



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Helse Førde HF inngikk i 2019 kontrakt med Smith & Nephew AS for levering av usementerte hofteproteser, som hadde en estimert verdi på 2,4 millioner kroner. Kontrakten ble inngått uten forutgående kunngjøring. Innklagede erkjente å ha gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, men anførte at gebyret på bakgrunn av flere forhold måtte settes lavt. Klagenemnda kom til at innklagede forsettlig hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse og ila innklagede et gebyr på tretten prosent av kontraktens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 6. november 2020 i sak 2020/171

Klager: Ortomedic AS

Innklaget: Helse Førde HF

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Sverre Nyhus

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Helse Førde HF's (heretter *innklagede*) kjøp av usementerte hofteproteser fra Smith & Nephew AS (heretter *Smith & Nephew*). Ortomedic AS (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 17. februar 2020.
- (2) Klagenemnda er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 312 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Saken gjelder en rammeavtale om kjøp av usementerte hofteproteser med stamme. Avtalen ble inngått mellom innklagede og Smith & Nephew den 29. april 2019 – uten forutgående kunngjøring av en konkurranse.
- (4) Avtalen har sin bakgrunn i en tidligere gjennomført anskaffelse av rammeavtaler om kjøp av usementerte hofteproteser til Helse Vest RHF.
- (5) Helse Vest RHF publiserte 23. oktober 2014 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallelle rammeavtaler om levering av proteser, implantater og tilhørende forbruksmateriell av typen usementerte hofteproteser (stamme og hode). Anskaffelsen gjaldt levering til samtlige helseforetak i Helse Vest RHF: Helse Bergen HF, Helse Fonna HF, Helse Førde HF og Helse Stavanger HF. Rammeavtalenes estimerte verdi var i kunngjøringen angitt til 50 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfristen var satt til 8. desember 2014.

- (6) I konkurransegrunnlaget var det angitt at rammeavtalene skulle ha en varighet på 2 år med opsjon på forlengelse i 2 + 2 år. Kontraktens varighet var begrunnet med investeringskostnader i forbindelse med rammeavtalene, som ikke lot seg avskrive i løpet av 4 år, restverdi etter 4 år, som det ikke var garanti for at kunne brukes, samt arbeidsmengde og organisering for oppdragsgiver i forbindelse med oppstart.
- (7) Før tilbudsfristen stilte en leverandør spørsmål ved denne begrunnelsen for å velge en varighet på rammeavtalen som er lenger enn det anskaffelsesregelverket i utgangspunktet tillater.
- (8) Helse Vest RHF valgte på denne bakgrunn å endre rammeavtalenes varighet til 2 år med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år. Endringen fremgikk av et revidert konkurransegrunnlag, som ble lastet opp i Doffin 21. november 2014. Selve rammeavtalene ble imidlertid ikke endret. I disse sto det dermed fortsatt at avtalen hadde en varighet på 2 år med opsjon på forlengelse i 2 + 2 år – til sammen 6 år.
- (9) Innen tilbudsfristen mottok Helse Vest RFH tilbud fra 8 leverandører på totalt 10 forskjellige protesemerker. Det ble inngått kontrakt med 6 av tilbyderne, herunder klager. Smith & Nephew deltok også i konkurransen, men ble ikke tildelt kontrakt. Årsaken til dette var at selskapet fikk noe lavere uttelling enn konkurrentene på et tildelingskriterium om klinisk dokumentert kvalitet.
- (10) Rammeavtalene med de valgte leverandører hadde oppstart 16. mars 2015. Rettelsen som var gjort i konkurransegrunnlaget vedrørende varighet, ble som nevnt ikke gjort i kontraktene. Kontraktene ble derfor inngått for en periode på 2 år med opsjon på forlengelse i 2 + 2 år, og dato for opphør ved utløste opsjoner var derfor først 16. mars 2021.
- (11) I perioden fra 2014 til 2019 fikk Smith & Nephew i stedet muligheten til å delta i en studie hos innklagede, hvor Smith & Nephews hofteproteser «Polarstem» ble benyttet. Dette var de samme hofteprotesene som Smith & Nephew hadde tilbudt i den ovennevnte konkurransen. Studien gjorde at leverandøren ved neste kunngjøring av en konkurranse, ville ha 10 års klinisk dokumentert kvalitet.
- (12) Sykehusinnkjøp HF ble etablert i 1. januar 2016, og erstattet på dette tidspunktet de lokale og regionale innkjøpsenhetene tilknyttet helseforetakene.
- (13) Den 16. januar 2019 kontaktet Smith & Nephew Sykehusinnkjøp HF med spørsmål om ikke de parallelle rammeavtalene for levering av hofteproteser nærmet seg slutten. Dette med utgangspunkt i at avtalene skulle ha en varighet på 2 år med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år regnet fra 16. mars 2015. Det ble da informert om feilen som var begått ved at ikke endringen i avtalenes varighet var registrert i kontraktene, og at det derfor ikke var planlagt noen ny konkurranse før i 2020/2021.
- (14) På bakgrunn av et ønske om å fortsette å benytte Smith & Nephews proteser i etterkant av den ovennevnte studien, og før det var kunngjort en ny konkurranse, samt at Smith & Nephew ikke ønsket å selge til innklagede uten en formell avtale, inngikk innklagede og Smith & Nephew 29. april 2019 rammeavtalen om levering av usementerte hofteproteser med stamme. Rammeavtalens avtaleperiode var angitt til 30. april 2019 til 16. mars 2021.
- (15) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 17. februar 2020.

- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. oktober 2020.
- (17) Klagenemnda sendte 13. oktober 2020 varsel om overtredelsesgebyr på tretten prosent av anskaffelsens verdi.
- (18) Innklagede bekreftet mottak av forhåndsvarselet 20. oktober 2020, men hadde ingen merknader til forhåndsvarselet.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved å inngå kontrakt uten forutgående kunngjøring. Avtalen har en estimert verdi på omtrent 1,3 millioner kroner ekskl. mva. per år og overstiger dermed EØS-terskelverdi. Anskaffelsen skulle ha vært kunngjort.
- (20) Innklagede har vist til at protesen Smith & Nephew leverer er den beste til bruk i inngrep gjennom lysken, og at denne metoden kun benyttes av innklagede. Det er flere andre sykehus i Norge som benytter denne metoden, og som kjøper inn fra klager. Det er ikke anført at det kun er én leverandør som kan levere disse protesene, og dette kan heller ikke anses som en formildende omstendighet.
- (21) Inngåelsen av kontrakten har fått betydning for hvor mye innklagede kjøpte fra klager. I første og andre kvartal i 2019 var innkjøpene halvert sammenlignet med foregående år. I tredje og fjerde kvartal var det kjøpt så lite at avtalen i praksis stoppet helt opp sommeren 2019.

Innklagedes anførsler:

- (22) Det erkjennes at det er inngått kontrakt uten forutgående kunngjøring. Det ble signert kontrakt mellom Helse Førde HF og Smith & Nephew den 29. april 2019 på usementerte hofteproteser med stamme. Kontrakten hadde oppstartsdato 30. april 2019, og har sluttdato 16. mars 2021.
- (23) Kontrakten har en estimert årlig verdi på 1,3 millioner kroner ekskl. mva., og en total estimert verdi på 2,4 millioner kroner ekskl. mva. for hele kontraktsperioden. Kontrakten er inngått uten forutgående kunngjøring.
- (24) Kontrakten ble inngått på bakgrunn av en feil ved forlengelsen av de seks rammeavtalene som hadde oppstart i 2015. I konkurransegrunnlaget var avtaleperioden endret fra 2 år med opsjon på forlengelse i 2 + 2 år, til 2 år med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år, som ikke ble endret i kontraktene. Ved utløpet av den sistnevnte avtaleperioden, i mars/april 2019, var det ikke satt av ressurser til å igangsette en ny anskaffelse av rammeavtaler for samtlige helseforetak. En slik anskaffelse er omfattende og tidskrevende. Det var heller ikke ansett som en god løsning å si opp de eksisterende avtalene for å gjennomføre ny konkurranse, da alle foretakene i Helse Vest RHF i så fall ville stå uten avtaler i en lengre periode. Per dags dato er Sykehusinnkjøp HF i gang med en ny anskaffelse for usementerte hofteproteser, og vil jobbe for å gjennomføre anskaffelsen effektivt for å få på plass nye avtaler så snart det lar seg gjøre.

- (25) Den totale verdien av den inngåtte kontrakten utgjør en liten verdi av den totale estimerte verdien av de parallelle rammeavtalene. Den opprinnelige konkurransen hadde en estimert verdi på 50 millioner kroner ekskl. mva fordelt på seks år. Avtalen mellom Helse Førde HF og Smith & Nephew har en estimert verdi på 2,4 millioner kroner.
- (26) Kontrakten er inngått for å sikre at pasientene får den protesen som etter en medisinskfaglig vurdering er best tilpasset inngrepene som utføres i Helse Førde HF, som er det eneste av helseforetakene i Helse Vest RHF som benytter metoden med inngrep via lysken.
- (27) De seks opprinnelige leverandørene har parallelle rammeavtaler, og avropene skjer etter en medisinskfaglig vurdering. Følgelig er ikke foretakene forpliktet til å handle fra en leverandør spesifikt, og står fritt til å velge den leverandøren som egner seg best. Som statistikken klager selv har fremlagt viser, er rammeavtalen med klager benyttet også i 2019.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften) § 13a første ledd. Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Kontrakt ble inngått 29. april 2019. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, ble sendt til klagenemnda 17. februar 2020, og er derfor rettidig fremsatt.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (29) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt uten forutgående kunngjøring.
- (30) 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).
- (31) Utgangspunktet for anskaffelser over nasjonal terskelverdi er at de skal kunngjøres i Doffin, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 §§ 5-1 (2) og 8-17 (1). Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen. For andre oppdragsgiveres varekontrakter var terskelen for kunngjøringsplikten i Doffin 1,3 millioner kroner ekskl. mva. og TED 2 millioner kroner ekskl. mva. fra 6. april 2018.
- (32) Kontrakten mellom innklagede og Smith & Nephew har en estimert verdi på 2,4 millioner kroner ekskl. mva. Anskaffelsen overstiger dermed både den nasjonale terskelverdien og EØS-terskelverdien, og skulle derfor i utgangspunktet ha vært kunngjort både i Doffin og TED-databasen.
- (33) Innklagede har ikke vist til, og klagenemnda kan heller ikke se, at det er forhold ved anskaffelsen som kan unnta den fra kunngjøringsplikt. Feilen som ble begått ved at innklagede, i den tidligere gjennomførte anskaffelsen, glemte å endre varigheten fra totalt seks til totalt fire år, er ikke et slikt forhold.
- (34) Kontraktsinngåelsen med Smith & Nephew utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (35) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning at overtredelsesgebyr «skal» ilegges dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne «forsettlig eller grovt uaktsomt» har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Dersom oppdragsgiver «uaktsomt» har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, «kan» overtredelsesgebyr ilegges, jf. første ledd andre setning.
- (36) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12, viser klagenemnda til nemndas avgjørelse i sak 2017/147, premiss 55 og utover.
- (37) Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha inngående kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser. Kunngjøringsplikten og forbudet mot ulovlige direkte anskaffelser, befinner seg i kjernen av dette regelverket. Etter klagenemndas syn foreligger det en klar overtredelse av kunngjøringsplikten. Innklagede har etter det opplyste bevisst inngått kontrakten uten forutgående kunngjøring av en konkurranse.
- (38) Klagenemndas vurdering er at innklagede har handlet på en måte som karakteriseres som forsettlig. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning.

Gebyrets størrelse

- (39) I tråd med tidligere praksis legger klagenemnda til grunn at gebyret skal fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/7, avsnitt 76.
- (40) Innklagede har forklart at kontrakten har en estimert verdi på 2,4 millioner kroner. Klagenemnda legger derfor dette beløpet til grunn for beregning av gebyret.
- (41) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 tredje ledd at det ved utmålingen av gebyret særlig skal 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. § 12 tredje ledd andre setning.
- (42) En gjennomgang av nemndspraksis viser at gebyret normalt settes til 10 prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpene omstendigheter, se senest klagenemndas avgjørelse i sak 2019/102, avsnitt 41.
- (43) Det er ikke tvilsomt at anskaffelsen skulle ha vært kunngjort. Bruddets grovhet tilsier at gebyret settes høyt. Det er ikke vist til omstendigheter som tilsier at innklagede var i en presset situasjon, eller at behovet for de aktuelle hofteprotesene kom overraskende på innklagede. Selv uten den aktuelle kontrakten, hadde innklagede tilgang på lignende produkter gjennom de eksisterende rammeavtalene. Samtidig er det på det rene at innklagede ikke har gjennomført gjentatte ulovlige direkte anskaffelser.
- (44) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 13 prosent av anskaffelsens verdi, som utgjør 312 000 kroner.

- (45) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert, gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Helse Førde HF ilegges et overtredelsesgebyr på 312 000 - trehundreogtolvtusen - 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,

Sverre Nyhus

Dokumentet er godkjent elektronisk