



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av reisebyrå tjenester i perioden 1. mai 2009 til 15. juni 2009. Klagenemnda fant at forlengelsen av rammeavtalen var en tildeling av en ny kontrakt, men at det ikke forelå en ulovlig direkte anskaffelse etter lovens § 7b. Særbemerkning fra ett nemndmedlem.

Klagenemndas avgjørelse 23. november 2009 i sak 2009/97

Klager: Berg-Hansen Nord-Norge AS

Innklaget: Nordlandssykehuset HF

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

(1) Nordlandssykehuset HF (heretter kalt innklagede) inngikk 1. juni 2004 avtale med Haalogaland Reisebureau AS (VIA Flyspesialisten) om reisebyrå tjenester tilknyttet syketransport for pasienter tilhørende Nordlandssykehusets område.

(2) I avtalens punkt 3.1 var det angitt følgende om avtaleperiode:

"Avtalen gjelder i perioden 01.05.2004-30.04.2007. Avtalen kan forlenges i 1+1 år."

(3) Videre fremgikk det av avtalens punkt 3.2 om oppsigelse:

"Dersom det ikke innen 6 måneder før avtaleperiodens utløp er sendt skriftlig melding om at avtalen skal opphøre, gjelder avtalen inntil videre, men med en gjensidig oppsigelsestid på 6 måneder fra den dato oppsigelse finner sted."

(4) Innklagede benyttet seg av opsjonene til å forlenge avtalen i to år.

(5) Haalogaland Reisebureau AS ble innfusjonert med Bergenske Reisebyrå AS i 2007. Bergenske Reisebyrå AS ble deretter innfusjonert med VIA Travel Norge AS (heretter kalt VIA Travel) i 2009.

(6) VIA Travel fortsatte å levere reisebyrå tjenester til innklagede etter at avtaleperioden, inkludert forlengelsen på to år, løp ut 30. april 2009.

(7) Berg-Hansen Nord-Norge AS (heretter kalt klager) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 4. mai 2009.

(8) Innklagede og VIA Travel gjennomførte et møte 8. mai 2009. I protokoll av 11. mai 2009 fremgikk det at formålet med møtet var *"å komme til enighet om avvikling av kjøp*

av reisebyrå tjenester, etter at partenes avtale om slike utløp med virkning fra 30. april 2009”.

- (9) Av protokollen fremgikk det videre at partene var blitt enige om følgende:

”1. Nordlandssykehuset overtar selv alle bestillinger og bookinger av flyreiser for områdene Salten og Lofoten, fra og med 15. juni 2009.

2. VIA håndterer bestillinger/bookinger frem til samme dato, og fullfører rekvisisjons- og fakturahåndtering på disse reisene, med følgende justering:

a. 1 dokumenterbar, skriftlig purring på manglende rekvisisjoner er tilstrekkelig.”

- (10) I e-post fra innklagede til klagenemndas sekretariat av 11. november 2009 var det vedlagt dokumentasjon på at VIA Travel, i perioden 1. mai 2009 til 15. juni 2009, foretok bestillinger på vegne av innklagede. Tjenesten hadde en verdi på 345 195 kroner inklusive merverdiavgift.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig direkte anskaffelse

- (11) Det anføres at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å la VIA Travel betjene trygdereiser for Salten/Lofoten-området fra 1. mai 2009 til 15. juni 2009. Innklagede har i fem år vært klar over at siste mulige utløpsdato for kontrakten med VIA Travel var 30. april 2009, og hadde således nok tid til å avgjøre om det skulle gjennomføres en ny konkurranse for Salten/Lofoten-området, eller om opsjonen med klager skulle benyttes. Opsjonen fremgikk av avtalen Helse Nord RHF (heretter kalt Helse Nord) inngikk med klager i 2006, om bestilling av pasientreiser med fly. Avtalen omfattet Helse Finnmark HF, Universitetssykehuset i Nord-Norge HF, Hålogalandssykehuset HF og Helgelandssykehuset HF. Av avtalens punkt 7.1 fremgikk det at Nordlandssykehuset HF hadde opsjon på å tiltre som kunde i avtalen.
- (12) Klager har gjentatte ganger siden 2007 anmodet Helse Nord om å få overta Salten/Lofoten-området i henhold til opsjonen i avtalen. På tross av at prisene i avtalen med klager er vesentlig lavere enn i avtalen med VIA Travel, har innklagede likevel valgt å benytte opsjonene med VIA Travel.
- (13) I klagers avtale med Helse Nord fremgår det av punkt 2 at Helse Nord har opsjon på å forlenge avtalen i til sammen to år. På tross av gjentatte henvendelser fikk klager imidlertid aldri tilbakemeldinger på om Helse Nord ville benytte opsjonene for Salten/Lofoten-området, eller på om foretaket ville forlenge avtalen med klager for resten av Nord-Norge.
- (14) En endring i flyselskapenes oppgjørsbetingelser ved årsskiftet 2008/2009, medførte at reisebyråene fikk økte rentekostnader og dårligere likviditet. Klager ba derfor Helse Nord om å vurdere kortere kredittid. For å få de nødvendige avklaringer på kredittid og opsjoner, valgte klager å si opp avtalen med seks måneders varsel. Klager fikk en avklaring fra Helse Nord i brev av 5. januar 2009. Av brevet fremgikk det at Helse Nord gjorde gjeldende opsjonen på resten av Nord-Norge, men ikke på Salten/Lofoten-

området. Videre ble kredittiden noe redusert. Klager trakk deretter oppsigelsen, og forventet at ny konkurranse ville kunngjøres for Salten/Lofoten-området. Innklagede forlenget således kontrakten på hovedleveransen, som har en årlig verdi på 170 millioner kroner. I lys av dette kan klager ikke se hvordan innklagede skulle kunne tvile på selskapets likviditet.

- (15) Det er for øvrig påfallende at innklagede gjennomførte avviklingsmøte med VIA Travel 11. mai 2009, syv dager etter at klager hadde levert klage til klagenemnda. Etter klagers syn ville innklagede åpenbart ha fortsatt å benytte VIA Travel dersom klager ikke hadde klaget til klagenemnda.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klagen

- (16) Innklagede anfører at klagen må avvises. Dette for det første fordi klagen gjelder avviklingsperioden i et kontraktsforhold, noe som ligger utenfor klagenemndas kompetanse. For det andre kan klagen uansett klart ikke føre frem.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (17) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å la VIA Travel betjene de nevnte reisene. Verdien av tjenestene som ble kjøpt i denne perioden var på 345 195 kroner inklusive merverdiavgift. Anskaffelsen kunne etter innklagedes syn vært gjennomført etter forskriftens § 2-1 andre ledd bokstavene c og d. Beløpet er uansett så lavt at det ikke er et krav til konkurranseutsetting i henhold til forskriften.
- (18) Innklagede har vært nødt til å bruke noe tid på å avvikle en kontrakt som i seg selv ikke regulerte en avviklingsperiode, og som på grunn av omstendigheter oppdragsgiver ikke har hatt herredømme over, heller ikke kunne vært avviklet på et tidligere tidspunkt. Også hensynet til kontraktspartens ansatte har hatt betydning ved fastsettelsen av avviklingsperioden, og varigheten er begrenset til det strengt nødvendige for å ivareta hensynet til pasienter og rekvirenter. Kontraktens avvikling er et forhold inter partes, som klagenemnda ikke kan ta stilling til.
- (19) Når det gjelder innklagedes valg om ikke å utløse opsjonen med klager, kan klagenemnda ikke overprøve oppdragsgivers vurderinger på dette punkt. Innklagede vil uansett påpeke at det ikke ble funnet hensiktsmessig å skifte tjenesteleverandør. Dette fordi det ble planlagt en konkurranseutsetting, og en ny avtale skulle iverksettes på dette området som et pilotprosjekt. Samtidig oppsto det forhold på klagers side som gav grunn til å tro at selskapet ikke ville ha den nødvendige likviditet til å håndtere Salten/Lofoten-området.
- (20) Det forelå således en reell risiko for at man kunne stå uten leverandør av reisebyrå tjenestene. I påvente av alternative vurderinger for å løse utfordringene, ble ikke skriftlig oppsigelse gitt VIA Travel.
- (21) Det tilbakevises for øvrig at Helse Nords og innklagedes vurderinger med hensyn til bruk av opsjoner, var inkonsekvente. Helse Nord hadde ikke noe reelt valg med hensyn til å ta i bruk opsjonen i avtalen med klager for de områder som allerede var omfattet av leveransen. Oppdragsgiver verken kan eller skal ha et apparat for å betjene alle reisebestillinger i egenregi. Det er nettopp av denne grunn at tjenesten kjøpes eksternt.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 nr. 1288 § 13a første ledd er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd jf. lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69 § 7b. Tjenesten er en uprioritert tjeneste etter forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 Vedlegg 6 nr. (20). For det tilfelle at anskaffelsen har en verdi på over 500 000 kroner, gjelder således forskriften del I og II, jf. § 2-1 andre ledd jf. femte ledd og § 2-2.

Hvorvidt klagen må avvises

- (23) Innklagede har anført at klagen må avvises fordi den gjelder avviklingsperioden i et kontraktsforhold, noe som ligger utenfor klagenemndas kompetanseområde.
- (24) Klagenemnda har kompetanse til å prøve om det foreligger brudd på lov om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt i medhold av denne, jf. klagenemndsforordningen § 12 andre ledd. I denne saken er det anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Dette vil i tilfelle vil være i strid med regelverket for offentlige anskaffelser, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b, og klagenemnda har således kompetanse til å prøve dette.

Hvorvidt det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

- (25) I lov om offentlige anskaffelser § 7b første ledd er en ulovlig direkte anskaffelse definert som *"en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*.
- (26) Spørsmålet for klagenemnda er om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å benytte reisebyrå tjenester tilknyttet pasienttransport fra VIA Travel i perioden 1. mai 2009 til 15. juni 2009.
- (27) I avtalen mellom innklagede og Haalogaland Reisebureau AS (VIA Flyspesialisten) av 1. juni 2004 fremgikk det av punkt 3.1 at avtalen gjaldt fra 1. mai 2004 til 30. april 2007, og at den kunne forlenges i til sammen to år. Videre fremgikk det av avtalens punkt 3.2 at dersom det ikke innen seks måneder før *"avtaleperiodens utløp"* var sendt skriftlig melding om at avtalen skulle opphøre, gjaldt avtalen *"inntil videre"*.
- (28) Klagenemnda forstår det slik at ordlyden *"avtaleperiodens utløp"* i avtalens punkt 3.2 refererte seg til utløpet av den fastsatte avtaleperioden, det vil si 30. april 2007, og ikke til utløpet av avtaleperioden etter at samtlige opsjoner på forlengelse eventuelt var tatt i bruk. Avtalen inneholdt således ingen bestemmelser om at den kunne videreføres etter 30. april 2009.
- (29) Imidlertid fremgår det av protokollen fra møtet mellom innklagede og VIA Travel 8. mai 2009, at formålet med møtet var å komme til enighet om *"avvikling av kjøp av reisebyrå tjenester"*. Videre fremgår det av protokollen at partene ble enige om at VIA Travel skulle håndtere bestillinger/bookinger frem til 15. juni 2009. Klagenemnda forstår dette slik at avtalen ble forlenget fra 30. april 2009 til 15. juni 2009.

- (30) Det må således vurderes om forlengelsen av avtalen må anses som en tildeling av en ny kontrakt, slik at oppdragsgiver hadde plikt til å følge regelverket for offentlige anskaffelser ved tildelingen.
- (31) 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.
- (32) Sue Arrowsmith uttaler følgende om partenes adgang til å forlenge en kontrakt i *"The Law of Public and Utilities Procurement"* 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."*
- (33) I den foreliggende sak ble avtalen forlenget i ca. 1,5 måned fra utløpsdatoen 30. april 2009, uten at det var opsjon på en slik forlengelse i avtalen. På bakgrunn av det som fremkommer av forarbeidene og juridisk teori, finner klagenemnda at varigheten av forlengelsen tilsier at innklagede i realiteten tildelte VIA Travel en ny kontrakt. Innklagede hadde dermed plikt til å følge regelverket for offentlige anskaffelser ved tildelingen av denne kontrakten.
- (34) Spørsmålet blir dernest om innklagedes unnlatelse av å kunngjøre den nye kontrakten er en ulovlig direkte anskaffelse etter lovens § 7b.
- (35) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en verdi på over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 § 9-1/§ 18-1, jf. § 2-1 andre ledd jf. § 2-2 første ledd.
- (36) I foreliggende sak har innklagede dokumentert at verdien av anskaffelsen som ble foretatt i perioden 1. mai 2009 til 15. juni 2009, var på 345 195 kroner inklusive merverdiavgift. Ettersom anskaffelsens verdi var på under 500 000 kroner, har innklagede ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse etter lovens § 7b ved å unnlate å kunngjøre kontrakten.
- (37) Klagenemnda vil likevel bemerke at de grunnleggende kravene i lovens § 5 og forskriftens § 3-1, herunder kravene til likebehandling og konkurranse, kommer til anvendelse også for anskaffelser med en verdi under 500 000 kroner. Klager har imidlertid ikke anført at disse kravene skulle være brutt, og nemnda finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.
- (38) Medlemmet Krüger bemerker at avtalen i denne saken er en rammeavtale med én leverandør som er forlenget til samlet varighet på godt 5 år, det vil si ett år ut over den fireårsgrense som siden 2007 – med bakgrunn i Dir. 04/18 Art. 32 nr. 2 - har gjeldt for rammeavtaler etter forskriften § 6-1 (4). Avtalen skulle derfor vært avsluttet før den avviklingsordning som ble avtalt med eksisterende leverandør i 2009 – og dessuten i så god tid at det ble unødvendig med en egen avviklingsperiode fra kontraktsutløp 30.

april. Av samme grunn innebærer forlengelsen til 15. juni d å at avtalen med opsjonsutnyttelse får et omfang som må ses samlet etter prinsippet i forskriften § 2-3 (5). Bruddet består etter dette medlems oppfatning i at tidsbegrensningen til 4 år er overtrådt ved forhold som må anses selvforskyldt. En ytterligere forlengelse for å få gjennomført avvikling og overgang til egenregi kan ikke anses som et ulovlig direkte kjøp under beløpsgrensen på 500 000. Bruddet gjelder at den samlede varighet for tjenesten – inklusiv avviklingsperioden mai/juni - overskrider forskriftens begrensning. Avviklingsperioden inngår isolert sett som en naturlig del ved omorganisering av tjenesten og utgjør derfor i forhold til forbudet mot direkte kjøp ikke noe brudd i tillegg til at innklagede allerede har overskredet forskriftens tidsbegrensning og dessuten har forsømt å treffe nødvendige tiltak for avvikling i god tid før kontraktsutløp 30. april 2009. Forskriften § 6-1 (4) er imidlertid ikke påberopt i saken, jf klageforskriften § 12 tredje ledd, og dette medlem kan derfor slutte seg til konklusjonen om at innklagede ikke har begått brudd på regelverket.

Konklusjon:

Nordlandssykehuset HF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

23. november 2009


Kai Krüger