



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Sykehusinnkjøp HF kunngjorde høsten 2019 to åpne anbudskonkurranser for anskaffelse av reisebyrå tjenester. G Travel Norge AS vant begge konkurransene, og rammeavtalene ble inngått med virkning fra våren 2020. G Travel Norge AS gikk konkurs sommeren 2020. I forkant av konkursåpning ble rammeavtalene overdradd til ny leverandør. Sykehusinnkjøp HF ble ikke informert i forkant av avtaleoverdragelsen, men konkluderte sommeren 2020 med at avtaleoverdragelsene var lovlige, herunder at vilkårene i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav e var oppfylt. Klagenemnda kom til at ny leverandør ikke oppfylte det opprinnelige kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell soliditet. Vilårene i § 28-1 (1) bokstav e var derfor ikke oppfylt. Utskiftning av leverandøren utgjorde dermed en vesentlig endring, som skulle vært kunngjort. Sykehusinnkjøp HF ble ilagt et gebyr på ti prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 16. mars 2022 i sak 2021/603

- Klager:** Berg-Hansen Reisebureau AS
- Innklaget:** Sykehusinnkjøpet HF på vegne av en de fire regionale helseforetakene
- Klagenemndas medlemmer:** Sverre Nyhus, Marianne Dragsten og Kjersti Holum Karlstrøm
- Saken gjelder:** Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og illeggelse av overtredelsesgebyr

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med at Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) overdro to rammeavtaler om reisebyrå tjenester uten å kunngjøre en ny konkurranse. Berg-Hansen Reisebureau AS (heretter *klager*) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. mars 2021.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 294 643 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Sykehusinnkjøp HF kunngjorde 25. og 26. september 2019 to åpne anbudskonkurranser for inngåelse av rammeavtaler for tjenestereiser og pasientreiser, på vegne av de fire regionale helseforetakene. Anskaffelsens verdi ble estimert til 2 millioner kroner per år for tjenestereiser og 1,3 millioner kroner per år for pasientreiser.
- (4) Sykehusinnkjøp HF fungerer som innkjøpssentral og avtaleforvalter for de fire regionale helseforetakene, og disse omtales heretter samlet som *innklagede*.
- (5) Klager deltok i konkurransen om tjenestereiser, men ikke i konkurransen om pasientreiser.

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

- (6) Rammeavtalene ville vare i to år med opsjon på forlengelse i 1+1 år.
- (7) Det var stilt krav til leverandørenes kvalifikasjoner, hvorav ett av disse knyttet seg til økonomisk og finansiell soliditet. Kvalifikasjonskravet var formulert slik i konkurransen om pasientreiser:
- «Tilbyder skal ha tilstrekkelig økonomisk og finansiell soliditet til å kunne gjennomføre kontraktsforpliktelsene.*
- Det er et krav at Tilbyder har: Positiv egenkapital.»*
- (8) Det tilhørende dokumentasjonskravet var angitt slik:
- «Oppdragsgiver vil vurdere Tilbyders oppfyllelse av kvalifikasjonskravet på følgende måter:*
- *Siste avlagte årsregnskap med noter inkludert revisorerklæring.*
- Dokumentasjon skal innleveres med tilbudet.»*
- (9) Konkurransen om tjenestereiser hadde likelydende kvalifikasjonskrav om økonomisk og finansiell soliditet som pasientreiser. Dokumentasjonskravet var også likt utformet, men hadde følgende tillegg:
- «Dersom Tilbyder har saklig grunn til ikke å fremlegge den dokumentasjonen Oppdragsgiver har krevd over, kan Tilbyder godtgjøre sin økonomiske og finansielle kapasitet ved ethvert annet dokument, herunder for eksempel ved en morselskapsgaranti, bankgaranti, mv.*
- Oppdragsgiver vil i vurderingen bl.a. vektlegge om tilbyder har lønnsom drift, positiv kontantstrøm siste år, og positiv egenkapital.*
- Dokumentasjon skal vedlegges ved innlevering av tilbudet.»*
- (10) I begge konkurransegrunnlagene fremgikk følgende av punkt 5.4:
- «Tilbyder kan støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle det finansielle kvalifikasjonskravet i punkt 5.2 og/eller kravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner i punkt 5.3 ved å krysse av for dette i ESPD-skjemaets kapittel II seksjon C.»*
- (11) G Travel Norge AS vant begge konkurransene, og det ble inngått avtaler om reisebyråtenester for tjenestereiser med virkning fra 1. mars 2020, og pasientreiser med virkning fra 1. mai 2020.
- (12) Innklagede mottok 29. juni 2020 e-post fra G Travel Norge AS om at selskapet var begjært konkurs. Det ble samtidig orientert om at innklagede sine rammeavtaler ville bli betjent av selskaper som ikke var omfattet av konkursen. Innklagede ble 3. juli 2020 orientert om at G Travel Norge AS hadde begjært oppbud, og at rammeavtalene med innklagede ville bli betjent av andre tilknyttede selskap. Det ble åpnet konkurs i boet til G Travel Norge AS 3. juli 2020. G Travel Norge AS omtales heretter som *konkursdebitor*.

- (13) I notat av 17. juli 2020 konkluderte innklagede med at avtaleoverdragelsene var lovlige, herunder at vilkårene i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav e var oppfylt. Innklagede viste i et internt notat til at selskapet Lervold AS (heretter *ny leverandør*), med støtte fra underleverandør G Travel Tvette AS, oppfylte de opprinnelige kvalifikasjonskravene om økonomisk og finansiell soliditet og tekniske og faglige kvalifikasjoner. Ny leverandør var opprinnelig franchisetaker til konkursdebitor i Østfold, og G Travel Tvette AS var franchisetaker til konkursdebitor i Trondheim.
- (14) Innklagede har sagt opp rammeavtalen for tjenestereiser innenfor prøvetiden og avtaleforholdet opphørte 30. september 2021. Avtalen for pasientreiser fortsetter å løpe.
- (15) Per 29. oktober 2021 har omsetningen for tjenestereiser utgjort 842 467 kroner i perioden 1. juli 2020 til 30. september 2021. Per 29. oktober 2021 har omsetningen for pasientreiser utgjort 1 516 130 kroner i perioden 1. juli 2020 til 28. oktober 2021.
- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. mars 2021.
- (17) Nemndsmøte om utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 6. desember 2021.
- (18) Klagenemnda sendte 14. desember 2021 varsel om illeggelse av et overtredelsesgebyr på ti prosent av anskaffelsens verdi.
- (19) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 14. januar 2022. Klager kom med merknader 25. januar 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (20) Skifte av leverandør vil som hovedregel innebære en vesentlig endring av kontrakt, og endringen utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse.
- (21) Unntaket i forskriften § 28-1 (1) bokstav e kommer ikke til anvendelse. Overdragelsen av rammeavtalene skjedde seks uker før oppbudsbegjæring, og overdragelsen skjedde dermed ikke «*som en følge av omstrukturering*» ved alternativet «*konkurs*».
- (22) Ny leverandør støttet seg på G Travel Tvette AS for oppfyllelse av det opprinnelige kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell soliditet. Ny leverandør og G Travel Tvette AS, alene eller samlet, oppfyller ikke dette kvalifikasjonskravet.
- (23) Den reelle årsaken til at rammeavtalene ensidig ble overdratt til ny leverandør skyldtes konkursdebitor sin manglende evne til å levere i henhold til rammeavtalene. Skiftet av leverandør ble gjort for å omgå regelverket og for å sikre at G Travel-systemet beholdt rammeavtalene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (24) Det er ikke foretatt ulovlige direkte anskaffelser. Leverandørskiftet innebærer ingen vesentlige endringer av de inngåtte rammeavtaler med konkursdebitor.
- (25) Unntaket i forskriften § 28-1 (1) bokstav e kommer til anvendelse. Overdragelsen av rammeavtalene ble gjort «*som følge av en omstrukturering*» ved alternativet «*konkurs*».

Det fremgår av anskaffelsesdirektivet og juridisk teori at det ikke er et krav om formell konkursåpning for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.

- (26) Dersom klagenemnda kommer til at overdragelsen ikke faller innunder konkursbegrepet, så viser klagenemndas avgjørelser i sak 2011/259 og 2012/235 at også andre tilfeller kan være lovlige. Rammeavtalene betjenes videre av de samme ressursene, med de samme IT-systemene, også etter leverandørbyttet. Overdragelsene er dermed omfattet av bestemmelsen som en intern omstrukturering.
- (27) Ny leverandør, med støtte fra G Travel Tvette AS, oppfyller det opprinnelige kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell soliditet.
- (28) Skiftet av leverandør ble ikke gjort for å omgå regelverket ettersom konkursdebitor åpenbart gikk konkurs, en konkurs som dannet grunnlaget for leverandørskiftet.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Saken gjelder spørsmålet om innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved å gjøre vesentlige endringer i to rammeavtaler om henholdsvis pasient- og tjenestereiser. Rammeavtalene fremstår som individuelle anskaffelser av lignende tjenester. Klagenemnda bemerker imidlertid at det rettslige spørsmålet er likt i begge anskaffelsene. På bakgrunn av dette har klagenemnda kommet til at anskaffelsene vil bli behandlet i én sak.
- (30) I saker med spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Ved påstand om vesentlig endring i inngått kontrakt, er det tidspunktet for endringen som legges til grunn for når anskaffelsen anses iverksatt, se eksempelvis klagenemndas sak 2020/506, avsnitt 25 til 37, og sak 2019/61, avsnitt 25.
- (31) Felles for begge anskaffelsene er at konkurranse ble gjennomført i løpet av våren 2020, og at samme leverandør ble tildelt begge rammeavtalene. Avtalene ble deretter overdratt til ny leverandør i mai 2020. Konkursdebitor begjærte i tiden etter oppbud, og konkurs ble åpnet 3. juli 2020. Innklagede ble informert om overdragelsen fire dager før konkurs ble åpnet i boet til konkursdebitor.
- (32) Innklagede utarbeidet 17. juli 2020 et internt notat som konkluderte med at rammeavtalene lovlig kunne overdras i medhold av forskriften § 28-1 (1) bokstav e. Klagenemnda legger til grunn at innklagede senest har akseptert overdragelsen den 17. juli 2020, og denne datoen legges til grunn som tidspunktet for endringen. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble sendt til klagenemnda 23. mars 2021. Klagen er dermed rettidig.
- (33) 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). Når en kontrakt er inngått etter en kunngjort konkurranse, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette er dersom avtalen endres på en slik måte at man reelt sett står overfor en ny kontrakt som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket, se eksempelvis klagenemndas sak 2017/344, avsnitt 32 med videre henvisning til EU-domstolens sak C-454/06 Pressetext.

- (34) Innklagede har ikke bestridt at avtalen er endret gjennom overdragelsen til ny leverandør. Innklagede har imidlertid anført at det ikke var plikt til å kunngjøre en ny konkurranse, fordi rammeavtalene lovlig kunne overdras i medhold av forskriften § 28-1 (1) bokstav e.
- (35) Forskriften § 28-1 (1) bokstav e bygger på EU-direktiv 2014/24/EU (*anskaffelsesdirektivet*) artikkel 72 nr. 1 og lyder som følger:

«28-1 Endringer som er tillatt

*(1) Oppdragsgiveren kan foreta følgende endringer i en kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse etter forskriften:
(...)*

e) endringer som gjelder skifte av leverandøren ved at en ny leverandør helt eller delvis trer inn i den eksisterende leverandørens rettigheter og pikter som følge av en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller konkurs. Dette gjelder bare når:

- 1. den nye leverandøren oppfyller de opprinnelige kvalifikasjonskravene,*
- 2. det ikke foretas andre vesentlige endringer i kontrakten og*
- 3. skiftet av leverandøren ikke skjer for å omgå forskriften;»*

- (36) Spørsmålet for klagenemnda blir dermed om ovennevnte unntaksbestemmelse kommer til anvendelse, og om leverandørbyttene dermed ikke er å anse som en vesentlig endring.
- (37) Innklagede anfører primært at leverandørbyttene ble gjort som en «følge av omstrukturering» ved at alternativet «konkurs» er oppfylt.
- (38) Slik denne saken ligger an, finner klagenemnda imidlertid ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt leverandørskiftet var en følge av en omstrukturering i forbindelse med konkursalternativet i bestemmelsen. For at et leverandørbytte skal være lovlig, må den nye leverandøren uansett oppfylle de opprinnelige kvalifikasjonskravene i konkurransene, jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav e nummer 1.
- (39) Ett av kvalifikasjonskravene i konkurransene var at leverandøren skulle ha «*tilstrekkelig økonomisk og finansiell soliditet til å kunne gjennomføre kontraktsforpliktelsene*». Det var presisert at det var stilt krav om at leverandørene hadde positiv egenkapital. Kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres oppfylt med «*Siste avlagte årsregnskap med noter inkludert revisorerklæring*». I konkurransen om tjenestereiser var det i dokumentasjonskravet også inntatt at oppdragsgiver i vurderingen blant annet ville vektlegge om tilbyder har «*lønnsom drift, positiv kontantstrøm, og positiv egenkapital.*»
- (40) Ny leverandør hadde en negativ egenkapital på 4 554 000 kroner per 31. desember 2019. Innklagede har imidlertid vurdert at ny leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet med støtte fra G Travel Tvette AS.
- (41) Klagenemnda bemerker at dokumentasjonskravet spesifikt knytter seg til siste avlagte årsregnskap, og at årsregnskapet for 2019 var det siste tilgjengelige årsregnskapet på vurderingstidspunktet. Nemnda er også kjent med at årsregnskapet for 2019 viste at

G Travel Tvette AS hadde positiv egenkapital på 5 241 000 kroner. Dokumentasjonskravet har imidlertid også en henvisning til årsregnskapets noter. Av note 12 fremgår blant annet følgende:

«Det er usikkerhet knyttet til hvor lenge restriksjonene fra myndighetene vil vare, og det er usikkerhet knyttet til hvor raskt omsetningen igjen vil øke når normal drift gjenopptas.

Det forventes at regjeringens økonomiske tiltakspakker til norske virksomheter vil gjøre det enklere for selskapet å få på plass ytterligere finansiering, samt at kontantstøtteordningen og betalingsutsettelse for skatter og avgifter, vil bidra positivt til likviditeten. Det er imidlertid usikkerhet knyttet til de økonomiske tiltakspakkene på tidspunkt for avleggelsen av årsregnskapet

Det er vesentlig usikkerhet om fortsatt drift og selskapet er avhengig av tilgang til utvidet likviditet i 3. kvartal 2020 slik som selskapet anser at markedssituasjonen sannsynligvis vil utvikle seg. I tillegg er selskapet avhengig av at franchisegiver utbetaler 4MNOK i utestående leverandørbonuser. Selskapet har i sine prognoser lagt til grunn at 50% av utestående bonus utbetales i siste kvartal 2020 og 50% i første kvartal 2021.»

