



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av tolketjenester. Klagenemnda kom til at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkteanskaffelse og at kravet til kunngjøring i forskriften § 9-1 var overtrådt. Det var ikke grunnlag for illeggelse av overtredelsesgebyr ut fra en skjønnsmessig vurdering av overtredelsens manglende grovhet og andre forhold ved overtredelsen.

Klagenemndas avgjørelse 22. desember 2010 i sak 2010/71

Klager: Kommuneadvokaten i Kristiansand kommune

Innklaget: Sørlandet sykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Georg Fredrik Rieber-Mohn, Bjørg Ven og Tone Kleven

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

Bakgrunn:

- (1) Oslo Universitetssykehus HF kunngjorde 11. mars 2005 en åpen anbudskonkurranse vedrørende rammeavtale for levering av tolketjenester til helseforetakene under helse Sør RHF. Innklagede var omfattet av rammeavtalen.
- (2) Innklagede har ikke fremlagt konkurransegrunnlaget, som var utarbeidet av Oslo Universitetssykehus. Det er imidlertid opplyst at avtaleperioden i henhold til konkurransegrunnlaget var 2 år, med opsjon på prolongering for ytterligere 2 år.
- (3) Kontrakt ble signert av Noricom Tolke- og Translatørtjeneste AS (heretter kalt Noricom eller valgte leverandør) 20. desember 2005 og av innklagede 6. januar 2010. Av kontrakten fremgår det at avtalen gjelder i perioden: "Fra og med 01.01.06 til og med 31.12.08 med opsjon til årlig forlengelse i ytterligere 2 år". Videre fremgår det av kontrakten at Tolketjenesten i Kristiansand kommune er en sekundær avtaleleverandør til innklagede.
- (4) Klager forespurte innklagede i brev av 10. november 2009 og 20. januar 2010 om når det ville bli kunngjort en ny konkurranse vedrørende tolketjenester.
- (5) Innklagede har ikke besvart disse henvendelsene fra klager.
- (6) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 22. mars 2010.
- (7) Innklagede ble varslet ved brev 26. mars 2010.

- (8) På forespørsel fra Klagenemndas sekretariat har innklagede opplyst at rammeavtalen av 2005 utløp den 31. desember 2009, som følge av at det kun er blitt innløst opsjon på 1 års forlengelse av avtalen.
- (9) Videre har innklagede opplyst at eksisterende kontrakter, herunder eksisterende avtalevilkår, henholdsvis med Noricom og klager ble forlenget muntlig i januar 2010. Innklagede har i tillegg fremlagt dokumentasjon på at det i perioden 1. januar til og med november 2010 er blitt anskaffet tolketjenester direkte fra Noricom for ca 2 588 209 kroner. og fra klager for ca 116 041 kroner, dvs. totalt ca 2 704 250 kroner. Tjenestene er ikke belagt med merverdiavgift.
- (10) Innklagede har videre opplyst at det ble kunngjort en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelser av tolketjenester 7. juni 2010. Anskaffelsen ble kunngjort som en uprioritert tjenesteanskaffelse etter forskriften del II, jf. Vedlegg 6 "*Uprioriterte tjenester*", (kategori 27). Avtaleperioden var oppgitt til å være 2 år, med opsjon for forlengelse med ytterligere 2 år (1 + 1år). Valg av Noricom som leverandør ble meddelt til tilbyderne i brev av 6. oktober 2010. Kontrakt ble signert av Noricom 24. november 2010 og av innklagede 29. november 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse fra og med 1. januar 2010 ved ikke å ha kunngjort konkurranse om tolketjenester. Det bes om at innklagede blir ilagt overtredelsesgebyr.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede erkjenner at det er foretatt direkte anskaffelser av tolketjenester fra valgte leverandør og klager i perioden januar – november 2010. Årsaken til at ny rammeavtale ikke er inngått før utløp av forrige rammeavtale 31. desember 2009, var at innklagede har vært omfattet av en regional Helse Sør- Øst avtale for oversettelse og tolketjenester. Siden målsettingen i det regionale helseforetaket er å få til et størst mulig omfang av felles kontrakter, trodde innklagede at ny avtale også skulle fremforhandles sentralt i helseforetaket. Det var først på et innkjøpsjefsmøte i Helse Sør- Øst 20. januar 2010 at det ble tatt en beslutning om at avtaler for tolketjenester skulle utarbeides lokalt. Innklagede beklager den usikkerhet dette har medført for klager.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse. 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 klagen er rettidig drøftes nedenfor.

Hvorvidt anskaffelsen omfattes av regelverket

- (14) I loven § 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*".

- (15) I klagenemndas avgjørelse i sak 2010/1 (gebyrsak) ble det i premiss (52) lagt til grunn at forskriften kun kommer til anvendelse der det er inngått, eller skal inngås, en skriftlig kontrakt, jf. forskriften § 1-3 (1) sammenholdt med § 4-1 bokstav a. Vedrørende spørsmålet om hva som kreves for at det skal foreligge en skriftlig kontrakt ble det uttalt følgende i 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. 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 og har å gjøre med en kontraktstype der dette er vanlig praksis. Særlig ved anskaffelser over nasjonalt terskelverdi på 500 000 kroner vil det som det klare utgangspunkt måtte legges til grunn at det vil bli inngått 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 Dragstien/Lindalen, side 422 og Veilederen til reglene om offentlige anskaffelser, side 18”.

- (16) I foreliggende sak har innklagede erkjent at det er anskaffet tolketjenester direkte hos valgte leverandør og hos klager med grunnlag i en muntlig avtale basert på den utløpte rammeavtalen av 2005, dvs. på samme avtalevilkår, og at det derigjennom er foretatt ulovlige direkte anskaffelser. Det foreligger således en skriftlig nedtegnelse av de avtalevilkår som skulle gjelde mellom partene i den nye kontrakten. Klagenemnda viser i tillegg til at det er presumpsjon for at foreliggende kontraktstype normalt inngås skriftlig, ettersom innklagede både har inngått rammeavtale vedrørende tolketjenester i 2005 og nå i 2010. Forholdet er heller ikke bestridt av innklagede. Klagenemnda finner på den bakgrunn at anskaffelsene, som er foretatt i perioden januar–november 2010, oppfyller skriftlighetskravet, jf. forskriften § 1-3 (1) og 4-1 bokstav a, og at anskaffelsene følger lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Hvorvidt det er adgang til å ilegge overtredelsesgebyr

- (17) Av klagenemnds forskriften § 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). I loven § 7b (3) fremgår det at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt i brev av 22. mars 2010, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev av 26. mars 2010.
- (18) Ettersom angjeldende klage gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse fra og med 1. januar 2010, kan klagenemnda etter dette i utgangspunktet ilegge gebyr for kontrakt(er)

om ulovlig(e) direkte anskaffelse(r) inngått i perioden 1. januar 2010 og frem til ny rammeavtale er signert, dvs. 29. november 2010.

- (19) Klagenemnda vil innledningsvis bemerke at innklagede ut i fra det som er fremlagt av opplysninger i saken, kunne ha innløst opsjon også for det siste avtaleåret i rammeavtalen av 2005. Ettersom det ikke fremgår av den signerte avtalen når dette senest skulle skje, legger klagenemnda til grunn at innløsning av opsjonen for dette siste året i så tilfellet måtte skje senest innen 31. desember 2009. Innklagede har opplyst at dette ikke er blitt gjort, og at det istedenfor er blitt inngått en muntlig avtale med henholdsvis klager og innklagede i januar 2010 på de samme avtalevilkår. Klagenemnda anser dermed at innklagede har inngått nye avtaler, og at disse avtalene ikke kan sees på som en forlengelse av rammeavtalen av 2005.
- (20) Basert på det faktum at disse anskaffelsene er foretatt som en forlengelse av den utløpte rammeavtalen om tolketjenester med både valgte leverandør og klager, dvs. på de samme avtalevilkår og med det samme innhold, finner nemnda at foreliggende avtaler må anses å tilhøre den samme anskaffelsen. Det er én type arbeider som er blitt levert av to leverandører til innklagede, jf. klagenemndas avgjørelser i sak 2008/55 og 2009/40. I tillegg vises det til at innklagede i den fremlagte dokumentasjon har betraktet anskaffelsene i foreliggende periode for å utgjøre én anskaffelse av tolketjenester.
- (21) På den bakgrunn er klagenemnda kommet til at tolketjenestene fra valgte leverandør og fra klager må anses for én anskaffelse, hvorav den totale verdien av anskaffelsen er på ca 2 704 250 kroner for foreliggende periode på 11 måneder. Denne anskaffelsen kan nemnda vurdere om utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, herunder om det er grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (22) 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”, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (23) Den aktuelle tjenesten gjelder tolketjenester, som er en uprioritert tjeneste etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser ”Vedlegg 6”, kategori 27. Anskaffelsens verdi i perioden overstiger nasjonal terskelverdi, og anskaffelsen følger da reglene i forskriften del I og del II, jf. § 2-1 (2) og (5). Plikt til å kunngjøre avtalen følger av forskriften § 9-1.
- (24) Forskriften § 2-1 (2) bokstav a – f regulerer uttømmende hvilke unntak fra kunngjøringsplikten som kan aksepteres når anskaffelsen er omfattet av forskriften og verdien av anskaffelsen er over 500 000 kroner og terskelverdiene angitt i forskriften § 2-2. Ingen av unntaksbestemmelsene er påberopt i foreliggende sak. Da verdien av anskaffelsen overstiger kunngjøringsgrensen, legger klagenemnda til grunn at innklagedes anskaffelse av tolkningstjenester i perioden 1. januar 2010 til 29. november 2010 utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

(25) Skyldkrav ved overtredelsesgebyr er i loven § 7b første ledd beskrevet som at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt ”forsettlig eller grovt uaktsomt”.

(26) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr.69 om offentlige anskaffelser er det nærmere redegjort for skyldkravet, hvorav følgende refereres:

”Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvitenskap som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og –innsikt.”

(27) Innklagede har i foreliggende tilfelle erkjent at det er foretatt ulovlige direkte anskaffelser i perioden januar – november 2010, og derved vært klar over at anskaffelsen var kunngjøringspliktig. Etter klagenemndas vurdering kan opplysningene om at innklagede trodde at ny avtale skulle fremforhandles sentralt i regionalt helseforetak, og at beslutningen om at anskaffelser for tolketjenester skulle utarbeides lokalt først ble tatt på et innkjøpssjefsmøte i Helse Sør- Øst 20. januar 2010, ikke fritta innklagede for sitt selvstendige innkjøper- ansvar, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2007/19 premiss (40). Klagenemnda finner dermed at innklagede var klar over at rammeavtalen av 2005 hadde en varighet på tre pluss ytterligere to år, dvs. at det var mulighet for å innløse opsjon også for det siste avtaleåret før avtaleperiodens utløp 31. desember 2009. Klagenemnda bemerker imidlertid at innklagede først ble klar over at anskaffelsene av tolketjenester skulle foretas lokalt etter at innkjøpssjefsmøtet var blitt avholdt, og at innklagede først ble bevisst fra det tidspunkt av at anskaffelsene fra valgte leverandør og klager innebar en ulovlig direkte anskaffelse. .

(28) Klagenemnda finner på den bakgrunn at innklagedes handlemåte var grovt uaktsom i perioden 1. januar 2010 og frem til 20. januar 2010, mens den har vært forsettlig i perioden etter dette. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

(29) Av loven § 7b første ledd fremgår det at oppdragsgiver ”kan” ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, ”forsettlig eller grovt uaktsomt” foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det særlig skal legges vekt på ”overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning”.

(30) Klagenemnda viser til at bakgrunnen for innføringen av overtredelsesgebyr var at det ble avdekket at mange kontrakter ikke ble kunngjort. I foreliggende tilfelle legges det derfor vekt på at innklagede har vært omfattet av forskriftsmessig inngått rammeavtale og at ny kontrakt vedrørende tolketjenester nå også er inngått etter at konkurranse har vært gjennomført på forskriftsmessig måte. Nemnda viser i tillegg til at en medvirkende årsak til at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse var at innklagede helt

frem til innkjøpssjefsmøtet i Helse Sør Øst 20. januar 2010 trodde at fremtidige anskaffelser vedrørende tolketjenester også skulle skje sentralt. Selv om innklagede har et selvstendig ansvar for å overholde anskaffelsesregelverket, tillegger nemnda dette momentet også betydelig vekt, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2007/19 premiss (44). Nemnda legger videre avgjørende vekt på at innklagede med hjemmel i rammeavtalen kunne ha innløst opsjon også for det siste avtaleåret, slik at avtaleperioden kunne vært gyldig forlenget til og med 31. desember 2010. Situasjonen er dermed ikke at innklagede har forsøkt å omgå regelverket ved å foreta en direkte tildeling uten å åpne for konkurranse, og det har således vært reell konkurranse om oppdraget, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2007/90 (premiss 52). I tillegg er det lagt vekt på at det i foreliggende tilfellet ikke er tale om gjentakelse av en ulovlig direkteanskaffelse, og at de preventive hensyn vil bli ivaretatt ved at nemnda har kommet til at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse som i seg selv utgjør et brudd på regelverket.

- (31) På denne bakgrunn er klagenemnda etter en skjønnsmessig helhetsvurdering kommet til at det ikke bør ilegges gebyr.

Konklusjon:

Sørlandet Sykehus HF har brutt kravet i forskriften § 9-1 (1) ved å unnlate kunngjøring av tolketjenester.

For klagenemnda,
22. desember 2010

Björg Ven