



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede inngikk en avtale om lån av diverse laboratorieinstrumenter med sin eksisterende leverandør av laboratorieutstyr desember 2008. Klager anførte at innklagede, ved inngåelsen av låneavtalen, hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ettersom den var foretatt uten forutgående kunngjøring og ikke kunne hjemles i eksisterende avtaler. Klagenemnda fant at låneavtalen ikke innebar en vesentlig endring av avtaleforholdet mellom innklagede og leverandøren, og at det dermed ikke forelå en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 14. mars 2011 i sak 2010/212

Klager: Norske Laboratorteleverandørers Forening

Innklaget: Helse Bergen HF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) Helse Bergen HF (heretter kalt innklagede) inngikk en avtale med Roche Diagnostics Norge AS (selskapet, som tidligere også har hatt andre navn, kalles heretter valgte leverandør), om lån av diverse laboratorieinstrumenter i desember 2008. Valgte leverandør har vært leverandør av laboratorieutstyr til innklagede siden 2000. Foreliggende avtale ble inngått i forbindelse med at innklagede i perioden 2008-2009 skulle flytte sitt laboratorieutstyr fra det tidligere laboratoriet i Sentralblokken til et nyoppført laboratoriebygg, og er den påklagede avtalen i foreliggende sak. Laboratorieinstrumentene som omhandles i klagen inngår i valgte leverandørs modular-konsept, som er et system bestående av ulike analysemoduler som settes sammen, blant annet P- og E-moduler.
- (2) Den påklagede avtalen er benevnt "Avtale om lån av modular analytics og modular preanalytics" (heretter kalt låneavtalen). På bakgrunn av låneavtalen ble åtte eksisterende analysemoduler, P- og E-moduler tidligere levert av valgte leverandør, skiftet ut med nye. I tillegg har valgte leverandør levert to nye analysemoduler, en ny P-modul og en ny E-modul, og det har blitt installert en MPA for å mate tre analyselinjer fra én matestasjon. En MPA er ikke et analyseinstrument, men har en støttefunksjon for E- og P-modulene ved at den automatiserer matingen av prøver. MPAen har ikke betydning for analysemengden. Alle instrumentene er en del av et modularkonsept, og det er opplyst at det ikke mulig å benytte en mateenhet fra en annen leverandør. De tre nye instrumentene ble installert februar 2009, og hele systemet ble satt i drift mai 2009. Fra låneavtalens punkt 3 "Ikrafttredelse, varighet og opphør" hitsettes:

"Avtalen gjelder kostnadsfri oppgradering av 8 stk. moduler, som er installert på laboratoriet i dag, samt eventuelle tilleggsmoduler dersom dette blir en mer optimal løsning for arbeids- og prøveflyt. Avtalen gjelder også kostnadsfri lån av 1 stk. Modular Preamalytics (MPA). Endelig konfigurering av MPA vil bli bestemt etter ferdig forprosjekt.

MPA er Roche Diagnostics' eiendom i hele låneperioden. Eventuelle analytiske tilleggsmoduler er Roche diagnostics' eiendom i hele låneperioden. Oppgraderte analytiske moduler tilfaller Roche Diagnostics når disse tas ut av produksjon på laboratoriet.

Avtalen trer i kraft 01.01.2009 og gjelder til 31.12.2011. Avtalen skal løpe til planlagt anskaffelsesprosess er avsluttet og kan derfor forlenges utover 2011. Avtalen er knyttet til avtale 200125 om kjøp av forbruksmateriell. Avtalen kan sies opp med 6 måneders frist."

- (3) Av låneavtalens punkt 4 "Særskilte betingelser for lån" fremgår det hvilke forpliktelser partene har påtatt seg. Av punkt 4.1 "Leverandøren forplikter seg til å:" fremgår blant annet at leverandøren skal være økonomisk ansvarlig for utstyret i sin helhet, og skal videre stå for alle kostnadene i forbindelse med blant annet installasjon, igangkjøring, pakking, transport og levering.
- (4) Fra punkt 4.3 "Oppdragsgiver forplikter seg til å:" hitsettes:
 - "a) tilrettelegge og bekoste all teknisk infrastruktur (vann, strøm, diverse kabling etc.) frem til instrumentene.*
 - b) inngå vedlikeholdsavtale.*
 - c) dekke skader på moduler som følge av uaktsom bruk, og som ikke dekkes av vedlikeholdsavtale."*
- (5) I låneavtalen punkt 5 "Service" er det listet opp forskjellige priser for fullserviceavtaler, og det er oppgitt en prosentsats for rabatten som gis på listeprisen.
- (6) Våren 2009 mottok Norske Laboratorieleverandørers Forening (heretter kalt klager) informasjon fra enkelte medlemmer, som førte til at klager ønsket å få avklart hvorvidt det var foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved flyttingen av laboratoriet og inngåelsen av låneavtale. Klager sendte derfor et brev til innklagede 9. juli 2009 og ba om en redegjørelse av forholdene i saken.
- (7) Partene hadde deretter kontakt via e-post og brev. I brev til klager 2. oktober 2009 opplyste innklagede at flyttingen av instrumentene ble gjennomført i samarbeid med valgte leverandør med hjemmel i inngått fullserviceavtale. Det ble videre informert om at det i tilknytning til instrumentene eksisterte en avtale om levering av forbruksmateriell. Fra brevet siteres:

"Helse Bergen HF mottok i sommer en forespørsel på om det forelå en direkteanskaffelse knyttet til utvidelse/skifte av instrumentparken i det nye labbygget ved Haukeland Sykehus. Dette er undersøkt og henvendelsen ser ut til å basere seg på følgende relevante sak:

I løpet av vinteren 2008 ble det foretatt en gjennomgang knyttet til en større flytteprosess til nytt laboratoriebygg, hvor eksisterende instrumentpark også måtte overflyttes.

Her var også et analysesystem med estimert levetid på hovedelementene til ca medio 2011. Systemet var en del planlagte anskaffelsesprosesser for 2010. I tilknytning til systemet var også avtale om leveranse av instrumentavhengig forbruksmateriell. Det var ikke aktuelt å fremskynde en anbudsprosess før ultimo 2009, av ressursmessige hensyn.

På den annen side, muliggjorde eksisterende avtaleforhold en alternativ løsning innenfor regelverket for offentlige anskaffelser. Foretaket hadde en fullserviceavtale hvor leverandør var pålagt å sørge for både flytting og vedlikehold av moduler, samt nødvendig utskifting av relevante deler. Her var status at tilknyttede E-moduler hadde forventet levetid ut 2010, med stor sannsynlighet videre ut 2011. Disse var dekket av eksisterende serviceavtale. Videre var P-modulene nært tidspunkt for utrangering og kunne også byttes ut gjennom eksisterende serviceavtale.

Ved å benytte eksisterende avtale pådro partene imidlertid en større risiko for feil, samt større kostnader, enn om leverandøren i stedet byttet ut gamle moduler med nye moduler på kostnadsfritt utlån frem til 31.12.2011. Nytt anbud på området ble derfor besluttet å gjennomføres etter innflyttingen, og senest innen 2011.”

- (8) Etter forespørsel fra klager sendte innklagede deretter tre kontrakter til klager, en serviceavtale og to avtaler om kjøp av forbruksmateriell. Klager var ikke tilfreds med innklagedes redegjørelse for lovligheten av de nye leveransene, og brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 6. juli 2010.
- (9) Det er dokumentert at innklagedes opprinnelige P- og E-moduler ble anskaffet ved to anbudskonkurranser gjennomført av Hordaland fylkeskommune i periodene 1999 til 2000 og 2001 til 2003. I begge konkurransene ble kontrakt om levering av instrumenter inngått med valgte leverandør. De aktuelle modulene hadde en garantitid på 2 år. Innklagede har opplyst at det etter garantitidens utløp årlig har blitt inngått fullserviceavtaler med valgte leverandør. Den første fullserviceavtalen gjaldt P-modulene anskaffet i år 2000 og ble inngått 28. november 2002. Fra og med serviceavtalen inngått 7. desember 2005 omfattet serviceavtalen både P- og E-modulene, da garantitiden for E-modulene gikk ut i 2005. Den siste fremlagte serviceavtalen omfatter også de nye modulene, og ble inngått 23. april 2009 for perioden 1. mai 2009 til 30. april 2010.
- (10) I tilknytning til anskaffelsene av P- og E-moduler har det også blitt inngått avtaler om levering av forbruksmateriell. Innklagede inngikk en regional avtale om kjøp av blant annet reagenser og forbruksvarer med valgte leverandør 20. desember 2004, på vegne av seg selv og tre andre helseforetak. Av avtalen punkt 6 ”Ikrafttredelse, varighet og opphør” fremgår det at kontrakten hadde en varighet på fem år inkludert opsjoner, og at den for innklagedes del skulle løpe fra 23. oktober 2005. I forbindelse med flytteprosessen ble avtalen om levering av forbruksmateriell forlenget. Avtalen er benevnt ”PROLONGERING OG ENDRING AV AVTALE 200125”, og ble signert av Helse Vest RHF (som på grunn av endrede rutiner nå står som innkjøper i regionale prosesser) 5. desember 2008 og av valgte leverandør 30. desember 2008. Fra avtalen hitsettes:

”Den opprinnelige avtalen har ikke tatt hensyn til instrumentenes levetid. Partene er derfor blitt enige om å forlenge avtalen ut 31.12.2011. Dersom et foretak må skifte ut instrumenter/gjennomfører anskaffelsesprosess før 31.12.2011, kan avtalen sies opp helt/delvis med 3 mnd. frist. Helse Bergen skal gjennomføre en anskaffelsesprosess for

nytt analysesystem og forventer å være ferdig i løpet av 2011. Avtalen kan forlenges så lenge det er analyseinstrumenter i bruk fra leverandør i Helse Vest.”

- (11) I innklagedes prosesskriv til klagenemnda 15. september 2010 ble følgende opplyst:

”Det understrekes at utlånsavtalen ikke har medført noen forlengelse av Roche sitt engasjement hos Helse Bergen HF. De opprinnelige analysemodulene hadde en forventet levetid frem til minst 2011, og det at eldre moduler er erstattet av nye moduler, har ikke medført noen forskyvning av den anskaffelsesprosess som er planlagt ved utløpet av de opprinnelige instrumentenes levetid.

[...]

I tillegg til at de eksisterende analysemodulene ble skiftet ut med nye, har Roche i anledning flyttingen levert to nye analysemoduler. En P-modul og en E-modul. Bakgrunnen for utvidelsen er at rekvirentenes behov har endret seg de senere år. Prøvemengden har økt, og det var etter hvert en uforsvarlig drift i det eksisterende laboratoriet. Utvidelsen hadde til hovedformål å sikre en forsvarlig backup funksjon. Som beskrevet ovenfor i punkt 2.1 kan en slik backup funksjon sikres ved at det ble koplet til en ekstra E-modul, og en ekstra P-modul. Å ha en sikker backup funksjon er av vesentlig betydning for Helse Bergen HF og det vil i mange tilfeller være av vesentlig betydning for pasientenes liv og helse at prøvene håndteres fortløpende uten forstyrrelser. Dersom en modul går ut av drift, kan pågående prøvebehandling bli forstyrret og prøvematerialet ødelagt.”

- (12) I e-post 14. februar 2011, som svar på spørsmål stilt fra klagenemndas sekretariat, har innklagede opplyst følgende om det nærmere innholdet i låneavtalen punkt 4.3 bokstav a og b og punkt 5, og redegjort for serviceavtalen knyttet til de nye modulene:

”De forpliktelsene som ligger i pkt. a er at oppdragsgiver (Helse Bergen) må sørge for at all infrastruktur for instrumentene (herunder strøm, vann, it-kabling osv). Dette ble tilpasset ved installering i det nye Laboratoriebygget. For Helse Bergen innebar dette ingen ekstra kostnader utover det vi måtte hatt for tilsvarende installasjon i ett nytt laboratoriebygg.

Det er inngått en fullserviceavtale for hele instrumentsystemet. Det er ingen forskjell mellom begrepet vedlikeholdsavtale etter 4.3 bokstav b og service etter pkt. 5.

De årlige utgiftene knyttet til serviceavtale for de nye modulene (to moduler (P og E) og MPA'en) er kr 222 549 eks. mva. Disse prisene fremgår av pkt. 5. [...]

Ovennevnte serviceavtale for de nye instrumentene ble inkorporert i avtalen av april 2009. De forskjellige modulene beskrevet under ”listepriser service” i punkt fem er en oppstilling av alle de ulike mulige konfigurasjonene av modulene i et slikt analysesystem. Serviceprisen vår er avhengig av den konfigurasjon som er valgt iht. listen. Avtalene løp ut fra april 2010, og kr 222 549 er således det beløp som er betalt til leverandøren for service for de tre nye modulene fra levering og frem til d.d.

Vi inngikk ingen nye serviceavtaler i forbindelse med utskifting av de åtte eldre modulene. Service ble videreført for de gamle modulene og utvidet med tre nye [...].”

- (13) I e-post til sekretariatet 4. mars 2011 besvarte innklagede ytterligere spørsmål fra sekretariatet vedrørende låneavtalen. Det ble blant annet opplyst følgende:

"Det foreligger ikke planer om å forlenge avtalen. Det kan bekreftes at det foreligger konkrete planer om å kunngjøre ny konkurranse. Det er sågar igangsatt en prosess for å kunngjøre ny konkurranse. Per i dag pågår et forprosjekt som skal beskrive omfang av kunngjøringen og analyser som skal inkluderes. [...]

[...] Serviceavtalen for de tre nye modulene startet å løpe den 01.05.09. Den årlige servicekostnaden for de tre modulene er kr. 222 549. (For perioden 01.05.09-30.04.10 = kr 222 549, og for perioden 01.05.10-30.04.11 = kr 222 549.)

[...]

Prisen for årlig service før utvidelsen var 395 820 kr. [...]

[...]

I 2008 (året før de nye modulene ble installert) var forbruket på forbruksmateriell på ca 16 millioner kr. Forbruket for 2009 var på ca 19 millioner kr og i 2010 i ca 20 millioner kr. Som det fremgår i vårt prosesskriv av 21.01.11 har prisene på materiellet gått ned. Hovedgrunnen til at totalkostnaden har gått opp fra 2008 til 2010 er den generelle økning i prøvemengden som man ser hos både Helse Bergen HF og andre helseforetak. Det er en generell utvikling i retning av at det tas flere prøver. Analyseantall på hver av de opprinnelige komponenter har økt."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Klager anfører at innklagede, ved å ha fått levert tre nye moduler samt byttet ut åtte gamle enheter med nye, har foretatt ulovlige direkte anskaffelser. Det vises til at anskaffelsene ikke har vært kunngjort og at innklagede ikke har hjemmel i de eksisterende avtalene til å foreta nevnte leveranser. Påstanden om at valgte leverandør, gjennom serviceavtalen, hadde ansvar for å forestå flyttingen av instrumentene til det nye laboratoriebygget, fremstår som fullstendig udokumentert. Innklagede har vist til en rekke eldre serviceavtaler, uten at disse kan sees å ha betydning for saken. Av dokumentasjonen fremgår det at gjeldende serviceavtale er en helt ordinær serviceavtale, bransjens standardavtale, der det er avtalt rutinemessig vedlikehold av instrumentene.

Vedrørende utskifting av eksisterende moduler

- (15) Valgte leverandør mottar betaling for de åtte gamle enhetene som er byttet ut med nye, og det foreligger således en anskaffelse som er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Det vises til at det ikke er ukjent at instrumenter betales gjennom betaling for forbruk. I bransjen sier man at organiseringen av vederlaget for instrumenter er et rentespørsmål. Dersom leverandøren tar kapitalkostnaden, blir reagensene tilsvarende dyrere. Mange leverandører setter ut sine instrumenter uten vederlag, og får da betaling gjennom levering av forbruk/reagenser. Av de fremlagte avtalene kan klager ikke se hvorvidt prisene for reagenser er de samme hele veien, eller om disse er justert for å

dekke opp noe av kostnadene leverandøren har ved å levere fra seg tre helt nye moduler uten betaling.

- (16) I tillegg er enhver forlengelse av leveringstiden for reagenser en inntektskilde for leverandøren, og således en betaling for instrumentene. I denne sammenhengen blir levetiden for de gamle instrumentene viktig, og innklagedes argumentasjon vedrørende instrumentenes levetid må sees i lys av dette. Det vises til innklagedes brev 2. oktober 2009 hvor det opplyses om forventet levetid, jf. premiss (11). Innklagedes egen vurdering tilsier at instrumentene skulle byttes ut trolig allerede ved slutten av 2010, men senest medio 2011. På tross av denne levetidsutsikten inngår innklagede en låneavtale ut 2011, med mulighet for forlengelse. Partene har ved dette tatt høyde for at instrumentene kan bli stående lengre enn tre år. Dette samsvarer ikke med det innklagede tidligere har opplyst om at nye instrumenter skal anskaffes i 2011 og at låneavtalen ikke vil påvirke denne prosessen. Innklagede har på denne måten sikret valgte leverandør en lengre periode med inntekter fra reagenser og serviceavtale.