- (42) Notene i regnskapet viser at fortsatt drift bygger på en forutsetning om utbetalinger fra et selskap som på vurderingstidspunktet var konkurs. Disse utbetalingene var inntektsført på regnskapsåret 2019.
- (43) I sine merknader til forhåndsvarselet anfører innklagede at det ikke kan legges til grunn at fordringen mot konkursdebitor var tapt selv om det var åpnet konkurs. Det fremgår ikke av note 12 at fordringen er tapt, og etter det innklagede kjenner til var det midler i boet da vurderingen av kvalifikasjonskravet ble foretatt.
- (44) Slik klagenemnda ser det, er det uten betydning at det ikke fremgikk av årsregnskapets note 12 at risikoen var stor for at fordringen var tapt. Årsregnskapet er fremlagt før konkursåpning, og det må legges til grunn at revisor i G Travel Tvette AS ikke hadde grunnlag for å foreta en kvalifisert analyse av hvorvidt fordringen mot konkursdebitor var tapt. At dokumentasjonskravet knytter seg til siste tilgjengelige årsregnskap innebærer heller ikke at innklagede kunne unnlate å ta hensyn til omstendighetene som oppstod etter godkjenning av årsregnskapet for 2019.
- (45) Selv om innklagede ikke kunne bekrefte eller avkrefte konkursdebitor sine kreditorers endelige stilling på tidspunktet for kvalifikasjonsvurderingen, må det ha fremstått svært usikkert om det på dette tidspunktet var midler i boet til å dekke fordringen. Etter klagenemndas oppfatning vil en konkursåpning i seg selv være en indikasjon på at kreditor risikerer å tape hele eller deler av sitt krav. Etter det nemnda er kjent med, satt ikke innklagede på informasjon som ga grunn til å fravike dette utgangspunktet.
- (46) Klagenemnda har etter dette kommet til at G Travel Tvette AS' fordring mot konkursdebitor sannsynligvis måtte anses som tapt, helt eller delvis, ved vurderingen av kvalifikasjonskravet sommeren 2020. Videre anser nemnda det som nærliggende at tap av hele eller deler av fordringen vil ha innvirkning på G Travel Tvette AS' egenkapital.
- (47) Innklagede viser til at egenkapitalen i G Travel Tvette AS uansett var ca. 5,2 millioner kroner per 31. desember 2019. Selv om hele fordringen skulle anses tapt, ville G Travel Tvette AS isolert likevel oppfylt kravet med en positiv egenkapital på 1,2 millioner kroner.

- (48) Klagenemnda forstår det slik at innklagede mener at det ikke er den samlede egenkapitalen som er avgjørende, men at egenkapitalen i G Travel Tvette AS (støttende foretak) var positiv ved vurderingen av kvalifikasjonskravet.
- (49) Konkurranses grunnlagenes punkt 5.4 åpner i samsvar med forskriften § 16-10 for at leverandøren kan støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle det finansielle kvalifikasjonskravet. Dette innebærer at det fortsatt er leverandøren, med eventuell støtte, som skal oppfylle kvalifikasjonskravet. Det kan derfor ikke ses vekk fra leverandørens egne regnskapstall. Vurderingstema vil være om leverandøren gitt den økonomiske støtten som er stilt til disposisjon, oppfyller kvalifikasjonskravet. Det må derfor vurderes om fremlagt dokumentasjon viser at G Travel Tvette AS har stilt økonomisk kapasitet til disposisjon på en slik måte at ny leverandør kan anses for å ha positiv egenkapital. I det ligger det at G Travel Tvette AS må ha forpliktet seg til å tilføre ny leverandør tilstrekkelig kapital til at kravet til egenkapital er oppfylt.
- (50) Ettersom ny leverandørs egenkapital per 31. desember 2019 var negativ med ca. 4,5 millioner kroner, må støtten fra G Travel Tvette AS overstige dette slik at ny leverandørs egenkapital kan anses for positiv. I fremlagt forpliktelseserklæring fra G Travel Tvette AS er det krysset av for at forpliktelseserklæringen gjelder for kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell soliditet. Det er imidlertid ikke gitt noen nærmere redegjørelse for hvilke økonomiske og finansielle ressurser som er stilt til disposisjon for ny leverandør. Innklagede har derfor ikke grunnlag for å vurdere hvilke ressurser G Travel Tvette AS har forpliktet seg til å stille til disposisjon for å sikre oppfyllelse av kravet til økonomisk og finansiell stilling, herunder kravet til positiv egenkapital. Innklagede hadde derfor ikke grunnlag for å konkludere med at egenkapitalen hos ny leverandør, med støtte fra G Travel Tvette AS, var positiv. Dette forsterkes av at økonomien i G Travel Tvette AS måtte anses for å være svak, ved at fordringen mot konkursdebitor mest sannsynlig var tapt helt eller delvis.
- (51) Innklagedes merknad om at både G Travel Tvette AS og ny leverandør har positiv egenkapital per 31. desember 2020, er uten betydning. Kvalifikasjonsvurderingen skulle foretas ved leverandørskiftet i juli 2020. Klagenemnda vil heller ikke utelukke at årsregnskapene for 2020, som for ny leverandør viser en markant økning i omsetning, resultat og egenkapital, kan ha sammenheng med overdragelse av rammeavtalene sommeren 2020.
- (52) Klagenemnda har etter dette kommet til at ny leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om *«tilstrekkelig økonomisk og finansiell soliditet»*.
- (53) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at utskiftingen av leverandøren utgjør en vesentlig endring av rammeavtalene om pasient- og tjenestereiser, slik at kontraktene skulle vært kunngjort. Det foreligger dermed ulovlige direkte anskaffelser.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

