



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

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

Klagenemndas avgjørelse 2. desember 2013 i sak 2011/231

Klager: Norges Miljøvernforbund

Innklaget: Frøya kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Foreldelse

Bakgrunn:

- (1) Bakgrunnen for avtalen er at etter mottak av tilbud fra KLP, Storebrand og Vital Forsikring ASA, inngikk innklagede i 2004 en avtale om levering av tjenstepensjon med Vital Forsikring ASA (heretter kalt valgte leverandør), med virkning fra 1. januar 2005. Høsten 2008 foretok innklagede en vurdering, gjennom en ekstern konsulent, av hvorvidt innklagede var tjent med å gjennomføre en ny konkurranse om tjenstepensjon. På bakgrunn av konsulentens anbefalinger besluttet innklagede å ikke gjennomføre en ny konkurranse om kjøp av tjenstepensjon. Kontrakten med valgte leverandør ble derfor videreført til den ble sagt opp 24. desember 2012.
- (2) Klagen er begrunnet med henvisning revisjonsrapporten fra revisjon Midt-Norge IKS av 6. januar 2011. Revisjonsrapporten omtaler betalinger i perioden 1. januar 2009 til 31. august, og ut fra sammenhengen legges det til grunn at det er 31. august 2010 det er tale om. I denne perioden er det betalt 35,6 millioner til valgte leverandør for pensjonsforsikring.
- (3) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved e-post av 30. juni 2011. Innklagede ble varslet ved klagenemndas brev av 6. juli 2011.
- (4) Ved brev datert 15. oktober 2013 varslet klagenemnda om illeggelse av et overtredelsesgebyr på kroner 11 000 000 for ulovlig direkte anskaffelse av pensjonstjenester. Varselet var basert på at kontrakten ble inngått uten at dette var et resultat av en kunngjort konkurranse, og uten at innklagede har gitt noen forklaring på dette. Klagenemnda vurderte det derfor slik at innklagede på ethvert tidspunkt hadde en plikt til å si opp avtalen, og at innklagedes manglende oppsigelse utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.

- (5) Innklagede har kommentert forhåndsvarselet ved brev av 6. november 2013.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (6) Av revisjonsrapporten fremgår det at innklagede i den aktuelle perioden har kjøpt pensjonsforsikring, uten at dette har sin bakgrunn i en kunngjort konkurranse. Innklagedes kjøp av pensjonsforsikring representerer en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

- (7) Klagers anførsel bestrides.

Klagenemndas vurdering:

- (8) 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.
- (9) Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å nevne at før innklagede ble varslet om ileggelse av overtredelsesgebyr, hadde innklagede kun i meget begrenset omfang bidratt til å klargjøre saken. Klagenemnda behandlet derfor saken ut fra de opplysningene som forelå. I merknadene til varselet om overtredelsesgebyr har innklagede fremlagt en rekke dokumenter som ikke var fremlagt tidligere, og innklagede har også utførlig redegjort for hvorfor unnlatt oppsigelse etter deres syn ikke representerte en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (10) 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.
- (11) 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.
- (12) 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.
- (13) 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 kjøp av pensjonsforsikring i perioden 1. januar 2009 til 31. august 2010, er det klagenemnda som skal behandle saken.
- (14) Av klagenemnds forskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan settes 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.

- (15) Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt innklagede ved klagenemndas brev av 6. juli 2011. Innklagede inngikk avtalen om pensjonsforsikring med valgte leverandør i 2004. 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."

- (16) I foreliggende sak er det ikke tale om en kontrakt som relaterer seg til et konkret prosjekt, eller en tidsbegrenset kontrakt, men om en tidsubegrenset kontrakt. For den perioden klager har anført utgjør en ulovlig direkte anskaffelse hadde avtalen med valgte leverandør løpt i fire og et halvt år. I så måte er avtalens varighet til en viss grad sammenlignbar med det som var tilfellet i klagenemndas avgjørelse i sak 2011/14, hvor nemnda uttalte:

"(28) På samme måte som for avtalene i sak 2010/361, er avtalen i foreliggende sak tidsubestemt. Av avtalens punkt 8 fremgår det at avtalen tok til å løpe 1. januar 2008, og innklagede har opplyst at avtalen per 26. april 2011 ikke var terminert. Til forskjell fra avtalene i sak 2010/361, som hadde hatt en varighet på nærmere ti år før de ble klaget inn for klagenemnda, hadde herværende avtale dermed vart i mindre enn tre år på tidspunktet for klagen til klagenemnda. Også for de øvrige gjennomgatte saker der nemnda har kommet til at det forelå oppsigelsesplikt, har avtalene vart lenger enn avtalen i foreliggende sak. Dette gjelder riktignok med unntak for sak 2010/338, men det var her tale om en oppsigelsesplikt som sprang ut av en plikt til å vurdere hvorvidt vilkårene for egenregi var oppfylt ved at en ny situasjon var inntrådt ved en fusjon, og klagenemnda kan derfor ikke se at varigheten av avtalene i den saken er relevant ved vurderingen av oppsigelsesplikt i denne saken."

(29) På bakgrunn av avtalens varighet frem til nå, finner klagenemnda ikke at det har oppstått noen oppsigelsesplikt for innklagede. Det foreligger dermed ingen unnlatt

oppsigelse som kan likestilles med inngåelse av ny avtale. Klagenemnda vil imidlertid påpeke at en plikt til oppsigelse vil kunne inntre etter hvert som avtalen løper videre. Nemnda finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på når en slik oppsigelsesplikt kan tenkes å oppstå. "

- (17) Anskaffelsen som ble behandlet i sak 2011/14 gjaldt en institusjonsplass til én enkelt bruker. Foreliggende sak gjelder pensjonsforsikring. Innklagede har dokumentert at det på tidspunktet hvor kontrakten ble inngått, i alminnelighet ble antatt at kommunenes kjøp av pensjonsforsikring ikke var omfattet av kunngjøringsplikten. Kontrakten ble inngått etter en konkurranse mellom samtlige av de leverandørene som hadde konsesjon til å levere tjenestepensjon, og i 2008 foretok innklagde en vurdering av hvorvidt det var hensiktsmessig å gjennomføre en ny konkurranse om tjenesten. Til sammen løp kontrakten i åtte år, og denne kontraktsperioden fremstår ikke fremstår uberettiget lang for denne typen tjeneste. På bakgrunn av dette finner klagenemnda at det ikke oppstod noen oppsigelsesplikt for innklagede før kontrakten ble oppsagt. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

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

Bergen, 2. desember 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger