



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse om rammeavtale om konsulenttjenester i forbindelse med prosjektet "Finnsnes som regionsenter II". Klagenemnda fant at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp. Innklagede ble ikke ilagt gebyr.

Klagenemndas avgjørelse 2. desember 2013 i sak 2012/72

Klager: Lenviklista

Innklaget: Lenvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Andreas Wahl

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) Lenvik kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. april 2010 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om konsulenttjenester i forbindelse med prosjektet "Finnsnes som regionsenter II". Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt I.V.3.4 angitt til å være 1. juni 2010.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 3.1 "Tilbudsadresse" at tilbudene skulle være gyldige i minst 60 dager. Videre fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 5 "Utkast til kontrakt" at kontrakt for kjøp av konsulenttjenester ville bli utarbeidet på basis av Statens standardavtale om konsulentbistand.
- (3) Statens standardavtale om konsulentbistand er en avtale på 10 sider som inneholder alminnelige bestemmelser om avtalens parter, avtalens varighet og lignende, samt bestemmelser om endring, stansing og avbestilling, partenes plikter, vederlag og betalingsbetingelser, opphavs- og eiendomsrett, mislighold, tvister og øvrige bestemmelser om forsikring, overdragelse av rettigheter og plikter, konkurs, akkord e.l. og force majeure.
- (4) Innklagede mottok 3 tilbud innen tilbudsfristen 1. juni 2010, heriblant fra Utviklingsenteret AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (5) Innklagede sendte et brev til tilbyderne 19. juli 2010 og opplyste om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør.
- (6) Partene har opplyst at innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 6. januar 2011. Statens standardavtale om konsulentbistand ble ikke benyttet. I kontrakten som ble inngått med valgte leverandør fremgikk følgende:

"1. Avtalens omfang

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

Avtalen regulerer de oppgaver og rammene for arbeidet som Utviklingssenteret AS skal utføre for Lenvik kommune i forbindelse med prosjektet Finnsnes som regionssenter II.

2. Oppgaver

I henhold til denne avtale skal Utviklingssenteret AS ha prosjektledelsen for prosjektet "Finnsnes som regionssenter II". Dette innebærer:

- Sørge for planlegging og gjennomføring av møter i prosjektgrupper og andre fellesmøter.*
- Utarbeide handlingsplan og sluttrapport i henhold til kriterier fra finansieringskilde*
- Følge opp tiltak som er igangsatt som en del av prosjektet og beslutta av styringsgruppe eller prosjektgruppe.*

I starten av prosjektet vil det bli utarbeida og vedtatt prosjektplan for prosjektet. Disse vil bli styrende for hvilke oppgaver som skal gjennomføres og prioriteres.

3. Avtalens parter og beslutningstakere

Avtalens kontraktsparter er:

- Kunde: Lenvik kommune v/rådmann Margrethe Hagerupsen*
- Leverandør: Utviklingssenteret AS v/daglig leder Sigrid Stangnes*

4. Økonomisk ramme

Økonomisk ramme for hele prosjektet til prosjektledelse er kr. 1.223.700 eks. mva. Dette tilsvarer 1260 timer.

I tillegg kommer andre kostnader til reise, møter osv. Dette vil være kostnader knytta til avtalte aktiviteter og innenfor prosjektets rammer i henhold til tilsagn fra Troms fylkeskommune.

Det faktureres hvert kvartal, første gang 1. februar 2011. Dette på bakgrunn av medgåtte timer og eventuelle andre utgifter.

5. Varighet

Avtalen trådte i kraft 1. november 2010, og varer fram til prosjektslutt 31. oktober 2012.

6. Tvister

Dersom det oppstår tvister i forbindelse med kontrakten, skal saken søkes løst ved forhandlinger. Fører forhandlingene ikke frem skal saken avgjøres av de ordinære domstoler, med mindre partene blir enig om å bringe saken inn til avgjørelse ved voldgift. At en tvist er brakt inn til avgjørelse for domstol eller voldgift fritar i seg selv ikke partene fra å oppfylle sine forpliktelser etter kontrakten. Sorenskriveren i Senja er verneting."

(7) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. mars 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(8) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av konsulenttjenester ved å inngå kontrakt med valgte leverandør etter vedståelsesfristens utløp, og ved å ha foretatt en vesentlig endring av kontrakten. Avtalen som ble inngått med valgte leverandør var en helt annen enn den som var forutsatt i konkurransegrunnlaget.

Innklagedes anførsler:

(9) Innklagede erkjenner at kontrakt med valgte leverandør ble inngått etter vedståelsesfristens utløp, og at kontraktsinngåelsen derfor er å regne som en ulovlig direkte anskaffelse. Det er likevel ikke grunn til å ilegge overtredelsesgebyr. Overtredelsen kan ikke anses som grov ettersom det i realiteten dreier seg om en formalfeil.

(10) Innklagede erkjenner at det i konkurransegrunnlaget var opplyst at kontrakt ville bli utarbeidet på basis av "*Statens standardavtale om konsulentbistand*", men at denne likevel ikke ble brukt. Dette medfører imidlertid ikke en vesentlig endring av kontraktsvilkårene, slik at det av den grunn foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. En stor del av bestemmelsene i Statens standardavtale er administrative bestemmelser. Av de øvrige bestemmelsene gjenspeiler de fleste bestemmelsene generelle obligasjonsrettslige prinsipper. Endringene medfører ikke en økonomisk fordel for valgte leverandør og forrykker heller ikke rangeringen av tilbudene på noen annen måte.

Klagenemndas vurdering:

(11) Saken gjelder anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, hvor det ikke er krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a. Klagen er rettidig.

(12) Den 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.

(13) 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 2012 eller senere.

(14) 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 kontrakt inngått 6. januar 2011, er det klagenemnda som skal behandle saken.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (15) Av loven § 7b (1) 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.
- (16) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at rammeavtale om konsulenttjenester med valgte leverandør ble inngått etter vedståelsesfristens utløp, og/eller ved at kontrakten ble vesentlig endret.

Inngåelse av kontrakt etter vedståelsesfristens utløp

- (17) Nemnda har i flere saker lagt til grunn at oppdragsgiver har en plikt til å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, jf. sakene 2010/17, 2008/23 og 2010/203. Denneplikten er nærmere konkretisert i nemndas sak 2007/153. Her fremgår det at oppdragsgiver, innen fristen, enten må inngå kontrakt, avslutte konkurransen ved avlysning eller totalforkastelse, eller oppfordre tilbyderne til å forlenge fristen. Nemnda har tidligere lagt til grunn at en kontrakt som inngås etter at vedståelsesfristen er utløpt, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/17 (premiss 40) og 2007/108 (premiss 33-43) med videre henvisninger.
- (18) Innklagede har erkjent at kontrakt med valgte leverandør ble inngått etter vedståelsesfristens utløp. Inngåelse av kontrakt med valgte leverandør etter vedståelsesfristens utløp utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse.

Vesentlig endring av kontrakten

- (19) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at kontrakter for kjøp av konsulenttjenester ville bli utarbeidet på basis av Statens standardavtale om konsulentbistand. Partene er imidlertid enig om at den kontrakten som ble inngått med valgte leverandør ikke ble utarbeidet på basis av Statens standardavtale om konsulentbistand.
- (20) Det avgjørende spørsmålet er derfor om utformingen av kontrakten på en annen måte enn angitt i konkurransegrunnlaget medfører at avtaleforholdet mellom innklagede og valgte leverandør er blitt vesentlig endret, slik at det i realiteten er inngått en ny avtale som skulle vært kunngjort.
- (21) Av EU-domstolens praksis er domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (presstext) sentral. Det gis i premiss 34 til 37 eksempler på hva som vil anses som vesentlige endringer:

"34 Med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer (jf. i denne retning dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 44 og 46).

35 En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.

36 Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri. Sidstnævnte fortolkning bekræftes af artikel 11, stk. 3, litra e) og f), i direktiv 92/50, ifølge hvilken der for offentlige tjenesteydelsesaftaler, der udelukkende eller for størstedelens vedkommende vedrører de i bilag I A opførte tjenesteydelser, pålægges begrænsninger i relation til det omfang, hvori ordregivende myndigheder kan benytte forhandling med henblik på tildeling af tjenesteydelser, som supplerer dem, der var genstand for den oprindelige aftale.

37 En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.”

- (22) Av klagenemndas praksis følger det videre at inngåelse av en avtale med et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort, kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/212. Også endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse jf. klagenemndas avgjørelse i sakene 2011/259 og 2012/235 premiss (44). For å ta stilling til om det foreligger en vesentlig endring må det dermed foretas en konkret helhetsvurdering av avtaleforholdet før og etter endringen. Det å benytte en egen kontrakt i stedet for den angitte standardavtalen kan ikke i seg selv medføre at det er gjort en vesentlig endring. Det avgjørende blir om det ikke å benytte standardavtalen, men heller utforme et eget avtaledokument, har medført materielle endringer av betydning i kontraktsforholdet.
- (23) I foreliggende sak fremgikk selve oppdragsbeskrivelsen av konkurransegrunnlaget. Det som reguleres i Statens standardavtale om konsulentbistand er mer generelle og administrative bestemmelser om endring, stansing og avbestilling, partenes plikter, vederlag og betalingsbetingelser, opphavs- og eiendomsrett, mislighold og fremgangsmåte ved tvister.
- (24) Klager har ikke vist til på hvilken måte endringen i kontrakten kan ha hatt betydning. Den kontrakten som faktisk ble inngått med valgte leverandør er betydelig kortere enn Statens standardavtale om konsulentbistand, og inneholder ikke bestemmelser om mange av de punktene som er regulert i Statens standardavtale om konsulentbistand. Det er imidlertid ingen bestemmelser i den inngåtte avtalen som fraviker bestemmelsene i Statens standardavtale om konsulentbistand i vesentlig grad, eller som synes å være egnet til å gi valgte leverandør en fordel. Kontraktsgjensstanden er ikke endret, og avtalen er ikke utvidet til å omfatte annet enn det som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Det er heller ikke noe som tyder på at partene har, eller har ønsket, å reforhandle grunnleggende elementer i avtalen. Avtalens økonomiske balanse er heller ikke påvirket. Klagenemnda kan ikke se at den kontrakten som ble inngått, sammenlignet med Statens standardavtale, kan ha påvirket muligheten for at andre tilbydere ville ha deltatt i konkurransen, eller hvilken tilbyder som ble tildelt kontrakten. Basert på dette utgjør ikke endringen i kontraktsvilkårene en vesentlig endring, og avtalen om kjøp av konsulenttjenester utgjør dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlag.

- (25) Skyldkravet ved overtredelsesgebyr er i loven § 7b beskrevet som at oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt "*forsettlig eller grovt uaktsomt*".
- (26) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) er dette kommentert på følgende måte:

"Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom 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."

- (27) Spørsmålet blir om innklagede, ved at kontrakt ble inngått etter vedståelsesfristen utløp, har opptrådt "*forsettlig eller grovt uaktsomt*".
- (28) Det kan ikke anses tvilsomt at innklagede var oppmerksom på at vedståelsesfristen var utløpt, da det ble inngått kontrakt med valgte leverandør. Innklagedes handlemåte må etter dette i det minste anses som grovt uaktsom. Skyldkravet i loven § 7b første ledd er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (29) Av loven § 7b første ledd følger det at oppdragsgiver "*kan*" ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver 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 særlig skal legges vekt på "*overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventiv virkning.*"
- (30) Klagenemnda har i flere saker om ulovlige direkte anskaffelser kommet til at det ikke skal ilegges gebyr. I sak 2007/108 var det kunngjort en konkurranse med forhandling for prekvalifiserte leverandører, men kontrakt ble først inngått etter utløpet av vedståelsesfristen. Kontraktsinngåelsen ble på denne bakgrunn ansett som en ulovlig direkte anskaffelse. Fra begrunnelsen for ikke å ilegge gebyr hitsettes:

"Bakgrunnen for innføringen av overtredelsesgebyr var at det ble avdekket at mange kontrakter ikke ble kunngjort. Manglende kunngjøring av anskaffelser fører til at det ikke blir konkurranse om oppdragene, og dermed mindre kostnadseffektive innkjøp. I dette tilfellet var kvalifikasjonsordningen kunngjort i overensstemmelse med reglene for dette i forsyningsforskriften. Alle aktuelle leverandører oppført i TransQ systemet har derfor allerede hatt anledning til å inngi sine tilbud. Hensynet til konkurranse er dermed ivaretatt. Virkningen av at vedståelsesfristen utløp begrenser seg til at innklagede skulle gjort en ny vurdering etter allerede fastsatte tildelingskriterier overfor dem som allerede hadde deltatt i konkurransen, mest trolig uten andre eller nye momenter for tildelingen. At innklagede ikke gjennomfører ny konkurranse vil dermed ha liten - om noen betydning overhodet - i forhold til de hensyn som ligger til grunn for kravet om kunngjøring og konkurranse."

- (31) Ettersom anskaffelsen av konsulentttjenester til Lenvik kommune i forbindelse med prosjektet *"Finnsnes som regionsenter II"* ble kunngjort, er hensynet til konkurranse ivaretatt. Det har vært reell konkurranse om oppdraget og prosessen har foregått i åpenhet. Feilen består i at kontrakten ble inngått etter at vedståelsesfristen var løpt ut. Når konkurransen er kunngjort, er ikke overtredelsen av den type som i første rekke tilsier en sanksjon med overtredelsesgebyr, jf. klagenemndas sak 2007/108 sitert ovenfor. Klagenemnda har derfor i tidligere saker, der det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse utelukkende på grunnlag av at vedståelsesfristen er utløpt, vært tilbakeholdne med å ilegge overtredelsesgebyr, jf. blant andre sakene 2010/17, 2009/210 og 2010/203.
- (32) På denne bakgrunn er klagenemnda, etter en helhetsvurdering, kommet til at det ikke bør ilegges gebyr i denne saken.

Konklusjon:

Lenvik kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp.

Bergen, 2. desember 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven