



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Ringsaker kommune gjennomførte i 2010 en anskaffelse av barnehage- og skoleadministrativt system. I perioden 2016–2019 ble systemet byttet ut og oppgradert uten at dette ble kunngjort. Innklagede har erkjent at dette innebar en ulovlig direkteanskaffelse. Spørsmålet for klagenemnda var hvorvidt en tilleggsavtale inngått i 2022, og som endret avtalen fra 2019, også innebar en ulovlig direkteanskaffelse. Nemnda konkluderte med at tilleggsavtalen inngått i 2022 utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse og ila et gebyr på 196 626 kroner.

Klagenemndas gebyrvedtak 21. februar 2024 i sak 2023/0516

Klager: Transponder AS

Innklaget: Ringsaker kommune

Klagenemndas medlemmer: Hallgrim Fagervold, Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og ileggelse av overtredelsesgebyr

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Transponder AS (heretter kalt *klager*) mottatt 3. juli 2023. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Ringsaker kommune (heretter kalt *innklagede*) sin anskaffelse av barnehage- og grunnskoleadministrativt system.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 196 626 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede kunngjorde i 2010 konkurransen «Anskaffelse av barnehage- og grunnskoleadministrativt system i Ringsaker kommune». Kontrakten ble inngått 2. november 2010 med IST International Software Technology AS (heretter *valgte leverandør*). Kontrakten var en løpende, tidsubegrenset avtale.
- (4) Kontrakten inkluderte valgte leverandørs database «*Extens*» for registrering av basisopplysninger om personale, elever/barn, foreldre og familietilknytning. Løsningen ble installert lokalt på kommunens server, og drift og vedlikehold ble gjort av kommunen selv.

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (5) I 2013 endret systemløsningene «GP Untis», «GP tjenesteberegning», «GP minutt» og «GP Pauseinspeksjon» navn til «Units timeplan» og «Units timeplan tjenesteberegning». Endringen ble inntatt i kontrakten med valgte leverandør.
- (6) I 2016 ble systemløsningene «Dexter søknad» og «Dexter desentralisert opptak» faset ut av valgte leverandør. Innklagede anskaffet da de nye skybaserte systemløsningene «Hypernet Barnehage», «Hypernet SFO» og «hendelsesstyrt SMS» direkte fra valgte leverandør. Skyløsningen ble driftet og vedlikeholdt av valgte leverandør på valgte leverandørs servere.
- (7) Innklagede inngikk 22. mars 2019 en avtale med valgte leverandør om oppgradering til skyløsningen «IST Everyday», etter markedsundersøkelser og dialog med tre leverandører. Etter dialogen konkluderte innklagede med at valgte leverandør var «den leverandøren som nå har den best komplette løsningen». Videre skrev innklagede i innkjøpssak av 14. mars 2019, at det ikke var tilstrekkelig tid til å gjennomføre en åpen anbudskonkurranse. Verdien på avtalen ble beregnet til 1 580 000 kroner.
- (8) Avtalen fra 2019 inneholdt opsjonene «IST Skoleinnmelding», «IST Kommunikasjon», «IST Direkte», «IST IOP» og «IST Analyse Barnehage». Opsjonene var «gyldige ett år fra avtaledato».
- (9) I tilleggsavtale av 5. desember 2022 ble systemløsningene/modulene «IST Home», «IST Analyse», «IST Kommunikasjon», «IST Daglig dialog», «IST Samtalebooking» og «IST Saksflyt» inntatt i avtalen med valgte leverandør med virkning fra skoleåret 2023/2024. Innklagede beregnet tilleggsavtalens verdi til 840 000 kroner over 48 måneder. Endringene innebar kjøp av løsninger for daglig kommunikasjon, kontroll og administrasjon mellom barnehage, skole og SFO og foresatte. I tillegg til moduler godkjenning/samtykke og møtereservasjoner. Innklagede hjemlet endringen i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav c.
- (10) Innklagede hadde siden 7. juni 2017 hatt avtale med Transponder AS (klager) om levering av en kommunikasjonsløsning mellom skole/barnehage og hjem. Avtalen ble sagt opp av innklagede i november/desember 2022 med virkning fra skoleåret 2023/2024. Begrunnelsen var at innklagede hadde inkludert løsningene som ble levert av klager i den eksisterende avtalen med valgte leverandør.
- (11) I forbindelse med oppsigelsen sendte klager 12. april 2023 en e-post til innklagede hvor klager redegjorde for hvorfor de mener kommunens handlinger er i strid med anskaffelsesregelverket. Kommunen svarte på henvendelsen 26. april 2023 og gjorde gjeldende at de hadde handlet i tråd med regelverket.
- (12) Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. juni 2023.
- (13) Nemndsmøter i saken ble avholdt 30. oktober 2023 og 16. november 2023.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (14) Innklagede har brutt kunngjøringsplikten, og dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Kommunen skal derfor ilegges overtredelsesgebyr, jf. loven § 4. Videre skal, som et minimum, tilleggskontrakten av 2022 kjennes uten virkning, jf. loven § 13 bokstav a.
- (15) Innklagede har endret kontrakten med valgte leverandør i strid med anskaffelsesregelverket. Som følge av klagefristen på to år fra kontrakt er inngått, er klagen formelt avgrenset til endringen gjennomført i november/desember 2022. Innklagede har vesentlig endret kontrakten ved å innta tjenesten som i dag leveres av klager, jf. forskriften § 28-2 bokstav a og/eller c. Endringen skulle vært konkurranseutsatt.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede bestrider at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved tilleggsavtalen som er gjennomført i 2022. Tilleggsavtalen utgjør ikke en vesentlig endring av kontakten. Verdien av tilleggsavtalen er under nasjonal terskelverdi og dermed ikke omfattet av kunngjøringsplikten.
- (17) Avtalene inngått i 2016 og 2019 utgjør to nye uavhengige kontrakter, og er ikke endringer av kjøpsavtalene og vedlikeholdsavtalen inngått i 2010.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Innledningsvis bemerker klagenemnda at det er domstolene som kan kjenne en kontrakt uten virkning etter anskaffelsesloven § 13. Klagenemnda har ikke en slik myndighet.
- (19) Klagenemnda skal ta stilling til anførselen om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke et krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsloven) 13a første ledd.
- (20) Fristen for å påklage en ulovlig direkte anskaffelse, er to år fra kontrakt er inngått, jf. klagenemndsloven § 13 annet ledd. Klagen er avgrenset til en endring av 5. desember 2022. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt innklagede ved klagenemndas brev 3. juli 2023. Klagen er dermed rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse

- (21) En ulovlig direkteanskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).

- (22) Klager anfører at tilleggsavtalen fra 2022 innebærer en ulovlig direkteanskaffelse. Tilleggsavtalen er tidsbegrenset, og har etter det opplyste en verdi på 840 000 kroner over 48 måneder, jf. verdiberegningsregelen i forskriften § 5-4 (10) bokstav c. Tilleggsavtalen er under nasjonal terskelverdi, og er dermed ikke i seg selv kunngjøringspliktig, jf. forskriften § 5-1. Klager anfører imidlertid at tilleggsavtalen innebærer en vesentlig endring av eksisterende kontrakt, og dermed likevel innebærer en ulovlig direkteanskaffelse.
- (23) Etter gjeldende rett foreligger en ulovlig direkteanskaffelse i tilfeller hvor innholdet i kontrakten er vesentlig endret sammenlignet med det som ble kunngjort. Man står i slike tilfeller overfor en ny kontrakt, som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/658, avsnitt 71, og EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 Presstext. Klagenemnda vil først ta stilling til om læren om vesentlige endringer er anvendelig i denne saken.
- (24) Slik klagenemnda ser det, forutsetter læren om vesentlige endringer at endringen er knyttet opp mot en kontrakt som allerede er kunngjort, eller på annen måte er inngått i samsvar med anskaffelsesregelverket. Dette ligger implisitt i bestemmelsene i anskaffelsesforskriftens kapittel 28, eksempelvis legger både § 28-1 og § 28-2 (a) til grunn at det er snakk om endringer i en kontrakt som allerede har vært konkurranseutsatt etter regelverket. Tilsvarende følger av anskaffelsesdirektivets artikkel 72. Det grunnleggende prinsippet om konkurranse støtter en slik forståelse, jf. også Konkursverketts uttalelse i sak 2023:3 der Konkursverket legger til grunn at endringsbestemmelsene ikke kan anvendes for å endre en kontrakt som er inngått gjennom en ulovlig direkte anskaffelse: *«En motsatt tolkning av ändringsbestämmelserna skulle innebära ett avsteg från den så kallade konkurrensprincipen, enligt vilken en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Att tillåta ändringar av ett avtal som tillkommit genom en otillåten direktupphandling skulle få till följd att en otillåten direktupphandling blir tillåten genom en mindre ändring av avtalet.»*
- (25) Den eneste kontrakten som innklagede har kunngjort, er avtalen med valgte leverandør fra 2010. Klagenemnda er av den oppfatning at denne avtalen må anses avløst av avtalene i 2016 og 2019, slik også anført av innklagede. Innklagede gikk da blant annet over på en annen og oppdatert programvare, samt gikk over fra en lokal til en skybasert løsning. Det er følgelig avtalen med valgte leverandør slik den fremsto i 2019, som må danne utgangspunkt for vurderingen av om tilleggsavtalen innebærer en lovlig endring.
- (26) Avtalen med valgte leverandør slik den fremsto i 2019, hadde etter det opplyste en verdi på 1 580 000 kroner, men ble ikke kunngjort. Innklagede har erkjent at dette innebar en ulovlig direkte anskaffelse. Med det utgangspunkt klagenemnda har tatt ovenfor, vil ikke innklagede lovlig kunne foreta endringer av en slik avtale, selv om endringene skulle være uvesentlige.

- (27) Det neste spørsmålet blir om det foreligger kunngjøringsplikt som følge av tilleggsavtalen i 2022. Klagenemnda har allerede slått fast at tilleggsavtalen isolert sett ikke utløste kunngjøringsplikt. Avgjørende blir dermed om tilleggsavtalen endrer 2019-avtalen på en slik måte at det foreligger en ny kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand. Selv om læren om vesentlige endringer ikke er direkte anvendelig, vil den kunne gi veiledning med hensyn til dette spørsmålet. I denne forbindelse påpekes at læren om vesentlige endringer bygger på de grunnleggende prinsippene.
- (28) Det følger av C-454/06 Pressetext premiss 35 at endringer som kunne ha ført til at andre leverandører ville ha deltatt i den opprinnelige konkurransen forutsetter ny kunngjøring av hele den endrede kontrakten. Når den opprinnelige kontrakten ikke har vært kunngjort, vil i prinsippet enhver endring lede til at kontrakten i sin nye form ville ha vært av interesse for leverandører i markedet. Dette taler for kunngjøringsplikt av hele den endrede kontrakten, såfremt den opprinnelige kontrakten inkludert endringen(e) er av en samlet verdi som tilsier det. I motsatt fall vil man i praksis tillate mindre endringer av en kontrakt inngått etter ulovlig direkteanskaffelse, i strid med prinsippet om likebehandling og i strid med konkurranseprinsippet jf. også Konkursvervetts uttalelse i sak 2023:3 gjengitt ovenfor.
- (29) Under enhver omstendighet er klagenemnda av den oppfatning at endringene i art, omfang og pris tilsier at avtaleforholdet fremsto som nytt i 2022. Tilleggsavtalen innebar en utvidelse med løsninger for daglig kommunikasjon, kontroll og administrasjon mellom barnehage, skole og SFO og foresatte. I tillegg ble det lagt til moduler for analyse, godkjenning/samtykke og møtereservasjoner. Tilleggsavtalens verdi utgjør videre 53,16 prosent av den opprinnelige kontrakten, og øker den totale kontraktsverdien tilsvarende. Det kan til sammenligning bemerkes at en slik endring ville ha vært vesentlig også etter forskriften § 28-1 c.
- (30) I tilknytning til forrige avsnitt bemerkes at opsjonene i avtalen fra 2019 ikke er relevante, all den tid de hadde en varighet på ett år. De var dermed utløpt på det tidspunkt tilleggsavtalen ble inngått i 2022, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2016/196.
- (31) Tilleggsavtalen i 2022 innebar følgelig en ny avtale mellom innklagede og valgte leverandør. Så vidt nemnda forstår, var den totale verdien på avtalen i 2022 summen av verdien for 2019-avtalen (1 580 000 kroner) og selve tilleggsavtalen (840 000 kroner), dvs. 2 420 000 kroner. Dette innebærer at avtalen skulle ha vært kunngjort etter anskaffelsesforskriftens del III, jf. forskriftens § 5-1 (3) med videre henvisninger. All den tid slik kunngjøring ikke fant sted, foreligger en ulovlig direkteanskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (32) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning at klagenemnda «skal» ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse». Av annet punktum fremgår det

at klagenemnda «kan» ilegge gebyr dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse».

- (33) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 Tilsvarende må gjelde etter dagens lov, jf. også klagenemndas avgjørelse 2017/147 avsnitt 55 flg. Utgangspunktet for vurderingen er at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha inngående kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2020/1 avsnitt 52.
- (34) Det fremgikk klart av avtalen fra 2019 at opsjonene ikke lengre var gyldige ved tilleggsavtalens inngåelse i 2022. Etter klagenemndas syn var det heller ikke tvilsomt at reglene om vesentlige endringer ikke kunne hjemle tilleggsavtalen, også om dette regelsettet skulle ha vært anvendelig jf. avsnitt 26 flg. ovenfor.
- (35) Innklagede har ikke påberopt andre forhold som kunne unnta tilleggsavtalen fra kunngjøringsplikt, men har i merknader til varsel om overtredelsesgebyr anført at gjennomført markedsundersøkelse- og dialog i 2019 har betydning for skyldvurderingen. Klagenemnda er ikke enig i at undersøkelser og dialog med markedet i 2019 får betydning for vurderingen av innklagedes skyld ved inngåelse av tilleggsavtalen i 2022.
- (36) Klagenemndas finner samlet sett at innklagede ved å inngå tilleggsavtalen har handlet på en måte som må karakteriseres som grovt uaktsom eller forsettlig. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning.

Gebyrets størrelse

- (37) I tråd med tidligere praksis legger klagenemnda til grunn at gebyret skal fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2021/344, avsnitt 35.
- (38) Klagenemnda har i tidligere praksis begrenset gebyrgrunnlaget til verdien av selve den rettsstridige endringen, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i 2020/1. Dette antas å ha sammenheng med at den opprinnelige kontrakten har vært kunngjort, og dermed vært gjenstand for konkurranse. I slike tilfeller kan det være gode grunner for at innklagede ikke skal betale gebyr basert på den øvrige del av kontrakten som faktisk har vært konkurranseutsatt i samsvar med regelverket.
- (39) I denne saken er verken den opprinnelige kontrakten eller selve endringen kunngjort eller for øvrig inngått i samsvar med regelverket. Klagenemnda legger derfor til grunn hele kontraktens verdi etter endring ved utmålingen av gebyret.
- (40) Vederlaget for den totale tjenesten vil utgjøre 2 420 000 kroner over 48 måneder, jf. verdiberegningsregelen i forskriften § 5-4 (10) bokstav c. Innklagede har opplyst at de har sagt opp avtalen, men at kontrakten vil løpe til og med skoleåret 2024/2025.

Klagenemnda har lagt til grunn en periode på 30 måneder. Gebyrgrunnlaget vil dermed utgjøre 1 512 510 kroner.

- (41) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 tredje ledd at det ved utmålingen av gebyret særlig skal legges vekt på «*bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen*», jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (42) Nemndspraksis viser at gebyret normalt settes til 10 prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpene omstendigheter, se senest klagenemndas avgjørelse i sak 2019/102, avsnitt 41.
- (43) Etter klagenemndas syn er det aktuelle bruddet grovt, jf. avsnitt 36 ovenfor. Klagenemnda finner det videre skjerpene at innklagede velger å utvide en kontrakt som ikke var kunngjort, og som innklagede visste var kunngjøringspliktig. Dette viser gjentakende vilje til å unnta anskaffelsen fra konkurranse.
- (44) Basert på en samlet vurdering, finner klagenemnda det passende at gebyret settes til tretten prosent av gebyrgrunnlaget på 1 512 510 kroner. Gebyret blir etter dette 196 626 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Ringsaker kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 196 626

- etthundreogtjuesekshundreogtjueseks - kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato.

Vedtaket om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtaket om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12 sjettede ledd. Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hallgrim Fagervold

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur