name.

Magni Elshelm