



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Klagenemnda ila Helse Midt-Norge RHF et gebyr på 2,65 millioner kroner for ulovlig direkte anskaffelse av bildediagnostiske undersøkelser. Gebyret utgjorde ca. syv prosent av anskaffelsens verdi.*

### Klagenemndas gebyrvedtak 9. mars 2012 i sak 2011/220

**Klager:** Sunnmøre MR-klinikk AS

**Innklaget:** Helse Midt-Norge RHF

**Klagenemndas medlemmer:** Arve Rosvold Alver, Gro Amdal og Kai Krüger

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

### Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Sunnmøre MR-klinikk AS datert 5. august 2011. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Helse Midt-Norge RHF's (heretter kalt innklagede) forlengelser av seks avtaler om levering av bildediagnostiske undersøkelser med henholdsvis Unilabs Norge AS, Curato Røntgen AS, Kristiansund Røntgeninstitutt AS, Medi 3 AS (to avtaler) og Oppdal kommune.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 2 650 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

### Bakgrunn:

- (3) Innklagede kunngjorde 30. oktober 2009 konkurranse med forhandling om kjøp av bildediagnostiske undersøkelser i helseregion Midt-Norge for perioden 1. januar 2010 til 31. desember 2010, med mulighet for forlengelse i inntil seks måneder. Av kunngjøringen punkt II.2) var det opplyst at anslått totalverdi var 50 millioner kroner eks. mva. I kunngjøringen bilag B fremgikk at leveransen var delt inn i følgende fire delleveranser: "Konvensjonell Røntgen", "Ultralyd", "Computer tomografi (CT)" og "Magnetisk resonans (MR)".
- (4) Kontrakter ble tildelt Sunnmøre MR-Klinikk AS (heretter kalt klager), Curato Røntgen AS, Emcomed AS (som etter det opplyste senere endret navn til Kristiansund Røntgeninstitutt AS), Unilabs Norge AS, Medi 3 AS og Oppdal kommune. Avtalenes varighet var fra 1. februar 2010 til 31. januar 2011, med opsjon på seks måneders forlengelse.

- (5) Opsjonen om å forlenge avtalene til 31. juli 2011 ble etter det opplyste benyttet for samtlige leverandører unntatt klager.
- (6) Innklagede kunngjorde 8. desember 2010 konkurranse med forhandling om kjøp av bildediagnostiske MR-undersøkelser i Møre og Romsdal for perioden 1. februar 2011 til 31. juli 2011. Anslått verdi var ikke angitt i kunngjøringen. Tilbyderen Medi 3 AS ble tildelt kontrakt med varighet fra 8. mars 2011 til 31. juli 2011.
- (7) Med sikte på kontraktsutløp for gjenværende fem leverandører 31. juli 2011 kunngjorde innklagede 5. april 2011 ny konkurranse med forhandling om rammeavtale med flere leverandører for bildediagnostiske undersøkelser i helseregion Midt-Norge for perioden 1. august 2011 til 31. juli 2015, med opsjon på ytterligere forlengelse i til sammen to år. Anslått totalverdi var i kunngjøringen punkt II.2.1) opplyst å ligge mellom 270 millioner kroner og 318 millioner kroner eks. mva. Tilbudsfrist var satt til 25. mai 2011. Av kunngjøringen punkt IV.3.7) fremgikk det at leverandørene hadde vedståelsesplikt inntil 26. august 2011. I kunngjøringen bilag B fremgikk at leveransen var delt inn i følgende fire delleveranser: "Konvensjonell Røntgen", "Ultralyd", "Computer tomografi (CT)" og "Magnetisk resonans (MR)".
- (8) I et avklaringsnotat av 13. april 2011 opplyste innklagede blant annet følgende:

*"1. Det er kommet synspunkt på at tiden mellom innstilling om kontraktstildeling (ca. 30. juni) og oppstart avtale (01. august) er for kort.*

*Eventuell klagebehandling må håndteres i denne perioden. Dessuten må eksisterende og nye leverandører få en forsvarlig periode for opp- og nedbemanning samt eventuell nødvendig investering og opplæring. Henvisere må også gis rimelig mulighet til å forholde seg til nye leverandører som følge av denne konkurransen.*

*Av disse grunner (og at det er ferie i samme periode) vil Oppdragsgiver følgelig utsette oppstarten av nye avtaler til primært 01. oktober 2011 – alternativt ytterligere utsettelse ved eventuell klagebehandling (for de avtaler som påvirkes av dette). Varighet forskyves tilsvarende."*

- (9) I nytt avklaringsnotat av 15. april 2011 opplyste innklagede blant annet følgende i anledning av fremsendte spørsmål:

*"4. I punkt 1 i Avklaring 13.04. 2011 opplyses at oppstart av nye avtaler vil bli tidligst 1.10.2011. Så vidt vites, tilsier ordlyden i nåværende avtaler at de ikke kan forlenges ut over 31.7.2011. Betyr dette at oppdragsgiver vil foreta en direkteanskaffelse hos nåværende leverandører for perioden etter 31.7.2011 og inntil nye avtaler trer i kraft?*

**Svar:** Dette er korrekt, men med en viktig presisering: Dersom ny tildeling blir i samme størrelsesorden som tidligere aktivitet og det ikke innkommer klager på ny tildeling, forventer Oppdragsgiver at ny avtale kan tre i kraft fra 01.08.11. Tilleggstiden er nødvendig for å sikre pasientene et kontinuerlig tilbud, instituttene mulighet for volumomstillinger, eventuell klagebehandling og henvisernes mulighet til å endre adressat for henvisningene.

*Uavhengig av faktisk avtaleinngåelse og oppstart, vil samtlige avtaler som inngås få en varighet til 31.09.2015 med derpå følgende mulighet for 1 + 1 års forlengelse.*

5. Vi viser til avklaring nr. 1, 13.04.2011. Det orienteres der om at oppstart utsettes til primært 1. oktober 2011, eventuelt med ytterligere utsettelse ved eventuell klagebehandling i den grad dette vil være relevant for de enkelte avtaler. Dette innebærer i praksis at det vil være en periode på ca 3 måneder fra tidspunktet for innstilling om kontraktstildeling og oppstart avtale. For leverandørene vil det være tidspunktet for kontraktsinngåelse som vil være sentralt ved en investeringsbeslutning, da det før dette tidspunkt vil foreligge usikkerhet knyttet til eventuell klagebehandling. Det må forventes at nye leverandører grunnet ansettelse av personell, investering av utstyr mv. vil ha behov for en periode på ca 3 måneder fra kontraktsinngåelse til oppstartstidspunkt. Kan vi forstå avklaringen slik at Helse Midt-Norge vil utsette oppstart til en dato som ligger 3 måneder fra kontraktsinngåelse for den enkelte kontrakt?

**Svar:** Oppdragsgiver er innstilt på å innrømme inntil 3 måneders oppstartsforberedelser fra avtaleinngåelse. Perioden må belyses i tilbudet. Ref for øvrig også til foregående pkt 5."

- (10) I e-post fra innklagede av 15. april 2011 ble de seks leverandørene Medi 3 AS, Kristiansund Røntgeninstitutt AS, Oppdal kommune, Curato Røntgen AS og Unilabs Norge AS (heretter kalt valgte leverandører) forespurt om en avtaleforlengelse ut over 31. juli 2011 med én måneds oppsigelse:

*"Det vises til orientering i Doffin relatert til ny konkurranse om kjøp av Bildediagnostiske tjenester og behovet for forlengelse av eksisterende avtaler.*

*I den forbindelse ønsker Helse Midt-Norge RHF en aksept for følgende:*

*Oppdragsgiver kan forlenge eksisterende avtale på tilsvarende vilkår under en eller flere av følgende forutsetninger:*

- 1. Dersom ny leverandør tildeles et nytt og/eller vesentlig større volum og trenger en lengre oppstartsperiode grunnet investering, opplæring, oppbemanning etc.*
- 2. Dersom ny leverandør tildeles et vesentlig mindre volum enn i eksisterende avtale og av den grunn trenger en lengre nedbemanningsperiode.*
- 3. Dersom det innkommer klager på tildeling av nye avtaler som medfører at Oppdragsgiver ikke lovlig kan inngå ny avtale.*

*Dette innebærer at Oppdragsgiver trenger noe fleksibilitet i varigheten. Det er imidlertid ikke gitt at forlengelse blir nødvendig. Dersom ny tildeling blir i noenlunde samme størrelsesorden som tidligere aktivitet og det ikke innkommer klager på ny tildeling, forutsetter Oppdragsgiver at ny avtale kan tre i kraft fra 01.08.11.*

*Utover dette ønsker Oppdragsgiver at eksisterende avtale kan forlenges med en løpende oppsigelsestid fra Oppdragsgivers side på en måned. Henvisninger som er datert frem til faktisk utløp, kan effektueres i de tre kommende ukene etter utløpet (dersom ny avtale ikke inngås)."*

- (11) Samtlige av de forespurte leverandører aksepterte dette, men Unilabs Norge AS under forutsetning av at forlengelsen "ikke [var] å anse som en ulovlig direkteanskaffelse", jf.

e-post av 29. april 2011. I e-post til Unilabs Norge AS av 2. mai 2011 opplyste innklagede blant annet følgende:

*"Helse Midt-Norge RHF (HMN) innser at forholdet kan bli innklaget som en ulovlig direkteanskaffelse. Gjennom dagens orientering på Doffin, er alle interessenter nå orientert om forskyvningen i oppstart. Oppdragsgiver har på den måten vært åpen og påregnelig vedrørende den videre fremdrift. En eventuell klage på en slik ulovlig direkteanskaffelse vil behandles av KOFA. Som oppdragsgiver kan HMN ilegges overtredelsesgebyr dersom vi forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkteanskaffelse. HMN ser ikke at et slikt resultat vil kunne påvirke eksisterende leverandører da de er uten skyld i den oppståtte situasjonen. De to andre alternative handlingsmåtene – separat konkurranse for 2 måneder eller intet radiologitilbud for Midt-Norges befolkning i perioden – er vurdert av HMN som lite hensiktsmessig."*

- (12) Klager sendte en e-post til innklagede 10. mai 2011, og av denne fremgikk følgende:

*"Eksisterende avtaler og kontrakter har blitt gitt en mulig forlengelse på 6 måneder (fra 1/2 2011 – 31/7 2011). En prolongering av disse er i henhold til Lov om offentlige anskaffelser utover 31/7 ikke mulig fordi: a) Man kan ikke prolongere en avtale som er utgått uten at dette aksepteres av alle parter b) verdien av disse avtalene ved en prolongering på to måneder både individuelt og samlet overgår terskelverdien for krav om anbud:*

*[...]*

*Tilbydere som har blitt gitt avtale 30/6 og som kan utføre tjenester fra 1/8 2011 må derfor gis anledning til å utføre avtalefesta tjenester fra denne dato."*

- (13) I brev fra klager av 29. juli 2011 ble innklagede anmodet om å unnlate å forlenge kontrakten med eksisterende leverandører for perioden 1. august 2011 til 1. oktober 2011, og det ble anført at en slik forlengelse ville utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.

- (14) Innklagede besvarte brevet i e-post av 2. august 2011:

*"Det bekreftes at avtaler med eksisterende leverandører er forlenget fra 01.08.11 til nye avtaler er på plass. Helse Midt-Norge RHF har besluttet å ikke inngå avtaler med andre enn eksisterende leverandører for nevnte tidsperiode."*

- (15) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 5. august 2011. Innklagede ble varslet ved klagenemndas brev av 12. august 2011.

- (16) I e-post fra innklagede 30. august 2011 ble klager meddelt at konkurransen som var kunngjort 5. april 2011 om fortsatt kjøp av bildediagnostiske undersøkelser, var avlyst. Dette ble begrunnet på følgende vis:

*"Følgende tre hovedpunkt har vært tungtveiende for denne beslutningen:*

- *Informasjonen i et uoppfordret tilbud fra en av tilbyderne ble hensyntatt i den videre prosess*

- *Uklarhet i forhold til mulighetene for ytterligere forhandlinger etter første reviderte tilbud (20-22.06)*
- *Revidert tilbud fra en tilbyder med en finere voluminndeling i prismatrisen, vanskeliggjorde sammenligning av tilbudene*

*Det vises i denne forbindelse til Lov og forskrift om offentlige anskaffelser – spesielt § 13-1 nr 1 og nr 2 samt § 11-14 nr 2, bokstav d:"*

(17) Innklagede kunngjorde 9. november 2011 på nytt konkurranse om kjøp av bildediagnostiske undersøkelser. Avtalene var angitt å skulle ha en varighet på fire år fra 1. april 2012, med til sammen ytterligere to års opsjon for innklagede. Av kunngjøringen punkt II.1.4) fremgikk at det skulle inngås rammeavtale med flere leverandører. Anslått totalverdi var i kunngjøringen punkt II.1.4) opplyst å ligge mellom 174 millioner kroner og 204 millioner kroner eks. mva. I kunngjøringen bilag B fremgikk at leveransen var delt inn i følgende fire delleveranser: "*Konvensjonell Røntgen*", "*Ultralyd*", "*Computer tomografi (CT)*" og "*Magnetisk resonans (MR)*".

(18) Innklagede opplyste i e-post til klagenemndas sekretariat av 26. januar 2012 følgende:

*"4 og 5. Ny konkurranse ble utlyst 9. november 2011. Tilbudsfristen var 20. desember 2011. Helse Midt-Norge RHF gjennomfører i disse dager forhandlinger med tilbyderne. De nye kontraktene skal iverksettes fra 1. april 2012 og avtalene med de eksisterende leverandørene vil da opphøre fra 31. mars 2012. Avtalen med Oppdal kommune er allerede terminert med virkning fra 1. januar 2012.*

*6. For perioden 1. august 2011 – 31. desember 2011 har Helse Midt-Norge RHF utbetalt et samlet vederlag på NOK 21.253.430. Utbetaling for perioden 1. januar 2012 – 31. mars 2012 er estimert til ca NOK 16.750.000."*

(19) Klagenemnda sendte 9. februar 2012 et forhåndsvarsel til innklagede om illeggelse av gebyr pålydende 2,65 millioner kroner, noe som utgjorde ca. syv prosent av anskaffelsens verdi. Innklagede ble gitt en frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes brev av 29. februar 2012. Det er nærmere redegjort for disse kommentarene under innklagedes anførsler.

#### **Anførsler:**

##### **Klagers anførsler:**

(20) Det anføres at innklagedes forlengelse av kontraktene med eksisterende leverandører i perioden 1. august 2011 til 1. oktober 2011, hver for seg og samlet, utgjør ulovlige direkte anskaffelser. Det vises til at vilkårene for bruk av unntaksbestemmelsen i § 2-1 andre ledd bokstav d ikke er oppfylt.

(21) Videre anføres det at innklagedes planlagte fremgangsmåte etter avlysningen av konkurransen, som går ut på å forhandle med eksisterende leverandører om en forlengelse frem til ny rammeavtale foreligger, vil utgjøre nok en ulovlig direkte anskaffelse, eventuelt en fortsettelse av den ulovlige direkte anskaffelsen som allerede er foretatt.

### ***Innklagedes anførsler:***

- (22) Innklagede erkjenner at forlengelsen av de eksisterende avtalene med dagens tjenesteleverandører (inntil nye avtaler foreligger) objektivt sett kan anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Klager anfører at begge forlengelser av avtalene innebærer en ulovlig direkte anskaffelse. I realiteten dreier det seg her om én forlengelse.
- (23) Videre aksepterer innklagede at anskaffelsesprosessen ble igangsatt for sent og at fire måneder fra kunngjøring til kontraktsoppstart viste seg å være for kort tid. Det ble derfor innrømmet inntil tre måneders oppstartsforberedelser fra avtaleinngåelse. Både forsinkelse underveis i anskaffelsesprosessen og den etterfølgende avlysningen av konkurransen, gjorde det nødvendig å forlenge de eksisterende avtalene. Innklagede kan ikke la pasientene stå uten tilbud om bildediagnostiske undersøkelser, og hadde i realiteten ikke noe annet valg enn å videreføre dagjeldende avtaler frem til nye inngås.
- (24) Det foreligger imidlertid ingen årsakssammenheng mellom forsinkelsen i anskaffelsesprosessen som følge av den mangelfulle planleggingen og den etterfølgende avlysningen av konkurransen. Den delen av direkteanskaffelsen som skyldtes den etterfølgende avlysningen, kan derfor ikke anses som grovt uaktsom.
- (25) Det vises til at det er urimelig å kreve at en oppdragsgiver ved planleggingen av en anskaffelse skal ta høyde for muligheten for at konkurransen kan bli avlyst og slik at en ny konkurranse skal kunne gjennomføres innen utløpet av den opprinnelige kontraktsperioden. Avlysningen var en uforutsett situasjon som først oppstod sent i prosessen. Innklagede valgte å avlyse konkurransen som følge av usikkerhet knyttet til om anskaffelsesregelverket var brutt. Etter at innklagede 11. juli 2011 sendte ut beslutning om valg av leverandør, påklaget fire av tilbyderne (av totalt syv) beslutningen. I klagen ble det blant annet vist til følgende:
- Tilbyderne hadde mottatt forskjellig informasjon med hensyn til muligheten for å levere ytterligere tilbud.
  - Innklagede hadde i strid med anskaffelsesforskriften § 11-8 tredje ledd og § 3-6 gitt opplysninger om tilbyderens priser ved å angi prosentvis avstand (i et intervall) til den tilbyderen med lavest pris. Tilbyderen med lavest pris hadde derimot ikke fått tilsvarende informasjon om at denne lå lavest.
  - Et uoppfordret tilbud fra en av tilbyderne ble hensyntatt i den videre evalueringen.
  - Et av tilbudene avvek fra den oppsatte prismatrise og vanskeliggjorde derved en sammenligning av tilbudene.
- (26) Etter innklagedes vurdering var det risiko for at anskaffelsesregelverket kunne være brutt. Videre var det vanskelig å se hvordan feilene på dette stadiet i prosessen kunne repareres. For innklagede fremstod det som overveiende sannsynlig at tilbyderne som hadde påklaget beslutningen ville forfølge saken for Kofa eller domstolene, og i den forbindelse få utsatt kontraktstildelingen, om nødvendig ved midlertidig forføyning. Ut fra en samlet risikovurdering anså innklagede at det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen. Avvisningsbeslutningen fremstod etter innklagedes syn som forsvarlig. Videre kan heller ikke de enkelte feilene som ble anført i klagen fra tilbyderne, verken hver for seg eller samlet, anses å være grovt uaktsomme. Det må i aktsomhetsvurderingen legges vekt på at anskaffelsesregelverket er komplekst.

Oppdragsgiver står ofte overfor vanskelige vurderinger og valg som må tas underveis i anskaffelsesprosessen. Dette tilsier *"en viss tilbakeholdenhet med hensyn til hvor streng aktsomhetsnormen bør være"*, jf. Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) kapittel 3.2.3.3. For at en feil skal være begått ved grov uaktsomhet, må det foreligge *"en kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet"*, jf. Rt. 1970 side 1235. Selv om feil ble begått i prosessen, er innklagede av den oppfatning at disse ikke skyldtes grov uaktsomhet, men snarere alminnelig uaktsomhet som følge av feilvurderinger foretatt i en krevende prosess.

- (27) Det anføres videre at innklagede uansett ikke bør ilegges overtredelsesgebyr. Overtredelsen kan ikke anses å være av grov karakter, og de preventive hensyn vil fullt ut bli ivaretatt ved en konstatering av at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (28) Det vises også til at de forlengede kontraktene opprinnelig ble kunngjort og konkurranseutsatt i henhold til regelverket, og til at det er kort tid siden disse avtalene var gjenstand for konkurranse. Forholdet må således vurderes forskjellig fra et tilfelle hvor det har vært totalt fravær av konkurranse.
- (29) Den ulovlige direkte anskaffelsen vil videre være av begrenset varighet. Forlengelsen av de eksisterende avtalene vil fra innklagedes side bli forsøkt redusert til et absolutt minimum, og innklagede er i gang med å gjennomføre en ny konkurranse. Siden innklagede overtok ansvaret for å kjøpe inn disse tjenestene i 2005, har innklagede alltid gjennomført konkurransene i henhold til regelverket.
- (30) Det ville heller ikke være formålstjenlig å lyse ut kontraktene for den perioden det ville ta å gjennomføre en helt ny konkurranse. Også en anskaffelse for en slik begrenset periode vil ta tid å gjennomføre, og dermed bare i begrenset grad redusere perioden for den direkte anskaffelsen. En slik utlysning ville forsinke prosessen ytterligere og innebære en lite effektiv ressursbruk. Med mulig unntak for klager (som uansett bare kan dekke mindre deler av behovet for MR-undersøkelser), vil det i realiteten bare være de eksisterende leverandørene som vil kunne levere tilbud på disse tjenestene i en slik begrenset periode. Nye leverandører vil ikke kunne overta disse kontraktene på så kort varsel.
- (31) Det vil også være et moment i vurderingen at innklagede ikke er ilagt overtredelsesgebyr tidligere. Det er således ikke tale om gjentatte ulovlige direkte anskaffelser.
- (32) Dersom gebyr likevel ilegges, må dette uansett begrenses til en periode på tre måneder. Dette fordi den delen av direkteanskaffelsen som skyldtes den etterfølgende avlysningen, ikke kan anses som grovt uaktsom. Tre måneder tilsvarer den periode kontraktene maksimalt ville blitt forlenget som en direkte følge av forsinkelsen i konkurransen. Videre skal gebyret beregnes ut fra kontraktens verdi. Den totale verdien er 3,8 millioner kroner per måned. Ettersom vesentlige deler av leveransen i realiteten uansett bare kan leveres av de eksisterende leverandørene i perioden frem til nye kontrakter er inngått, tilsier dette at et eventuelt gebyr beregnes på grunnlag av en lavere verdi eller at det settes et lavt gebyr i forhold til denne verdien. Klager kunne trolig levert MR-undersøkelser i Møre og Romsdal, begrenset til ca. (...) <sup>1</sup> pasienter

---

<sup>1</sup> Opplysningen er sladdet som forretningshemmelighet, jf. offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr.2. Tilsvarende gjelder også andre steder hvor opplysninger er sladdet ved bruk av vanlig parentes.

(basert på tidligere avtale med klager). Denne kontrakten har en anslått verdi på ca. (...) kroner per måned.

### **Klagenemndas vurdering:**

#### *Om klagefrist og foreldelsesfristen for å ilegge overtredelsesgebyr*

- (33) 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.
- (34) Av klagenemndsloven § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Av bestemmelsen fremgår det 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. Den foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved brev av 5. august 2011, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev av 12. august 2011. Klagen i herværende sak gjelder anskaffelse av bildediagnostiske undersøkelser foretatt fra 1. august 2011. Klagen er dermed rettidig.

#### *Hvorvidt det er inngått nye kontrakter*

- (35) I samtlige av avtalene med valgte leverandører fremgikk det at avtalens varighet (inklusive opsjoner) var frem til 31. juli 2011. I e-post fra innklagede av 15. april 2011 ble eksisterende leverandører forespurt om å forlenge de daværende avtalene "*med en løpende oppsigelsestid fra Oppdragsgivers side på en måned*". Klagenemnda forstår dette slik at avtalene med de valgte leverandørene ble forlenget fra 1. august 2011 og på ubestemt tid fremover, uten at dette hadde hjemmel i avtalene. Første spørsmål for nemnda blir da om forlengelsene fra 1. august 2011 må anses som tildeling av nye kontrakter, slik at innklagede hadde plikt til å følge regelverket for offentlige anskaffelser ved tildelingen.
- (36) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 26 fremgår det at en forlengelse av en avtale, uten at det foreligger opsjoner i den opprinnelige kontrakt om å gjøre dette, medfører at man i realiteten står overfor en ny avtale som skal tildeles etter regelverket.
- (37) Sue Arrowsmith uttaler følgende om partenes adgang til å forlenge en kontrakt i "*The Law of Public and Utilities Procurement*", 2005, side 292-293:
- "The most straightforward case is where the possibility of extension was not referred to in the notice. As a general rule, this probably involves a new "contract" under the regulations, so that the regulations must be followed if the extension exceeds the threshold (as will often be the case under the aggregation rules). This will apply regardless of whether the original contract was subject to the regulations, since the value and status of the new contract alone is relevant."*
- (38) I den foreliggende sak ble avtalene forlenget fra 1. august 2011 og på ubestemt tid, uten at det var hjemmel for slik forlengelse i avtalene. På bakgrunn av det som fremkommer av forarbeidene og juridisk teori, finner klagenemnda at innklagede i realiteten tildelte de valgte leverandørene nye kontrakter, jf. også klagenemndas saker 2009/97 premiss

(30)-(33) og 2011/8 premiss (28). Innklagede hadde dermed plikt til å følge regelverket for offentlige anskaffelser ved tildelingen av disse kontraktene.

*Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse*

- (39) Spørsmålet blir dernest om innklagedes unnlattelse av å kunngjøre de nye kontraktene er en ulovlig direkte anskaffelse etter loven § 7b.
- (40) Av loven § 7b første ledd følger det at med en ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (41) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på minst 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskriften § 9-1/§ 18-1, jf. § 2-1 andre ledd jf. § 2-2 første ledd.
- (42) Foreliggende sak reiser flere problemstillinger. Det første nemnda vil ta stilling til er om de aktuelle kontrakter skal ses i sammenheng ved vurderingen av om det forelå kunngjøringsplikt.
- (43) Utgangspunktet er at én kontrakt må anses som én anskaffelse, og at det således er verdien av denne aktuelle kontrakt som skal legges til grunn ved vurderingen av om det foreligger kunngjøringsplikt. I noen tilfeller innebærer imidlertid beregningsreglene som er angitt i forskriften § 2-3 at verdien av flere kontrakter skal ses samlet når kunngjøringsplikten vurderes.
- (44) I henhold til forskriften § 2-3 første ledd skal "[a]nskaffelsens anslåtte verdi beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, ekskl. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen".
- (45) I EU-domstolens dom C-16/98 (Sydev) ble det uttalt at det ved vurderingen av om det foreligger én anskaffelse, må tas utgangspunkt i om kontraktene må anses for å dekke det samme tekniske og økonomiske behov. Saken gjaldt en bygge- og anleggsanskaffelse, og omhandlet både kontrakter om elektrisitetsforsyning og veibelysning. Kontraktene om elektrisitetsforsyning ble ansett for å tilhøre én og samme anskaffelse. I vurderingen ble det lagt vekt på at kontraktene måtte anses for å være sterkt avhengige av hverandre, at kontraktene var inngått omtrent samtidig, med den samme oppdragstakeren, at kontraktsytelsene var ensartete, og at arbeidene skulle utføres innenfor et felles geografisk område. Selv om Sydev-dommen gjaldt bygge- og anleggsarbeid, må flere av de samme momentene antas å være relevante også når kontraktene gjelder en offentlig vare- eller tjenesteleveranse, jf. klagenemndas sak 2010/312 premiss (42).
- (46) I klagenemndas sak 2008/55 var det spørsmål om to kontrakter om konsulentbistand inngått med forskjellige leverandører skulle anses som én eller to anskaffelser. Nemnda uttalte følgende om vurderingstema i premiss (35):

*"Det må legges til grunn at kontraktene med Arnstad og INSA ble inngått på omtrent samme tidspunkt. Videre er kontraktene inngått med samme oppdragsgiver. Dette er således momenter som kan tale for at kontraktene tilhører den samme anskaffelsen. Det avgjørende må imidlertid etter klagenemndas oppfatning være om kontraktene kan sies*

*å utgjøre en naturlig enhet. Det vil si om de kan anses for å dekke det samme behov, eller om de kan anses for å tilhøre det samme prosjekt."*

- (47) I klagenemndas forente saker 2008/81 og 2008/85 fant klagenemnda at to kontrakter om juridisk bistand med forskjellige advokatfirma ikke var å anse som samme anskaffelse. Avgjørende var at kontraktene ikke kunne anses *"for å dekke det samme behovet hos oppdragsgiver"*.
- (48) Rettskildene viser således at avgjørende for om flere kontrakter skal anses som én anskaffelse, er om de kan anses for å dekke samme behov hos oppdragsgiver.
- (49) I herværende sak foreligger seks kontrakter om levering av bildediagnostiske undersøkelser, fordelt på fem ulike leverandører. Tre av kontraktene omfatter levering av røntgen, ultralyd, CT og MR, én kontrakt omfatter røntgen, ultralyd og MR, én kontrakt omfatter røntgen og ultralyd, og én kontrakt omfatter MR. Selv om det er visse variasjoner i hvilke typer bildediagnostiske undersøkelser de ulike kontraktene omfatter, har samtlige kontrakter det til felles at de gjelder levering av bildediagnostiske undersøkelser i helseregion Midt-Norge. Tjenestene blir også levert til samme oppdragsgiver i samme tidsperiode. Videre har innklagede kunngjort anskaffelse av røntgen, ultralyd, CT og MR samlet både i konkurransen som ble kunngjort 30. oktober 2009, konkurransen som ble kunngjort 5. april 2011 (og som senere ble avlyst), og i konkurransen som ble kunngjort 9. november 2011 og som for tiden er under gjennomføring. Kontraktene som er inngått viser også at det er flere leverandører som kan levere alle disse typene av bildediagnostiske undersøkelser. Etter nemndas syn fremstår det etter dette som at kontraktene samlet har til formål å dekke det samme behovet hos innklagede, dvs. behovet for bildediagnostiske undersøkelser frem til ny konkurranse er gjennomført. Klagenemnda finner etter dette at det her er tale om én samlet anskaffelse.
- (50) Spørsmålet i det følgende blir da hvilket beløp som må legges til grunn som anskaffelsens anslåtte verdi.
- (51) Som nevnt i premiss (35) forstår klagenemnda ordlyden i e-posten fra innklagede av 15. april 2011, hvor leverandørene ble anmodet om å forlenge avtalene *"med en løpende oppsigelsestid fra Oppdragsgivers side på en måned"*, slik at avtalene med de valgte leverandørene hadde varighet fra 1. august 2011 med én måneds oppsigelse. Det er således tale om tidsubegrensede tjenestekontrakter, og anslått verdi skal da beregnes etter forskriften § 2-3 tiende ledd. Anskaffelsen gjelder bildediagnostiske undersøkelser som er en uprioritert tjeneste omfattet av forskriften vedlegg 6 kategori (25). Det er ikke tvilsomt at anslått verdi overstiger 500 000 kroner eks. mva., og anskaffelsen følger da etter sin art og anslåtte verdi lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser del I og del II, jf. forskriften § 2-1 femte ledd jf. andre ledd. Anskaffelsen skulle dermed som utgangspunkt vært kunngjort i henhold til forskriften § 9-1.
- (52) For anskaffelser som er omfattet av forskriften del II, er unntak fra kunngjøringsplikten uttømmende regulert i forskriften § 2-1 andre ledd. Det er opp til oppdragsgiver å godtgjøre at et unntak kan komme til anvendelse, og unntaksbestemmelser skal uansett tolkes strengt.
- (53) Av forskriften § 2-1 andre ledd bokstav c følger det at anskaffelser som *"på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en*

*konkurranse*”, følger forskriften del I, og således er unntatt kunngjøringsplikt. Når det gjelder den etterfølgende avlysningen av konkurransen, har innklagede i kommentaren til forhåndsvarselet utdypet bakgrunnen for dette noe utover det som fremgikk av innklagedes e-post av 30. august 2011, inntatt i premiss (16). Nemnda forstår det slik at avlysningen skyldtes at innklagede etter egen oppfatning begikk ulike feil i prosessen som ikke kunne repareres på annet vis enn ved avlysning. Slik saken er opplyst kan klagenemnda ikke se at det forhold at den kunngjorte konkurransen først ble forsinket og deretter avlyst, kan anses som en *”uforutsett omstendighet”*. Unntaket i bokstav c kommer således ikke til anvendelse.

- (54) Etter forskriften § 2-1 andre ledd bokstav e er det også gjort unntak for kunngjøringsplikten dersom *”det i en forutgående anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet”*. I Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 2006, er det blant annet uttalt følgende om denne bestemmelsen på side 85: *”Dersom dei tilboda oppdragsgivar har fått inn, er heilt ueigna til å oppfylle behova oppdragsgivaren har gjort greie for i konkurransegrunnlaget og kunngjeringa, kan framgangsmåten i del I brukast.”* På bakgrunn av den informasjon som foreligger, har klagenemnda ikke holdepunkter for at avlysningen av konkurransen skyldtes at det ikke forelå tilbud i konkurransen eller at tilbudene som forelå ikke var *”egnet”*. Innklagede har således ikke godtgjort at unntaksbestemmelsen i § 2-1 andre ledd bokstav e kommer til anvendelse.
- (55) Klagenemnda kan ikke se at noen av de øvrige unntakene i § 2-1 andre ledd skulle være aktuelle i herværende sak, og forstår det slik at innklagede heller ikke har påberopt seg dette. Ettersom verdien av anskaffelsen overstiger kunngjøringsgrensen, har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av bildediagnostiske undersøkelser ved å unnlate å kunngjøre de nye kontraktene. Dette synes for øvrig også erkjent av innklagede.

#### *Skyldkravet – loven § 7b første ledd*

- (56) Skyldkravet for å kunne ilegge overtredelsesgebyr er at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt *”forsettlig eller grovt uaktsomt”*, jf. loven § 7b første ledd.
- (57) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) er det nærmere redegjort for skyldkravet, og følgende fremgår på side 26:

*”Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsomt eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse rettsuvitenhet som grovt uaktsomt. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og innsikt.”*

- (58) Som grunnlag for at innklagedes handlemåte ikke kan karakteriseres som forsettlig eller grovt uaktsomt, har innklagede vist til at det ved planleggingen av fremdriftsplanen for anskaffelsen ikke kunne tas høyde for at konkurransen måtte avlyses og kunngjøres på nytt, og til at pasientene ikke kunne stå uten tilbud om bildediagnostiske undersøkelser i

den tiden det ville ta å gjennomføre en ny kunngjort konkurranse i henhold til regelverket.

- (59) Innklagede har etter det opplyste anskaffet bildediagnostiske undersøkelser i henhold til anskaffelsesregelverket siden 2005. Når det gjelder kontraktene som løp ut 31. juli 2011, hadde fem av disse vart fra 1. februar 2010, mens den sjettede kontrakten hadde vart fra 8. mars 2011 (denne erstattet en kontrakt med klager som hadde løpt fra 1. februar 2010). Innklagede hadde dermed etter nemndas syn god tid på seg til å gjennomføre ny konkurranse før utløpet av avtalene med de eksisterende leverandørene 31. juli 2011. Slik nemnda forstår det, ble den ulovlige direkte anskaffelsen foretatt fordi innklagede måtte foreta et dekningskjøp av bildediagnostiske undersøkelser etter at den kunngjorte konkurransen av 5. april 2011 først ble forsinket og deretter avlyst. Innklagede hadde således en intensjon om at nye kontrakter med virkning fra 1. august 2011 skulle tildeles i henhold til konkurranse kunngjort i tråd med anskaffelsesregelverket, men lyktes ikke med dette.
- (60) Klagenemnda vil i den sammenheng påpeke at det er oppdragsgivers ansvar å planlegge og påbegynne prosessen med en ny anskaffelse i tilstrekkelig god tid før en eksisterende kontrakt utløper, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/249 premiss (37). Ved planleggingen og gjennomføringen av en konkurranse må oppdragsgivere etter nemndas oppfatning ta i betraktning mulighetene for forsinkelser/avlysninger på grunn av egne feil, klager fra tilbydere og så videre. En unnlattelse av å ta høyde for slike situasjoner vil etter nemndas syn være oppdragsgivers risiko. I herværende sak var det tale om anskaffelse av bildediagnostiske undersøkelser, som innklagede hadde et kontinuerlig og kritisk behov for. Anskaffelsen var også av høy verdi. Det var således åpenbart at innklagede ikke kunne ha noe opphold i leveranser av bildediagnostiske undersøkelser. Likevel ble konkurransen om levering av bildediagnostiske undersøkelser fra 1. august 2011 først kunngjort 5. april 2011, dvs. bare knappe fire måneder før de nye rammeavtalene skulle tre i kraft. Innklagede har i avklaring av 15. april 2011 opplyst at helseforetaket var *"innstilt på å innrømme inntil 3 måneders oppstartsforberedelser fra avtaleinngåelse"*, jf. premiss (9), noe som viser at knappe fire måneder fra kunngjøring til oppstartstidspunkt fremstod som altfor kort tid. Dette synes også erkjent av innklagede. Når det gjelder den etterfølgende avlysningen av konkurransen, forstår nemnda det som nevnt i premiss (53) slik at avlysningen skyldtes at innklagede etter egen oppfatning begikk ulike feil i prosessen som ikke kunne repareres på annet vis enn ved avlysning. Klagenemnda finner etter dette at innklagede selv må bære risikoen både for forsinkelsen av konkurransen, og for den etterfølgende avlysningen. Selv om nemnda har forståelse for at innklagedes situasjon var prekær når det viste seg at innklagede ikke ville rekke å få på plass kontrakter inngått i henhold til den kunngjorte konkurranse innen 1. august 2011, skyldes dette etter nemndas syn at innklagede ikke hadde startet den nye anskaffelsesprosessen tidlig nok.
- (61) Nemnda legger videre til grunn at innklagede var kjent med anskaffelsesregelverkets kunngjøringsplikt, ettersom innklagede ved inngåelsen av de nye ulovlige avtalene var underveis i gjennomføringen av en konkurranse kunngjort i henhold til regelverket, og etter det opplyste hadde anskaffet tjenestene i henhold til anskaffelsesregelverket siden 2005. Innklagede må videre ha vært kjent med at anskaffelsen oversteg terskelverdien for kunngjøringsplikt, jf. for eksempel innklagedes e-post til Unilabs Norge AS av 2. mai 2011 hvor det fremgikk at *"Helse Midt-Norge RHF (HMN) innser at forholdet kan bli innklaget som en ulovlig direkteanskaffelse"*. Det fremstår derfor for nemnda som om innklagede var klar over at anskaffelsen falt inn under anskaffelsesregelverkets

kunngjøringsplikt, men likevel inngikk nye kontrakter med valgte leverandører uten forutgående kunngjøring.

- (62) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagedes handlemåte ved tildelingen av nye kontrakter til eksisterende leverandører i det minste var grovt uaktsom. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

*Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr*

- (63) Det følger av loven § 7b første ledd at oppdragsgiver "kan" ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, "forsettlig eller grovt uaktsomt" foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det blant annet skal legges vekt på "overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning", jf. § 7b andre ledd.
- (64) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført "for å sikre større etterlevelse av regelverket". Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas sak 2010/24 premiss (42) med videre henvisninger.
- (65) I klagenemndas sak 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:
- "Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser."*
- (66) Inngåelsen av de nye avtalene med valgte leverandører fra 1. august 2011 og på ubestemt tid fremover, må som nevnt ovenfor i premiss (38), anses som tildeling av nye kontrakter. I denne saken inngikk innklagede nye kontrakter med valgte leverandører helt uten konkurranse. Nemnda er av den oppfatning at den ulovlige direkte anskaffelsen ble foretatt som følge av mangelfull planlegging fra innklagedes side. Videre er det tale om en anskaffelse av relativt høy verdi, jf. premiss (51) og (68). Hensynet til gebyrets preventive virkning gjør seg derfor etter nemndas syn gjeldende. Nemnda viser videre til at plikten til å kunngjøre konkurranse for anskaffelser over terskelverdi er absolutt, med mindre noen av unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse. Kunngjøring av anskaffelser skal også ivareta flere hensyn enn de rent økonomiske, blant annet hensynet til allmennhetens tillit til at offentlige tjenesteoppdrag tildeles på en objektiv og nøytral måte, og hensynet til fremme av likebehandling mellom private leverandører, jf. loven § 1 og § 5.
- (67) På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at det skal ilegges overtredelsesgebyr i denne saken.

### *Gebyrgrunnlaget*

- (68) Innklagede har anført at klagenemnda bare kan ilegge gebyr for tre måneder, ettersom den delen av den ulovlige direkte anskaffelsen som skyldtes avlysningen av konkurransen etter innklagedes syn ikke kunne anses grovt uaktsom. Klagenemnda har imidlertid funnet at innklagede opptrådte i det minste grovt uaktsomt ved gjennomføringen av den ulovlige direkte anskaffelsen i sin helhet, jf. premiss (62), og gebyrgrunnlaget kan derfor ikke begrenses til anskaffelsens verdi i tre måneder. Nemnda kan for øvrig heller ikke se at det skulle være grunnlag for at gebyrgrunnlaget begrenses til innklagedes anslåtte verdi av den kontrakten klager kunne ha fått i perioden. Innklagede har opplyst at helseforetaket i perioden fra 1. august 2011 og frem til 31. desember 2011 har betalt et samlet vederlag på 21 253 430 kroner eks. mva. for bildediagnostiske undersøkelser foretatt under de nye avtalene med valgte leverandører, og at samlet vederlag for perioden 1. januar 2012 til 31. mars 2012 er estimert til ca. 16 750 000 kroner eks. mva. Videre er det opplyst at nye kontrakter skal iverksettes fra 1. april 2012 og at avtalene med de valgte leverandørene vil opphøre fra 31. mars 2012 (med unntak av avtalen med Oppdal kommune som etter det opplyste opphørte med virkning fra 1. januar 2012), jf. premiss (18). I forhåndsvarselet ble innklagede oppfordret til å opplyse om status i den pågående konkurransen om bildediagnostiske undersøkelser, herunder om oppstart fremdeles er 1. april 2012. Dette ble imidlertid ikke kommentert. På bakgrunn av de opplysningene som foreligger i saken, har klagenemnda likevel valgt å begrense perioden for verdiberegningen fra 1. august 2011 og frem til 31. mars 2012. Gebyrgrunnlaget utgjør da 38 003 430 kroner.

### *Gebyrets størrelse*

- (69) Ved utmålingen av gebyret skal det legges vekt på de samme momenter som nevnt ovenfor; overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkning, jf. loven § 7b andre ledd. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b andre ledd andre punktum.
- (70) I klagenemndas sak 2009/120 premiss (36) uttalte nemnda følgende om gebyrets størrelse:

*"Siden klagenemnda 1. januar 2007 fikk myndighet til å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser, er det ilagt overtredelsesgebyr i elleve saker. I den første saken, 2007/19, la klagenemnda i formildende retning vekt på at ordningen med overtredelsesgebyr var ny. I sak 2008/5 og 2008/56 uttalte nemnda at reglene om overtredelsesgebyr nå måtte forutsettes kjent blant oppdragsgiverne. Siden disse sakene, som ble avgjort i juni og oktober 2008, er det ikke blitt færre saker om ulovlige direkte anskaffelser. Både antall saker som klages inn for KOFA, og generell medieomtale viser at ulovlige anskaffelser foretas i et ikke ubetydelig omfang. De preventive hensyn bak overtredelsesgebyrene synes dermed ikke fullt ut å ha hatt ønsket effekt. På denne bakgrunn finner klagenemnda at gebyrpraksis bør skjerpes, og at satsene gradvis bør bli høyere. De høyeste prosentsatsene, opp mot 15 prosent, bør likevel reserveres for særlig grove tilfeller der de skjerpende omstendigheter er iøynefallende, og det ikke foreligger formildende omstendigheter."*

- (71) I den nevnte sak ila klagenemnda et gebyr på ca. 12,3 prosent av kontraktssummen. Skjerpingen av gebyrsatsen er blant annet fulgt opp i sakene 2010/222, 2010/305,

2010/306, 2011/13, 2011/19 og 2011/20, hvor det ble ilagt gebyrer for mellom 12 og 14 prosent av kontraktssummene/anskaffelsens anslåtte verdi for avtaleperioden.

- (72) Nemnda viser til vurderingen av skyldkravet og av spørsmålet om det bør ilegges overtredelsesgebyr. Som det fremgår over, taler preventive hensyn og manglende konkurranse for at gebyret settes relativt høyt. Det samme gjør anskaffelsens høye verdi. I formildende retning vektlegges det at innklagede har vist vilje til å etterleve anskaffelsesregelverket. Det vises her til at den ulovlige direkte anskaffelsen ble foretatt som et dekningskjøp etter at den kunngjorte konkurransen om levering av bildediagnostiske undersøkelser fra 1. august 2011 ble forsinket og senere avlyst. Videre har innklagede opplyst at det for tiden gjennomføres en ny kunngjort konkurranse om levering av bildediagnostiske undersøkelser, og at de ulovlig inngåtte kontraktene vil opphøre 31. mars 2012. Nemnda legger således til grunn at den ulovlige direkte anskaffelsen vil opphøre etter en begrenset periode på åtte måneder, og at innklagede vil få på plass lovlige avtaler om levering av bildediagnostiske undersøkelser. Nemnda har også forståelse for at innklagedes situasjon var prekær når det viste seg at innklagede ikke ville rekke å få plass kontrakter inngått i henhold til den kunngjorte konkurranse innen 1. august 2011. Nemnda finner imidlertid bare å legge begrenset vekt på dette, ettersom innklagede ikke synes å ha forsøkt å ivareta det grunnleggende kravet til konkurranse i loven § 5 ved dekningskjøpet, men tvert imot inngikk disse kontraktene helt uten konkurranse.
- (73) Klagenemnda finner at gebyret i foreliggende sak skjønnsmessig kan settes til 2,65 millioner kroner. Dette utgjør ca. syv prosent av anskaffelsens verdi på 38 003 430 kroner eks. mva.

**Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:**

\*\*\*

*Helse Midt-Norge RHF ilegges et overtredelsesgebyr på 2 650 000 –*

*tomillionersekshundreogfemtitten – kroner*

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

\*\*\*

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

Vedtaket om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b femte ledd. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å begjære en sak prøvd for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

9. mars 2012

Kai Krüger