



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder påstand om ulovlige direkte anskaffelser av transporttjenester. Klagenemnda fant at manglende oppsigelse i seg selv ikke utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Adgangen til å ilegge gebyr var derfor foreldet.

Klagenemndas avgjørelse 28. oktober 2013 i sak 2011/252

Klager: Norges Miljøvernforbund

Innklaget: Finnmark fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Foreldelse

Bakgrunn:

- (1) Klagen gjelder anførsel om at Finnmarkfylkeskommune (heretter kalt innklagede) har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelse av to avtaler om landtransport og sjøtransport. Innklagede kunngjorde 21. desember 2006 at man hadde til hensikt å innlede forhandlinger med Finnmark Fylkesrederi og Ruteselskap AS om kjøp av tjenestene, men dette ble kun gjort ved en veiledende kunngjøring i Doffin-databasen.
- (2) Avtalene ble inngått med Finnmark Fylkesrederi og Ruteselskap AS 26. juni 2007, og gjelder utførelse av tjenestene i perioden 1. januar 2008 til 31. desember 2015. Veolia Transport Nord AS overtok senere kontraktene, og Boreal Transport Nord AS overtok kontraktene fra Veolia Transport Nord AS. Avtalene er ikke terminert.
- (3) Avtalene gjelder utførelse av store deler av de rutetransporttjenester som utføres i regi av innklagede. Om produksjonsomfanget som dannet grunnlag for forhandlingene er det i en innstilling fra fylkesordføreren av 7. mai 2007 uttalt at det er tale om 4,3 millioner rutekilometer for buss, 382 000 rutekilometer for hurtigbåt, og 80 000 rutekilometer for fylkesvegferge. Om avtalens verdi er det i dokumentene som er fremlagt for klagenemnda angitt at dette utgjør anslagsvis 750 millioner kroner for avtalen om landtransport, og anslagsvis 1 milliard kroner for avtalen om sjøtransport.
- (4) De to avtalene saken gjelder ble tatt opp som sak om brudd på EØS-avtalen og det utspant seg en omfattende skriftveksling mellom EFTAs Overvåkningsorgan ESA, Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet, og Finnmark fylkeskommune, der ESA hevdet at det for de to tildelingene dreide seg om en tjenestekontrakt som skulle vært åpnet for konkurranse i EØS-området. Yrkestransportlovens dagjeldende fakultative kunngjøringsregel § 8 var dermed ikke anvendelig (den er senere skjerpet). Saken endte med at regjeringen ved brev datert 14. desember 2010 erkjente traktatbrudd, hvorefter ESA avsluttet saken ved avgjørelse datert 29. juni 2011 meddelt departementet i brev datert 1. juli samme år.

- (5) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved e-post av 7. september 2011. Innklagede ble varslet ved klagenemndas brev av 15. september 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (6) Innklagede har foretatt ulovlig direkte anskaffelse av landtransport og sjøtransport.

Innklagedes anførsler:

- (7) Klagers anførsel bestrides. De aktuelle kontrakter er organisert som tjenestekonsesjonskontrakter.
- (8) Klagen er uansett for sent fremsatt, og det kan heller ikke kreves at kontraktene skulle vært sagt opp. De aktuelle avtalene gjelder omfattende leveranser i Norges nordligste fylke. Det vil være administrativt og tidsmessig krevende å gjennomføre en konkurranse om kjøp av disse tjenestene.
- (9) Innklagede kjenner ikke markedet godt nok til å vite om – og eventuelt i hvilken grad – disse leveransene vil være attraktive for konkurrerende tilbydere. Lokasjonen, geografiske utfordringer og kundegrunnlaget kan være forhold som gjør leveransene mindre attraktive for leverandørene i markedet. For å kunne legge til rette for en god konkurranse, må innklagede tilegne seg markedskunnskap, slik at konkurransevilkårene kan utformes på en måte som gir en god avveining av innklagedes og tilbydernes behov. Dette kartleggingsarbeidet er ikke enkelt, og lite relevant informasjon er tilgjengelig.
- (10) Nye leverandører som vurderer å inngi tilbud på tjenestene må være forberedt på omfattende investeringer for å kunne stille nødvendig materiell og personell til disposisjon. Leverandørene vil ha behov for tid til å vurdere om avtalene er av interesse for dem, og til å vurdere hvordan de skal innrette seg for å inngi et konkurransedyktig tilbud. For å sikre reell konkurranse må innklagede derfor gjøre konkurransen om avtalene kjent i god tid i forkant. Dette gjenspeiles for øvrig av kollektivtransportforordningen (Parlaments- og Rådsdirektiv 1370/2007 av 23. oktober 2007), hvor det i artikkel 7 slås fast at konkurranser etter forordningen skal kunngjøres ett år før konkurransen. I tillegg må gjennomføringsplanen og konkurransebetingelsene ta høyde for at en eventuell ny tilbyder må ha tilstrekkelig tid til å innrette seg fra kontraktsinngåelse til oppstart av den nye tjenesteavtalen.

Klagenemndas vurdering:

- (11) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. ESA-saken omtalt ovenfor under (4) vedrører traktatbrudsspørsmålet for Norges vedkommende, men avgjør ikke en eventuell klage på forsømt kunngjøring av tjenesten etter regelverket om offentlige anskaffelser der innklagede er part.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (12) Klagenemnda nevner innledningsvis at det forhold at tjenesten leveres av en annen leverandør enn den som opprinnelig inngikk kontrakt med innklagede, ikke er anført av klager som grunnlag for ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda har derfor ingen

foranledning til å ta stilling til om dette forhold har noen anskaffelsesrettslige konsekvenser.

- (13) Klagenemnda for offentlige anskaffelser har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge overtredelsesgebyr til offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser.
- (14) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (15) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli eller senere.
- (16) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom foreliggende sak gjelder avtaler om rutetransport som ble inngått 26. juni 2007, er det klagenemnda som skal behandle saken.
- (17) Av klagenemndsforordningen § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter loven § 7b tredje ledd. Av bestemmelsen fremgår videre at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, er mottatt, jf. loven § 7b tredje ledd siste punktum.
- (18) Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt innklagede ved klagenemndas brev av 15. september 2011. Med utgangspunkt i denne datoen, regnet to år tilbake, var starttidspunktet for foreldelsesfristen 15. september 2009.
- (19) Kontrakt ble inngått 26. juni 2007. Klagenemndas adgang til å ilegge gebyr er derfor i utgangspunktet foreldet. Klagenemnda har imidlertid i enkelte tilfeller likestilt unnlatt oppsigelse med inngåelse av en ny avtale, jf. eksempelvis sak 2011/179. Om begrunnelsen for denne regelen uttalte klagenemnda i sak 2011/179 premiss (22):

"I enkelte tilfeller, særlig ved tidsubestemte avtaler som ikke knytter seg til et konkret prosjekt, ivaretas ikke hensynet til konkurranse i tilstrekkelig grad dersom avtalen, uten at kontraktsgjenstanden tilsier det, videreføres på ubestemt tid uten at andre aktører får anledning til å konkurrere om ytelsen. Plikten til å si opp avtaler er riktignok ikke begrenset til slike tilfeller, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2010/4 hvor nemnda la til grunn at regelen kunne være aktuell for en avtale med varighet på 20 år med opsjon for 20 års forlengelse. Som utgangspunkt må imidlertid konkurransehensynet normalt anses tilstrekkelig ivaretatt ved de rettigheter leverandørene er gitt for å anfekte den opprinnelige kontraktsinngåelsen. Når det gjelder avtaler som er begrenset til et konkret prosjekt må derfor den klare hovedregelen være at avtalen kan fullføres uten at unnlatt oppsigelse representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Dette synes også å være lagt til grunn i praksis, jf.

klagenemndas avgjørelse i sak 2010/1 hvor det ble lagt til grunn at adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr var foreldet ettersom klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse først innkom mer enn to år etter at skriftlig kontrakt ble inngått. Tilsvarende betraktning er lagt til grunn i sak 2010/312 om en tidsbestemt kontrakt på i underkant av tre år som ikke inneholdt bestemmelser om oppsigelse."

- (20) Sak 2011/179 gjaldt prosjekteringstjenester i forbindelse med bygge- og anleggsarbeider i regjeringskvartalet. I foreliggende sak er ikke kontraktens omfang på samme måte begrenset til et konkret prosjekt, men avtalene har en varighet på åtte år. På samme måte som avtalen som var påklaget i sak 2011/179, er det ingen mulighet for at avtalene kan videreføres på ubestemt tid uten at andre aktører får anledning til å konkurrere om ytelsen. Avtalene bringes til opphør som følge av kontraktens regulering den 31. desember 2015. Av denne grunn er det nærliggende å legge til grunn samme betraktning som i sak 2011/179, at avtalene kan fullføres uten at unnlatt oppsigelse representerer en ulovlig direkte anskaffelse.
- (21) Den foreliggende saken gjelder omfattende leveranser av transporttjenester i landets nordligste fylke. Hensett til de grunnlagsinvesteringer som dette nødvendigvis må forde, er dette kontrakter hvor det må legges til grunn at en lengre kontraktsvarighet er nødvendig for å gi mulighet for inntjening. En kontraktsvarighet på åtte år fremstår ikke ubegrunnet lang. Innklagede har, på samme måte som i sak 2011/179, også redegjort for vesentlige utfordringer dersom avtalene blir avsluttet før tiden. Det er på denne bakgrunn ikke grunnlag for å konkludere med at unnlatt oppsigelse representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Som følge av dette er det heller ikke nødvendig å ta stilling til om avtalene skal klassifiseres som tjenestekontrakter eller som tjenestekonsesjonskontrakter. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse kan derfor ikke føre frem.

Konklusjon:

Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse tas ikke til følge, jf. loven § 7 b (3), jf. klagenemndeforskriften § 13a.

Bergen, 28. oktober 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger