



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av transporttjeneste for utkjøring og henting av blodprøver fra legekontorer. Kontrakt ble opprinnelig inngått i juni 2006 og løp ut i 2010. Valgte leverandør har likevel fortsatt å levere tjenesten til dags dato uten at det har blitt kunngjort ny konkurranse. Ettersom vederlaget for utførelsen av tjenesten oversteg terskelverdien representerte dette en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda konkluderte videre med at avtaleforholdet baserte seg på en gjensidig enighet om at valgte leverandør skal utføre tjenesten frem til innklagede gjennomfører ny konkurranse på dette området. Gebyr ble derfor ilagt for samtlige tjenester som er og vil bli levert etter 1. januar 2017. Klagenemnda ila et gebyr på 375 000 kroner, som utgjorde ca. 13 prosent av kontraktens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 20. april 2018 i sak 2017/182

Klager: Svipp AS

Innklaget: Helse Stavanger HF

Klagenemndas medlemmer: Georg Fredrik Rieber-Mohn, Jakob Wahl og Halvard Haukeland Fredriksen

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Svipp AS (heretter benevnt klager) mottatt 15. desember 2017. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av transporttjeneste for utkjøring og henting av blodprøver fra legekontorer, med Helse Stavanger HF (heretter benevnt innklagede) som oppdragsgiver.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 375 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) På bakgrunn av en kunngjort konkurranse inngikk innklagede kontrakt om «Transport av blodprøver» med Box Delivery Norge AS 21. juni 2006. Leverandøren endret senere navn til Bring Express Norge AS (heretter benevnt valgte leverandør). Kontrakten hadde etter det opplyste en varighet på to år med opsjon på forlengelse i to år.
- (4) Kontrakten løp ut i juni 2010. Ingen ny konkurranse er etter dette utlyst, og valgte leverandør utfører fortsatt tjenesten transport av blodprøver for innklagede.
- (5) Innklagede har opplyst at vederlagets årlige verdi utgjør ca. 1,6 millioner kroner. Klagenemnda legger til grunn at beløpet er oppgitt ekskl. mva.

- (6) Innklagede ble orientert om klagen ved brev fra Klagenemndssekretariatet datert 18. desember 2017 og innga tilsvaer ved brev datert 22. januar 2018.
- (7) Klagenemnda sendte 14. mars 2018 forhandsvarsel til innklagede om illeggelse av gebyr paalydende 420 000 kroner og mottok kommentarer til varselet ved innklagedes brev datert 4. april 2018. Det har i ettertid av dette vaert ytterligere korrespondanse mellom klagenemnda og innklagede per e-post.
- (8) Vedtaket om illeggelse av overtredelsesgebyr ble avsagt 20. april 2018.

Anfoersler:

Klagers anfoersler:

- (9) Etter at kontrakt om utkjoring og henting av blodproever fra legekontoer gikk ut, har innklagede fortsatt med samme leverandoe uten kunngjoring. Dette utgjoeer en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anfoersler:

- (10) Kontrakten med valgte leverandoe ble forlenget ved muntlig avtale i 2010, og avtaleforholdet mellom innklagede og valgte leverandoe har vedvart til dags dato. Innklagede erkjenner at ny kontrakt om koep av tjenesten transport av blodproever skulle ha vaert kunngjort etter den forrige kontraktens utloep.
- (11) Hva gjelder skyldkravet, opptraadte innklagede hverken forsettlig eller grovt uaktsomt da kontrakten med valgte leverandoe ble forlenget i 2010. Forlengelsen skyldtes manglende kapasitet til a gjennomfoere ny konkurranse, og i de paefoelgende ar har helseforetakene gjennomgaatt flere endringer som har foert til utsatt kunngjoring. Utsettelsen skyldes at det har vaert noedvendig foerst a vurdere konsekvensene av nytt regelverk og ny organisasjon. Arbeidet med dette er snart fullfoert, og konkurransen vil etter planen bli kunngjort i mai 2018. Avtalen med valgte leverandoe vil opphoere senest 15. september 2018.
- (12) Hvis klagenemnda har grunnlag for a illegge innklagede overtredelsesgebyr, bygger nemnda pa feil grunnlag ved beregning av gebyret. Klagenemnda kan bare illegge gebyr for anskaffelser iverksatt etter 1. januar 2017. Det er arlig inngaatt tidsbegrensede avtaler. De tjenester som er levert frem til april 2017 ble iverksatt i 2016. Ny forlengelse av avtalen skjedde i april 2017. Klagenemnda kan dermed bare illegge gebyr for tjenester levert etter april 2017.
- (13) Klagenemnda har ikke hjemmel for a illegge overtredelsesgebyr for overtredelser som ikke har skjedd pa tidspunktet for nemndas vedtak. Hvis klagenemndas vedtak for eksempel foreligger 1. april 2018, er grunnlaget for beregning av gebyret kun 1. april 2017 til 1. april 2018, altsa kr. 1 600 000.
- (14) Baade ved vurderingen av hvorvidt overtredelsesgebyr skal illegges, og ved vurdering av gebyrets stoerrelse, anfoerer innklagede at klagenemnda ma se hen til at anskaffelsen er av beskjedden verdi. Det ma ogsa tas i betraktning at et eventuelt brudd pa kunngjoringsreglene uansett ikke er grovt. Utsatt kunngjoring skyldes et oenske om a sikre en bedre anskaffelse for markedet og foretakene i regionen. A bli beskyldt for en lovovertrudelse virker dessuten i seg selv preventivt, og dette boer gjenspeiles i gebyrets stoerrelse. Det er ogsa innklagedes oppfatning at avtalen ikke er av interesse for aktoreer

etablert andre steder enn i nærområdet, og dette må anses som en formildende omstendighet. Det gjøres således gjeldende at gebyrets prosentvise størrelse er for stort. Forholdene i saken og praksis viser at klagenemnda må sette gebyret lavere enn 13 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Etter klagenemndsforordningen § 13 a er det ikke et krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (16) Av samme bestemmelse fremgår det videre at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes overfor klagenemnda inntil to år etter kontrakt er inngått. I denne saken inngikk innklagede skriftlig kontrakt med valgte leverandør i juni 2006. Kontrakten løp ut i juni 2010. Klagenemnda kommer tilbake til hvilken betydning dette har.
- (17) Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble sendt til klagenemnda 15. desember 2017. Med utgangspunkt i denne datoen, regnet to år tilbake, var starttidspunktet for foreldelsesfristen 15. desember 2015.
- (18) Klagenemndas myndighet til å ilegge offentlige oppdragsgivere overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser gjelder imidlertid bare for overtredelser begått fra og med 1. januar 2017, da gebyrmyndigheten ble gjeninnført, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig offentlig anskaffelse

- (19) 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). Fra 1. januar 2017 er den nasjonale terskelverdien for kunngjøringsplikt økt fra 500 000 kroner ekskl. mva. til 1,1 millioner kroner ekskl. mva., jf. forordningen § 5-1 (2) og § 8-17.
- (20) Innklagede har oppgitt at de årlige vederlagene utgjør ca. 1,6 millioner kroner, ekskl. mva. De årlige vederlagene er altså i seg selv så betydelige at terskelverdien er overskredet, se forordningen § 5-4 (9) om vare- og tjenstekontrakter som inngås med regelmessige mellomrom, eller som skal fornyes innenfor et bestemt tidsrom. Det er således klart at det foreligger ulovlige direkte anskaffelser av tjenestene. Det må derfor tas stilling til hvorvidt de øvrige vilkår for overtredelsesgebyr er oppfylt, og deretter om slikt gebyr skal eller bør ilegges, og eventuelt hvilke kjøp innklagede skal ilegges overtredelsesgebyr for. Dette avhenger av hvordan avtaleforholdet mellom valgte leverandør og innklagede er å forstå, og klagenemnda tar derfor først stilling til dette.
- (21) Innklagede opplyste i tilsvaret datert 22. januar 2018 at kontrakten ble forlenget i 2010 som en tidsbegrenset avtale med en årlig løpetid.
- (22) På forespørsel fra Klagenemndas sekretariat om å underbygge dette, opplyste innklagede at man ikke har lyktes i å oppdrive mer informasjon om, eller dokumentasjon på, hva som ble avtalt i 2010. Det ble vist til at personene i innklagedes organisasjon som den gang var involvert, ikke lenger arbeider hos innklagede. Det ble videre forklart at oppfølging av tjenesten per i dag gjøres gjennom årlige driftsmøter med valgte leverandør, at tema i møtene er utførelsen av tjenesten, og at det der avtales eventuelle ruteendringer. Den opprinnelige kontraktens innhold eller spørsmålet om forlengelse av denne diskuteres *ikke* i disse møtene. Det blir ikke ført referat fra disse møtene.

(23) I mangel av nærmere kunnskap om omstendighetene rundt avtaleforholdet mellom innklagede og valgte leverandør, la klagenemnda i forhåndsvarselet til grunn at avtaleforholdet per i dag synes å basere seg på en gjensidig enighet om at valgte leverandør utfører denne tjenesten frem til innklagede gjennomfører ny konkurranse på dette området.

(24) I merknader til forhåndsvarselet uttalte innklagede følgende:

«Som forklart i tilsvare og etterfølgende brev til KOFA av 9. og 13. februar 2018 har Helse Stavanger inngått nye tidsbegrensede avtaler med Bring i driftsmøter hvert år. Driftsmøtene, der ny avtale for ett år har blitt muntlig inngått, har funnet sted i andre kvartal hvert år.»

(25) Da dette ikke var i samsvar med tidligere forklaringer, ble det på nytt bedt om en oppklaring av de faktiske forhold rundt avtaleforholdet med valgte leverandør. Innklagede ba da om at sitatet i foregående avsnitt skulle endres til:

«Som forklart i tilsvare og etterfølgende brev til KOFA av 9. og 13. februar 2018 har Helse Stavanger inngått nye tidsbegrensede avtaler med Bring hvert år. Den årlige forlengelsen av avtalen har blitt utført i samme tidsrom som driftsmøtene. Driftsmøtene har funnet sted i andre kvartal hvert år. Ut fra varighet og avslutning av original avtale i 2010 er det rimelig å anta at den årlige forlengelsen er utført i samme tidsrom som driftsmøtene, altså i andre kvartal.»

(26) Til tross for gjentatte oppfordringer om å underbygge at det er inngått tidsbegrensede avtaler, har innklagede altså ikke konkret kunnet redegjøre for dette. Innklagede har ikke kunnet vise til et bestemt tidspunkt for forlengelsene og har heller ikke vist til en person/personer som faktisk har kunnet bekrefte at det hvert år er inngått en ny tidsbegrenset avtale. Forklaringene omkring dette er også blitt endret underveis. Klagenemnda mener derfor at det er klar sannsynlighetsovervekt for at den gjensidige forståelsen mellom partene er at avtalen løper frem til ny kunngjort avtale er på plass. Nemnda legger til grunn at innklagede, med bakgrunn i den kontrakten som utløp i 2010, fortsatt får levert tjenester ut fra en slik forståelse mellom partene.

(27) I tråd med den rettsoppfatning forhåndsvarselet bygger på, legger klagenemnda videre til grunn at innklagede kan ilegges overtredelsesgebyr for samtlige tjenester som er og vil bli levert fra og med 1. januar 2017. Klagenemnda viser i denne forbindelse til følgende:

(28) Av anskaffelsesloven § 12 fremgår det at *«[a]dgangen til å illegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakten er inngått»*. I denne saken inngikk innklagede skriftlig kontrakt med valgte leverandør i juni 2006. Den skriftlige kontrakten utløp imidlertid i 2010, og gjelder således ikke de tjenestene som er påklaget.

(29) Av merknad i Prop. 51 L (2015-2016) til anskaffelsesloven § 12 første ledd fremgår det: *«Hjemmelen til å illegge overtredelsesgebyr gjelder bare for ulovlige direkte anskaffelser som er foretatt etter lovens ikrafttredelse»*. Loven trådte i kraft 1. januar 2017.

(30) Det følger av Forskrift om overgangsregler for lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) § 1, at *«[a]nskaffelsesloven gjelder anskaffelser iverksatt etter lovens ikrafttredelse. En anskaffelse er iverksatt når den er kunngjort. En anskaffelse som ikke kunngjøres, er iverksatt når oppdragsgiveren har sendt ut en*

forespørsel til en eller flere leverandører om å melde sin interesse eller inngi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelse.»

- (31) På samme måte som ved endringer av inngåtte kontrakter, se klagenemndas avgjørelse i sak 2017/56, er ikke overgangsregelen utformet med sikte på å regulere en situasjon som den foreliggende. Selv om den skriftlige kontrakten utløp i 2010, leverer valgte leverandør tjenester til innklagede frem til innklagede gjennomfører ny konkurranse på dette området, jf. avsnitt 26. I et slikt tilfelle legger klagenemnda til grunn at det er de løpende *leveransene* som må anses som iverksettelse av anskaffelsen i overgangsregelens forstand.
- (32) I motsetning til det innklagede hevder, kan ikke klagenemnda se at det følger av dette resonnementet at nemnda er avskåret fra å ilegge gebyr for tjenester som ennå ikke er levert på tidspunktet for nemndas vedtak. Selv om hver enkelt leveranse i et tilfelle som vårt må anses som en fornyet iverksettelse av anskaffelsen i overgangsregelens forstand, betyr ikke dette at den enkelte leveransen blir en egen anskaffelse. Den anskaffelsen som klagenemnda har kompetanse til å gebyrlegge ble iverksatt ved første leveranse etter 1. januar 2017 og løper frem til innklagede bringer den løpende avtalen med valgte leverandør til opphør.

Skyldkravet

- (33) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning at klagenemnda skal ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom *«oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse»*.
- (34) Det følger av Prop. 51 L (2015-2016) på side 85 *«at selv om bestemmelsen er ny, har den mange likhetstrekk med gebyrhjemmelen i den tidligere anskaffelsesloven § 7b. Om den tidligere bestemmelsen viser departementet til Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 26–27»*.
- (35) Klagenemnda legger på denne bakgrunn til grunn at vurderingen av om det foreligger forsett eller grov uaktsomhet vil være den samme som etter den tidligere bestemmelsen om overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser.
- (36) Det fremgår av Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 at:

«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 en rettsuvidenhet 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. Det presiseres for øvrig at det ikke er et krav om at en enkelt person har handlet forsettlig eller grovt uaktsomt, men at det også kan være feil begått på forskjellige plan i oppdragsgiverens organisasjon, og som hver for seg ikke kan karakteriseres som grovt uaktsomme, men som samlet sett gjør at oppdragsgiveren må sies å ha opptrådt grovt uaktsomt.»

- (37) Videre fremgår det:

«Det typiske eksempelet på en ulovlig direkte anskaffelse, er når oppdragsgiver splitter opp en anskaffelse i den hensikt å komme under den nasjonale terskelverdien. Et annet eksempel er når oppdragsgiver forlenger, utvider eller endrer avtaler med en opprinnelig leverandør, til tross for at det ikke foreligger opsjoner i den opprinnelige kontrakt til å gjøre dette, slik at en i realiteten står overfor en ny avtale som skal tildeles etter regelverket.»

- (38) Selv om den skriftlige kontrakten om kjøp av transport av blodprøver utløp i 2010, har innklagede fortsatt å kjøpe denne tjenesten fra valgte leverandør i en årrekke. Det er ikke tvilsomt at kjøp av tjenesten skulle vært kunngjort. Etter klagenemndas oppfatning er det på det rene at skyldkravet om forsett eller grov uaktsomhet er oppfylt, både for så vidt gjelder det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Klagenemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning.

Gebyrets størrelse

- (39) Klagenemnda legger som nevnt til grunn at nemnda skal ilegge gebyr for samtlige tjenester som er og vil bli levert etter 1. januar 2017. Innklagede har et løpende avtaleforhold med valgte leverandør, som per i dag ikke er opphørt. I forhåndsvarselet la derfor klagenemnda til grunn at avtaleforholdet ville fortsette med tidligst opphør 1. januar 2019. Da anslått årlig verdi av avtalen er cirka 1,6 millioner kroner ekskl. mva., ble det da varslet om at grunnlaget for beregningen av gebyrets størrelse ville være 3,2 millioner kroner.
- (40) I merknader til forhåndsvarselet har imidlertid innklagede fremlagt en detaljert plan for hvordan avtalen med valgte leverandør vil bringes til opphør, og klagenemnda finner å kunne feste lit til at dette vil skje senest 15. september 2018. Grunnlaget for beregning av gebyret reduseres derfor til 2,88 millioner kroner.
- (41) Ved utmålingen av gebyret skal det særlig legges vekt på *«bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen»*, jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 12 tredje ledd annen setning.
- (42) Når det gjelder gebyrets størrelse, vises det til de vurderinger som er gjort foran om skyldkravet. Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser, og det er ikke tvilsomt at tjenesten skulle vært kunngjort. Det foreligger en klar overtredelse, og det er skjerpende at disse tjenestene er blitt levert i en årrekke. Preventive hensyn taler for at gebyret settes høyt. Klagenemnda kan ikke se at de forhold innklagede har anført som formildende, kan tillegges nevneverdig betydning.
- (43) I vurderingen av gebyrets størrelse har klagenemnda i denne saken valgt å se hen til tidligere praksis. Nemnda viser i den forbindelse til klagenemndas avgjørelse i sak 2012/60, som har visse likhetstrekk med foreliggende sak. Innklagede ble der ilagt et gebyr som utgjorde 13 prosent av anskaffelsens verdi, og klagenemnda legger etter en skjønnsmessig vurdering til grunn en tilsvarende gebyrsats i denne saken. Klagenemnda kan ikke se at innklagede i sine merknader til forhåndsvarselet har kommet med anførsler som tilsier en endring av denne vurderingen.
- (44) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 375 000 kroner. Dette utgjør ca. 13 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

”Helse Stavanger HF ilegges et overtredelsesgebyr på 375 000

- trehundreogsyttifemtusen - 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,

Georg Fredrik Rieber Mohn

Dokumentet er godkjent elektronisk