



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Øygarden kommune inngikk i 2020 kontrakt med Framsikt AS om levering av systemet Framsikt, etter å ha publisert en intensjonskunngjøring om kontraktsinngåelsen. Avtalens verdi var estimert til 2,6 millioner kroner. Klager anførte at anskaffelsen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda kom til at innklagede hadde hjemmel for å unnta anskaffelsen fra konkurranse, jf. § 13-4 bokstav b nr. 2. Klagers anførsel førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 27. mai 2022 i sak 2021/1908

Klager: Rettferdig Offentlig Saksbehandling ROS

Innklaget: Øygarden kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik og Sverre Nyhus.

Bakgrunn:

- (1) Øygarden kommune (heretter *innklagede*) vurderte våren 2020 at det var behov for å anskaffe et system for produksjon av økonomiplan, årsbudsjett, virksomhetsplan, oppfølging og rapportering i kvartalsrapporter og årsmelding. Det var ønskelig med et helhetlig verktøy hvor man også kunne følge opp mål, planer, politiske vedtak og tiltak. Systemet skulle også integreres med økonomisystemet Visma. Den totale verdien av anskaffelsen ble vurdert å være 2 600 000 kroner ekskl. mva.
- (2) Innklagede vurderte situasjonen slik at det kun var én leverandør på markedet som kunne levere et slikt system, Framsikt AS (heretter *valgte leverandør*), og at anskaffelsen derfor kunne gjennomføres uten konkurranse.
- (3) Den 21. mai 2020 publiserte innklagede en intensjonskunngjøring vedrørende kontraktstildelingen i Doffin og TED. Innklagede mottok ingen innsigelser til kontraktsinngåelsen.
- (4) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 4. juni 2020.
- (5) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 18. oktober 2021. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede den 19. oktober 2021.
- (6) Nemndsmøte om utsendelse av forhåndsvarsel ble holdt 21. mars 2022, og varsel om overtredelsesgebyr ble sendt innklagede 23. mars 2022 i medhold av forvaltningsloven § 16.
- (7) Innklagede har inngitt merknader til forhåndsvarselet ved prosesskriv av 22. april 2022.

Postadresse

Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (8) Innklagede har brutt regelverket ved å gjennomføre en ulovlig direkte anskaffelse.
- (9) Systemet som er anskaffet er å anse som hylleware, og eneleverandørunntaket kan derfor ikke få anvendelse. Begrunnelsen for bruk av eneleverandørunntaket og intensjonskunngjøringen er åpenbart ikke tilstrekkelig underbygget. Det kreves særlig aktsomhet i utforming og struktur av denne type kunngjøring. De opplysninger som er fremlagt om vurderingen av leverandørmarkedet forut for intensjonskunngjøringen er produsert i anledning klagesaken, og ikke på tidspunktet for vurderingen. Det foreligger ingen konkret markedsvurdering i begrunnelsen annet enn syensing. Dersom denne dokumentasjonen skulle hatt en troverdig relevans, burde denne hatt sitt opphav i forkant av anskaffelsen eller i det minste på kunngjøringstidspunktet. Det er åpenbart at denne anskaffelsen har elementer av favorisering og konkurransefortrinn i strid med anskaffelsesloven.
- (10) Hensynet til at det innkjøpte systemet er et godt egnet dataverktøy i kommunene gir ikke grunnlag for at innklagede lovlig kunne ta i bruk intensjonskunngjøring. Det samme gjelder det faktum at mange andre kommuner også har valgt å anskaffe dette systemet, og har intensjonskunngjort på samme måte som innklagede.
- (11) Innklagede har gjennomført anskaffelsen fire dager før intensjonskunngjøringen, i strid med reglene om karenperiode på 10 dager, og de overordnede prinsipper som følger av anskaffelsesloven § 4. Handlemåten fremstår som planlagt og veloverveid, noe som er kvalifisert klanderverdig. Det er å forvente av en profesjonell aktør i en kommune at det opptrer forsvarlig. Handlemåten i denne saken tangerer opp mot grov uaktsomhet eller forsett.
- (12) Anskaffelsesprotokollen som er utarbeidet tilfredsstillende ikke kravene i forskriften. Den er også utarbeidet først 20 måneder etter kontraktsinngåelsen, og innehar derfor ikke elementer av reelle disponeringer og eventuelle vurderinger underveis i tidslinjen.
- (13) Overtredelsesgebyret bør settes til 15 prosent av anskaffelsesverdien. Dette av individualpreventive hensyn, og at det foreligger et objektivt brudd med gjentakelse av ulovlige direkte anskaffelser i kommunen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (14) Det er ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. På anskaffelsestidspunktet ble det vurdert at valgte leverandør var eneste leverandør av det aktuelle produktet. Leverandørmarkedet var relativt oversiktlig, og det ble vurdert at det forelå kjennskap til de økonomisystemene for kommuner som var tilbudt på markedet. Det var kun valgte leverandør som kunne levere et system som dekket behovet, og anskaffelsen er derfor unntatt regelverket etter § 13-4 bokstav b.
- (15) For å være sikker på at det ikke var leverandører som ble oversett, eller at det var kommet nye leverandører på markedet, ble det publisert en intensjonskunngjøring på Doffin og i TED. Kunngjøringen ble publisert 21. mai 2020. Det ble ikke mottatt innsigelser på intensjonskunngjøringen, og kontrakt med valgte leverandør ble inngått 4. juni 2020.

- (16) Dersom klagenemnda kommer til at vilkårene i § 13-4 bokstav b ikke er oppfylt, foreligger det ikke grunnlag for å ilegge gebyr etter anskaffelsesloven § 12. I dette tilfellet er det publisert en intensjonskunngjøring, og kontrakt ble signert 13 dager etter datoen for kunngjøringen. Grunnet en brukerfeil i Merzell KGV ble det oppgitt feil dato for kontraktsinngåelse i intensjonskunngjøringen. Det fremgikk imidlertid at innsigelser kunne fremsettes frem til 27. mai 2020, og det må derfor ha vært klart for potensielle leverandører at det var mulig å komme med innsigelser på kontraktsinngåelsen.
- (17) Det ble utvist tilstrekkelig aktsomhet ved bruk av intensjonskunngjøring i dette tilfellet. Kunngjøringen gjør rede for hvilke egenskaper produktet som skal anskaffes må ha, hvilket formål det skal tjene, hvilke avhengigheter til andre systemer som foreligger, samt at det må være en ferdigstilt og utprøvd løsning. Denne begrunnelsen var tilstrekkelig til at potensielle leverandører var i stand til å vurdere lovligheten av beslutningen, og kravene som ble stilt til produktet gikk ikke ut over det man med rimelighet kunne kreve for å dekke det foreliggende behovet.
- (18) At anskaffelsesprotokollen er datert 25. januar 2022, betyr at selve dokumentet ble lastet ned i PDF-format denne datoen, og er ikke datoen for når den ble produsert og opprettet i Merzell. Påstanden om at anskaffelsesprotokollen er opprettet 20 måneder etter intensjonskunngjøringen er derfor feil.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Kontrakt ble inngått 4. juni 2020. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, ble sendt til klagenemnda 18. oktober 2021. Klagen er derfor rettidig fremsatt.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (20) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (21) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (22) Utgangspunktet for anskaffelser over nasjonal terskelverdi, er at de skal kunngjøres i Doffin, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 §§ 5-1 (2) og 8-17 (1). Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen. På anskaffelsestidspunktet var terskelverdien for kunngjøringsplikt i Doffin for andre enn statlige oppdragsgiveres vare- og tjenestekontrakter 1,3 millioner ekskl. mva., og i TED 2,05 millioner kroner ekskl. mva.
- (23) Kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør har ifølge intensjonskunngjøringen en estimert verdi på 2,6 millioner kroner ekskl. mva. Anskaffelsen overstiger dermed både den nasjonale terskelverdien og EØS-terskelverdien, og skulle derfor i utgangspunktet ha vært kunngjort både i Doffin og TED-databasen.
- (24) Innklagede har lagt til grunn at anskaffelsen var unntatt fra kunngjøringsplikt, og at den derfor ikke utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Nærmere bestemt er det anført at

anskaffelsen omfattes av unntakene i § 13-4 bokstav b nr. 2 og nr. 3. Spørsmålet er om innklagede hadde hjemmel i forskriften til å unnta anskaffelsen fra kunngjøring.

- (25) Forskriften § 13-4 bokstav b nr. 2 og nr. 3 gjennomfører deler av artikkel 32 i direktiv 2014/24, og oppstiller vilkår for når anskaffelser kan gjennomføres uten konkurranse. En oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom anskaffelsen gjelder «ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere» fordi «konkurranse er umulig av tekniske årsaker», jf. alternativ 2, eller «leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter», jf. alternativ 3. Unntakene får kun anvendelse når «det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør».
- (26) Klagenemnda skal derfor ta stilling til om anskaffelsen gjelder «ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere» fordi «konkurranse er umulig av tekniske årsaker», jf. § 13-4 bokstav b nr. 2.
- (27) Unntaksbestemmelsen er begrunnet med at det i noen tilfeller vil være unødvendig bruk av tid og ressurser å avholde en konkurranse. Bestemmelsen skal tolkes restriktivt, og det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene for at unntaket kommer til anvendelse er oppfylt, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-337/05 *Agusta Bell*, premiss 57-58 med videre henvisninger. I punkt 50 av direktivets fortale er det presisert at anskaffelser uten konkurranse bør «brukes bare i helt ekstraordinære tilfeller», og at dersom situasjonen med kun en leverandør «skyldes tekniske årsaker, bør de defineres nøye og begrunnes i hvert enkelt tilfelle».
- (28) For at unntaksbestemmelsen skal få anvendelse, kreves det altså at oppdragsgiver foretar seg noe positivt for å verifisere om det finnes et marked for anskaffelsen. Det er ikke tilstrekkelig å hevde at det kun finnes en leverandør, jf. sak C-275/08 *Kommisjonen v. Tyskland*, premiss 61-63. Det er heller ikke tilstrekkelig at den valgte leverandøren har særlig gode forutsetninger for å løse det aktuelle oppdraget, jf. Underrettens avgjørelse i sak T-54/11, premiss 53 og 54. I klagenemndas avgjørelse i sak 2016/145, avsnitt 16 bemerket klagenemnda at teknisk ekspertise er i stadig utvikling, noe som skjerper terskelen for å sannsynliggjøre at det ikke eksisterer andre leverandører som kan eller vil kunne bli i stand til å levere ytelsen oppdragsgiver har behov for innenfor den tidsrammen som er til rådighet.
- (29) Klagenemnda skal etter dette vurdere om innklagede i tilstrekkelig grad har godtgjort at enerettsunntaket får anvendelse på anskaffelsen.
- (30) Slik saken ble opplyst for klagenemnda i forkant av forhåndsvarselet, hadde innklagede før anskaffelsen gjort en vurdering av markedet. Innklagede har forklart at denne vurderingen baserte seg på kommunalsjef for økonomi og organisasjon sin kjennskap og erfaring med de systemene som var på markedet. Etter innklagedes vurdering var leverandørmarkedet på området relativt oversiktlig, og innklagede mente å kjenne til de økonomisystemer for kommuner som var tilgjengelige. Innklagede konkluderte derfor med at valgte leverandør var eneste tilbyder på markedet som kunne levere en løsning som tilfredstilte innklagedes behov.
- (31) Klagenemnda la i forhåndsvarselet til grunn at innklagede, på bakgrunn av de opplysninger som forelå på det tidspunktet, ikke hadde foretatt seg nok for å avklare den faktiske situasjonen på markedet, og om det forelå rimelige alternativer. Etter å ha mottatt

og gjennomgått innklagedes merknader til forhåndsvarselet, er imidlertid nemnda i denne saken kommet til at det ikke foreligger grunnlag for å ilegge gebyr.

- (32) I innklagedes merknader er det utdypet at den nyansatte kommunalsjefen for økonomi og organisasjon tidligere hadde vært ansatt i Ullensvang kommune. Her hadde vedkommende i 2018 ledet og gjennomført en markedsundersøkelse for innkjøp av ERP-system (enterprise resource planning). Ifølge innklagede viste markedsundersøkelsen og den senere gjennomførte konkurransen at det ikke eksisterte alternativer på markedet til de produkter som ble tilbudt gjennom systemet Framsikt. Det er også vist til at vedkommende har holdt seg løpende oppdatert på situasjonen på markedet, blant annet ved deltakelse på regnskapskonferansen i desember 2019, omtrent et halvt år før kontraktsinngåelsen. Her ble nyheter innenfor virksomhetsstyring gjennomgått og drøftet, og ulike aktører hadde utstilling. Også her kom det frem at det fortsatt ikke var kommet andre alternativer på markedet.
- (33) Videre har innklagede vist til at selve systemet Framsikt er utviklet fra 2014 til 2017 med støtte fra Innovasjon Norge. Det er senere utvidet med flere moduler, hvor utviklingen av disse er støttet av Skattefunn og Innovasjon Norge. Det er i den forbindelse vist til vilkårene for å få støtte fra Innovasjon Norge til prosjekter. Det er vilkår om at prosjektet må ha innovasjonshøyde på internasjonalt nivå, at det er betydelig prosjektrisiko, at det er mulighet for å oppnå immaterielle rettigheter (IPR) for løsningen som utvikles, samt krav til teknologinivå.
- (34) Det er også vist til at kommunen har vurdert alternative løsninger og muligheten for å sette sammen løsninger fra flere leverandører, men at dette ikke ble vurdert som mulig på grunn av det unike innholdet i modulene i systemet Framsikt. Ifølge innklagede var det på denne bakgrunn tydelig at det ikke eksisterer konkurrerende produkter i markedet, eller produkter under utvikling på kort til mellomlang sikt.
- (35) Undersøkelsesplikten unntaksbestemmelsen pålegger oppdragsgivere, må tilpasses den enkelte anskaffelsen. Slik saken er opplyst for nemnda, har innklagede i denne saken hatt fullstendig oversikt over det aktuelle markedet, og avdekket at det ikke forelå andre alternativer, verken ferdige eller under utvikling.
- (36) På denne bakgrunn finner klagenemnda at det i denne saken er godtgjort at konkurranse var *«umulig av tekniske årsaker»*, at det ikke forelå *«rimelige alternativer»*, og at den manglende konkurransen ikke skyldes at innklagede har *«tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør»*.
- (37) Vilkårene i § 13-4 bokstav b nr. 2 er oppfylt. Innklagede hadde hjemmel til å gjennomføre anskaffelsen uten kunngjøring.
- (38) Klagenemnda finner det imidlertid klart at innklagede i større grad burde ha dokumentert de løpende vurderingene i anskaffelsen av hensyn til prinsippet om etterprøvbarehet, for eksempel ved å ha ført referater fra møter eller skriftliggjort de vurderinger som ble gjort i forkant av anskaffelsen.
- (39) Klagenemnda bemerker avslutningsvis at forskriften § 13-4 bokstav b nr. 2 kun gir hjemmel til å gjennomføre en anskaffelse uten kunngjøring. Øvrige deler av regelverket må følges, som for eksempel utarbeidelse av anskaffelsesprotokoll, jf. § 25-5, og kunngjøring av kontraktsinngåelsen, jf. § 21-6. Nemnda finner imidlertid ikke grunnlag

for å gå videre inn på dette, da det ikke er anført i klagen. På bakgrunn av resultatet i saken, tar klagenemnda heller ikke stilling til om unntaket i § 13-4 bokstav b nr. 3 får anvendelse på anskaffelsen.

Konklusjon:

Øygarden kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk