



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

IFinger Limited
Strandveien 35
1366 LYSAKER
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2013/0109-7

Dato:
20.03.2014

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 27. september 2013 vedrørende anskaffelse av digitale ordbøker til videregående skoler i Vest-Agder fylkeskommune i perioden 2009-2013. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Vest-Agder fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kjøpte i perioden 2009-2013 digitale ordbøker av typen Ordnett Pluss til de videregående skolene i fylket fra Kunnskapsforlaget ANS (heretter kalt valgte leverandør). I tillegg kjøpte innklagede en tid den digitale ordboken Clue fra en annen leverandør.
- (2) Etter det opplyste betalte innklagede følgende, eks. mva, for lisensene til Ordnett Pluss:

Skoleår	Betalt
2009/2010	Kr. 110 150,-
2010/2011	Kr 102 000,-
2011/2012	Kr. 178 000,-
2012/2013	Kr. 178 000,-
Sum	Kr. 568 150,-

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postmottak@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

- (3) iFinger Ltd. (heretter kalt klager) var flere ganger i perioden 2009-2013 i kontakt med innklagede. Klager tilbudte sine produkter og stilte spørsmål om når ny anskaffelse av digitale ordbøker skulle kunngjøres, slik at klager også kunne få anledning til å tilby sine løsninger og produkter. Klager fikk blant annet redegjøre i 30 minutter for sine ordbøker på en fagdag som ble arrangert 10. november 2010 av innklagedes fagforum for engelsk. Leverandører av Clue og Ordnett fikk ifølge programmet for fagdagen også redegjøre for sine ordbøker. Fagforumet vurderte i et notat av 14. januar 2011, uriktig, at bare Ordnett Pluss kunne brukes offline og online, slik at det også kunne benyttes ved gjennomføring av eksamener. Fagforumet foreslo derfor at avtalen om Clue skulle avsluttes, og slik saken er opplyst legger sekretariatet til grunn at dette også ble gjort.
- (4) Etter det opplyste hørte imidlertid ikke klager mer fra innklagede om kjøp av digitale ordbøker etter fagdagen – til tross for oppfølgende e-poster fra klager. Først i e-post av 22. mai 2013 ble klager informert om at innklagede igjen hadde inngått kontrakt med valgte leverandør om levering av Ordnett fra august 2011. Det var så noe e-postkorrespondanse mellom klager og innklagede. Klager stilte noen spørsmål og fikk vite hva innklagede hadde betalt for digitale ordbøker de siste skoleårene.
- (5) Innklagede inngikk kontrakt 10. juni 2011 med valgte leverandør for skoleåret 2011/2012 med automatisk forlengelse for skoleåret 2012/2013, jf. kontraktens artikkel 2 (2):

"Lisensperioden gjelder for en periode på 1 år og gir KUNDEN tilgang og bruksrett til produktene fra datoen begge parter har signert kontrakten. Etter dette vil lisensen fornyes automatisk for 1 år av gangen, dersom kunden ikke sier opp lisensavtalen med 3 måneders skriftlig varsel før utløpet av hver lisensperiode. [...]"
- (6) For skoleåret 2013/2014 ble innklagedes behov for digitale ordbøker dekket gjennom en rammeavtale med BS Undervisning AS om læremidler i den videregående skole i Aust- og Vest-Agder.
- (7) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 26. september 2013. I klagenemndas brev av 7. oktober 2013 ble klagen oversendt innklagede. Innklagede ble samtidig orientert om at klagen inneholdt påstand om ulovlig direkte anskaffelse, og at oversendelsesbrevet var fristavbrytende i så måte.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å over flere år anskaffe digitale ordbøker uten å utlyse anskaffelsen. Innklagede har ikke vurdert verdien på anskaffelsen på grunnlag av det samlede beløp innklagede måtte betale over disse årene. Innklagede har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 og forskriften §§ 1-1, 2-3 og 3-1. Innklagede har også brutt forskriften § 3-2 ved ikke å føre protokoll over anskaffelsene.

Innklagedes anførsler:

- (9) Innklagede erkjenner at anskaffelsene av digitale ordbøker for skoleårene 2009/2010 og 2010/2011 ble anskaffet av valgte leverandør uten forutgående konkurranse. Avtalene for skoleårene 2011/2012 og 2012/2013 ble gjort etter vurderinger av markedet, men det erkjennes at det heller ikke for disse skoleårene ble foretatt kunngjøring. Forskjellige

fagforum i innklagedes utdannelsesavdeling vurderte om anskaffelsen skulle konkurranseutsettes fra og med skoleåret 2011/2012. En så da bare på anskaffelsens verdi for hvert enkelt år, hvilket innklagede erkjenner ikke er forsvarlig. Det ble vurdert at bare Ordnett fra valgte leverandør kunne oppfylle innklagedes behov for digitale ordbøker både i offline og online status. Nå i ettertid erkjennes det at denne vurderingen skjedde på noe tynt grunnlag.

- (10) Siste kontrakt med valgte leverandør ble inngått 10. juni 2011. Oversendelsesbrevet med klagen ble mottatt 10. oktober 2013. Når det gjelder den automatiske fornyelsen av kontrakten for skoleåret 2012/2013, representerer den kun en opsjon på forlengelse av kontrakten inngått i juni 2011, og er ikke en egen inngåelse av en ny kontrakt. Klagenemndas adgang til å ilegge gebyr er derfor foreldet.

Sekretariatets vurdering:

- (11) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved ikke å kunngjøre kjøpene av digitale ordbøker. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke et krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Konkurransen gjelder digitale ordbøker som er en vareanskaffelse.
- (12) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (13) 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. 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. For kontrakter som er inngått eller kunngjort etter 1. juli 2012 kan klagenemnda gi en rådgivende uttalelse om hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (15) Etter loven § 7b (3) bortfaller imidlertid 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.
- (16) I foreliggende sak ble klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse oversendt innklagede ved klagenemndas brev 7. oktober 2013. Nemnda kan således kun gebyrlegge ulovlige direkte anskaffelser foretatt senest to år før denne datoen.
- (17) 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. loven § 7b (1) slik den lød før 1. juli 2012. Det følger av forskriften del II § 9-1, jf. § 2-1 (2), at oppdragsgiver

har plikt til å kunngjøre anskaffelser hvor den forsvarlig anslåtte verdien overstiger terskelverdien på kr. 500 000,-.

- (18) I foreliggende sak har innklagede betalt til sammen kr. 568 150,- for digitale ordbøker fra skoleåret 2009/2010 til og med skoleåret 2012/2013. Ut fra sakens opplysninger legger sekretariatet til grunn at det for skoleårene 2011/2012 og 2012/13, er betalt til sammen maksimalt kr. 356 000,-.
- (19) Foreliggende sak reiser flere problemstillinger. For det første kan det stilles spørsmål ved om de kjøp som her er foretatt må anses som én eller flere "anskaffelser" i anskaffelsesregelverkets forstand.
- (20) Dersom det er tale om flere anskaffelser, vil det være naturlig å legge til grunn at kjøp per skoleår utgjør én anskaffelse. Hvis så gjøres, vil kontraktsinngåelsestidspunktet for hver av anskaffelsene, bortsett fra den siste, ligge forut for foreldelsestidspunktet, slik at klage på disse anskaffelsene er fremmet for sent. For den siste anskaffelsen, vil anskaffelsens verdi være under kunngjøringsgrensen, og det vil ut fra dette ikke foreligge en ulovlig direkte anskaffelse, selv om klagen på denne anskaffelsen er rettidig.
- (21) Dersom det er tale om én anskaffelse, må det tas stilling til om det i foreldesspørsmålet kan legges til grunn det siste kontraktsinngåelsestidspunktet, 10. mars 2012, (for kontrakten knyttet til skoleåret 2012/2013). Hvis ikke, vil klagen også her være for sent fremmet. Dersom sistnevnte kontraktsinngåelsestidspunkt kan legges til grunn, vil det uansett, basert på klagenemndas tidligere praksis, ikke kunne legges til grunn at det i dette tilfellet foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises her for eksempel til klagenemndas uttalte rettsoppfatning i sak 2011/49. I denne hadde oppdragsgiver anskaffet konsulenttjenester for til sammen nesten 1,3 millioner kroner, men bare for kr. 284 520,- senest to år før oversendelsen av klagen til innklagede. Nemnda uttalte:

"(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 verdivurderingen 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 verdivurdering 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 klagenemnds forskriften § 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."

- (22) Tilsvarende må også legges til grunn i foreliggende sak, hvor innklagede har anskaffet for kr. 356 000,- i to-årsperioden før oversendelsen av klagen.
- (23) Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse kan på denne bakgrunn ikke føre frem.
- (24) Klager har videre anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å ha ført protokoll for anskaffelsene. Etter forskriften § 3-2 plikter en oppdragsgiver å føre anskaffelsesprotokoll for alle anskaffelser som overstiger kr. 100 000,-. Innklagede i foreliggende sak har ikke fremlagt noen slike protokoller. Anførselen gjelder imidlertid ikke ulovlig direkte anskaffelse, og for at klagenemnda skal behandle slike anførsler, må et klagegebyr på kr. 8 000,- betales, jf. klagenemndsforordningen § 13. Det er ikke gjort i foreliggende sak.
- (25) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Med hilsen

Jonn Sannes Ramsvik
nestleder i sekretariatet (e.f.)

Kristian Strømsnes
rådgiver

Kopi til:

Vest-Agder Serviceboks 517 4605 KRISTIANSAND S Norge
fylkeskommune