Vedrørende utvidelse av instrumentpark med en P- og E-modul og en MPA-modul

- (17) Anskaffelsen av de tre nye instrumentene kan ikke skilles fra byttet av de gamle instrumentene, da det hele fremstår som en transaksjon. Innklagede betaler vederlag for de nye modulene, og leveransen er derfor en anskaffelse som faller inn under anskaffelsesregelverket. Det vises til at utvidelsen av instrumentparken har medført økt kapasitet i dette laboratoriet, og innklagede betaler dermed vederlag gjennom økt omsetning av reagenser og utvidet serviceavtale. Den utvidede kapasiteten har videre ført til at innklagede har blitt i stand til å overføre to tester fra instrumenter levert av en konkurrerende leverandør til den nye instrumentparken. Omsetningen av forbruk/reagenser til denne testen dreier seg om en størrelsesorden på 1 million kroner pr år. Denne omsetningen er i realiteten vederlag til leverandøren av den påklagede leveranse.
- (18) Vedrørende P- og E-modulene påpekes det at det kun er MPAen som er omtalt i låneavtalen, og det finnes således ingen skriftlig avtale om lån av P- og E-modulene. Innklagede kan derfor ikke dokumentere at disse er omfattet av låneavtalen, og det kan således foreligge betingelser som ikke er dokumentert.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (19) Det anføres videre at innklagede oppfyller skyldkravet. Det vises til at innklagede muntlig har opplyst om at de hadde konferert med jurist før transaksjonene ble gjennomført, noe som betyr at innklagede har hatt et bevisst forhold til at saken var problematisk. Etter klagers vurderinger har innklagede således bevisst gjort sine valg og forsøkt å omgå regelverket, og deretter forsøkt å holde dette skjult for omgivelsene.

Innklagedes anførsler:

- (20) Innklagede bestrider at det er foretatt ulovlige direkte anskaffelser.

Vedrørende utskifting av eksisterende moduler

- (21) Det anføres at avtalen om lån av nye moduler ikke er å anse som en anskaffelse som faller inn under anskaffelsesregelverket. Bakgrunnen for låneavtalen var at selve flyttingen av laboratorieutstyret innebar betydelige utfordringer for både innklagede og valgte leverandør, herunder blant annet risiko for feil og nedetid. Det var valgte leverandør som hadde ansvaret for å forestå flyttingen gjennom den løpende

fullserviceavtalen. I et møte mellom med valgte leverandør sommeren 2008, hvor flytteprosessen ble planlagt, tilbød valgte leverandør på denne bakgrunn å bytte ut de eksisterende modulene med nye moduler, i stedet for å flytte de opprinnelige instrumentene. Det er dermed kun tale om en ombytting av maskiner som allerede var anskaffet i samsvar med regelverket. Videre vises det til at det ikke er tale om en gjensidig bebyrdende kontrakt, jf. forskriften § 4-1 bokstav a. Under enhver omstendighet er det kun tale om et vederlagsfritt lån. Innklagede har ikke ytt noe gjenytelse for lånet av modulene. Ettersom regelverket ikke kommer til anvendelse på nevnte anskaffelse, så avvises det at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Det understrekes at utskiftningen ikke har innebåret noen forlengelse av leverandørens engasjement, og at anskaffelsesprosess for nye analyseinstrumenter skal gjennomføres ved utløpet av de opprinnelige modulers levetid. Utskiftningen har ingen påvirkning for den aktuelle leverandørs konkurrenter, verken i volum eller varighet.

Vedrørende utvidelse av instrumentpark med en P- og E-modul og en MPA-modul

- (22) Innklagede anfører at avtalen om lån av en ekstra P- og E-modul samt lån av en MPA-modul ikke faller inn under anskaffelsesregelverket, da det ikke foreligger en gjensidig bebyrdende avtale, jf. forskriften § 4-1 bokstav a. Utvidelsen av instrumentparken innebærer dermed heller ingen ulovlig direkte anskaffelse. Alle de tre nye modulene, herunder P- og E-modulene, er regulert av avtalen om lån, jf. avtalen punkt 3 første avsnitt gjengitt i premiss (2). MPA-modulen er utlånt av valgte leverandør som en prøveordning for at innklagede skal kunne danne erfaring med om en slik støttefunksjon skal integreres i kravspesifikasjonen ved den kommende anskaffelsesprosessen som er planlagt ved utløpet av de opprinnelige modulers levetid. Innklagede har ikke ytt vederlag for lånet. Videre understrekes det at maskinen ikke påvirker konkurransesituasjonen i forhold til leverandørens konkurrenter.
- (23) Subsidiært anføres det at forskriften § 2-1 (2) bokstav d gir hjemmel for å foreta anskaffelsen uten kunngjøring. I lys av utviklingen i rekvirentens behov var backup-kapasiteten uforsvarlig, og det ble nødvendig å utvide med de to nye P- og E-modulene for å sikre pasientenes liv og helse.
- (24) Videre anføres det at forskriften § 2-1 bokstav a gir unntak for kunngjøringsplikten hvor anskaffelsen bare kan *"foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett"*. De tre aktuelle modulene kunne bare anskaffes hos én leverandør. Som det er beskrevet er hele instrumentparken bygget opp omkring valgte leverandørs modular-konsept. Det var således ikke mulig å sikre den nødvendige backup-kapasiteten på noen annen måte enn gjennom å kople til de to nye P- og E-modulene.
- (25) Til slutt tilbakevises klagers anførsel om at det er ytt vederlag til valgte leverandør gjennom økning av priser på reagenser, eventuelt at vederlag er ytt gjennom at levetiden på maskinene er forlenget. Pris for reagenser er regulert i egen avtale om forbruksmateriell, og de har i denne perioden blitt redusert. Låneavtalen har ikke medført noen forlengelse av valgte leverandørs engasjement hos innklagede. De opprinnelige analysemodulene hadde en forventet levetid frem til minst 2011.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (26) Innklagede har gjennom lovlige anskaffelsesprosesser anskaffet en omfattende og verdifull instrumentpark. Forventet levetid på instrumentparken er i overkant av ti år. Det ligger i sakens natur at de tilhørende service- og utstyrsavtaler må være relatert til

instrumentenes levetid. Dersom regelverket skal tolkes slik at de hindrer de justeringer som innklagede har foretatt, ville det innebære at innklagede måtte kassere instrumentparken før utløpet av instrumentenes levetid. En slik regelforståelse strider mot loven § 1, hvor det fremgår at et av regelverkets hovedformål er å sikre god utnyttelse av offentlige midler. Anskaffelsene er foretatt lojalt for å oppfylle nettopp dette formål, og bygger på en aktsom tolkning av regelverkets rekkevidde.

- (27) Dersom klagenemnda skulle komme til at det er foretatt anskaffelser i strid med anskaffelsesregelverket, anføres det at innklagede ikke oppfyller skyldkravet i lovens § 7b. Innklagede har gjennom hele prosessen hatt regeletterlevelse i fokus, og har vært bevisst på at utlånsavtalen ikke skal gi valgte leverandør noen fordeler, verken gjennom økte priser eller forlenget kontraktperiode. Innklagedes internjulist foretok en vurdering av hvorvidt en slik avtale kunne foretas i tråd med regelverket, og fant at avtalen ikke ville innebære noe brudd på regelverket. At innklagede har forsøkt å kvalitetssikre at man i denne saken som ellers overholder regelverket, kan vanskelig legges til grunn som bevis for at man bevisst har forsøkt å omgå regelverket. Videre vises det til at en eventuell overtredelse ikke kan anses for å være av grov karakter. Innklagede hevder både å ha gjort forsvarlige vurderinger og å ha opptrådt lojalt for å sikre effektiv ressursutnyttelse. Dette forhold taler for at det under enhver omstendighet ikke bør ilegges overtredelsesgebyr.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå en avtale om lån av laboratorieutstyr med valgte leverandør. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker.
- (29) Det følger av klagenemndforskriften § 13a andre ledd at en klage på ulovlig direkte anskaffelse *"kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd"*. Av loven § 7b tredje ledd følger det at adgangen til å ilegge gebyr *"bortfaller to år etter at kontrakt er inngått"*. Foreliggende klage refererer seg til en kontrakt inngått 8. desember 2008. Saken ble brakt inn for klagenemnda 6. juli 2010, klagen er således rettidig.
- (30) Av loven § 7b første ledd følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært 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.
- (31) Låneavtalen som ble inngått mellom innklagede og valgte leverandør i desember 2008 innebar at åtte tidligere anskaffede moduler ble byttet ut med nye, og at innklagede i tillegg fikk utvidet instrumentparken med tre nye moduler. Det er dermed to elementer ved avtalen, som det er hensiktsmessig å vurdere separat i forhold til spørsmålet om det er foretatt ulovlige direkte anskaffelser, herunder om leveransene skulle vært kunngjort.

Hvorvidt utskiftingen av eksisterende moduler representerer en ulovlig direkte anskaffelse

- (32) Klager har anført at innklagede, ved å bytte ut åtte gamle instrumentenheter med nye uten forutgående kunngjøring, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Klager har vist til at innklagede ikke hadde hjemmel i eksisterende avtaler til å foreta utskiftningen, og at innklagede har ytt vederlag for leveransen gjennom betaling av forbruksartikler. Det første spørsmålet for klagenemnda blir om utskiftingen av de eldre instrumentene med nye instrumenter representerer en ulovlig direkte anskaffelse.

- (33) Innklagedes opprinnelige moduler ble anskaffet ved anbudskonkurranser gjennomført i perioden 1999 til 2003. Da det nye laboratoriebygget var ferdig, skulle instrumentene flyttes til det nyoppførte bygget. Valgte leverandør ble gjennom fullserviceavtalen involvert i prosessen, og hadde ansvar for å forestå flyttingen av instrumentene. I et planleggingsmøte sommeren 2008 tilbød valgte leverandør å bytte ut de eksisterende modulene med nye moduler, i stedet for å gjennomføre flytteprosessen. Dette var i følge innklagede en bedre løsning for begge parter, særlig med tanke på å minimere risiko for nedetid og feil. Det fremgår av låneavtalen punkt 3 *"Ikrafttredelse, varighet og opphør"* at denne oppgraderingen var kostnadsfri for innklagede.
- (34) Etter nemndas syn må det i stor grad være opp til leverandøren å avgjøre hvordan forpliktelser etter en fullserviceavtale utføres. I foreliggende sak stod partene ovenfor en omfattende flytteprosess. Innklagede har opplyst at det var risiko for både feil og nedetid i forbindelse med flyttingen. Det at partene fant det mest hensiktsmessig å installere nye moduler i det nye laboratoriebygget i stedet for å flytte de eldre modulene, må anses som en forsvarlig måte å håndtere flytteprosessen på og innenfor valgte leverandørs valgfrihet. Ettersom innklagede har opplyst at utskiftingen ikke vil innebære noen forlengelse av valgte leverandørens engasjement, og at anskaffelsesprosess for nye analyseinstrumenter skal gjennomføres ved utløpet av de opprinnelige modulers levetid, kan sekretariatet ikke se at en slik ombytting påvirker avtaleforholdet mellom innklagede og valgte leverandør. Utskiftingen har ingen konsekvenser for de løpende avtalene om service og levering av forbruksmateriell, og nemnda kan dermed ikke se at innklagede har betalt et vederlag for de nye maskinene. Innklagede har videre opplyst at utskiftingen ikke vil påvirke valgte leverandørs konkurrenter, verken i volum eller varighet. På denne bakgrunn kan klagenemnda ikke se at utskiftingen av de åtte eldre modulene representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Hvorvidt utvidelsen av instrumentparken representerer en ulovlig direkte anskaffelse

- (35) Klager har videre anført at innklagede, ved å utvide instrumentparken med en E- og P-modul samt en MPA, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Det er vist til at innklagede har ytt vederlag for leveransene gjennom økt omsetning av reagenser og utvidet serviceavtale, og at anskaffelsen dermed faller inn under anskaffelsesregelverket.
- (36) Det fremgår av låneavtalen punkt 3 *"Ikrafttredelse, varighet og opphør"* at installeringen av de tre ny maskinene er et *"kostnadsfritt lån"* og at instrumentene er valgte leverandørs eiendom. Som innklagede har anført er selve låneavtalen isolert sett dermed ingen gjensidig bebyrdende avtale, og avtalen omfattes følgelig ikke av regelverket for offentlige anskaffelser, jf. forskriften § 4-1 bokstav a. Konsekvensen av at innklagede låner tre nye maskiner er imidlertid økt bruk av forbruksmateriell og at serviceavtalen utvides. Dette innebærer økte inntekter for valgte leverandør på disse områdene. Slik klagenemnda ser det blir det avgjørende spørsmålet derfor om lånet av tre nye instrumenter medfører at avtaleforholdet mellom innklagede og valgte leverandør er blitt vesentlig endret, slik at det i realiteten er inngått nye avtaler som skulle vært kunngjort for konkurranse.
- (37) Av EU-domstolens praksis er domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (presstext) sentral, hvor det i premiss 34 til 37 gis eksempler på hva som vil anes som vesentlige endringer:
- "34 Med henblik på at sikre gennemsiktighet i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den*

periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer (jf. i denne retning dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 44 og 46).

35 En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.

36 Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri. Sidstnævnte fortolkning bekræftes af artikel 11, stk. 3, litra e) og f), i direktiv 92/50, ifølge hvilken der for offentlige tjenesteydelsesaftaler, der udelukkende eller for størstedelens vedkommende vedrører de i bilag I A opførte tjenesteydelser, pålægges begrænsninger i relation til det omfang, hvori ordregivende myndigheder kan benytte forhandling med henblik på tildeling af tjenesteydelser, som supplerer dem, der var genstand for den oprindelige aftale.

37 En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.”

- (38) Av klagenemndas praksis følger det videre at inngåelse av en avtale med et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort, kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/5. For å ta stilling til om det foreligger en vesentlig endring må det dermed foretas en konkret helhetsvurdering av avtaleforholdet før og etter endringen.
- (39) Innklagede har opplyst at de årlige serviceutgiftene før de nye modulene ble installert var 395 820 kroner, og at serviceutgiftene knyttet til de tre nye instrumentene utgjør en økning på 222 549 kroner årlig. De årlige utgiftene knyttet til forbruksmateriell før de nye instrumentene ble installert var ca. 16 millioner kroner, mens utgiftene etter installeringen var 19 millioner kroner i 2009 og 20 millioner kroner i 2010. Økningen av utgifter knyttet til innstalleringen av de nye modulene, som altså representerer økte inntekter for valgte leverandør, er et ikke ubetydelig beløp. Dette kan isolert sett tale for at det foreligger en vesentlig endring, jf EU-domstolens sak C-454/06 (presstext) premiss 37. Nemnda har imidlertid tidligere lagt til grunn at endring av kontraktsomfang, som påvirker prisen, i seg selv ikke kan være avgjørende, jf. sak 2010/179 premiss (66). I nevnte sak var omfanget av en kunngjort kontrakt om prosjektering og bygging av en ny arm til en rundkjøring, nye parkeringsplasser og en ny kulvert endret slik at prosjektet ble kostnadmessig redusert med over 50 prosent. Basert på de andre momentene i saken kom nemnda til at endringen ikke var vesentlig, til tross for at endringen medførte at kontraktssummen ble betydelig redusert.
- (40) Ettersom de opprinnelige modulene ble anskaffet for ca. ti år siden, er det vanskelig for nemnda å ta stilling til om andre leverandører ville ha deltatt, eller vunnet konkurransen, dersom anskaffelsen opprinnelig hadde blitt kunngjort med det omfang anskaffelsen nå har fått. Anskaffelsens art innebærer imidlertid et langvarig avtaleforhold, der det naturlig vil oppstå et behov for endringer og justeringer i løpet av

kontraktsperioden. Det vises til at instrumentene har en antatt levetid på minst ti år. Selv om det kan stilles spørsmål ved om innklagede, på tidspunktet for kunngjøringene, burde tatt høyde for at det senere kunne oppstå behov for å utvide instrumentparken, må det til en viss grad være rom for tilpassninger av offentlige kontrakter til endrede eksterne forhold uten at det må gjennomføres en ny konkurranse, jf. blant annet klagenemndas sak 2005/40 premiss (30) og 2010/79 premiss (67). Det kan være vanskelig å forutsi prøvemengden ti år frem i tid. Slike tilpassninger blir først ulovlige når de innebærer en vesentlig endring av kontrakten. Valgte leverandør leverer fremdeles de samme varer og tjenester som tidligere, men nå til 11 instrumenter i stedet for åtte. De foretatte endringene i denne saken innebærer imidlertid ikke at avtaleforholdet mellom valgte leverandør og innklagede får et utvidet omfang ved at det inkluderes nye former for tjenesteytelser. Dette taler mot at det foreligger en vesentlig endring.

- (41) Innklagede trengte å utvide instrumentparken på bakgrunn av at rekvirentenes behov hadde endret seg de senere årene, herunder at prøvemengden hadde økt og at det forelå et behov for å sikre en forsvarlig back up-funksjon. Innklagedes alternativ til å inngå låneavtalen ville ha vært å kunngjøre en ny konkurranse for kjøp av analyseinstrumenter på et tidligere tidspunkt enn planlagt, noe som ville innebære at instrumentparken måtte kasseres før utløpt levetid. Et slikt utfall ville ikke ha sikret *"en mest mulig effektiv ressursbruk"* av offentlige midler, jf. loven § 1. Innklagede har opplyst at låneavtalen ikke vil forlenges utover det som fremgår av avtalen, og at den ikke vil påvirke den planlagte anbudskonkurransen for innkjøp av ny instrumentpark som skal gjennomføres ved utløpet av de opprinnelige maskiners levetid. Klagenemnda forutsetter at det opplyste forprosjektet fullføres og at innklagede gjennomfører den planlagte anbudskonkurransen i løpet av 2011, slik at låneavtalen kommer til et opphør ved utløpet av de opprinnelige instrumentenes levetid.
- (42) Basert på ovennevnte er nemnda etter en konkret helhetsvurdering, hvor det avgjørende har vært at avtaleforholdet mellom partene ikke er utvidet verken i tid eller med nye former for tjenesteytelser, og at løsningen fremstår som hensiktsmessig og i tråd med lovens formål, kommet til at det ikke foreligger en vesentlig endring av avtaleforhold mellom partene i foreliggende sak.

Konklusjon:

Helse Bergen HF har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelse av en avtale om lån av diverse laboratorieinstrumenter. Klagers anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

14. mars 2011

Andreas Wahl