



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede inngikk i 2008 en tidsubestemt avtale om anskaffelse av institusjonsplass, uten å ha kunngjort konkurranse om dette. Klagenemnda fant ikke at det hadde oppstått noen oppsigelsesplikt for innklagede. Ettersom kontrakt var inngått mer enn to år før fristavbrytelse, fant klagenemnda at klagen ikke var rettidig fremsatt, jf. loven § 7b tredje ledd jf. klagenemndsforordningen § 13a.

Klagenemndas avgjørelse 9. mai 2011 i sak 2011/14

Klager: Nils Berner

Innklaget: Oppedgård kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Jakob Wahl

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse av institusjonsplass og illeggelse av overtredelsesgebyr

Bakgrunn:

- (1) Klagen er foranlediget av forvaltningsrevisjonsrapport fra Follo distriktsrevisjon, datert 27. august 2010, som ble fremlagt i klagesak 2010/305. På bakgrunn av påstandene i klagen, har sekretariatet besluttet å dele klagen opp i 12 separate saker, som igjen kan bli ytterligere oppdelt. Foruten herværende sak, er klagen per dags dato delt inn i henholdsvis barnevernstjenester, transporttjenester, datautstyr og eventuelle tilhørende tjenester, renholdstjenester, trykkeritjenester, VA-materiell, legetjenester, prøvetaking- og analysetjenester, garderobeskap til Sofiemyrhallen, elektrisk tjenester, og institusjonsplass på Conrad Svendsen senter. Foreliggende sak gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av omsorgstjenester, nærmere bestemt av institusjonsplass, foretatt av Oppedgård kommune (heretter kalt innklagede).
- (2) Klagenemnda har fått fremlagt en avtale mellom innklagede og Bolig og Omsorgsinstituttet AS (organisasjonsnummer 961 267 269) inngått 7. august 2008 om anskaffelse av omsorgsrelaterte tjenester for én spesifikk person. Om avtalens gjenstand fremgår følgende av punkt 1:

”Oppdragsgiveren kjøper med dette omsorgstjeneste for ovennevnte Beboer under dennes opphold i en av BOIs omsorgsboliger. Boligen er faglig bemannet på heldøgns basis. Bemanningen skal være støttespillere i forhold til så vel tilpassede meningsfulle aktiviteter (definert av Ansvarsgruppen), som botrening generelt.

Gyldigheten av denne avtalen er betinget av at BOI har kontrakt med Beboer om leie av bolig. Varigheten av nærværende kontrakt skal ikke være lenger enn leiekontrakten”

- (3) I avtalens punkt 8 er det angitt følgende om varighet:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

"Denne kontrakt løper fra 01.01.08, med gjensidig oppsigelsestid på 3 måneder."

- (4) I tilsvaret av 26. april 2011 til nemnda opplyste innklagede at avtalen på dette tidspunkt ikke var terminert.
- (5) Videre har innklagede opplyst at Bolig og Omsorgsinstituttet AS ble kjøpt av Aleris AS i september 2007, og at navnet i denne forbindelse ble endret til Aleris BOI AS. Deretter ble Aleris BOI AS innfusjonert i Aleris Ungplan AS i september 2010. Selskapets nye navn er Aleris Ungplan & BOI AS, og dette er gjeldende avtalepart.
- (6) Innklagede har fremlagt en rekke fakturaer fra selskapene som har vært avtalepart under denne kontrakt, jf. premiss (5) For perioden 1. januar 2008 til 31. desember 2010 ble innklagede fakturert for 8 339 194 kroner, fordelt med 2 671 800 kroner i 2008, 2 797 725 kroner i 2009 og 2 869 669 kroner i 2010.
- (7) I forvaltningsrevisjonsrapporten av 27. august 2010 har Follo distriktsrevisjon vurdert innkjøpsvirksomheten hos innklagede, og har i den forbindelse gjennomgått innklagedes innkjøp i 2009. Fra forvaltningsrevisjonsrapporten refereres følgende fra side 6:

"Revisjonens hovedinntrykk er at regelverk og rutiner blir fulgt i stor grad.

Samtidig viser undersøkelsen at det foretas enkelte kjøp i strid med lov, forskrift og interne rutiner. Selv om dette ikke forekommer ofte, er det noe kommunen må ta alvorlig, fordi det representerer en potensiell risiko for kommunen i forhold til økonomi og omdømme. Vi har bl.a. kommentarer som vedrører:

- *Anskaffelse som er delt opp, og som revisjonen mener burde ha vært kunngjort som ett kjøp.*
- *Anskaffelse som går betydelig ut over kontraktens opprinnelige omfang.*
- *Kjøp av til dels betydelig omfang som ikke er kunngjort.*
- *Manglende anskaffelsesprotokoller.*
- *Unntak fra utlysing begrunnet med én leverandør i markedet uten at dette er underbygget i anskaffelsesprotokollen.*
- *Kjøp utenom inngåtte rammeavtaler."*

- (8) Fra rapporten hitsettes videre følgende:

"7.2 Faktabeskrivelse

[...]

7.2.2.2 Kjøp gjort uten konkurranse:

Kjøp av institusjonsplass

Oppegård kommune har kjøpt institusjonsplass (bolig, mat og behandling) hos et selskap for om lag 1,8 mill kroner i 2009. Det er opplyst at dette gjelder en ekstremt ressurskrevende bruker. Tidligere ble tjenesten kjøpt fra en annen privat leverandør hvor kostnaden var mindre men kommunen har opplyst at dette ikke fungerte. Brukeren krever en institusjonsplass med høyt kvalifisert og nok personale.

[...]

7.3 Vurderinger

[...]

7.3.3 Kjøp gjort uten konkurranse

[...]

Bare en leverandør

[...]

Oppegård kommune har gjennomført flere kjøp hvor det hevdes at det bare foreligger en tilgjengelig leverandør i markedet. Dette gjelder kjøp fra forskjellige institusjoner og behandlingshjem, kjøp av legetjenester til sykehjemmene, garderobeskap til Sofiemyrhallen og prøvetaking og analysetjenester i forbindelse med overvåking av bekker og vassdrag.”

- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved e-post av 19. desember 2010.
- (10) Innklagede ble varslet ved klagenemndas e-post av 13. januar 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Klager anfører at innklagede, på bakgrunn av opplysningene i forvaltningsrevisjonsrapporten av 27. august 2010, har foretatt ulovlige direkte anskaffelser fra ulike institusjoner/behandlingshjem. Det vises til rapportens opplysninger i punkt 7.3.3 ”Kjøp gjort uten konkurranse” under overskriften ”Bare en leverandør”.

Innklagedes anførsler:

- (12) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Etter innklagedes syn omfattes kjøpet fra Aleris BOI AS i 2009 av unntaksbestemmelsen i forskriftens § 2-1 andre ledd bokstav c. Ettersom det hastet med å gi bruker et forsvarlig og trygt tilbud, ble det ikke ansett mulig å vente i tiden det ville ta å gjennomføre en konkurranse.
- (13) Innklagede forsøkte opprinnelig å etablere et opplegg rundt brukeren med egne tjenester, men behovet for spisskompetanse var så stort at dette ikke lot seg gjennomføre. Deretter kjøpte innklagede plass til brukeren fra en annen privat leverandør, noe som var mindre kostnadskrevende enn tilbudet fra Aleris BOI AS. Dette fungerte ikke, ettersom bruker krever en institusjonsplass med både særlig høyt kvalifisert og omfattende bemanning. I løpet av brukers opphold på Aleris BOI AS’ institusjon har det vært en faglig vurdering at det å flytte en person med så ressurskrevende behov har vært etisk og faglig lite ønskelig og muligens også uforsvarlig. Plassen på Aleris BOI AS er kjøpt til en ekstremt ressurskrevende bruker, og innbefatter bolig, mat og behandling.
- (14) Subsidiært anføres det at adgangen til ileggelse av overtredelsesgebyr må anses foreldet, ettersom avtalen er inngått mer enn to år før innklagede ble meddelt at klagenemnda hadde mottatt klage på anskaffelsen. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2010/1, der adgangen til å ilegge gebyr i sin helhet ble ansett foreldet, ettersom avtale ble ansett

for å være inngått mer enn to år før meddelelse om klage. Innklagede kan heller ikke se at det så langt har foreligget en plikt til oppsigelse av avtalen og utlysning av ny konkurranse. Det vises til den faglige vurderingen som er gjort i forhold til denne ekstremt ressurskrevende brukeren, herunder det umiddelbare behov for en privat løsning og etterfølgende behov for stabilitet, forutsigbarhet og tilfredsstillende oppfølging over tid.

Klagenemndas vurdering:

Innledning

- (15) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd.

Hvorvidt klagen er rettidig

- (16) Av klagenemnds forskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Av bestemmelsen fremgår at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved e-post av 19. desember 2010, og meddelt innklagede ved klagenemndas e-post av 13. januar 2011.
- (17) Innklagedes avtale med det daværende Bolig og Omsorgsinstituttet AS er inngått 7. august 2008. Dette er ca. to år og fem måneder før klagenemnda meddelte innklagede at det var mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klagefristen for den aktuelle kontrakt er dermed i utgangspunktet oversittet.
- (18) Klagenemnda har imidlertid tidligere lagt til grunn at klagefristen i enkelte situasjoner kan anses overholdt, selv om klage er blitt fremsatt senere enn to år fra kontraktsinngåelse. I disse situasjonene har klagenemnda funnet at manglende oppsigelse av en løpende avtale kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, fordi innklagede i visse tilfeller har en plikt til å si opp en avtale som er/har blitt ulovlig. Dersom oppdragsgiver forsømmer denne plikten, vil dette kunne likestilles med inngåelse av nye avtaler, som igjen kan utgjøre ulovlige direkte anskaffelser, jf. klagenemndas saker 2007/19, 2009/144, 2009/246, 2010/4, 2010/222, 2010/338 og 2010/361.
- (19) Sak 2007/19 gjaldt anførsel om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med inngåelse av rammeavtaler om produksjon av kjennemerkeplater til motorkjøretøy i 2001. Avtalene som hadde en varighet på fire år, var en fortsettelse av tidligere avtaler, og ble automatisk forlenget hvert år dersom ingen av partene sa opp avtalene. På avgjørelsestidspunktet hadde de eksisterende avtalene løpt i ca. 5,5 år. Klagenemnda fant at en rammeavtale som hovedregel ikke skulle gjelde mer enn fire år, og på den bakgrunn kunne i hvert fall anskaffelser av kjennemerkeplater etter 1. januar 2007 ikke lenger antas å være hjemlet i avtalene fra 2001. Innklagede ble funnet å ha foretatt løpende anskaffelser i strid med kunngjøringsreglene etter dette tidspunktet. Klagen ble dermed ansett for å være rettidig.
- (20) I klagenemndas sak 2009/144 var tilfellet at innklagede hadde en løpende rammeavtale med et selskap vedrørende drosjetjenester for funksjonshemmede (TT-ordningen).

Avtalen ble opprinnelig inngått i 1991, altså før EØS-avtalen ble inngått, og partene kunne si opp avtalen med tolv måneders varsel. Kontrakten kunne av den grunn ikke anses som et bestående rettsforhold fra før EØS-avtalen jf. premiss (35). Klagenemnda fant at lovens krav om konkurranse tilsa at oppdraget med Oslo Taxi AS skulle vært sagt opp, og at kontrakten skulle vært konkurranseutsatt etter hvert som det kom nye aktører inn i markedet, dvs. fra 1998. Videre ble det uttalt at *"Alle bestillingene av drosjeturer under TT-ordningen, gjort etter plikten til å si opp avtalen, utgjør således suksessive ulovlige direkte anskaffelser."*, jf. premiss (37). Klagenemnda fant da at adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ikke var foreldet, jf. premiss (40), noe som ble begrunnet med at:

"Etter klagenemndas oppfatning må forsømt oppsigelse likestilles med ny avtale, siden den private leverandør av tjenesten ikke har noe rettsvernet krav på at kontrakten skal fortsette sitt løp. Den foreliggende situasjon, hvor innklagede fortløpende unnlot å si opp kontrakten med Oslo Taxi AS for de derpå følgende 12 måneder, anses derfor som regelbrudd ved fristberegning etter loven § 7b, jf. ovenfor premiss (37)."

- (21) Tilsvarende kom klagenemnda i sak 2009/246 til at unnlatelse av å si opp den angjeldende avtalen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede hadde en avtale med valgte leverandør vedrørende renovasjonstjenester som løp fra 2004, og kontraktene hadde vart i omkring fem år da forholdet ble innklaget i 2009. Klagenemnda fant at avtalen ikke var unntatt regelverket i medhold av reglene om egenregi, og konstaterte at innklagede derfor hadde hatt en *"rettslig forpliktelse på ethvert tidspunkt til å si opp avtalen"* med valgte leverandør fordi vilkårene for egenregi ikke var oppfylt, og at den manglende oppsigelsen representerte en ulovlig direkte anskaffelse, jf. premiss (40).
- (22) Også i klagenemndas sak 2010/361 konkluderte nemnda med at manglende oppsigelse av en løpende avtale utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede hadde i desember 2000 inngått to tidsubestemte tjenestekontrakter vedrørende fondsledelse og investeringsrådgivning. Avtalene løp inntil en av partene sa opp avtalen. Kontraktene hadde vart i nærmere ti år da saken ble klaget inn for nemnda. Da det ikke forelå forhold som kunne tilsi at de aktuelle kontraktene var av en slik art at den aktuelle kontraktsperioden kunne anses berettiget, fant nemnda at det i det aktuelle tilfellet forelå en plikt til å si opp avtalene. Nemnda uttalte i premiss (31): *"Det er ikke nødvendig i foreliggende sak å ta stilling til på hvilket tidspunkt plikten til å si opp avtalene inntrådte da denne plikten uansett var til stede på tidspunktet det er aktuelt å ilegge gebyr for"*. Valgte leverandør hadde ikke noe rettsvernet krav på at kontrakten skulle fortsette, og den forsømte oppsigelsen av avtalene måtte likestilles med ny inngåelse av kontrakt. Av den grunn var heller ikke gebyrmyndigheten foreldet.
- (23) I klagenemndas sak 2010/338 var to kontrakter tildelt uten konkurranse i medhold av reglene om egenregi. Kontraktene var tildelt Hedmark Vaskeri AS og Oppland Vaskeri AS i april 2008, dvs. mer enn to år før dette ble klaget inn for klagenemnda. Etter en fusjon i 2010 opphørte Hedmark Vaskeri AS og Oppland Vaskeri AS som selvstendige selskap, og kontraktene ble overført til Tekstilvask Innlandet AS. Ettersom vilkår for å tildele kontrakt i egenregi må være oppfylt i hele kontraktsperioden, fant nemnda at innklagede hadde plikt til å foreta en vurdering av dette dersom det inntreffer forhold av betydning som kan påvirke hvorvidt vilkårene for egenregi er oppfylt. Fra premiss (40) hitsettes:

"Innklagede pliktet dermed å foreta en vurdering av hvorvidt vilkårene for egenregi ville være oppfylt fra og med fusjonstidspunktet. Dersom vilkårene ikke var oppfylt,

inntrådte kunngjøringsplikten fra og med dette tidspunktet, og innklagede ville da være pliktig til å kunngjøre anskaffelsen av vaskeritjenester fra valgte leverandør dersom verdien var over terskelverdi. Dersom vilkårene for egenregi ikke var oppfylt, vil manglende oppsigelse av den løpende avtalen og manglende kunngjøring, representere en ny avtaleinngåelse, jf. tilsvarende synspunkter i klagenemndas saker 2009/144, 2009/249 og 2010/361. På denne bakgrunn må klagen dermed anses rettidig.”

- (24) I klagenemndas sak 2010/4 konkluderte nemnda med at innklagede ikke hadde plikt til å si opp avtalen om innhenting og behandling av septikslam. Begrunnelsen var at det forelå et bestående rettsforhold fra før EØS-avtalen trådte i kraft, i motsetning til det som var tilfellet i sak 2009/144. Innklagede hadde dermed ingen plikt til å si opp avtalen for å konkurranseutsette den. Angjeldende avtale hadde en varighet på 20 år, med mulighet til forlengelse med 20 år. Klagenemnda presiserte at det ikke var avgjørende for oppsigelsesplikten at det var tale om en tidsbegrenset avtale, og viste til at avtalen strakk seg over et langt tidsrom, jf. premiss (55). Imidlertid inneholdt avtalen en klausul som medførte at oppsigelse ville innebære økonomiske konsekvenser for innklagede. Nemnda uttalte i premiss (58) at *”denne erstatningsplikten på innklagedes hånd innebære[r] at avtalen med Herdla gård er et ”bestående rettsforhold”, jf. EF-domstolens sak C-76/97 (Tögel). Innklagede har da ikke hatt plikt til å bringe avtalen til opphør for å konkurranseutsette den”*. Følgelig forelå det ingen ulovlig direkte anskaffelse på grunn av manglende oppsigelse av avtalen.
- (25) Klagenemnda konstaterte i sak 2010/1 at adgangen til å ilegge gebyr for en ulovlig direkte anskaffelse av prosjekteringstjenester var foreldet, ettersom klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse først innkam mer enn to år etter at skriftlig kontrakt ble inngått. Klagen var datert 8. januar 2010, og ble meddelt innklagede 11. januar 2010. Skriftlig kontrakt ble imidlertid inngått i desember 2007, og avsluttet 24. september 2008.
- (26) I klagenemndas sak 2010/222 fant klagenemnda at avtaler som var inngått i 2004, 2007 og 2009 om kjøp, implementering og drifting av datasystem og utstyr var å anse som tre separate anskaffelser. De angjeldende avtalene var tidsubestemte, løpende kontrakter, med tre til seks måneders oppsigelsesfrist. Avtalen fra 2004 ble avsluttet i 2007, og avtalen fra 2007 ble avsluttet i 2009. Basert på toårsfristen for foreldelse, var det kun kontrakten fra 2009 som det kunne ilegges overtredelsesgebyr for.
- (27) Som det fremkommer av alle de nevnte sakene, er varigheten av avtalene et relevant moment i vurderingen av hvorvidt det foreligger en plikt til å si opp avtalen. Dette gjelder uavhengig av om avtalene er tidsbegrensede eller tidsubegrensede. Oppsigelsesplikt kan videre foreligge dersom vilkårene for egenregi ikke er oppfylt. Det følger av sak 2009/144 at det også vil kunne foreligge plikt til å si opp en avtale som er inngått før EØS-avtalen trådte i kraft, dersom avtalen ikke kan anses som et bestående rettsforhold. Konsekvensen av oppsigelsesplikten var at unnlatt oppsigelse innebar en fortløpende ny avtaleinngåelse.
- (28) På samme måte som for avtalene i sak 2010/361, er avtalen i foreliggende sak tidsubestemt. Av avtalens punkt 8 fremgår det at avtalen tok til å løpe 1. januar 2008, og innklagede har opplyst at avtalen per 26. april 2011 ikke var terminert. Til forskjell fra avtalene i sak 2010/361, som hadde hatt en varighet på nærmere ti år før de ble klaget inn for klagenemnda, hadde herværende avtale dermed vart i mindre enn tre år på tidspunktet for klagen til klagenemnda. Også for de øvrige gjennomgåtte saker der nemnda har kommet til at det forelå oppsigelsesplikt, har avtalene vart lenger enn avtalen i foreliggende sak. Dette gjelder riktignok med unntak for sak 2010/338, men

det var her tale om en oppsigelsesplikt som sprang ut av en plikt til å vurdere hvorvidt vilkårene for egenregi var oppfylt ved at en ny situasjon var inntrådt ved en fusjon, og klagenemnda kan derfor ikke se at varigheten av avtalene i den saken er relevant ved vurderingen av oppsigelsesplikt i denne saken.

- (29) På bakgrunn av avtalens varighet frem til nå, finner klagenemnda ikke at det har oppstått noen oppsigelsesplikt for innklagede. Det foreligger dermed ingen unnlatt oppsigelse som kan likestilles med inngåelse av ny avtale. Klagenemnda vil imidlertid påpeke at en plikt til oppsigelse vil kunne inntre etter hvert som avtalen løper videre. Nemnda finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på når en slik oppsigelsesplikt kan tenkes å oppstå.
- (30) Ettersom avtalen ble inngått mer enn to år før fristen ble avbrutt ved klage til klagenemnda, er klagen ikke rettidig fremsatt, jf. loven § 7b tredje ledd jf. klagenemndsforordningen § 13a.

Konklusjon:

Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse av institusjonsplass er ikke rettidig fremsatt, jf. loven § 7b tredje ledd jf. klagenemndsforordningen § 13a.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

9. mai 2011

Georg Fredrik Rieber-Mohn