



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager nådde ikke opp i en konkurranse om levering av sengetøyspakker til et asylmottak. Konkurransen ble arrangert av et privat selskap, som var driftsoperatør ved mottaket etter en anbudskonkurranse avholdt av Utlendingsdirektoratet. Klagenemnda la til grunn at Utlendingsdirektoratet var å anse som reell oppdragsgiver, og således pliktet å følge prosedyrene i lov og forskrift for offentlige anskaffelser, eventuelt sørge for at driftsoperatøren fulgte anskaffelsesregelverket. Dissens

Klagenemndas avgjørelse 27. oktober 2003 i sak 2003/44

Klager: Sverre Myhrvolds Eftf. AS

Innklaget nr. 1: Hero Mottak og Kompetanse AS

Innklaget nr. 2: Utlendingsdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Svein Dahl, Andreas Wahl

Saken gjelder:

Regelverkets anvendelsesområde. Spørsmål om hvem som er reell oppdragsgiver. Plikt til å følge prosedyrene i lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Sakens bakgrunn:

Hero Mottak og Kompetanse AS (heretter kalt "HERO") arrangerte høsten 2002 en konkurranse for levering av sengetøybagger til Tanum Transittmottak i Bærum kommune.

Det fremgikk av et eget konkurransegrunnlag at baggene blant annet skulle inneholde dyner og pledd. Verdien av anskaffelsen er anslått å ligge mellom 45 og 90 millioner kroner. Konkurransen ble ikke kunngjort i Norsk Lysningsblad, og fulgte for øvrig ikke prosedyrene i lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

HERO er et privat eiet aksjeselskap og omfattes ikke av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. HERO ble tildelt oppgaven som driftsoperatør for Tanum Transittmottak etter en anbudskonkurranse gjennomført av Utlendingsdirektoratet (heretter kalt ”innklagede”).

I avtalen mellom UDI og HERO om drift av Tanum statlig mottak, inngått i mai 2002, heter det i pkt. 1 og pkt. 3,3 bl.a.:

”Utlendingsdirektoratet har det overordnede ansvaret for mottaksdriften og kan instruere driftsoperatør innenfor avtalens rammer. Utlendingsdirektoratets Regionkontor Midt-Norge disponerer plassene i mottaket og opptrer på Utlendingsdirektoratets vegne overfor driftsoperatør når ikke annet er bestemt. Utlendingsdirektoratets Regionkontor Øst har det faglige oppfølgings- og tilsynsansvaret når det gjelder de øremerkede plassene for enslige mindreårige asylsøkere og flyktninger når ikke annet er bestemt.

Kommunal- og regionaldepartementet, Utlendingsdirektoratet, Riksrevisjonen og/eller deres representanter skal til enhver tid ha fri adgang til mottakene.

Driftsoperatøren har det operative, daglige ansvaret for mottaksdriften i henhold til denne avtale samt til de til enhver tid gjeldende styringsdokumenter:

- *Reglement fro drift av statlige mottak*
- *Plankalender for statlig mottak*
- *Plan- og økonomiinstruks for statlige mottak*
- *Instruks for tilsyn i statlig mottak*
- *Reglement for økonomisk hjelp til personer i statlige mottak*
- *Rutiner og rundskriv for statlige mottak*

...

Utlendingsdirektoratet refunderer beboernes økonomiske ytelser ifølge Reglement for økonomisk hjelp til personer i statlige mottak. Disse midlene kan ikke benyttes på annen måte enn hva reglementet forutsetter.”

I driftsreglementet, pkt. 4.1 og 4.1.8, fremgår det at:

”Driftsoperatør har det utøvende ansvar for mottaksdriften. Utlendingsdirektoratet anbefaler at ansvaret for daglig drift og personalforvaltning samt økonomi innenfor driftsbudsjettets rammer delegeres til mottakets ledelse.

...

Driftsoperatør har ansvaret for at beboerne mottar økonomiske ytelser etter Pengereglementet”.

Det følger videre av Pengereglementet pkt. 5,1 at:

”Nyankomne beboere i transitt kan motta sengetøypakker. Pakken blir personens eiendom dersom vedkommende får opphold i landet.

- Sengetøypakken kan ha en verdi på inntil

- kr 1 000 inkl mva for voksne*
- kr 750 inkl mva for barn*

Beboere som ikke har vært i transitt kan motta ytelsen i ordinært mottak.

Refusjonsskjema for sengetøypakker skal benyttes.”

Bakgrunnen for at HERO gjennomførte konkurransen var for å oppnå en innsparing for innklagede. I brev til innklagede i forkant av konkurransen, skriver HERO blant annet at:

”Ved eventuell endring av driftsoperatør vil kontrakten kunne følge mottaket og ikke DRO (driftsoperatøren, vår anmerkning)...Før vi setter i gang med dette arbeidet ønsker vi en presisering av ansvarsfordelingen mellom UDI og Driftsoperatør. Om UDI ikke ønsker en slik tilbudsinnhenting ber vi om å få dette avklart så raskt som mulig. Vi viser videre til anbudspapirene for drift av Tanum Transittmottak punkt 6.1: ”For transittavdelingen skal mottaket ha en bemanning som dekker alle særskilte transittfunksjoner, herunder registrering, klesutdeling og annen logistikk” Her er det ikke presisert noe om ansvarsfordeling vedr. innkjøp, hovedlager, forhandlinger med leverandører etc. Dette ønsker vi å få belyst. Dersom UDI mener at dette ansvaret ligger hos DRO ser vi det også naturlig at vi vil kunne få det ovennevnte ekstra arbeidet kompensert. Hvis det er slik at UDI ser på dette som sin oppgave forventer vi at dette arbeidet blir skilt ut fra driften av mottaket.... Vi mener at med å gi Tanum de fullmakter/avklaringer som trengs vil vi kunne spare UDI for vesentlige beløp i tiden som kommer.”

UDI besvarte henvendelsen i brevet muntlig med at det var forventet at alle UDIs operatører anskaffet utstyrspakker til en så god kvalitet og pris som mulig. Følgende fremgår av internt notat utarbeidet av HERO datert 28.01.03 :

”Vi er blitt bedt av UDI om å sørge for at våre beboere blir utstyrt med klær og sengetøy, og at dette selvfølgelig gjøres innenfor de økonomiske rammebetingelser som UDI har satt. Før prosessen ble satt i gang hadde vi et møte med representanter fra UDI der vi la fram våre planer, og etter en tid mottok vi aksept for å sette i gang. Etter hvert som prosessen har skredet fram har[XX] vært i dialog med og informert UDI....”

HERO mottok flere tilbud, herunder fra Sverre Myhrvold AS, overtatt av Sverre Myhrvolds Eftf. AS pr. 01.01.03 (heretter kalt ”klager”) og fra Kjell Heiberg AS. Det ble deretter gjennomført forhandlinger med leverandørene. HERO besluttet etter dette å inngå avtale med Kjell Heiberg AS.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at ettersom HERO fikk dekket innkjøpene av sengetøy og klær direkte fra UDI, er det UDI som er reell oppdragsgiver. Anskaffelsen skulle således vært gjennomført i henhold til lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Klagers tilbud hadde best pris og kvalitet, og skulle således vært valgt.

Innklagedes anførsler:

Innklaget nr 1 (HERO):

HERO omfattes ikke av lov om offentlige anskaffelser. Dersom det aktuelle innkjøp omfattes av anskaffelsesregelverket, er dette UDIs ansvar og risiko. Klagers tilbud var ikke å anse som det økonomisk mest fordelaktige.

Innklaget nr. 2 (UDI)

UDI bestrider at innkjøpet omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser. Innkjøpet er foretatt av en privat driftsoperatør. UDI har ikke deltatt i prosessen. Det lå ikke innenfor HEROs avtale med UDI å foreta en offentlig anskaffelse på vegne av UDI. Så lenge selve driften av mottaket ble konkurranseutsatt og tildelt HERO i henhold til regelverket kan ikke UDI i tillegg ha ansvar for å gjennomføre anbudskonkurranser for driftsoppgaver innenfor den allerede konkurranseutsatte driften.

Under enhver omstendighet er anskaffelsesregelverket ikke brutt ettersom det er det billigste tilbud som er valgt.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og anfører at den ikke ble gjennomført i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser. Klager har følgelig saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Problemstillingen for klagenemnda er om innkjøpet skulle fulgt regelverket for offentlige anskaffelser. Dersom dette er tilfellet, er det på det rene at anskaffelsesprosessen ikke har fulgt anskaffelsesreglene, og klagenemnda finner da ikke grunn til å komme nærmere inn på hvilket tilbud som skulle vært valgt.

Klagenemnda har vært delt i synet på den aktuelle konkurransen. Flertallet, bestående av Svein Dahl og Andreas Wahl legger til grunn:

Problemstillingen er om lov om offentlige anskaffelser med forskrifter kommer til anvendelse når en anskaffelse skjer for en offentlig virksomhets regning, men i en annens navn. At det i et slikt tilfelle ikke er noen formell kontrakt mellom den offentlige virksomhet og leverandøren kan ikke være avgjørende. Det foreligger her en kontrakt mellom UDI og Hero om levering av utstyrspakker til beboerne, og det er utvilsomt at levering av slikt utstyr er en sentral statlig oppgave. Utgiftene til dette er etter avtalen mellom UDI og Hero direkte refunderbare tilleggsytelser. Driftsoperatøren Hero har da ingen økonomisk risiko eller økonomisk incitament knyttet til anskaffelsen. Det er da etter flertallets oppfatning naturlig å betrakte dette som en anskaffelse undergitt de offentlige anskaffelsesregler, hvor operatøren bare forestår innkjøpet på vegne av UDI. UDI må i slike tilfeller være forpliktet til i sitt avtaleforhold med driftsoperatøren å sørge for at denne følger dette regelverk. Hvis man i slike tilfeller - med direkte refunderbare tilleggsytelser - ikke gir regelverket for offentlige anskaffelser anvendelse, åpner man etter flertallets mening for åpenbare omgåelsesmuligheter.

Klagenemndas mindretall, Jens Bugge, bemerker:

Forskriften om offentlige anskaffelser har ifølge § 1-3 jf. § 1-1 anvendelse på bl.a. offentlige varekontrakter som inngås av oppdragsgivere som nevnt i § 1-2, d.e. "statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter, eller offentligrettslige organer og sammenslutninger dannet av en eller flere av disse".

Ifølge den foreliggende avtale mellom UDI og HERO om driften av Tanum Transittmottak har HERO, som driftsoperatør, det operative, daglige ansvar for mottaksdriften i henhold til bl.a. "Reglement for drift av statlig mottak" (Driftsreglementet) og "Reglement for økonomisk hjelp til personer i statlig mottak" (Pengereglementet). Det følger av Driftsreglementet (DEL A pkt. 4.1.8.) at driftsoperatøren har ansvaret for at beboerne mottar økonomiske ytelser etter Pengereglementet, således bl.a. sengetøypakke, som kan ha en nærmere angitt verdi og som blir mottakerens eiendom dersom vedkommende får opphold i Norge (Pengereglementets pkt. 5.1.).

Etter mindretallets oppfatning følger det da av avtalegrunnlaget at kontrakt om anskaffelse av de omhandlede sengetøypakker må anses inngått mellom vedkommende leverandør og HERO. Den omstendighet at HERO i henhold til driftsavtalen og de nevnte styringsdokumenter får sine utlegg til anskaffelsen av pakkene refundert av UDI (som en "direkte refunderbar tilleggsytelse", jf. Pengereglementets pkt. 5), og at UDI i etter avtaleverket har en overordnet instruksjonsrett i forhold til HERO, medfører etter

mindretallets syn ikke at anskaffelseskontrakten kan regnes som inngått av UDI. Mindretallet kan heller ikke se grunnlag for slike omgåelsesbetraktninger som flertallet viser til.

Avtalen mellom UDI og HERO innebærer at driften av asylmottaket er bortsatt til en privat operatør, at den er "privatisert" så langt avtalen rekker. Finner man det ønskelig at regelverket om offentlige anskaffelser gis anvendelse på anskaffelser som driftsoperatøren foretar innenfor rammen av de fullmakter og det ansvar han har etter avtalen, må regelverket etter mindretallets mening endres.

Mindretallet finner således at regelverket om offentlige anskaffelser ikke er brutt ved HERO's anskaffelse av sengetøypakker.

Konklusjon:

UDI har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 ved ikke å ha fulgt regelverkets prosedyrer ved anskaffelse av utstyrspakker til beboerne på Tanum transittmottak.

For klagenemnda,

Andreas Wahl

27.10.03