



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede gjennomførte en anskaffelse av post- og transporttjenester høsten 2016. Konkurransen ble gjennomført som en konkurranse etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I, da innklagede vurderte anskaffelsens verdi til å ligge under 500 000 kroner. Klagenemnda fant at innklagede hadde beregnet anskaffelsens verdi feilaktig, og at konkurransen skulle ha vært kunngjort etter anskaffelsesregelverket. Innklagede hadde således foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Som følge av det resultat klagenemnda kom til, ble klagers subsidiære anførsel ikke behandlet. Da anskaffelsen ble iverksatt før 1. januar 2017 hadde klagenemnda ikke adgang til å ilegge gebyr.

Klagenemndas avgjørelse 4. desember 2018 i sak 2017/338

Klager: Norsk Bibliotektransport AS

Innklaget: Akershus Universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Jakob Wahl, Marianne Dragsten og Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Akershus Universitetssykehus HF (heretter innklagede) gjennomførte en anskaffelse av post- og transporttjenester høsten 2016. Konkurransen ble gjennomført som en konkurranse etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (heretter forskriften) del I, da innklagede vurderte anskaffelsens verdi til å ligge under 500 000 kroner.
- (2) Ifølge konkurransegrunnlagets punkt 1 gjaldt konkurransen kjøp av tjenester som omfatter «*henting, frankering og levering av post*», hvilket i punkt 4 var nærmere konkretisert som «*Henting av post*», «*Frankering av post*» og «*Levering av frankert post til postterminal*». I prismatrisen som skulle fylles ut skulle det oppgis pris på «*porto*», «*transport*», «*frankering*», «*feilsortering fra Oppdragsgiver*» og «*sorteringsutstyr*».
- (3) Av konkurransegrunnlagets punkt 1 fremgikk det at innklagede har omtrent 700 000 utgående brev per år hvilket omfatter brev innland og utland, rekommandert, verdibrev og postoppkrav. I tillegg kommer forsendelse av pakker.
- (4) Forespørsel om å delta i konkurransen ble sendt ut til fire leverandører 9. desember 2016. Innklagede inngikk kontrakt med Bypost AS (heretter valgte leverandør) 28. februar 2017. Kontrakten har en varighet på to år, med opsjon på forlengelse i 1+1 år.
- (5) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. desember 2018.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (6) Kontrakten inngått mellom innklagede og valgte leverandør utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, jf. forskriften § 4-1 bokstav q.
- (7) Det følger av forskriften § 2-1 annet ledd at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på minst 500 000 kroner ekskl. mva. Innklagede har ikke foretatt en forsvarlig beregning av anskaffelsens anslåtte verdi på kunngjøringstidspunktet når det ble vurdert slik at anskaffelsen kunne gjennomføres etter forskriften del I. Anskaffelsens verdi overstiger klart terskelverdien på 500 000 kroner og skulle vært kunngjort etter forskriften del III.
- (8) Klager anfører prinsipalt at innklagede skulle ha tatt med kostnader knyttet til porto i beregningsgrunnlaget. Med 700 000 brev innebærer det at kontraktens verdi i realiteten utgjør minst 7 280 000 kroner per år.
- (9) Subsidiært anføres det at den merverdi som valgte leverandør sitter igjen med som følge av viderefakturering av porto skulle vært medtatt i beregningen av anskaffelsens verdi.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagedes beregning av anskaffelsens verdi er forsvarlig.
- (11) Porto skulle ikke vært hensyntatt ved beregningen av anskaffelsens verdi. Det som skal inngå i verdiberegningen er «*de kontrakter som utgjør anskaffelsen*», jf. forskriften § 2-3 første ledd. Beløpet oppdragsgiver betaler andre leverandører for andre tjenester faller utenfor beregningen. Porto er gjenstand for viderefakturering og er vederlag/avgift som oppdragsgiver betaler Posten/Bring for distribuering av posten. Valgte leverandør i denne saken fungerer i så måte bare som et mellomledd, og dette er med andre ord ikke et vederlag valgte leverandør mottar for levering av sine tjenester. Et slikt vederlag faller utenfor beregningen av anskaffelsens verdi.
- (12) Den merverdi valgte leverandør oppnår som følge av differanser i rabatter er et vederlag fra Posten/Bring, og ikke fra innklagede. Dette skal derfor heller ikke medtas i beregningen av anskaffelsens verdi, jf. forskriften § 2-3 første ledd. Hvor stor merverdi valgte leverandør oppnår gjennom kontrakten med Posten/Bring var det uansett ikke mulig for innklagede å forutse på det tidspunktet innklagede forespurte leverandørene om tilbud. Hvorvidt leverandøren oppnår en slik merverdi, og hvor stor denne er, vil variere fra leverandør til leverandør. Det er heller ikke mulig for innklagede å kartlegge dette på det nåværende tidspunkt, ettersom det utgjør en forretningshemmelighet som innklagede ikke får innsyn i, og som er en del av et kontraktsforhold mellom to andre parter.
- (13) Det var korrekt å gjennomføre anskaffelsen etter forskriften del I. Det foreligger ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Klagen kan ikke føre frem og må avvises.
- (14) Subsidiært anføres det at det uansett ikke kan ilegges overtredelsesgebyr i saken da anskaffelsen ble iverksatt før 1. januar 2017.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Saken gjelder anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, hvor det ikke gjelder et krav til saklig klageinteresse for å fremme saken, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klagen er rettidig.
- (16) Siden 1. januar 2017 har klagenemnda hatt myndighet til å ilegge offentlige oppdragsgivere overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser, jf. lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) § 12 første ledd.
- (17) Gebyrmyndigheten gjelder for anskaffelser som er «iverksatt» 1. januar 2017 eller senere, jf. forskrift om overgangsregler for anskaffelsesloven § 1. Det følger av bestemmelsen at en anskaffelse er iverksatt når den er «kunngjort».
- (18) 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».
- (19) Dette innebærer at det nye regelverket ikke gjelder i tilfeller hvor forespørsel om å inngi tilbud er sendt ut før 1. januar 2017.
- (20) Opplysningene i saken viser, som nevnt, at forespørsel om å delta i konkurransen ble sendt ut i desember 2016. Anskaffelsen ble altså iverksatt før 1. januar 2017. Klagenemnda har følgelig ikke adgang til å ilegge gebyr for en eventuell ulovlig direkte anskaffelse.
- (21) Spørsmålet om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse skal av samme grunn vurderes med utgangspunkt i reglene som fremgår av forskriften av 2006.

Hvorvidt det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

- (22) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som er foretatt uten forutgående kunngjøring, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2017/33 premiss 17.
- (23) Det følger av forskriften § 2-1 annet ledd at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på minst 500 000 kroner ekskl. mva. Anskaffelser med anslått verdi under dette vil med andre ord ikke være kunngjøringspliktig.
- (24) Av forskriften § 2-3 første ledd fremgår det at det ved beregningen av anskaffelsens verdi skal tas utgangspunkt i det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale «for de kontrakter som utgjør anskaffelsen». Bestemmelsen inkorporerer artikkel 9 i direktiv 2004/18. Av denne artikkelens nr. 1 fremgår følgende:

«Den anslåede værdi af en offentlig kontrakt beregnes på grundlag af det samlede beløb eksklusive moms, som den ordregivende myndighed som anslået kan komme til at betale. I denne beregning tages der hensyn til det anslåede samlede beløb, herunder enhver form for optioner og eventuelle forlængelser af kontrakten.»
- (25) Som utgangspunkt skal det altså tas hensyn til alle former for vederlag som oppdragsgiver kan komme til å betale i henhold til kontrakten.

- (26) Klagenemnda viser til at det i konkurransegrunnlagets punkt 4 ble oppgitt at det skulle gis pristilbud på «*Henting av post*», «*Frankering av post*», og «*Levering av frankert post*». I punkt 10 fremgikk det videre at «*porto*» var del av prismatrisen som skulle leveres ved tilbudet. Lest i sammenheng innebærer dette etter klagenemndas oppfatning at det var den ferdig frankerte posten som skulle leveres til Posten/Bring, og at porto da var betalt ved leveringen.
- (27) Innklagede har fremholdt at porto er en avgift som betales til postvesenet som en motytelse for distribuering av postforsendelser, og at dette ikke utgjør en del av tjenesten som valgte leverandør skal stå for. Samtidig har innklagede opplyst at valgte leverandør betaler Posten/Bring for utgifter til porto, som følge av den frankeringen valgte leverandør utfører for innklagede – utgifter som valgte leverandør så igjen fakturerer innklagede for. Dette underbygger klagenemndas vurdering over, om at det er valgte leverandør som har et avtaleforhold til Posten/Bring i dette tilfellet, og ikke innklagede. Innklagede forholder seg ifølge sakens opplysning bare til valgte leverandør, og har ikke et direkte avtaleforhold til Posten/Bring.
- (28) Klagenemnda legger således til grunn at porto er en del av det vederlaget innklagede betaler valgte leverandør. Det faktum at det ikke er valgte leverandør som i siste ledd distribuerer posten, kan ikke være avgjørende. Slik tjenesten i dette tilfellet er organisert fremstår det som klart for klagenemnda at betaling av porto er del av den samme tjenesteanskaffelsen. Pris på porto skulle således ha vært medtatt i beregningen av anskaffelsens verdi.
- (29) Etter klagers beregninger vil kontraktssummen utgjøre 7 280 000 kroner per år. Dette basert på levering av 700 000 brev. Når det videre tas hensyn til alle opsjoner, og valgte leverandør også skulle levere og frankere pakker, er det klart at anskaffelsen har en verdi langt over 500 000 kroner.
- (30) At innklagede ikke kunngjorde konkurransen i henhold til forskriften, innebærer at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (31) Med det resultat klagenemnda har kommet til, behandles ikke klagers subsidiære anførsel.

Konklusjon:

Akershus Universitetssykehus HF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser, ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk