



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har inngått avtaler med Multitransporten Norge AS om transporttjenester i forbindelse med levering av mat til Kvam herad, Stord kommune, Voss kommune og Stiftelsen Bergensklinikkene. Klager har anført at anskaffelsene av transporttjenester fra Multitransporten Norge AS har blitt gjennomført som ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant at innklagedes avtaler med Multitransporten Norge AS måtte anses som separate anskaffelser, og besluttet at saken skulle deles opp i fire separate saker. Angjeldende sak behandler klage på ulovlig direkte anskaffelse av transporttjenester i forbindelse med matlevering til Kvam herad. Ettersom klagenemnda kom til at klagen ikke var rettidig fremsatt i henhold til kravet om fremsettelse av klage to år etter kontraktsinngåelse i loven § 7b (2), var adgangen til å ilegge gebyr bortfalt, jf. loven § 7b (3).

Klagenemndas avgjørelse 9. mai 2011 i sak 2010/312

Klager: VIP Norge AS

Innklaget: Helse Bergen HF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

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

Bakgrunn:

- (1) Helse Bergen HF (heretter kalt innklagede) trådte høsten 2007 – i forbindelse med at selskapet ble avviklet - inn i samtlige kontrakter som Bergen Matforsyning AS hadde inngått med forskjellige aktører. En av kontraktene som innklagede trådte inn i var en kontrakt om kjøp av transporttjenester fra Multitransporten Norge AS (heretter kalt Multitransporten, som også er valgte leverandør). Selskapet var tidligere benevnt Multi Trans Norge AS. Ved brev av 9. november 2010 fra VIP Norge AS er innklagede blitt klaget inn med påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med kjøp av transporttjenester fra Multitransporten.
- (2) Kontrakten om transporttjenester mellom Bergen Matforsyning AS og daværende Multi Trans Norge AS, ble inngått 7. april 2003. Kontraktperioden var fra 1. mai 2003 til 31. mars 2006, med mulighet for forlengelse inntil 2 år. Innklagede har opplyst at kontrakten utløp 31. mars 2008, og at den ikke er blitt forlenget i etterkant av dette.
- (3) Innklagede har inngått tre separate kontrakter om matproduksjon og transportlevering med Kvam herad, Stord kommune og Voss kommune i perioden høsten 2007 til høsten 2009. I den forbindelse har innklagede tildelt Multitransporten den delen av de respektive kontraktene som omhandler transporttjenester. I det følgende vil transportoppdragene som innklagede har inngått med Multitransporten bli nærmere beskrevet:

Transportoppdrag for Kvam herad

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

- (4) Kvam herad kunngjorde 24. august 2007 en åpen anbudskonkurranse for leveranse av mat til pleie- og omsorgsinstitusjoner i kommunen. Oppdraget inkluderte nødvendig transport av maten til de aktuelle pleie- og omsorgsinstitusjonene. I et notat datert 14. august 2007, som var vedlagt konkurransegrunnlaget, fremkommer følgende vedrørende avtaleperioden og omfanget av kontrakten:

"Kontrakten skal gjelde frå 1. april 2008 til 31. mars 2011. Kvam herad har opsjon på forlenging av kontrakta til 31. mars 2013 med eit eller to år om gangen.

[...]

Totalkostnad for anskaffinga er vurdert til å vere over NOK 1,7 mill."

- (5) Innen tilbudsfristen den 10. oktober 2007 mottok Kvam Herad ett tilbud. Dette var fra innklagede, som ble tildelt kontrakt. Kontrakt mellom innklagede og Kvam herad ble inngått 11. februar 2008, men kontraktsperioden var 1. april 2008 til 31. mars 2011.
- (6) I forbindelse med inngivelse av tilbud i anbudskonkurransen, forespurte innklagede to leverandører, deriblant Multitransporten Norge om et pristilbud for transport av matleveransen. Innklagede sendte forespørselen 4. oktober 2007, altså i forkant av inngivelsen av tilbud til Kvam herad. Multitransporten innga tilbud den 10. oktober 2007. Det er ikke inngått noen formell skriftlig og undertegnet avtale mellom Helse Bergen HF og Multitransporten, men det er bekreftet av innklagede at Multitransporten ble gitt transportoppdraget.
- (7) I brev av 14. mars 2011, opplyste innklagede at avtalen med Multitransporten i forbindelse med transporttjenester i Kvam herad har løpt fra 1. april 2008 og vil opphøre 31. mars 2011, det vil si i samme periode som innklagede har hatt kontrakten med Kvam herad. Videre ble det i brev av 14. mars 2011 opplyst at verdien på avtalen i denne perioden er 850 000 kroner. I e-post av 17. mars 2011 ble det imidlertid opplyst at verdien på transportkontrakten er på ca 280 000 kroner per år over 3 år, altså 840 000 kroner til sammen. Uansett hvilke av verdiene som legges til grunn, vil denne altså overstige kr 500 000.

Transportoppdrag for Stord kommune

- (8) Stord kommune kunngjorde 19. februar 2009 en anbudskonkurranse for middagsproduksjon og – transport til institusjoner i kommunen. Innen tilbudsfristens utløp mottok Stord kommune ett tilbud, fra innklagede, som ble valgt som leverandør i konkurransen. Kontrakt mellom innklagede og Stord kommune ble underskrevet 15. juni 2009. Kontraktstiden var fra 1. juni 2009 til 1. juni 2013 med opsjon på ytterligere to år.
- (9) I forbindelse med inngivelse av tilbud i anbudskonkurransen, sendte innklagede en skriftlig prisforespørsel til Multitransporten om transport av mat. Selskapet innga et tilbud til innklagede ved e-post av 28. mars 2009. Det er ikke inngått en formell skriftlig og undertegnet avtale mellom Helse Bergen HF og Multitransporten, men det er bekreftet av innklagede at Multitransporten ble tildelt transportoppdraget.
- (10) I brev av 14. mars 2011 har innklagede opplyst at innklagedes transportkostnader til Multitransporten, i forbindelse med innklagedes kontrakt med Stord kommune i kontraktsperioden fra 1. juni 2009 til 1. juni 2011, forventes å bli 380 000 kroner til sammen. Det er videre opplyst at opsjonene i anbudskonkurransen ikke omfattes av avtalen med Multitransporten, og at videre transportoppdrag for å oppfylle denne kontraktsforpliktelsen derfor snarlig vil bli kunngjort.

Transportoppdrag for Voss kommune

- (11) Voss kommune kunngjorde 3. september 2009 en anbudskonkurranse vedrørende kjøp av middag og transport til Vossestrand omsorgstun og heimebuande. Innen tilbudsfristens utløp mottok Voss kommune ett tilbud, fra innklagede, og innklagede ble valgt som leverandør i konkurransen. Kontrakt mellom innklagede og Voss kommune ble underskrevet 14. november 2009. Kontraktstiden var fra 1. november 2009 til 31. oktober 2011, med opsjon for ytterligere ett år.
- (12) I forbindelse med inngivelse av tilbud i anbudskonkurranse, forespurte innklagede Multitransporten om et pristilbud på transportdelen av kontrakten. Selskapet innga et tilbud til innklagede ved e-post 27. september 2009. Det er ikke inngått formell skriftlig og undertegnet avtale mellom Helse Bergen HF og Multitransporten, men det er bekreftet av innklagede at selskapet har utført transportdelen av oppdraget for innklagede.
- (13) I brev av 14. mars 2011 har innklagede opplyst at transportkostnadene til Multitransporten i forbindelse med innklagedes kontrakt med Voss kommune forventes å bli totalt 176 000 kroner i kontraktperioden fra 1. november 2009 til 31. oktober 2011.
- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 9. november 2010.
- (15) Innklagede ble varslet ved klagenemndas brev av 12. november 2010.

Ytterligere transport oppdrag.

- (16) Klager presiserte i e-post av 8. april 2011 til klagenemndas sekretariat at klagen om ulovlig direkte anskaffelse gjaldt avtaleforholdet mellom innklagede og Multitransporten generelt, og ikke bare transportoppdragene innklagede hadde inngått med Multitransporten i forbindelse med levering av mat til Kvam herad, Voss kommune og Stord kommune. Det ble vist til at innklagedes anskaffelser av transporttjenester fra Multitransporten måtte anses som et løpende kontraktsforhold.
- (17) På forespørsel fra sekretariatet samme dag om innklagede hadde en eller flere avtaler med Multitransporten, svarte innklagede følgende i e-post 11. april 2011: *"Det foreligger ingen overordnet avtale mellom Helse Bergen og Multitransporten."* Innklagede uttalte videre: *"Det gjøres oppmerksom på at Helse Bergen har en avtale om levering av mat til Stiftelsen Bergensklinikkene. Dette er en avtale som ble inngått i september 2009 og som løper ut i september 2011. Det er inngått avtale med Multitransporten om transport under denne avtalen. Multitransporten fakturerer Helse Bergen ca NOK 6000 eks. mva per måned for transport i henhold til avtalen. Total verdi i avtaleperioden er NOK 145.000 eks mva, og det foreligger ingen opsjoner. Ut over denne foreligger ingen avtaler med Multitransporten."*

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Klager anfører at innklagede som tilbyder i anbudskonkurranse i Kvam herad, Stord kommune og Voss kommune urettmessig er blitt tildelt kontrakt. Det vises til at innklagede tilskriver seg kompetanse innen spesialtransport som selskapet ikke har. Det er Multitransporten som innehar denne spesialkompetansen.

- (19) Klager anfører videre at tildelingen av transportoppdrag til Multitransporten i forbindelse med innklagedes oppfyllelse av kontrakt med Kvam herad, Stord kommune og Voss representerer en ulovlig direkte anskaffelse. I e-post av 8. april 2011 ble det presisert at anførselen omfattet alle transportoppdrag innklagede hadde tildelt Multitransporten. Det vises videre til at alle transportoppdragene Multitransporten utfører for innklagede er av samme art, og at de er faste og planlagte, og derfor må anses som et løpende kontraktsforhold. Klager viser til at det er sannsynlig at innklagede mottar en månedlig faktura for alle anskaffelsene samlet, og at det fremstår som merkelig dersom ikke alle oppdrag som Multitransporten utfører for innklagede skal sees på som samme anskaffelse ved beregning av terskelverdi. Ellers vil det være mulig for innklagede å splitte opp kontrakten i mange små kontrakter, fremfor en stor kontrakt. I følge klager skulle anskaffelsen vært konkurranseutsatt ved anbudskonkurranse.

Innklagedes anførsler:

- (20) Når det gjelder klagers anførsel om at innklagede urettmessig er blitt tildelt kontrakt i forbindelse med anbudskonkurranser foretatt av Kvam herad, Stord kommune og Voss kommune, anføres det at Helse Bergen HF er feil innklaget. Det er Kvam herad, Stord kommune og Voss kommune som er oppdragsgivere for disse kontraktene, og derfor rette innklagede i forbindelse med klage på eventuelle brudd på regelverket vedrørende disse anbudskonkurransene.
- (21) For så vidt gjelder anførselen om at innklagede har foretatt ulovlig direkte anskaffelse av transporttjenester fra Multitransporten ved ikke å ha kunngjort eller konkurranseutsatt disse, anføres det prinsipalt at innklagedes anskaffelser fra Multitransporten ikke er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Det vises til at når innklagede inngir tilbud i en offentlig anbudskonkurranse, opptrer selskapet som en tilbyder i et kommersielt marked. Regelverket for offentlige anskaffelser kommer ikke til anvendelse på kontrakter som har tilknytning til den del av oppdragsgivers virksomhet som drives kommersielt. I henhold til forskriften § 1-3 kommer regelverket kun til anvendelse ved tildeling av "*offentlige kontrakter*". Selv om transporttjenestene skal benyttes ved oppfyllelsen av en offentlig kontrakt, er ikke avtalen om kjøp av transporttjenestene i seg selv en "*offentlig kontrakt*". Disse kontraktene er kun å regne som underleverandøravtaler i forbindelse med innklagedes inngivelse av tilbud i anbudskonkurranser.
- (22) Dersom klagenemnda kommer til at forespørslene til Multitransporten er omfattet av anskaffelsesregelverket, anføres det subsidiært at anskaffelse av transporttjenester fra Multitransporten ved inngivelse av tilbud til henholdsvis Kvam herad, Stord kommune og Voss kommune, samt for transportoppdrag til Stiftelsen Bergensklinikkene, må vurderes som fire separate anskaffelser og dermed også vurderes hver for seg. Dette har følgende konsekvenser:
- (23) Klagen vedrørende ulovlig direkte anskaffelse av transporttjenester fra Multitransporten i forbindelse med matleveranser til Kvam herad må avvises, som følge av at kravet er foreldet. Kontrakten må anses inngått 7. april 2003, da det var på dette tidspunkt det ble inngått kontrakt mellom Bergen Matforsyning AS og Multitransporten om transport av mat. Innklagede overtok denne kontrakten av Bergen Matforsyning AS høsten 2007. Den eksisterende kontrakten om transport av mat som innklagede trådte inn i, ble forlenget mellom innklagede og Multitransporten frem til 31. mars 2008. Innklagede ble først informert om klagen til klagenemnda ved brev av 12. november 2010. Dersom det legges til grunn at kontrakten fra 2003 hjemler anskaffelsen av transporttjenester fra

Multitransporten, er kravet foreldet. Kravet er også foreldet dersom klagenemnda legger til grunn at avtalen mellom innklagede og Multitransporten først ble inngått høsten 2007. I begge tilfeller er forholdet påklaget mer enn to år etter at kontrakt ble inngått.

- (24) Klagen vedrørende matleveranser til Stord kommune er ikke kunngjøringspliktig, ettersom tilhørende anskaffelse av transporttjenester på anskaffelsestidspunktet samlet ble anslått til 380 000 kroner over en periode på to år. Anslaget over verdien på transporttjenesten var basert på informasjonen i konkurransegrunnlaget fra Stord kommune sammenholdt med tilbudet fra Multitransporten.
- (25) Klagen vedrørende matleveranser til Voss kommune er ikke kunngjøringspliktig, ettersom anskaffelsen av transporttjenester fra Multitransporten på anskaffelsestidspunktet ble anslått til kroner 176 000 over en periode på to år. Anslaget over verdien på transporttjenesten var basert på informasjonen i konkurransegrunnlaget fra Voss kommune sammenholdt med tilbudet fra Multitransporten.
- (26) Dersom klagenemnda skulle komme til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, har innklagede ikke utvist grov uaktsomhet. I tillegg vises det til at hensynene bak regelverket ikke gjør seg gjeldende i foreliggende sak, slik at overtredelsesgebyr av den grunn ikke bør ilegges.

Klagenemndas vurdering:

Innledning

- (27) I henhold til forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 (2), er klagenemndas kompetanse begrenset til å *"uttale seg om det er begått brudd"* på regelverket for offentlige anskaffelser av den offentlige oppdragsgiver som er innklaget i den aktuelle sak.
- (28) Klager har anført at innklagede urettmessig er tildelt kontrakt om transporttjenester i anbudskonkurranser avholdt av Kvam herad, Stord kommune og Voss kommune. Ettersom innklagede ikke er oppdragsgiver i denne relasjon, faller det utenfor klagenemndas kompetanse å uttale seg om hvorvidt det er begått brudd på anskaffelsesregelverket ved disse kontraktstildelingene. Klagers anførsel avvises i medhold av klagenemndsforordningen § 12 (2), jf. § 6.
- (29) Saken for nemnda gjelder dermed utelukkende spørsmålet om innklagede har begått ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med Multitransporten for utførelse av transportoppdrag. Anskaffelsen er en prioritert tjenestekontrakt, jf. vedlegg 5 kategori (2). Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt anskaffelsesregelverket får anvendelse på kontraktene innklagede har inngått med Multitransporten

- (30) Innklagede har prinsipalt anført at regelverket for offentlige anskaffelser ikke kommer til anvendelse på anskaffelsene som innklagede har foretatt fra Multitransporten, ettersom innklagede har opptrådt som en tilbyder i et kommersielt marked. Spørsmålet blir dermed om disse kontraktene er å regne som *"tildeling av offentlige kontrakter"*, og derved rammes av regelverket for offentlige anskaffelser.
- (31) I EU-domstolens sak C-393/06, hvor et selskap som var heleid av Wien kommune var innklaget for ikke å ha fulgt reglene for anbudsprosedyrer, ble det drøftet om direktiv 2004/17/EF (forsyningssektoren) og direktiv 2004/18/EF (klassisk sektor) kom til

anvendelse på kontrakter inngått av offentligrettslige organer i en situasjon der organet utøver virksomhet på konkurransevilkår. Domstolen viste til tidligere rettspraksis, samt henviste særlig til rettsikkerhets-, gjennomsiktighets- og forutberegnelighetshensyn, og la til grunn at de aktuelle direktivene kom til anvendelse på enhver kontrakt et offentligrettslig organ inngår innenfor den virksomheten som direktivene regulerer. Fra dommens premiss (59) hitsettes:

”Herefter skal det tredje spørgsmål besvares med, at de kontrakter, der indgås af et organ, der udgør et offentligretligt organ i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 2004/17 og direktiv 2004/18, der har forbindelse til virksomhed, som dette organ udøver inden for en eller flere af de sektorer, der er anført i artikel 3-1 i direktiv 2004/17, skal omfattes af de i dette direktiv fastsatte fremgangsmåde. Derimod er alle de øvrige kontrakter, der indgås af dette organ i forhold til udøvelse af anden virksomhed, omfattet af de i direktiv 2004/18 fastsatte fremgangsmåder. Begge disse to direktiver finder anvendelse uden sontring mellem den virksomhed, som nævnte organ udøver med henblik på at varetage opgaver af almen interesse, og den virksomhet, som det udøver på konkurrencevilkår, selv når det foreligger et regnskab, der har til formål at foretage en sektoropdeling av dette organs virksomhed med henblik på at undgå krydsfinansiering mellem disse sektorer.”

- (32) Ettersom det i denne EU-dom ikke skilles mellom den virksomheten til et offentligrettslig organ som er av forretningsmessig karakter, og den virksomheten som er av allmenn karakter, i spørsmålet om anvendelsen av anskaffelsesdirektivene, legger klagenemnda til grunn at regelverket for offentlige anskaffelser også får anvendelse for den delen av den offentlige oppdragsgivers virksomhet som gjelder forretningsvirksomhet. Det foreligger således ikke grunnlag for å bygge på en annen forståelse av regelverket for offentlige anskaffelser enn den som fremkommer av nevnte EU-dom, ettersom anskaffelsesregelverket er basert på implementering av EU- direktiv i klassisk sektor. Kontraktene med Multitransporten, som innklagede inngikk i forbindelse med oppfyllelse av anbudskontrakter hvor innklagede selv var tilbyder, og tildeling av kontrakt i forbindelse med transportoppdrag til Stiftelsen Bergensklinikkene, regnes altså som *”tildeling av offentlige kontrakter”*, og følger dermed lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Skriftlighetskravet

- (33) I henhold til lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b (1) 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”*.
- (34) Av forskriften § 1-3 (1) følger det at *”Denne forskrift får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter”*. Begrepet *”kontrakt”* er i forskriften § 4-1 bokstav a definert som en *”gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører”*. I klagenemndas saker 2010/1 premiss (52) og 2010/71 premiss (15) er det presisert at forskriften kun kommer til anvendelse hvor det er inngått en *”skriftlig”* kontrakt, eller hvor en *”skriftlig”* kontrakt skal inngås, jf. forskriften § 1-3 (1) sammenholdt med § 4-1 bokstav a. Imidlertid er det i begge sakene angitt en lav terskel for når skriftlighetskravet anses oppfylt. I sak 2010/1 premiss (64) ble det lagt til grunn at det forelå en skriftlig kontrakt ved at innklagede aksepterte valgte leverandørs skriftlige tilbud. I sak 2010/71 premiss (16) ble det lagt til grunn at skriftlighetskravet var oppfylt ved at en utløpt rammeavtale skisserte avtalevilkårene for den gjeldende, muntlige avtalen. Hva skriftlighetskravet innebærer, ble nærmere presisert i sak 2010/1 premiss (56) og (57):

”(56) Klagenemnda mener på dette grunnlag det ikke kreves mye før skriftlig kontrakt anses å foreligge. Som et utgangspunkt må det i hvert fall være tilstrekkelig at det er utarbeidet et skriftlig dokument som fastlegger hovedtrekkene i anskaffelsen og de mer sentrale elementer i partenes forpliktelser, som for eksempel pris. Således må et skriftlig tilbud som aksepteres, normalt være tilstrekkelig, hvilket også synes å være lagt til grunn av klagenemnda tidligere, jf. sak 2005/295 (KOFA – 2005 – 295). Om det ellers kan sies å foreligge en skriftlig kontrakt må avgjøres i hvert enkelt tilfelle.

(57) Faren for omgåelse av regelverket tilsier videre at det må oppstilles en presumpsjon for at oppdragsgivere har til hensikt å inngå skriftlig kontrakt, dersom man befinner seg på et område som har å gjøre med en kontraktstype der dette er vanlig praksis. Særlig ved anskaffelse over nasjonalt terskelverdi på 500 000 kroner vil det som det klare utgangspunkt måtte legges til grunn at det vil bli inngått en skriftlig avtale, og at forskriften derfor vil komme til anvendelse. I så fall skal det særdeles mye til før innklagede kan bli hørt med at det er aktuelt med muntlig avtale. Dette synes også å være lagt til grunn i teorien, jf. blant annet Dragsten/Lindalen, side 422 og Veilederen til reglene om offentlige anskaffelser, side 18”.

- (35) I samme sak, premiss (63) og (64), jf premiss (60), ble det lagt til grunn at innklagede hadde inngått skriftlig kontrakt med valgte leverandør ved å akseptere et skriftlig tilbud fra leverandøren som *”langt på vei”* kunne sees som en bekreftelse av den muntlige avtalen. Aksept av tilbudet skjedde ved at innklagede betalte fakturaer fra valgte leverandør, og klagenemnda fant at denne betalingen måtte anses som en aksept ved konkludent atferd.
- (36) Spørsmålet blir dermed hvorvidt det foreligger skriftlig kontrakt mellom innklagede og Multitransporten.
- (37) Innklagede har opplyst at det ikke foreligger skriftlige kontrakter i forbindelse med anskaffelsene av transporttjenester fra Multitransporten, men at avtalene baserer seg på skriftlige eller muntlige prisforespørsler fra innklagede om anskaffelse av disse transporttjenestene. Multitransporten har inngitt skriftlige tilbud på pris per matleveranse. Som fastslått i saken 2010/1, er skriftlighetskravet normalt oppfylt med et skriftlig tilbud som aksepteres. Da innklagede har anvendt, og betalt for, tjenestene til Multitransporten, er det klart at innklagede også i foreliggende tilfeller har akseptert tilbudene ved konkludent atferd og derigjennom inngått skriftlige kontrakter med Multitransporten om disse angitte anskaffelsene. Dette er heller ikke bestridt av innklagede. Innklagede har således bekreftet at det er anskaffet transporttjenester av Multitransporten for minst 840 000 kroner i forbindelse oppfyllelsen av kontrakten med Kvam herad, 380 000 kroner i forbindelse med oppfyllelsen av kontrakten med i Stord kommune, 176 000 kroner i forbindelse med oppfyllelsen av kontrakten med Voss kommune. I tillegg har innklagede opplyst at det er anskaffet transporttjenester for 145 000 kroner eksklusiv merverdiavgift i forbindelse med oppfyllelse av kontrakt med Stiftelsen Bergensklinikkene. Klagenemnda legger følgelig til grunn at det foreligger skriftlige kontrakter, slik at forskriften kommer til anvendelse. Skriftlige kontrakter forelå i hvert fall den dato da Multitransporten startet å utføre de forskjellige transportoppdragene for innklagede.

Hvorvidt det foreligger én eller flere anskaffelser

- (38) Loven § 7b (1) slår fast at med en ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er 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.

- (39) Klager har anført at alle transportoppdragene som innklagede har avtalt med Multitransporten, må vurderes samlet i forbindelse med spørsmålet om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Det er vist til at alle transportoppdragene er av samme art og er faste og planlagte.
- (40) Spørsmålet for nemnda er således om avtalene skal anses som én og samme anskaffelse, eller om de enkelte transportoppdragene er å anse som separate anskaffelser.
- (41) Klagenemnda finner at det i den sammenheng er relevant å se hen til bestemmelsene om beregning av anskaffelsens anslåtte verdi i forskriften § 2-3. Av forskriften § 2-3 følger det at *"Anskaffelsens anslåtte verdi beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, ekskl. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen."* Videre blir det i bestemmelsens fjerde ledd presisert at en planlagt anskaffelse av en bestemt ytelser ikke kan deles opp i den hensikt å unngå at forskriftens bestemmelser får anvendelse. I forskriften § 2-3 (11) er det angitt at vare- og tjenestekontrakter som inngås med regelmessige mellomrom, eller som skal fornyes innen et gitt tidsrom, skal beregnes på nærmere angitte måter.
- (42) I Veileder til reglene om offentlige anskaffelser av 2006 side 46 uttales det at *"Et naturlig utgangspunkt i vurderingen av hva som utgjør 'en anskaffelse' er om den planlagte anskaffelsen samlet har til formål å dekke et bestemt behov."* I EU-domstolens dom C-16/98 (Sydev) ble det uttalt at det må tas utgangspunkt i om de kontraktene det gjelder må anses for å dekke det samme tekniske og økonomiske behov. Saken gjaldt en bygge- og anleggsanskaffelse, og omhandlet både kontrakter om elektrisitetsforsyning og veibelysning, hvor kontraktene om elektrisitetsforsyning ble ansett for å tilhøre én og samme anskaffelse. I vurderingen ble det lagt vekt på at kontraktene måtte anses for å være sterkt avhengige av hverandre, at kontraktene var inngått omtrent samtidig, med den samme oppdragstakeren, at kontraktsytelsene var ensartete, og at arbeidene skulle utføres innenfor et felles geografisk område. Selv om kontraktene i det tilfellet gjaldt bygge- og anleggsarbeid, må det kunne legges til grunn at momentene for å vurdere hvorvidt flere kontrakter i et gitt tilfelle må anses for å tilhøre én og samme anskaffelse eller flere ulike anskaffelser, må antas å være relevante, også når kontraktene gjelder offentlige vare- eller tjenesteleveranser. Også i klagenemndas sak 2010/269 premissene (34) til (38), med videre henvisninger, er presisert at det skal legges vekt på hvorvidt avtalene er inngått med én oppdragstaker, om det er snakk om likeartede ytelser, og om avtalene er inngått på omtrent samme tidspunkt.
- (43) Når det gjelder spørsmålet om det foreligger én eller flere ulike anskaffelser i foreliggende sak, viser nemnda til at avtalen innklagede overtok av Bergen matforsyning AS i 2007 er avsluttet og ikke prolongert. Denne avtalen gir følgelig ikke grunnlag for å konkludere med at samtlige transportkontrakter innklagede har inngått med Multitransporten må anses for å utgjøre én anskaffelse, med hjemmel i denne avtalen.
- (44) Nemnda viser til at avtalene i herværende sak er inngått med én og samme leverandør, og at det gjelder likeartede ytelser, nemlig transporttjenester i forbindelse med matlevering til ulike pleie- og omsorgsinstitusjoner. Avtalene er imidlertid inngått med ulike oppdragstakere i ulike geografiske områder. Videre er kontraktsperiodene for de forskjellige transportoppdragene ikke sammenfallende. Denne saken skiller seg fra sak 2010/269 med videre henvisninger ved at innklagedes behov for tre av kontraktene oppsto suksessivt, etter hvert som innklagede vant nye anbudskonkurranser i rollen som tilbyder i disse konkurransene. Ettersom konkurransene representerer forskjellige

anskaffelser, er det naturlig at innklagedes bruk av Multitransporten for transport ved de ulike oppdragene anses som separate anskaffelser. Innklagede kunne således ikke selv planlegge eller forutse når behovet for nye transporttjenester fra Multitransporten skulle oppstå. Det er på den bakgrunn heller ikke grunnlag for å konstatere at nevnte kontrakter gjelder tjenestekontrakter som innklagede inngår med regelmessige mellomrom i henhold til forskriften § 2-3 (11), ettersom innklagede ikke er oppdragsgiver for de kontraktene som utløser transportoppdragene, og således heller ikke bestemmer når disse kontraktene og kontraktene med Multitransporten skal inngås.

- (45) Nemnda legger etter dette til grunn at innklagedes kjøp av transporttjenester av Multitransporten for henholdsvis Kvam herad, Stord kommune, Voss kommune og Stiftelsen Bergensklinikkene utgjør fire separate anskaffelser. På den bakgrunn vil nemnda her behandle innklagedes kontrakt med Multitransporten for transport i Kvam herad fra 1. april 2008 til 31. mars 2011, mens de øvrige anskaffelsene som er klaget inn, vil bli behandlet i tre separate saker.

Transporttjenester til Kvam herad – spørsmål om klagen er rettidig

- (46) Av klagenemndforskriften § 13a følger det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov om offentlige anskaffelser § 7b (3). Det fremkommer av denne bestemmelsen at adgangen til å illegge gebyr *"bortfaller to år etter at kontrakt er inngått"*, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Slik meddelelse ble gitt ved klagenemndas brev av 12. november 2010.
- (47) I foreliggende sak er det på det rene at Multitransporten startet å utføre transportoppdraget for innklagede 1. april 2008. Dette er om lag 2 år og 7 måneder før klagenemnda meddelte innklagede at det var mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klagefristen for aktuelle kontrakt er dermed i utgangspunktet oversittet.
- (48) Klagenemnda har imidlertid tidligere lagt til grunn at klagefristen i enkelte situasjoner kan ansees overholdt selv om klage er blitt fremsatt senere enn hovedregelen om to år fra kontraktsinngåelse. I disse situasjonene har klagenemnda funnet at manglende oppsigelse av løpende og langvarige avtaler kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, fordi innklagede etter omstendighetene har en plikt til å si opp en avtale som er/har blitt ulovlig. Dersom oppdragsgiver forsømmer denne plikten, vil dette kunne likestilles med inngåelse av nye avtaler, som igjen kan utgjøre ulovlige direkte anskaffelser, jf. klagenemndas saker 2007/19, 2009/144, 2009/246, 2010/4, 2010/222, 2010/338 og 2010/361.
- (49) I denne saken foreligger det en tidsbestemt kontrakt på i underkant av tre år. Det er opplyst at kontrakten ikke inneholder bestemmelser om oppsigelse, og at innklagede ikke har anledning til å innløse opsjon. Hovedregelen i slike tilfeller er at oppdragsgiver ikke kan klandres for ikke å ha brakt kontrakten til opphør, og det kan følgelig heller ikke konstateres noen oppsigelsesplikt. Med dette tar klagenemnda imidlertid ikke stilling til hvor langvarig en slik tidsbestemt kontrakt kan være uten at kravet til reell konkurranse i loven § 5 utløser en oppsigelsesplikt. Hovedregelen om at gebyrmyndigheten bortfaller *"to år etter at kontrakt er inngått"*, legges følgelig til grunn. Da innklagede ble meddelt klagen 12. november 2010, og kontrakt med Multitransporten om transporttjenester i forbindelse med matlevering til Kvam herad var virksom senest fra 1. april 2008, er det klart at innklagede fikk underretning om klagen senere enn to år etter kontraktsinngåelse.

(50) På denne bakgrunn finner nemnda at klagen ikke er rettidig fremsatt etter loven § 7b (3), jf. klagenemndforskriften § 13a.

Konklusjon:

Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse av transporttjenester i forbindelse med oppfylling av kontraktsforpliktelse overfor Kvam herad er ikke rettidig fremsatt, jf. loven § 7 b (3), jf. klagenemndforskriften § 13a.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

9. mai 2011

Georg Fredrik Rieber-Mohn