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

- (55) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7 b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12 viser klagenemnda til klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147, avsnitt 55 og utover.
- (56) Offentlige oppdragsgivere forutsettes generelt å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser. Det må derfor generelt stilles relativt strenge krav til oppdragsgiverens aktsomhet.
- (57) Den ulovlig direkte anskaffelsen skyldes i denne saken at innklagede kom frem til at vilkårene i forskriften § 28-1 (1) bokstav e var oppfylt. Som en følge av dette ble ikke konkurransene om pasient- og tjenestereiser lyst ut på nytt sommeren 2020.
- (58) Spørsmålet om skyldkravet er oppfylt, knytter seg i dette tilfellet til innklagedes vurdering av at den nye leverandøren oppfylte de opprinnelige kvalifikasjonskravene.
- (59) Da innklagede vurderte årsregnskapet for 2019, skjedde vurderingen med kunnskap om at konkursdebitor (franchisegiver) var konkurs. På bakgrunn av konkurssituasjonen burde innklagede foretatt grundige undersøkelser knyttet til hvorvidt ny leverandør og G Travel Tvette AS oppfylte kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig økonomisk og finansiell soliditet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Disse undersøkelsene hadde vist at fortsatt drift bygget på en forutsetning om utbetalinger fra et selskap som på vurderingstidspunktet var konkurs. Det var også andre momenter enn den utestående fordringen mot konkursdebitor som gjorde at det var usikkerhet knyttet til fortsatt drift i G Travel Tvette AS.
- (60) I merknadene til forhåndsvarselet anfører innklagede at vurderingen av skyldkravet er for strengt hva gjelder krav til oppdragsgivers vurderinger og krav om å ettergå opplysninger i regnskap og annet som sendes inn for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.
- (61) Klagenemnda mener at omstendighetene i denne saken, der innklagede var klar over konkurssituasjonen, medførte en særlig oppfordring til å ettergå hvorvidt ny leverandør hadde tilstrekkelig økonomisk og finansiell soliditet. Det var heller ikke gitt noen nærmere redegjørelse for hvilke økonomiske og finansielle ressurser støttende foretak stilte til disposisjon for ny leverandør. Klagenemnda bemerker også at konkursdebitor benyttet seg av det samme støttende foretaket for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet i konkurransen. Det viste seg at leverandøren ikke hadde noen rådighet over støttende foretaks ressurser.
- (62) I LB-2021-36870 vektla lagmannsretten i skyldvurderingen at oppdragsgiver ikke hadde foretatt undersøkelser for å avklare hvorvidt anskaffelsene var i strid med regelverket. Overført til denne konkrete saken, viser innklagede sin redegjørelse at kvalifikasjonskravet ble vurdert uten at tilhørende regnskapsnoter ble sett i sammenheng med sakens nye omstendigheter. Nemnda bemerker også at innklagede i sine tilsvær, har gitt uttrykk for å ha vært klar over at en vektlegging av regnskapsnotene kunne medført at kvalifikasjonskravet ikke kunne anses oppfylt. Sett hen til at regnskapsnotene inkludert revisorberetning var eksplisitt angitt i dokumentasjonskravet, anser nemnda det som grovt uaktsomt at innklagede enten ikke vektla eller valgte å se vekk fra disse opplysningene ved kvalifikasjonsvurderingen.

- (63) Klagenemnda bemerker også at innklagedes henvisning til rettstilstanden vedrørende oppdragsgivers adgang til å vektlegge uoppgjorte skatte- og avgiftskrav ikke er sammenlignbart med foreliggende tilfelle. I førstnevnte tilfelle fremgår det av forskriften § 24-2 (2) bokstav b at rettskraftig dom eller endelig forvaltningsvedtak er et vilkår for å kunne avvise. I foreliggende tilfelle er det ikke et krav om at konkursbehandlingen er endelig, og på tidspunktet vurderingen ble foretatt måtte det være sannsynlig at fordringen helt eller delvis var tapt, se avsnitt 46.
- (64) Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede «*grovt uaktsomt*» har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og at det er grunnlag for å ilegge et overtredelsesgebyr.

Gebyrets størrelse

- (65) Det fremgår av loven § 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*». Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (66) Utmåling av overtredelsesgebyr skal i tråd med praksis fra klagenemnda fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemnda gebyrvedtak i sak 2018/7, avsnitt 76.
- (67) En gjennomgang av klagenemndspraksis viser at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlig formildende eller skjerpene omstendigheter. Notene inkludert revisorberetning er sentrale i et regnskap, og i vurderingen av hvorvidt kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig økonomisk og finansiell soliditet var oppfylt.
- (68) Basert på en samlet vurdering av bruddene og anskaffelsenes verdi, finner klagenemnda at gebyret passende kan settes til ti prosent av anskaffelsenes verdi.
- (69) Skjæringstidspunktet for ileggelse av overtredelsesgebyr settes til 17. juli 2020. På dette tidspunktet hadde innklagede i et internt notat konkludert med at overdragelsene av rammeavtalene var lovlig.
- (70) Innklagede har opplyst at rammeavtalen for tjenestereiser er avsluttet 30. september 2021. I perioden fra 1. juli 2020 frem til 30. september 2021 er det gjort avrop for 842 467 kroner på rammeavtalen. Dette innebærer at det i gjennomsnitt er gjort månedlige avrop på 56 164 kroner. Med fratrekk for perioden før 17. juli 2020 utgjør perioden 14,5 måneder. Multiplisert med gjennomsnittlige månedlige avrop utgjør avropene 814 384 kroner. Klagenemnda legger dette beløpet til grunn som gebyrgrunnlag. Dette utgjør et gebyr avrundet til 81 438 kroner.
- (71) Innklagede opplyser at rammeavtalen for pasientreiser vil bli avsluttet 31. mai 2022. Innklagede har fremlagt en oversikt som viser at det er gjort avrop for 1 516 130 kroner i perioden fra 1. juli 2020 og frem til 28. oktober 2021. Dette innebærer at det i gjennomsnitt er gjort månedlige avrop på 94 758 kroner. Med fratrekk for perioden fra avtaleinngåelse og frem til 17. juli 2020 utgjør perioden frem til avslutning av rammeavtalen 22,5 måneder. Multiplisert med gjennomsnittlige månedlige avrop utgjør

estimert verdi på rammeavtalen 2 132 055 kroner. Klagenemnda legger beløpet til grunn som gebyrgrunnlag. Dette utgjør et gebyr avrundet til 213 205 kroner.

(72) Klagenemnda ilegger på denne bakgrunn et samlet gebyr på 294 643 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

*Sykehusinnkjøp HF ilegges et overtredelsesgebyr på 294 643 –
tohundreogtjue tusen kroner.*

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

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

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12 sjette 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,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk