

ÅLESUND KOMMUNE

Kontrollutvalget

09.11.2017

MØTEINNKALLING

Kopi til: Ordfører
Revisor
Rådmann

Medlemmene av
Kontrollutvalget

INNKALLING TIL MØTE I ÅLESUND KONTROLLUTVALG

Det blir med dette kallt inn til møte i kontrollutvalget

torsdag 16. november 2017 kl. 14.00 i Lerstadvegen 545

SAKSLISTE:

- Sak 32/17 - Godkjenning av møtebok fra møte den 23.06.2017
- « 33/17 - Arrangementet «the Nort West»- anskaffelse uten konkurranse
- « 34/17 - Brev frå Dagfinn Leira
- 35/17 - Diverse orienteringer samt eventuelle kommende saker
Eventuelt

Dersom det er vanskeleg å møte, gi melding på telefon til daglig leder tlf. 70 17 21 58 eventuelt 45 91 48 52 eller e-postadresse harald.rogne@sksiks.no.

Torgrim B. Finnes
leder
(sign.)

**KONTROLLUTVALGET I
ÅLESUND KOMMUNE**

MØTEBOK

Møtedato: 23.06.2017, kl. 12.30

Møtested: Lerstadvegen 545

Møtet ble ledet av: Torgrim B. Finnes

Til stede for øvrig: Terje Storm Unhjem, Torbjørg, Fossum, Thor Hansen og Terri-Ann Senior

= **5 voterende**

Fra kontrollutvalgsekretariatet møtte daglig leder Harald Rogne og advokat Kjetil Kvammen.

Fra kommunerevisjonen møtte kst. daglig leder Kurt Løvoll, revisjonsrådgiver Svein Ove Otterlei og revisor Ann-Kristin Melseth.

Fra Ålesund kommune møtte rådmann Astrid Eidsvik, kommualsjef Ronny Frekhaug, innkjøpssjef Jonny Indrevåg og kommunalsjef Bjørn Ivar Rødal som var tilstede under sak 26/17 og 29/17. Han ga en orientering om sak 29/17 som ble behandlet som nr. 2 i møtet.

Det kom ikke fram merknader til innkalling eller sakliste.

SAK 26/17

GODKJENNING AV MØTEBOK FRA MØTE 24. MAI 2017.

Kontrollutvalgets enstemmige vedtak:

Signaturene under møteboka endres. Terje Storm Unhjem føres opp i stedet for Torgrim B. Finnes.

SAK 27/17

**PROSJEKT «THE NORTH WEST» OG FORHOLDET TIL REGELVERKET OM
OFFENTLIGE ANSKAFFELSER**

Saksdokument datert 22.06.2017 fra kontrollutvalgsekretariatet

Kontrollutvalgets enstemmige vedtak:

Ved innkjøp av prosjekterings-, utviklings- og markedsføringstjenester for prosjektet «The North West» anses Ålesund kommune for å ha tilsidesatt formålsparagrafen og overtrådt de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven, samt regler i anskaffelsesforskriftens del I og kommunens eget regelverk.

SAK 28/17

OPPFØLGINGSNOTAT-NÆRINGSDRIFT AVFALL

Saksdokument datert 21.06.2017 fra kontrollutvalgsekretariatet

Kontrollutvalgets enstemmige vedtak:

1. Kontrollutvalget viser til de tre nummererte brevene fra kommunerevisjonen og oppfølgingsnotatet. Kontrollutvalget mener at de forholdene som blir belyst, er egnet til å svekke tilliten til Ålesund kommune.
2. Kontrollutvalget mener videre at et godt omdømme også kan være avhengig av den evne som politisk og administrative ledelse har til å håndtere det som er uønskede hendelser.
3. Det ligger til rådmannen å håndtere de personalmessige konsekvensene av uønskede hendelser. Kontrollutvalget vil be om at rådmannen gir kontrollutvalget en skriftlig redegjørelse når konklusjonen vedrørende de personalmessige konsekvenser foreligger.

SAK 29/17

LEDERLØNN, UTBYTTE OG LÅN I PRIVATE BARNEHAGER

Kommunalsjef Bjørn Ivar Rødal ga en orientering. Rødal orienterte fra et internt notat som ble delt ut i møtet. Kommunen har ikke gjort seg ferdig med saken, men vil lage en tilsynsrapport så snart som mulig.

Kontrollutvalgets enstemmige vedtak:

Kontrollutvalget tar saken til orientering.

SAK 30/17

KOSTNADER VED UTSKRININGSKLARE PASIENTER

Rådmann Astrid Eidsvik orienterte. Situasjonen er vesentlig forbedret i forhold til tidligere og innenfor budsjettammene.

Kontrollutvalgets enstemmige vedtak:

Kontrollutvalget tar saken til orientering.

SAK 31/17
VEDRØRENDE BYGGESAKSBEHANDLING

Saksdokument datert 21.06.2017 fra kontrollutvalgsekretariatet

Kontrollutvalgets enstemmige vedtak:

Dokumenter om temaet er mottatt og vurdert. Kontrollutvalget vil på et senere tidspunkt vurdere om en bør gå inn i slike saker på et generelt grunnlag.

Torgrim B. Finnes
leder
(sign.)

Terje Storm Unhjem
nestleder
(sign.)

Torbjørgh Fossum
medlem
(sign.)

Thor Hansen
medlem
(sign.)

Terri-Ann Senior
medlem
(sign.)

**SUNNMØRE
KONTROLLUTVÅLSEKRETARIAT IKS**

Kontrollutvalget i
Ålesund kommune

Dato: 9. november 2017

**SAK 33/17
ARRANGEMENTET «THE NORTH WEST» - ANSKAFFELSE UTEN
KONKURRANSE**

1. Saksbehandlingen i kontrollsaken

Saken om kommunens anskaffelser i anledning den planlagte festivalen ble gjenstand for politisk oppmerksomhet og gjennomgang. Redegjørelse fra kommunens innkjøpssjef om saken (jfr. tidligere vedlegg til kontrollutvalget) ble den 28.03.2017 gjennomgått i formannskapet og fikk administrativ tilslutning der. Den konkluderte med at anskaffelsesregelverket ikke var brutt.

Etter at kontrollutvalget, bl.a. på bakgrunn av en mottatt henvendelse, hadde besluttet å se på saken, ble saksinformasjon og dokumentasjon i tiden 12.-14. juni d.å. innhentet fra kommunens administrasjon. Rådmannen ble løpende tilsendt kopier av denne korrespondansen. Den igangværende saksforberedelsen for kontrollutvalget var dermed fra først av gjort kjent for kommunens administrative ledelse.

Da kontrollutvalgsekretariatets forslag til kontrollutvalget ble sendt rådmannen til høring i samsvar med kommuneloven § 76 nr. 6, hadde de ulike spørsmål vært kjent en stund. Rådmannen v/Konserninnkjøp avga sin uttalelse ved brev av 21.06.2017. Uttalelsen konkluderte med at anskaffelsen var gjennomført uten konkurranse, men at dette ikke innebar brudd på loven.

Dette brevet ble gjennomgått og ble i notat av 21.06.2017 fra sekretariatets juridiske rådgiver kommentert så langt som det ble vurdert formålstjenlig, uten at det medførte endret konklusjon. Kontrollutvalget konkluderte med at konkurranse burde vært gjennomført.

I kontrollutvalgets møte den 23.06.2017, hvor bl.a. rådmannen og innkjøpssjefen møtte, nedstemte kontrollutvalget et forslag fra de møtende fra administrasjonen om å innhente en ny sammenlignende vurdering av det som da forelå. (Det presiseres for øvrig at rådmannen ikke har forslagsrett i kontrollutvalgets møter)

Rådmannen har nå likevel fremlagt ny vurdering i ekstern rapport som støtter rådmannens syn.

Det kan virke som at en tjenestemann forsøker å avspore kontrollorganets kritikk av kommunen. Dette har tjenestemannen gjort ved offentlig å bestride det folkevalgte

kontrollorganets kompetanse, med samtidig forsøk på å definere kontrollutvalgets arbeidsområde og prioriteringer. Det må regnes som uvanlig at en tjenestemann kritiserer et overordnet folkevalgt organ.

Det har blitt notert at rådmannen overfor kontrollutvalget ikke har tatt klart avstand fra uttalelsene.

Den del av tjenstemannens innblanding som gjaldt kontrollutvalgets virksomhet har innkjøpssjefen offentlig beklaget.

Innkjøpssjefen har også tidligere møtt deler av en forvaltningsrevisjonsrapport med kritikk på anskaffelsesområdet ved å fremheve sin faglige uenighet med kommunerevisjonen.

Det er uvanlig at rådmannen fremlegger nye utredninger av kontrollutvalgets sak etter at høring på vegne av administrasjonssjefen er avgitt i samsvar med kommuneloven og etter at kontrollutvalget som folkevalgt organ har fattet sitt vedtak slik som beskrevet ovenfor.

Rådmannen har gitt til kjenne ønske om å avgi uttalelse for tredje gang. Sekretariatet finner også dette uvanlig og at det har karakter av prosedyre mot kontrollutvalget.

2. Om å finne frem til den rette avgjørelsen i den konkrete saken

Slik som ved kommunerevisjonens gjennomgang i 2011 av Ålesund kommunes praktisering av regelverket for offentlige anskaffelser, så er også i denne saken rådmannen uenig i faglige spørsmål omkring regelverket. Det vises til rådmannens høringssvar av 21.10.2011 til forvaltningsrevisjonsrapport om kommunens innkjøp, behandlet i bystyret 09.02.2012.

Den del av regelverket som rådmannen nå, ved fremleggelse av egen rapport og andre vurderinger markerer uenighet om **gjelder i hovudsak to forhold:**

- ulike faktiske forhold omkring anskaffelsen
- den skjønsmessige vurdering av de grunnleggende prinsipper, slik de fremgår av lov om offentlige anskaffelser

Det første gjelder spørsmålet om hva som rent faktisk har skjedd, dvs. fakta og hvordan det som er tilgjengelig av fakta, skal vurderes. Det vil også ofte være spørsmål om ytterligere informasjon skal innhentes, og i tilfelle av hvem. Selv om anskaffelsen opplyses å være forankret i workshop eller lignende prosesser over tid så er det innkjøperen som har ansvaret for etterlevelse av reglene. Forvaltningslovens prinsipper om opplysning av en sak vil gjelde.

Det andre gjelder et rent juridisk spørsmål om hvordan de grunnleggende prinsippene skal forstås ved disse konkrete anskaffelsene, alle forhold tatt i betraktning.

Ingen av de ovennevnte spørsmål er særlig godt egnet til å få noen nærmere avklaring ved en behandling i bystyret. Det er ellers neppe ønskelig at bystyresalen blir gjort om til noe som ligner en rettssal.

Rettslige avklaringer av hvorvidt loven er brutt kan en kun få gjennom domstolsbehandling eller klage til Kofa. Det ligger ikke an til at noen vil fremme krav om slike avgjørelser.

Sivilombudsmannen kan gi uttalelser i spørsmål som gjelder urett mot den enkelte borger, men et forvaltningsorgan har ikke klagerett. Det er liten grunn til å anta at eventuelle henvendelser fra noen vil føre til at ombudsmannen tar opp en slik konkret sak av eget tiltak.

I erkjennelsen av at en ikke vil få noe endelig svar på hva som er rett, vil denne konkrete saken bli stående med «påstand mot påstand». Det er i seg selv ingen ønskelig situasjon og det bør være av betydning for utformingen av bystyrets vedtak.

3. Bystyrets tidligere vedtak om kommunens anskaffelsespraksis

Det blir vist til forvaltningsrevisjonsrapporten fra 2011 som avdekket mangelfull håndtering av dette området i kommunen.

I kommunerevisjonens plan for forvaltningsrevisjon, september 2012, heter det bl.a. om kommunens innkjøp:

«Bystyret hadde 09.02.12 til handsaming forvaltningsrevisjonsrapport om *Praktisering av regelverket for offentlige anskaffelser i Ålesund kommune*, og vedtok i denne saken følgende:

1. *Ålesund bystyre ber rådmannen arbeide videre for å styrke sin interne kontroll, for å sikre at virksomhetene etterlever regelverket for offentlige anskaffelser.*
2. *Bystyret ber rådmannen spesielt følge opp de virksomhetene hvor den foreliggende forvaltningsrevisjonsrapporten viser avvik.*
3. *Ålesund bystyre vedtar at gjeldende Veileder til reglene om offentlige anskaffelser skal være retningsgivende for kommunens tolkning og praktisering.*
4. *Ålesund bystyre ber rådmannen komme tilbake til kontrollutvalget med en redegjørelse om den faglige uenigheten mellom rådmannen og kommunerevisjonen på bakgrunn av at det i rådmannens hørings svar til rapporten går fram at der er faglig uenighet.*

Spørjeundersøkinga syner at ein framleis vurderer innkjøp som eit viktig område for forvaltningsrevisjon. Det vil vere naturleg for revisjonen å følgje opp rapport og vedtak, med ein ny rapport om kva rådmannen har gjort i samband med dette.»

4. Rådmannens hørings svar til forvaltningsrevisjonsrapporten om anskaffelser

Rådmannen mener at rapporten gir en god oversikt over kommunen sin praktisering av Lov om offentlige anskaffelser i perioden (2007-2009) som rapporten omfatter. Det konstateres likevel at det i revisors vurdering på enkelte områder er faglig uenighet i hvordan regelverket skal praktiseres.

Kommunen har gjort flere tiltak i rapportperioden og senere for å sikre at regelverket etterleves og at anskaffelser blir gjort på en samfunnsmessig god og forsvarlig måte. De viktigste tiltakene er

- Ny innkjøpspolitikk vedtatt av Bystyret 9. september 2010. Hovedpunkt her er
 - Presisering av ansvar og myndighet
 - Etablering av sentral innkjøpsfunksjon
 - Overordnede politiske målsettinger om konkurranse, likebehandling og dokumentasjon
 - Samfunnsansvar – Miljø, Ethiske og sosiale retningslinjer og universell utforming

5. Internt regelverk

5.1. Ny innkjøpspolitikk - 09.09.2010

Vedlagt følger «Innkjøpspolitikk», vedtatt av bystyret.

Flere av bestemmelsene er direkte anvendelige på innkjøpene til The North West. De enkelte bestemmelser i det interne regelverket som bystyret har gitt synes likevel å være lite påaktet.

Det er for eksempel en overordnet politisk målsetting at alle anskaffelser skal være basert på konkurranse, uansett størrelse på innkjøp.

6.3. Etsiske retningslinjer, vedtatt 21.06.2012

Et utdrag fra disse lyder slik:

§ 1

De etiske retningslinjene for folkevalgte og ansatte i kommunen skal være til hjelp for større forståelse, åpenhet og innsyn, og med det unngå spekulasjoner og mistanke om uetiske handlinger og kritikkverdige forhold.

§ 2

De etiske retningslinjene skal bygge på lover, forskrifter og god forvaltningsskikk, samt kommunens visjoner og verdigrunnlag.

§ 4

Ansatte og folkevalgte har et stort ansvar som forvaltere av fellesskapets ressurser. Den enkeltes oppførsel og handlemåte legger grunnlaget for innbyggernes tillit og holdning til kommunen.

6. Generelle forhold, oppsummering

Saken berører prinsippet om innbyggernes alminnelige tillit til kommunen. Det er viktig at innbyggerne opplever at kommunen utfører en egenkontroll som er reell og at kontrollorganet stiller kritiske spørsmål til hvorvidt bl.a. ressursene forvaltes i samsvar med bystyrets forutsetninger. Det fokus som rettes mot en grundig og uhildet saksgjennomgang vil normalt også bidra til å styrke allmennhetens tillit til forvaltningen.

Ålesund kommune er en stor anskaffer og må tåle at det stilles kritiske spørsmål om også denne delen av kommunens virksomhet. Effektiv kontroll har også en preventiv effekt.

En ren rimelighetsvurdering synes klart å føre til at dersom kravet til konkurranse skulle bortfalle p.g.a. selvforskyldt tidsnød hos anskafferen, så ville dette grunnleggende prinsippet bli ganske virkningsløst og for enkelt å omgå i praksis.

Det kan utfra det som er nevnt ovenfor være formålstjenlig at den oppfølging som ble signalisert i kontrollutvalgets møte 14.12.2011 nå blir gjenstand for en forvaltningsrevisjon, eventuelt avgrenset til de mindre anskaffelsene.

7. Tilråding til vedtak

Kontrollutvalget kan gjennom sitt vedtak bidra til at saken finner en løsning som kommunen kan være vel tjent med på lengre sikt.

Med dette legges saken frem for kontrollutvalget med følgende forslag til

vedtak :

1. Kontrollutvalget viser til sitt vedtak 23.06.2017 og finner at ny rapport framskaffet av rådmannen ikke endrer utvalgets konklusjon i sak 27/17.
2. Kontrollutvalget fremmer overfor Ålesund bystyre følgende

innstilling:

1. Ålesund bystyre tar saken vedrørende de vurderte anskaffelser til prosjektet The North West til etterretning.
2. Bystyret ber om at forvaltningsrevisjon 2017-2020 av internkontrollrutinene for bl.a. innkjøp også må omfatte kommunens generelle praktisering av regelverket for anskaffelser under nasjonal terskelverdi.

Harald Rogne
daglig leder

notat

Til: Kontrollutvalget i: Ålesund kommune v/Kontrollutvalgssekretariat:
SKS IKS
Att.: Daglig leder Harald Rogne

Fra: Adv. Kjetil Kvammen MNA

Dato: 26.10.2016

Re / sak: Sak 27/17 **Oppdragsavtale i forbindelse med arrangering av festivalkonferansen
The North West - offentlig anskaffelse**

Innhold

1. Innledning.....	2
2. Rapport av 23.08.2017 fra Odin Prosjekt AS.....	3
2.1. Hovedspørsmålet i saken	3
2.2. Forholdsmessighetsprinsippet	4
2.3. Kravet til dokumentasjon og etterviselighet.....	6
2.4. Faktiske forhold i anskaffelsessaken	6
2.4.1. Bakgrunn, sammenfatning	6
2.4.2. Momentiums inntreden	7
2.4.3. Avtaleforhold rundt Momentiums konseptutarbeiding	7
2.4.4. Forholdet til Moa-konferansen.....	8
2.4.5. Hvilken tid som stod til rådighet for å spørre andre leverandører	9
2.4.6. Innkjøpssjefens notat.....	10
2.4.7. Prisnivået.....	11
2.5. Faktiske opplysninger i saken.....	11
2.6. Spørsmål om betydningen av vederlagsfri bistand forut for prosjektet.....	12
2.7. Andre forhold som anføres å tilsi at prinsippet om konkurranse ikke skal etterleves	12
2.8. Sammenligningen med tilbud fra 2015	13

2.9. Tidsmomentet - det var ikke tid til å innhente tilbud	13
2.10. Anskaffelsesprotokollen	14
3. Leveransen fra Momentum	14
3.1 Samarbeidet med Momentum.....	14
3.2. Dokumentasjon av fremdrift og status pr. datofestet kontraktsutløp.....	15
3.3 Sluttrapportering.....	15
4. Rettslige forhold, overgangsreglene, m.v.....	16
4.1. Hvilken lov og forskrift som kommer til anvendelse	16
4.2. Kofa-sak 2009/6	16
4.3. Høyesteretts praksis	17
5. Vurderinger	17
6. Øvrige forhold	18
7. Oppsummering	19

1. Innledning

Foranlediget av notat datert 23.08.2017 fra Odin Prosjekt AS (Odin) er Ålesund kommunes tidligere forberedelser til festivalarrangementet The North West gjennomgått på nytt for så vidt angår forholdet til regelverket for offentlige anskaffelser.

For informasjon om min tidligere vurdering av saken vises til mine notater av 14. og 21.06.d.å.. Sekretariatets saksutredning er datert 22.06.2017. Kontrollutvalget behandlet saken og gjorde vedtak i sitt møte 23.06.2017, sak 27/17.

Til den nye gjennomgangen er det knyttet en del nye faktiske opplysninger som er fremkommet etter min og sekretariatets tidligere gjennomgang i juni d.å. og noe ny dokumentasjon er dessuten fremlagt.

Ovennevnte nye rapport med vurderinger som kommunens administrasjon har innhentet fra Odin er gjennomgått. Rapporten konkluderer annerledes enn kontrollutvalget i sak nr. 27/17. Grunnlaget for dette er rapportskriverens syn om at kommunen etter omstendighetene angivelig ikke var pliktig å gjennomføre noen form for konkurranse i det hele, selv om den aktuelle anskaffelsen som beløp seg til kr. 380.000 ekskl. mva.. På vegne av kommunens administrasjon gjør rapportskriverne gjeldende ulike grunner for dette. Den viktigste synes å være at kravet til konkurranse måtte vike på grunn av tidsnød for å få til arrangementet. Oppfatningen i rapporten er derfor at forespørsel til flere leverandører under slik tidsnød, og med tvil om usikre forhold, ville ha vært uhensiktsmessig mv.. Odin mener også at det ellers ikke ville ha vært noe å vinne ved en konkurranse, som snarere kunne bli til ulempe og sette både prosjektet og

rettigheter i fare. Odin viser til det såkalte forholdsmessighetsprinsippet som grunnlag for at anskaffer da kan sløyfe konkurranse og foreta direkte innkjøp.

Spørsmålet i saken har vært om lovens krav til etablering av konkurranse for anskaffelser over kr. 100.000.- er brutt. Det erkjennes fra kommunens side at slik konkurranse ikke har funnet sted.

Jeg har etter den nye gjennomgangen ikke funnet grunnlag for å endre min tidligere konklusjon i saken.

Uten at det endrer konklusjonen finner jeg at de beste grunner eller svært mye taler for at de rettsregler som gjaldt før 2017 vil gjelde for anskaffelsen, med kr. 500.000, og ikke kr. 1,1 mill., som grense for kunngjøringsplikt. Dette er nærmere begrunnet nedenfor under pkt. 4.1.

Jeg tar i nærværende notat opp og drøfter forhold som det er naturlig å utdype og presisere i forhold til undertegnede tidligere notat og Odins «motsvar». Dernest oppsummerer jeg og begrunner min konklusjon i spørsmålet om hvorvidt anskaffelsesregelverket etter mitt syn ble tilsidesatt.

2. Rapport av 23.08.2017 fra Odin Prosjekt AS

2.1. Hovedspørsmålet i saken

Hovedspørsmålet er om prinsippet om forholdsmessighet kan sette helt til side plikten til å la flere leverandører konkurrere om anskaffelsen. Til støtte for dette er bl.a. tidsmomentet, anskaffelsens størrelse og andre forhold påberopt.

Kommunens administrasjon erkjenner at det ikke ble gjennomført noen form for konkurranse om de tjenester som Momentum leverte inn mot prosjektet. Dette legges nå til grunn.

På vegne av kommunen erkjennes det videre at kommunen i utgangspunktet hadde plikt til å sikre konkurranse om oppdraget, samt at det beste nok også ville ha vært om så skjedde. Undertegnede syn er at det skal mer til enn de grunner som påberopes for å kunne droppe all konkurranse om en anskaffelse av denne størrelsesorden og under de konkrete omstendigheter.

I Prop. 51 L (2015-2016) uttaler Nærings- og fiskeridepartementet bl.a.(pkt. 7.4.5):
«De grunnleggende prinsippene er selve fundamentet for regelverkets øvrige prosedyreregler..... Prinsippene er så sentrale i regelverket at de bør forankres i loven.»

Det må utledes av bl.a. forholdsmessighetsprinsippet hvor langt denne plikten konkret rekker. Dette er også fremhevet i mitt notat av 14.06.2017. Konkurranse skal imidlertid alltid søkes oppnådd så sant det er mulig og prinsippet er altså befestet med en viss lovmessig tyngde.

Jeg har konkludert med at konkurranse ikke verken ville ha vært umulig eller uforholdsmessig og at direkteanskaffelsen av denne grunn representerer et brudd på anskaffelsesregelverket. Det er lovens grunnleggende prinsipp om bl.a. konkurranse som da er tilsidesatt slik jeg ser det.

Odin har konkludert med at dette er en for streng fortolkning av forholdsmessighetsprinsippet. Det er hevdet at forholdene rundt anskaffelsen var så spesielle og uleilighetene var så store at anskaffelsen må bli

å frita fra kravet til konkurranse. Grunnlaget er da bl.a. at slikt krav ikke kan opprettholdes i tilfeller der konkurranse ikke med rimelighet var mulig å istandbringe.

Saken vil således gjelde spørsmålet om de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket har ett eller kanskje flere unntaksgrunnlag som i dette tilfelle kan komme til anvendelse i forbindelse med de direkte anskaffelsene inn mot prosjektet The North West.

Det er da etter mitt syn vesentlig å være oppmerksom på at forholdsmessighetsprinsippet vil kunne modifisere kravet til konkurranse, f.eks. gjøre prosessen enklere, men i dette tilfelle ikke sette kravet helt til side så lenge konkurranse er mulig å istandbringe. Praksis har altså ikke utviklet noen entydig rangordning mellom de grunnleggende prinsippene.

2.2. Forholdsmessighetsprinsippet

Anvendelsen av dette prinsippet blir etter mitt syn langt på veg avgjørende for hvordan konklusjonen i saken skal bli.

En av de viktigste årsakene til at den nasjonale terskelverdien er hevet til kr. 1,1 mill. i den nye anskaffelsesforskriften (FOA 2016) er at kostnadene ved gjennomføring av anskaffelser som har krav til kunngjøring (jfr. FOA del II) etter regelverket før 2017 ikke har stått i forhold til verdien av anskaffelsene og derfor ikke fremmet effektiv ressursbruk.

Kostnadene ved å etablere konkurranse etter FOA del I forutsettes imidlertid av lovgiver å være overkommelig da det ikke er plikt til kunngjøring som vil kreve mer tids- og oppfølgingsressurser. Det er også lagt til rette for dette ved at konkurranse etter forskriftens del I kan gjennomføres uten å følge detaljerte prosedyreregler.

Et generelt prinsipp i anskaffelsesregelverket er at kravene til hvordan oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen øker/innstrammes proporsjonalt med anskaffelsens verdi. I Nærings- og fiskeridepartementets uttalelse (22.12.2016) om Del I-anskaffelser gis som eksempel på dette at beregnet verdi av anskaffelsen er av betydning for hvor mange leverandører som skal inviteres til å konkurrere.

Det er oppdragsgivers plikt, på rett tidspunkt, å foreta en slik beregning av den forestående anskaffelsen at anskafferen etter FOA (2016) § 5-4 kan vurdere anskaffelsens verdi, samt der og da å innrette seg etter resultatet av vurderingen. Hva som da vurderes som forsvarlig verdi skal knyttes til tidspunktet for innhenting av tilbud eller når kontakten med leverandøren etableres. Dette hører til nødvendig planlegging i offentlige anskaffelser.

Verdien av anskaffelsen fra Momentum kan ikke sees å ha blitt forhåndsvurdert på denne måte. Det er i seg selv brudd på regelverket, all den stund det tidlig måtte være klart at denne verdien ville overstige kr. 100.000.-. Denne del av planleggingen synes ikke påaktet. I epost av 13.06.2017 opplyser strategi- og utviklingssjefen dessuten at «Det er ikke et eget budsjett for The North West. Prosjektet er en del av prosjektet Region Ålesund.». Den økonomiske planleggingen av konseptutviklingen mv. er ikke dokumentert.

Det foreligger ikke praksis fra autoritative instanser som viser at det spillerom som følger forholdsmessighetsprinsippet kan fjerne plikten for oppdragsgiver til å sørge for at det istandbringes

konkurranse som ellers kunne vært holdt om kontrakten. Det ville være å tilside sette lovens grunnleggende krav.

Som jeg nedenfor skal komme tilbake til anser jeg den påberopte konkurransehindrende tidsnød ikke tilstrekkelig sannsynliggjort. Så lenge det ikke kan anses dokumentert at tidsmomentet ikke utgjorde et reelt stengsel for å spørre flere leverandører, kan forholdsmessighetsprinsippet i denne saken m.a.o. ikke fritta kommunen fra å gjøre anskaffelsen kjent for et rimelig antall leverandører. Med «rimelig antall» menes flere enn én.

Det skal foreligge særegne forhold, eventuelt en sum/kumulasjon av slike, for at oppdragsgiver kan sette til side det grunnleggende prinsippet om konkurranse. Om det ikke var slik, ville anskaffelsesregelverket lett bli illusorisk og omgåelsesfaren tilsvarende stor. Og de særegne forhold skal være gjennomsiktede og i rimelig grad dokumentert. Departementet uttaler at dette kan skje «Kun unntaksvis» og bruker som eksempel at «det kun foreligger én leverandør i markedet». Nettopp dette er etter det jeg kan se ikke påberopt av kommunen i nærværende sak og er heller ikke tilfellet.

Jeg har i mitt tidligere notat vist til Kofa-sak 2012/55 der forespørsel om prosjekteringstjenester til kr. 120.000 var sendt til 18 leverandører.

Departementet bruker følgende eksempel på kravet om konkurranse:

Innhenting av tilbud fra kun to leverandører ved anskaffelse av kontorutstyr til en anslått verdi kr. 500.000. Prinsippet om konkurranse er her brutt. Det legges vekt på at det er mange aktører i markedet og at det er enkelt for oppdragsgiver å innhente tilbud fra andre.

I forhold Momentiums oppdrag var det var tale om en enkeltstående leveranse som antagelig ikke krevde nye investeringer fra noen potensielle leverandørers side og det skulle ikke inngås noen langvarig kontrakt. Det virker håndterlig å oppstille en beskrivelse. Dette gjorde forespørsler til konkurrenter enklere.

Det er vanskelig å anta annet enn at den tilbudsforespørsel som kommunen sendte ut 09.01.2017 kunne ha vært sendt til flere uten omfattende arbeider. Det er etter mitt syn ikke gitt noen rimelig forklaring på hvorfor dette ikke ble gjort. En ville heller ikke ha vært forpliktet til å avvente et tilbud som aldri inkom i tide, eventuelt innenfor en frist.

Mitt syn på det som spesifikt har vært fremhevet som «tidsmomentet», redegjør jeg nærmere for nedenfor.

Det Ålesund kommune konkluderer med er egentlig ikke å fortolke seg bort fra konkurranseprinsippet ved å anvende forholdsmessighets- / proporsjonalitetsprinsippet, men på skjønnsmessig grunnlag å innvilge seg et fullstendig «unntak» fra et av de grunnleggende prinsipper i anskaffelsesregelverket.

De grunnleggende prinsippene har fått omtale i mange relasjoner, deriblant i forbindelse med unntak. Fra note 13 til FOA (2006) § 1-3 hitsettes:

«EU-domstolen har i flere avgjørelser uttalt at bestemmelser om unntak fra anskaffelsesregelverket skal tolkes restriktivt, og at bevisbyrden for at forutsetningene for å bruke unntaket er tilstede påligger oppdragsgiver, se f.eks. C-20/01 (Kommissjonen mot Tyskland) premiss 58. Se også sak C-199/85 (Kommissjonen mot Italia) om et strengt fortolkningsprinsipp ved unntak fra fellesskapsrettens grunnleggende prinsipper. Videre har EU-domstolen uttalt at den som påberoper seg en unntaksbestemmelse har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt, jf. premiss 33 i sak C-394/02 (Kommissjonen mot Hellas).»

2.3. Kravet til dokumentasjon og etterviselighet

Flere anførte beslutninger sees ikke understøttet av dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne beslutningen. Anskafferen har her etter regelverket en form for bevisbyrde.

Dokumentasjonsplikten følger prinsippet om **etterprøvbarehet**, jfr. kravet til gjennomsiktighet (LOA 1999 § 5). Etter forskriftens (FOA 2016) § 7-1 har oppdragsgiver plikt til å begrunne og dokumentere viktige beslutninger. Forhold som er vesentlige for gjennomføringen av anskaffelsen skal nedtegnes eller samles i en protokoll og dokumentasjonen skal oppbevares av oppdragsgiver.

Det er for eksempel ikke mulig å etterprøve at dokumentasjonsplikten har vært gjennomført korrekt i henhold til regelverket når det anføres at kontrakten om konseptutvikling oppgis å være forankret i et tilbud fra Momentum, men uten at dette tilbudet verken kan dokumenteres eller tidfestes.

Jeg ser ovenstående bare i mindre grad hensyntatt i Odins rapport.

Slik jeg ser det har kommunen to hovedanførsler som denne saken egentlig gjelder:

- uforholdsmessig stor ressursbruk gjorde det meningsløst å koble inn flere leverandører
- det var ikke tid til å gjennomføre konkurranse fordi leveransen hastet

Begge disse to anførsler vil dreie seg om viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen, men altså uten at noen av de etter mitt syn kan anses tilstrekkelig dokumentert.

I den sammenheng vil jeg peke på at selv om det ikke er kommet direkte til uttrykk i anskaffelsesloven (2006) § 5, så gjelder det grunnleggende forvaltningsrettslige prinsippet om forsvarlig saksbehandling. Høyesterett har lagt til grunn at en oppdragsgiver utøver forvaltningsmyndighet ved gjennomføring av en anskaffelse (jfr. Rt. 1998 side 1951).

2.4. Faktiske forhold i anskaffessaken

2.4.1. Bakgrunn, sammenfatning

I møte 16.12.2015 besluttet styringsgruppa for Byregionprogrammet Ålesund - samspill mellom by og omland - (Senere: Region Ålesund) at det skulle utarbeides en grafisk profil for prosjektet. Prosjektleder sendte forespørsel om tilbud på utarbeiding av grafisk profil til Region Ålesund, jfr. vedlagte kopi av epost av 17.12.2015, jfr. **vedlegg 1**. Forespørselen opplyses å være sendt til 8 foretak. All Heart AS, som er sentral i nærværende sak om The North West, ble ikke forespurt. Det inkom dagen etter, dvs. 18.12.2015, tilbud fra Perle Graphic Design. Deretter inkom 3 øvrige tilbud. Region Ålesund valgte tilbudet fra Perle Graphic Design.

Det fremgår av brev av 22.06.2017 fra Daaekvartalet Kompetanse AS, Moakonferansen, at det i programkomiteens møte den 24.05.2016 «ble kjent at Momentum ved Ronny Stokke var engasjert til å komme [med] et forslag til konsept ...».

Den 09.01.2017 sendte prosjektleder for The North West ut til daglig leder hos Momentum en melding om at man ønsket å kjøpe bistand hos nettopp Momentum, jfr. **vedlegg 2**. Det fremgår at henvendelsen om å plassere et oppdrag hos Momentum skjedde etter samråd med rådmannen. Det er i henvendelsen ikke angitt noen frist eller at saken haster.

Momentum ble bedt om tilbud på: - «Videre konseptutvikling av The North West»
- «..grafisk profil og..profilerings- og markedsføringsmateriell»

Ingen andre ble forespurt.

To dager etter, dvs. 11.01.2017, innkam tilbud fra All Heart AS, men dette var et tilbud som kun omfattet grafisk profil m.v. Det opplyses nå at tilbudet av 11.01.2016 fra All Heart AS var feildatert og at rett årstall skal være 2017.

Det er fra All Heart AS ikke angitt noen leveringstid.

Det innkam ikke tilbud på «videre konseptutvikling». Der er i det hele ikke dokumentert noe svar fra Momentum på forespørselen, det fremkommer heller ikke at kommunen har purret eller at tidsmomentet har vært fremhevet i det som hevdes å være tilbudsfasen.

2.4.2. Momentiums inntreden

Momentum ble etter det opplyste forespurt allerede i mars 2016 om å bistå prosjektet som ren samtalepartner for å bidra til utforming av fornying av konseptet for en Sunnmørskonferanse.

Det fremgår av styringsgruppens møtedokumenter at «Programkomiteen ba .. Momentum om å komme med forslag om hvordan vi kunne gå «fra Sunnmørskonferanse til fest i nordvest»..».

Den 24.05.2016 presenterte Momentum sitt forslag til konseptet «The North West» for programkomiteen. Momentiums tidsforbruk er ukjent, men det ligger i sakens natur at arbeid pr. denne dato har vært utført. Det har imidlertid vært hevdet at dette skulle utføres vederlagsfritt, dvs. heller ikke som «no cure no pay».

2.4.3. Avtaleforhold rundt Momentiums konseptarbeiding

Odin anfører at kommunen fra Momentum Event AS mottok et tilbud på kr. 260.000.- for utvikling av konsept. Dette er nye opplysninger. Tilbudet er ikke tidfestet eller dokumentert.

I rådmannens hørings svar er det heller ikke vist til tilbud, men at det er inngått to separate avtaler, kr. 264.000 og kr. 120.000. Jeg kan kun finne en skriftlig avtale med kontraktssum kr. 380.000.

Det foreligger følgelig intet dokumentert tilbud fra Momentum på utførelse av oppdraget med å utvikle konseptet for prosjektet / arrangementet.

Det kan ikke opplyses på ettersiselig måte hvordan denne prisen på konseptutvikling fremkommer, enten det er med basis i et tilbud fra Ålesund kommune, om det er et forlangende fra oppdragsmottaker, om det har vært drøftelser om prisen eller hvor mange timer som skal ytes og når.

2.4.4. Forholdet til Moa-konferansen

Det anses nødvendig å komme inn på dette av hensyn til det som er påberopt om at det var Moa-konferansen som påførte kommunen tidsnød. Dette er slik undertegnede oppfatter anførselene.

Moa-konferansen er blitt avviklet annethvert år i oktober 2013, 2015 og 2017 (d.d.).

I brev av 22.06.2017 til kontrollutvalget gir Daaekvartalet Kompetanse AS v/ Inger Johanne Langeland, i egenskap av

- initiativtaker og hovedaktør i Moa-konferansen
- medlem av programkomiteen for The North West

en del faktiske opplysninger som ikke stemmer med det kommunen har oppgitt, jfr. **vedlegg 3**.

Følgende opplysninger hitsettes fra Daaekvartalet Kompetanse AS sitt brev:

I programkomiteen for «Sunnmørskonferansen» ble Momentum første gang nevnt i komiteens tredje møte som ble holdt i 24.05.2016. I møtet ble det opplyst at Momentum var engasjert til å komme med et forslag til konsept og Momentum presenterte sitt forslag til konseptet «The North West», jfr. ovenfor.

Det ble deretter stillstand og som respons på påminning i epost fra Langeland i november 2016 om fremdrift, opplyste kommunens strategi- og utviklingssjef den 16.11.2016 til bl.a. Langeland at The North West ikke ville bli arrangert før tidligst i 2018. Vurderingen var da at det derfor passet at Moakonferansen ble arrangert i 2017.

Initiativtakerne til Moa-konferansen besluttet etter dette å arrangere Moa-konferansen i 2017. Dette ble gjort kjent for kommunens administrasjon i form av notat og budsjett som den 27.11.2016 ble oversendt til rådmannen.

Etter at datoen 26.10.2017 for Moa-konferansen var fastlagt, lokaler leid, foredragsholdere kontaktet m.v. ble initiativtakerne overraskende kjent med følgende fra Ålesund kommune:

- | | |
|-------------|--|
| 15.12.2016: | Det kom likevel til å bli et «lite» The North West-arrangement i august 2017. |
| 22.12.2016: | Møte der det ble opplyst at det skulle arrangeres konferanse i august 2017. |
| 03.01.2017: | Strategi- og utviklingssjefen opplyser i epost at Momentum hadde arbeidet med en skisse til «The North West» og at denne skulle presenteres neste dag. |
| 04.01.2017: | Momentum presenterte prosjektskisse for The North West |

Da Moa-konferansen ikke fikk overta ansvaret for «urbaniseringsdelen» av programmet, trakk Moa-konferansen seg fra The North West.

Rådmannen v/Konserninnkjøp hevder i brev av 21.06.2017 at «Det avgjørende i denne saken har vært tidsaspektet», dvs. at det ikke var tid til å forespørre noen annen leverandør.

Det fremgår derimot av Langelands skriftlige redegjørelse av det var Ålesund kommune som lot tiden gå fra 24.05.2016 og til kommunen den 16.11.2016 ga opplysninger, og da slike som gikk ut på at The North West skulle utestå til 2018. At Moakonferansen skulle arrangeres i 2017 synes også å være tydelig kommunisert.

Ålesund kommunes anførsel om at det kom uventet at Moakonferansen nå likevel skulle arrangeres i 2017 og ikke i 2018, stemmer således ikke med hva den direkte impliserte, Daaekvartalet Kompetanse AS v/Inger Johanne Langeland, skriftlig opplyser den 22.06.2017 i sitt brev tilstilet kontrollutvalget.

Den 26.06.2017 oversendte daglig leder ved kontrollutvalgssekretariatet kopi av Daaekvartalets nevnte brev til kommunens strategi- og utviklingssjef. Etter det opplyste har sekretariatet ikke mottatt svar eller merknader til brevet.

Opplysningene viser at Momentum i løpet av 2016 har vært i arbeid, mest sannsynlig ikke alene i det som er benevnt dialogpartnerskap, men med forarbeid som ville inngå i et konsept etter oppdrag fra regionen v/Ålesund kommune. Konsept utformet i løpet av 2016 ble lagt til grunn for presentasjoner og formodes anvendt i prosjektet. Arbeidene som dekkes av formell oppdragsavtale i januar 2017 må anses som en videreføring av dette påbegynte. Det er tatt betalt for sluttresultatet. Fakturagrunnlag foreligger ikke. Det er derfor umulig å uttale noe om hva som angivelig er gratis av Momentum sin leverte bistand.

Korrespondanse viser for øvrig at de to konferansene ikke har hatt helt sammenfallende interesser og syn på arrangementene. Det kan ha vanskeliggjort planleggingen, men kan ikke gå ut over etterlevelsen av regelverket for konkurranse.

2.4.5. Hvilken tid som stod til rådighet for å spørre andre leverandører

Det følger av notatet fra Odin at det p.g.a. liten tid ikke var mulig for kommunen å få i stand en form for konkurranse om kontrakten(e).

Slik tilstrekkelig omrømingstid må kommunen imidlertid sies å ha hatt, særlig fra siste del av 2016. Når grunnen til tidsnød ikke er unnskyldelig, kan eventuell mangel på tid ikke tilsidesette plikten til å spørre flere leverandører.

Ser man på det konseptforslag som er levert som sluttrapport, sammenholdt med strategi- og utviklingssjefens tilbudsforespørsel av 09.01.2017 synes det klart at det overfor flere leverandører kunne ha vært omsendt et konkurransegrunnlag, eventuelt med utgangspunkt i samme forespørselen, uten særlig omfattende utforming og tidsbruk.

I 2015 ble det registrert svar ned til 1-2 dager for tilbakemelding med tilbud, selv uten svarfrist. Anførselen om at en leverandør måtte ha brukt 1 - 2 uker på å gi et tilbud kan derfor virke noe usikker. Et annet argument, at en oppdragsgiver bryter konkurranseprinsippet i loven fordi han må tenke på at aktuelle tilbydere som ikke får tilslaget kan bli påført bryderi med tilbudsregning mv., synes enn videre lite relevant.

Det er intet som tyder på at konkurrerende leverandører ville ha krevd særlig lenger leveringstid enn Momentum, om de fikk angitt hvilken tid som sto til rådighet for arbeidene.

Videre grunngir Odin (jfr. avsnitt 4.4. «Tidsaspektet») knapp tid med risiko for å «miste en sentral samarbeidspartner». Samarbeid omkring arrangement i 2017 var imidlertid «avbestilt» allerede 26.11.2016, dersom en skal gå etter den skriftlige fremstillingen fra den ansvarlige hos Moa-konferansen.

Det var da også helt andre forhold som bevirket bruddet mellom de to arrangementene, nemlig at The North West avsto å overlate programansvaret for «urbaniseringsdelen» til Moa-konferansen.

At Moakonferansen skulle arrangeres i 2017 ser for meg ikke ut som en omstendighet som etter dette var uforutsett for Ålesund kommune. Den måtte heller fremstille seg som nærliggende.

Videre hevdes det at eventuell forsinket ferdigstilling angivelig kunne ha gått ut over «eierskapet til det uferdige konseptet». Det er ikke forklart hva som lå i dette. Slik angivelig risiko for at Moa-konferansen skulle gjøre seg bruk av det Momentum hadde frembragt kan uansett tyde på uklar planlegging og manglende avklaring av hver enkelt arrangør sine roller og eierskap i prosjektet som en stund var ment å være felles. Det kan heller ikke eliminere kravet til konkurranse.

Odin begrunner videre manglende konkurranse med at oppdragsavtalen bare har 10 ukers varighet. Her er imidlertid lite som tyder på at den dokumenterte kontraktsperiode med sluttdato 31.03.2017 innebar en eksakt tidsfrist for levering av disse tjenestene. Sluttproduktet ble etter det en kan forstå heller ikke fremlagt innen denne datoen, jfr. nedenfor under pkt. 4.3.

Odin hevder også at den gratis dialogen som innkjøpssjefen har opplyst har funnet sted med Momentum begrenset konkurransemulighetene. Anførselen kan forstås slik at ved konkurranse måtte man ha sendt ut Momentiums konsept til konkurrenter som da kunne ha tilegnet seg eller stjålet de allerede dokumenterte løsningene.

Til denne anførselen kan bemerkes at dersom der forelå en avgjørende hindring for konkurranse fordi strategisk del av jobben allerede var utført, burde konkurransen vært satt ut tidligere, eller avtale inngått med Momentum om rettighetene til frembringelsene fra mars 2016, selv om disse opplyses å skulle ytes gratis. Ingen del av produktplanleggingen sees påberopt unntatt offentlighet, f.eks. p.g.a. forretningshemmeligheter.

Det ligger nedfelt i lovens forutsetninger at alle tilbydere skal behandles likt.

Jeg bemerker at det ikke er omstridt at det forelå andre leverandører som hadde kompetanse og kapasitet og som også var velegnet for å yte bistand inn mot prosjektet og som derfor burde vært spurt.

2.4.6. Innkjøpssjefens notat

Følgende fremgår av innkjøpssjefens notat presentert 28.03.2017 for formannskapet:

- Avtalen er «av beskjedne økonomisk verdi»
- Momentum ble i mars 2016 invitert til å være vederlagsfri samtalepartner om konseptet
- Oppdraget til Momentum «har sitt utspring i» dette samarbeidet
- Samtidig med at «styringsgruppa bestemte seg for å danne et aksjeselskap, «vedtok man å formalisere et samarbeid med Momentum...».

Merknad:

Det må nevnes at Momentum Event AS ikke ble registrert i Foretaksregisteret før 24.05.2016 og da under navnet All OF US AS.

Vedtaket om «å formalisere et samarbeid med Momentum» kan tyde på at kommunen som anskaffer av tjenester så helt bort fra prinsippet om pliktig konkurranseutsetting helt fra start, for å knytte kontakter med kun denne ene leverandøren.

- Kommunen forhandlet seg frem til «avtale med en ramme på kr. 260.000», signert 20.01.2017.

Merknad:

Det er uklart hva man forhandlet om og hvordan forhandlingene forløp. Forhandlingene har ikke etterlatt seg noen som helst spor i form av korrespondanse, møtereferater, notater eller annet.

- Det var Momentum som ønsket at All Heart AS skulle utføre det grafiske
- Tilbudet fra All Heart AS var vesentlig lavere enn tilbudene som var innhentet «i underkant av et år tidligere» / kostnadene er vurdert opp mot «tidligere erfaringspriser i markedet»
- På grunn av liten tid «valgte man å takke ja til ... tilbudet». . «Det er kort tid til konferansen skal avholdes
- Momentum har en særskilt kompetanse og innsikt

Merknad:

Deler av argumentasjonen støttes ikke av annen ekstern dokumentasjon og anskaffelsesprotokollen.

2.4.7. Prisnivået

I anskaffelsesprotokollen heter det: «Totale kostnader er beregnet til kr. 380.000.-. Pristilbudet fra Momentum er vurdert til å ligge under markedspris»

Markedspris kan ikke anses kjent.

Det er ikke dokumentert at det ble inngitt noe pristilbud fra Momentum i det hele, jfr. ovenfor. Det eneste tilbudet som foreligger er et tilbud kr. 120.000.- datert 11. januar 2016 (2017) fra All Heart AS på markedsføring av The North West.

2.5. Faktiske opplysninger i saken

Odin vurderer ikke forholdet til kommunens eget regelverk. Etter mitt syn forsterker bystyrets eget regelverk kravet til oppmerksomhet omkring nettopp grunnleggende prinsipper.

Odin fremlegger etter det jeg kan se ikke noen ny dokumentasjon.

Odin opplyser at prosjektet The North West var avhengig av andre private arrangement for å kunne bli realisert.

Det er ikke nærmere redegjort for hvordan de to konferansene økonomisk og administrativt var knyttet til hverandre.

Men hos Odin fremholdes nå «det allerede etablerte samarbeidet med Moakonferansen» som et «suksesskriterium». Det som nå opplyses er at de som sto bak Moa-konferansen «Ved årsskiftet 2016/2017...hadde et sterkt ønske» om «et arrangement allerede i 2017».

Disse anførselene er ikke sammenfallende med ny dokumentasjon fra bl.a. Daaekvartalet Kompetanse AS.

Det kan ellers for ordens skyld nevnes at det i begynnelsen av juli 2017 ble kjent at The North West-festivalen likevel ikke blir arrangert i 2017.

2.6. Spørsmål om betydningen av vederlagsfri bistand forut for prosjektet

Det er nå opplyst at Momentum Event AS har deltatt med 50 – 100 timers forutgående arbeid. Dette er et løst angitt tidsforbruk og arbeidsresultatet er ikke konkretisert, utover at det er tale om samtaler m.v. uten at det konkrete innhold er kjent. Til tross for at en slik arbeidsmengde, sammenholdt med det som følger av sluttrapporten, kan virke betydelig. Det er ikke dokumentert hva som er levert innenfor dette tidsforbruket. Jeg regner imidlertid med at resultatet av dette arbeidet tilhørte prosjektet. Men heller ikke på dette punkt kan fremlegges dokumentasjon.

Når bistanden anføres å være vederlagsfri må kommunen imidlertid ha krav på å benytte resultatet overfor andre leverandører, så lenge Momentum ikke hadde satt som vilkår at benyttelse av deres frembringelser kun var tillatt dersom de selv fikk oppdraget. En slik betingelse ville i så fall antagelig ha vært stridende mot det grunnleggende likebehandlingsprinsippet. Det skal bl.a. tilsikre at den leverandør som har gitt råd til oppdragsgiveren før konkurransen og deltatt i planleggingen av anskaffelsen ikke skal få en urimelig konkurransefordel.

I og med at ytelsene har vært gratis, må de bero på en avtale som stadfester det, samt eventuelle vilkår. Slik bistand med inntil 100 timer uten noen slik avtale ville ha vært spesielt og lite ryddig.

Når det gjelder det kontraktsfestede oppdraget følger det av den udaterte oppdragsavtalen at «*Rettighetene til konseptet The North West tilhører Region Ålesund*». Det kan derfor virke noe unaturlig om dette ikke var forutsetningen hele tiden.

Det er heller ikke dokumentert noen markedsverdi eller annet som godtgjør at det som er tilført prosjektet ved det frivillige arbeidet er holdt utenfor faktureringen. Denne gjennomsiktigheten mangler. Den kunne kanskje ha vært løst ved fakturagrunnlag, jfr. ovenfor. Jeg kan derfor samlet ikke være enig i at den forutgående vederlagsfri bistand i seg selv godtgjør en senere mer konkurransedyktig pris.

Vedlegg 4 til mitt notat av 14.06.2017 er ikke et tilbud. Det udaterte, usignerte og nøytrale kostnadsoppsettet og kan heller tolkes som et utsagn fra Momentum om bestemte timepriser. Kommunens innkjøpssjef har opplyst at Momentum har hatt særlige forutsetninger for oppdraget i forhold til andre aktuelle leverandører. En slik påstand finnes det etter mitt syn ikke klar sannsynlighetsovervekt for.

Det er imidlertid ikke påberopt at unntaksbestemmelsen i FOA (2006) §2-1 (2) bokstav a, gjorde det umulig å gjennomføre konkurranse fordi anskaffelsen kun kunne foretas hos Momentum av tekniske eller kunstneriske grunner.

2.7. Andre forhold som anføres å tilsi at prinsippet om konkurranse ikke skal etterleves

Under dette er påberopt at en oppdragsgiver må bruke tid på å utforme konkurransegrunnlag, hente inn tilbud, mv., underforstått at det krever uforholdsmessige ressurser. Det som foreligger av sakstifang og den ferdige rapporten fra Momentum tilsier imidlertid at tilbudsforespørsler til flere ikke ville ha vært særlig mer ressurskrevende å behandle enn forespørselen til Momentum.

Opplevelsen av at anskaffelser er tidkrevende

«Det er en overraskende utbredt holdning i flere innkjøpsmiljøer at man kan kutte tidstyver ved å kjøpe direkte fra leverandør. En viktigere tidstyv er likevel at planlegging av anskaffelsen ofte er mangelfull»
(Difi – nasjonalt kompetansesenter for offentlige anskaffelser).

Videre påberopes det som lite sannsynlig at andre kunne ha levert for en lavere pris.

Dette er imøtegått av konkurrerende leverandør som har stått frem i pressen og ment seg forbigått og det er argumenter som neppe kan tillegges vekt. De er heller ikke understøttet med etterviselig materiale.

2.8. Sammenligningen med tilbud fra 2015

Det er tale om en blandet anskaffelse av to typer ytelser som begge er omfattet av forskriften. Av grafisk profil og konseptutvikling utgjør konseptutviklingen utvilsomt kontraktens hovedelement. Kontrakten skal da inngås etter reglene som gjelder for konseptutviklingen. Det gjelder også prissammenligninger.

Ålesund kommune hadde intet sammenligningsgrunnlag som kunne fortelle noe om kostnadsnivået / prisen for kontraktens hovedelement. Det vises til anskaffelsesforskriften § 6-1. Til det krevdes konkurranse.

Odin viser her til anskaffelser uten å gjøre nærmere rede for hvorfor disse var sammenlignbare. Det er ikke fremlagt dokumentasjon som godtgjør at prisleiet ved den tilbudsrunder den gang i 2015 var anvendelig for arbeider i 2017.

Tilbudet på grafisk arbeid behandles hos Odin separat. Vurdert opp mot forholdsmessighetsprinsippet og kravet til etterleving av de grunnleggende prinsipper så skal en imidlertid være varsom med en slik oppdeling av anskaffelsen.

Også under dette punkt anføres det at utarbeiding av konkurransegrunnlag / gjennomføring av en form for konkurranse er dårlig anvendt tid for oppdragsgivere og for samfunnet. Dette subjektive synet er selvsagt ikke relevant så lenge loven har et påbud.

Lovgiver har, i samsvar med det avtaleverk og de direktiver som Norge har forpliktet seg til, satt en nedre verdigrænse på kr. 100.000. I denne terskelverdien er det allerede tatt hensyn til flere av de argumenter som fremgår av Odin sitt notat. Lovgiver har således tatt hensyn til de økonomiske og administrative konsekvenser for oppdragsgivere ved at prinsippet om etterprøvbar konkurranse skal gjennomføres ved anskaffelser større enn terskelen.

2.9. Tidsmomentet - det var ikke tid til å innhente tilbud

Bare i mindre grad er det som her anføres forankret i dokumenterte opplysninger. Det i seg selv innebærer brudd på reglene fordi begrunnelsen bak viktige beslutninger i prosessen ikke er mulig å etterprøve, jfr. ovenfor. Særlig viktig er slike beslutninger når man beveger seg bort fra de grunnleggende prinsippene og hevder at disse ikke med rimelighet var mulig å etterleve.

I forarbeidene til anskaffelsesloven (2016), jfr. Prop. 51 L (2015-2016) beskrives (side 42-43) følgende som gjeldende rett:

«Også etterprøvbarehetsprinsippet er forankret i anskaffelsesloven § 5 tredje ledd. Dette prinsippet skal ivareta leverandørenes interesse i å kunne kontrollere at anskaffelsesregelverket er fulgt. Oppdragsgiver må derfor sikre at vurderinger og andre forhold som er av betydning for gjennomføringen [side 42] av anskaffelsesprosessen, kan dokumenteres. I forskriftene er etterprøvbarehetsprinsippet kommet til uttrykk som et skriftlighetsprinsipp.»

Kommunen har ikke opplyst hvilken dato som etter årsskiftet 2016/2017 fremsto som siste frist for å levere utredning av arrangementets konsept, dersom det er slik at leveransen ennå ikke var ferdigstilt pr. 18.04.2017.

Et annet eksempel på vanskelig etterprøvbarehet ligger i anførselen om at kommunen ved tilbudsutlysning risikerte «å miste sentrale partnere». Det ser ut for at den det her siktes til var Moa-konferansen.

2.10. Anskaffelsesprotokollen

Protokollen skal beskrive alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen.

Her er intet nevnt om det som nå fremstår som det tilnærmet mest sentrale. Det gjelder grunnen til at det forelå uforutsette omstendigheter som gjorde at en angivelig kunne fravike forskriftens del I og lovens grunnleggende prinsipper.

Protokollen viser til at anskaffelsen gjelder et «forprosjekt» som skal gjennomføres «fram til etablering av et AS.».

Det fremgår at et allerede igangværende samarbeid med Momentum gjør det hensiktsmessig at dette arbeidet fortsetter under en formell avtale.

Det heter at totalkostnadene er fremkommet ved at de «er beregnet til kr. 380.000.-»

Det opplyses at Momentum har innlevert et pristilbud som «er vurdert til å ligge under markedspris».

Det er ikke opplyst hva verken budet eller markedsprisen utgjør i forhold til nevnte kostnadsberegning. Det som foreligger av tilbud er kr. 120.000 fra All Heart AS.

Protokollen er således også noe ufullstendig i forhold til de krav som stilles, gitt at kommunens anførsler i saken skal opprettholdes.

3. Leveransen fra Momentum

3.1 Samarbeidet med Momentum

I ovennevnte (udaterte) notat skriver innkjøpssjef Jonny Indrevåg at Momentiums inntreden i prosjektet, utover det rene gratisarbeid som såkalt dialogpartner, var situasjonsbestemt. Det heter at det ble «behov for å Intensivere Momentums bidrag» fordi arrangementet skulle gå av stabelen i 2017.

Innkjøpssjefen mener at det kan hevdes at flere aktører enn Momentum «burde ha blitt forespurt av hensyn til å sikre konkurranse.» Han trekker imidlertid frem at det var kort tid frem til konferansen skulle holdes og at Momentum hadde «særskilt kompetanse og innsikt».

I følge den udaterte oppdragsavtalen som opplyses å være signert 20.01.2017, skulle oppdraget avsluttes 31.03.2017.

Det er uklart når Momentiums betalte prosjektarbeid under den foreliggende oppdragsavtalen skal anses både påstartet og avsluttet, jfr. ovenfor. Det som imidlertid synes klart, uten motsatt dokumentasjon fra oppdragsgiver, er at det i løpet av 2016 ble klart at det anførte gratis dialogpartnerskap eller workshop i 2016 skulle lede til inngåelsen av en tjenestekontrakt med nettopp denne leverandøren.

3.2. Dokumentasjon av fremdrift og status pr. datofestet kontraktsutløp

I følge referat fra møte i styringgruppen for Region Ålesund, sak 18/17, oppga bl.a. daglig leder i Momentum, Ronny Stokke, følgende status pr. 30.03.2017 for arbeidet med program og konseptutvikling for The North West:

«To innledere er booket, Mange andre navn og ideer er på skisseblokka og vil bli jobbet videre med. Avtalen med Momentum går ut 31.03.17».

Referent er i følge referatet Anne Mette Liavaag.

3.3 Sluttrapportering

Den 31.05.2017 fikk undertegnede oversendt rapport fra Momentum vedrørende arbeid med The North West. Rapporten er ikke datert og viser ikke selv hvem som har utarbeidet den. Den betegner seg som «Sluttrapport for prosjekt 20.01.17-31.03.17». Rapporten følger som **vedlegg nr. 4**.

Rapporten beskriver på 3. siste side

«Status pr. 18. april: Facebook-siden er opprettet og ble publisert 16. mars, og har per 18. april 655 likerklipp. Arrangementet for konferansen er også opprettet og har per 18. april 191 som «skal» og 360 som er «interessert».

.....

Instagram

Status pr. 18. april: Instagram-profilen er opprettet og offentlig, men den er ikke lansert..»

Jeg tolker dette slik at sluttrapporteringen ikke har skjedd innen 31.03.2017 da oppdraget etter avtalen skulle avsluttes.

Fordi en må legge til grunn at sluttrapportering inngikk i oppdraget, betyr rapportering av status pr. 18.04.2017 at Momentum sitt arbeid fortsatte utover kontraktens angitte varighet, noe som kan tyde på at her var tid til det.

Dette trekker i retning av at det også kunne være bedre tid til å forespørre flere leverandører. Situasjonen synes også å være slik, når en leser sluttrapporten, at oppdragsavtalens tidsramme var utvidet og dermed ikke reell.

Jeg nevner at Momentum Event AS fakturerte det samlede oppdrag, kr. 380.000 + mva kr.95.000 = kr. 475.000.- allerede den 01.03.2017. Dette var ikke i samsvar med oppdragsavtalen som beskriver fakturering «en gang pr. måned». Fakturaen har ingen underbilag eller spesifikasjoner.

4. Rettslige forhold, overgangsreglene, m.v.

4.1. Hvilken lov og forskrift som kommer til anvendelse

Den nye anskaffelsesloven av 17.06.2016 trådte i kraft 01.01.d.å. Spørsmålet er om denne loven eller tidligere gjeldende regelverk skal anvendes på nærværende sak vedrørende The North West.

De grunnleggende prinsippene er ikke endret ved ny lov, selv om § 4 i ny lov er noe annerledes formulert enn § 5 i tidligere lov. Oppdragsgiver er som før pliktig til å overholde de lovfestede prinsippene om konkurranse, etterprøvnbarhet, m.v. Og selv om forholdsmessighetsprinsippet nå er blitt inntatt i loven, fremgikk det tidligere like klart av forskrift.

Bestemmelser om hvilke konkrete sakstiltfeller dagens lov skal anvendes på fremgår av **overgangsregler** gitt i forskrift 12. august 2016 nr. 974.

For anskaffelser som ble iverksatt før 01.01.2017 gjelder 2006-forskriften (FOR-2006-04-07-404). For anskaffelser som er iverksatt etter 01.01.2017 gjelder forskrift vedtatt i 2016, med bl.a. en økning av terskelverdier.

Jeg har tidligere lagt til grunn at anskaffelsen ble «iverksatt» ved kommunens tilbudsforespørsel i epost av 09.01.2017 slik at nytt regelsett kommer til anvendelse. Dette standpunktet bør endres.

Jeg forstår nå Odin sitt notat slik at det gjøres gjeldende at kommunen allerede i 2016 ba Momentum Event AS om å melde sin interesse eller inngi tilbud i forbindelse med den planlagte anskaffelsen. Etter overgangsreglene i FOR-2016-08-12-974, § 32-2, vil anskaffelsesspørsmålene for The North West da bli å avgjøre etter forskriften fra 2006.

Dette fordi det ikke er tidspunktet for undertegningen av avtalene som er avgjørende, men tidspunktet for forespørsel eller det tidspunktet, evt. da partene startet kommunikasjonen om selve oppdraget.

Anskaffelsen kr. 380.000 lå således nærmere grensen for kunngjøringsplikten som var kr. 500.000 enn etter ny forskrift, hvor kravet til kunngjøring gjelder anskaffelser over kr.1,1 million.

Dette vil gjerne være av betydning i forhold til bl.a. forholdsmessighetsprinsippet. Et naturlig resonnement er at det skal mer til å unngå konkurranse jo nærmere kunngjøringsplikt en anskaffelse verdimessig ligger.

4.2. Kofa-sak 2009/6

Også Odin viser til sak 2009/6 (Vardø kommune), men fremhever et annet frittstående avsnitt i avgjørelsen enn undertegnede, nemlig (premiss 18) om konkurranse.

Men denne premissen kan etter min oppfatning ikke uten videre overføres til The North West-anskaffelsen. Jeg skal nedenfor begrunne dette:

For det første er dette fordi det firmaet som tilbød og fikk oppdraget på bygningsarbeider kr. 266.700 og asbestsaneringsarbeider kr. 40.000 nettopp hadde vunnet «en kunngjort åpen anbudskonkurranse» om tilsvarende bygningsarbeider.

Videre var, frem til asbestsaneringen var foretatt, «hele 2. etasje i rådhuset» stengt og deretter «Nærings- og kulturavdelingen sine kontorer stengt. «Disse stod derfor nå uten kontorlokale». Her lå derfor et betydelig hasteelement.

For det tredje kom oppdagelsen av asbest inn som en uforutsett omstendighet.

Kofa uttaler bl.a. (premiss 19) at kommunen også visste at de prisene firmaet «tilbudte var konkurransedyktige, idet disse hadde fremkommet etter en tidligere åpen anbudskonkurranse».

Oppsummert:

Premissene for Kofa-avgjørelse 2009/6 viser at Vardø kommunes anskaffelse bygget på bl.a. følgende:

- for ca. 88 % av oppdraget var enhetspriser basert på nylig gjennomført åpen anbudskonkurranse
- for de øvrige ca. 12 % (asbestsanering) hadde kommunen kontaktet to leverandører
- hast med asbestsanering, jfr. faren for helseskade og stengt rådhus
- naturlig sammenheng mellom asbestsanering og istandsettingen av de samme kontorlokalene
- anskaffelse gjort under utilsiktet situasjon og uforutsette omstendigheter
- faste forutgående avtalte priser

Kofa har vurdert disse forholdene opp mot kravet til konkurranse «så langt det er mulig».

4.3. Høyesteretts praksis

I dom Rt 2007 983 uttaler Høyesterett følgende om bl.a. det grunnleggende krav om konkurranse på like vilkår:

«(82)..... Disse prinsippene kommer til uttrykk i anskaffelsesloven § 5, som blant annet pålegger oppdragsgiver å sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører. Jeg viser også til anskaffelsesloven § 1, hvor det fremgår at et av formålene med regelverket er å sikre at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»

5. Vurderinger

Jeg hitsetter punktvis noen av de slutninger som fremstår som naturlige å trekke i tilslutning til foranstående og mine tidligere notater:

1. Om grensen for kunngjøring var kr. 500.000 eller kr. 1,1 million avhenger av når partene kan sies å ha startet kommunikasjonen om selve oppdraget.
Pkt. 2 - 4 nedenfor viser at det er regelverket som gjaldt i 2016 som etter min vurdering er gjeldende for anskaffelsen.
2. Momentum var i realiteten allerede i 2016 utpekt til oppdraget med å utarbeide konseptet og arbeidet ble påstartet dette året. Arbeid i 50 - 100 timer er betydelig. Forespørselen i januar 2017

- om tilbud på «videre» konseptutvikling hadde derfor antagelig ingen konkurransemessig effekt eller formål.
3. I anskaffelsesprotokollen heter det at Momentum «har bidratt med råd og innspill i arbeidet med å utvikle ideen». For meg er det nærliggende å forstå dette som allerede utført bistand til konseptutvikling som det var uråd å skille fra et fortsatt arbeid med løsningene.
 4. I rådmannens høringsuttalelse av 21.06.2017 skriver rådgiver Thorstensen under «tidsaspektet» at det var nødvendig «å sikre eierskap til et unikt konsept som allerede var utviklet». Dette kan tolkes slik at konseptutviklingen ikke var forestående, men langt på veg allerede utført. Det er i så fall av stor betydning for sakens vurdering.
 5. Den skriftlige forespørselen fra prosjektleder i januar 2017 om tilbud markerte selv ingen knapphet på tid og det ble ikke operert med noen frist.
 6. Tilbudet som i 2015 vant konkurransen hos Region Ålesund på utforming av grafisk innkom etter en til to dager. Det samme gjorde tilbudet fra All Heart AS i januar 2017. Det kan derfor vanskelig sies å være tidsnød som hindret oppdragsgiver å sende tilbudsforespørsel til flere, og da for eksempel til leverandører som ca. ett år tidligere hadde markert interesse ved å inngi tilbud til Region Ålesund.
 7. Den skriftlige forespørselen i januar 2017 fra prosjektleder var så pass uformell og så vidt lite ressurskrevende at den med relevante tilleggsopplysninger enkelt kunne ha vært sendt til flere.
 8. Momentum besvarte ikke tilbudsforespørselen på utvikling av konseptet for konferansen, i alle tilfeller ikke skriftlig. Momentum ble tildelt oppdraget for kr. 260.000 ekskl. mva. uten at det kan dokumenteres eller forklares hvordan kontraktssummen ble fastslått. Det er heller ikke tydelig hvordan konseptet presentert 20.06.2016 i styringsgruppa for Region Ålesund, samt etterfølgende arbeid i resten av 2016, skulle inngå i leveransen.
 9. Både grafisk arbeid og konseptutviklingen oversteg, hver for seg, verdigrensen for krav til konkurranse. Leveransen ble skriftlig tildelt Momentum allerede i tilbudsforespørselen. Forespørsel med lignende innhold skulle og kunne også av denne grunn enkelt ha vært rettet til flere, noe det også ser ut til å ha vært rimelig god tid til.
 10. Det var ikke grunnlag for å unnlate å innhente tilbud alene fordi leverandører i 2015 hadde levert et høyere tilbud på en annen anskaffelse som for lengst var avsluttet. Dette samsvarer med forbigått leverandørs uttalelse til NyttiUka den 29.03.2017: «Vi synes det er veldig merkelig at de legger ett år gamle priser til grunn for et helt nytt og annet oppdrag, sier Aarset. Selv om vi var dyrere forrige gang, vurderer vi pris fra oppdrag til oppdrag.....Her er det opplagt at kommunen har bestemt seg på forhånd, sier Aarset...»
 11. Kommunens utsagn kan tolkes slik at Giskeødegård sine selskaper i løpet av 2016 opparbeidet seg en form for «eierskap» til prosjektstrategi eller plan, uten at den anskaffelsesansvarlige så videre fremover m.h.t. hva dette innebar i forhold til bl.a. reglene om konkurranse. Da man kom så langt at selve formalitetene omkring oppdraget måtte bringes i stand, så kommunen det nødvendig å gi nettopp Momentum en slags automatisk enerett til å fullføre. Andre leverandører kunne deretter ikke trekkes inn uten avtalebrudd overfor Momentum.

Alle anskaffelser skal så langt det er mulig skje på grunnlag av konkurranse. Kravet til konkurranse innebærer at kommunen som oppdragsgiver må ha særskilt hjemmel for å foreta en direkte anskaffelse fra én leverandør uten konkurranse.

6. Øvrige forhold

Det er i mitt notat redegjort for prinsippet om at forbigått leverandør som sanksjon ved overtredelse av de grunnleggende prinsipper kan kreve erstatning og at det ikke ilegges gebyr, dvs. forvaltnings sanksjon, gjennom Kofa. Anskaffelsesloven (2016) § 10 viderefører her tidligere gjeldende rett. Jeg har ikke uttalt meg noe om hvorvidt de vilkårene for at noen kan kreve erstatning i denne konkrete saken er oppfylt.

7. Oppsummering

Når det gjelder anskaffelsesreglenes forhold til slik igangsetting av prosjektoppdrag under kommunalt ansvar uten forutgående konkurranse viser jeg til konklusjonen i mitt notat av 21.06.2017.

Kjetil Kvammen
advokat

VEDLEGG