



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Kluge Advokatfirma DA
Postboks 1548 Vika
0117 OSLO
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2011/0087-36

Dato:
12.12.2012

Klage over avvisningsbeslutning - 2011/87-100

Helseforetakenes Innkjøpsservice AS, HINAS, kunngjorde 13. oktober 2008 en konkurranse for inngåelse av parallelle rammeavtaler om vikartjenester for helsepersonell innenfor blant annet fagområdet legespesialisttjenester. Rammeavtalene skulle gjelde for alle regionale og underliggende helseforetak.

Hvert regionale helseforetak inngikk etter konkurransen rammeavtale med 8 tilbydere. VikTeam AS ble tildelt kontrakt med samtlige regionale helseforetak.

VikTeam AS fremsatte 16. mars og 3. oktober 2011 klage til klagenemnda med påstand om ulovlige direkte anskaffelser i perioden 1. juni 2009 til 1. juli 2011. Det ble gjort gjeldende at 19 av helseforetakene hadde omgått rammeavtalen ved å kjøpe legespesialisttjenester fra andre leverandører. Klagenemnda opprettet etter dette 19 klagesaker.

Klagenemnda besluttet 23. april 2012 i sak 2011/86, VikTeam AS – Akershus universitetssykehus HF, å avvise klagen i medhold av klagenemndsforordningen § 9. Bakgrunnen for avvisningen var at klagenemnda ikke fant å ha tilstrekkelig grunnlag for en forsvarlig vurdering av de faktiske omstendigheter av betydning for rettsanvendelsen.

16. mai 2012 besluttet klagenemndas sekretariat av samme grunn å avvise de resterende 18 klagesakene.

VikTeam AS påklaget 21. mai 2012 avvisningsbeslutningen.

Det er i hovedsak gjort gjeldende at klagenemnda i avvisningsavgjørelsen har fraveket sin tidligere oppfatning, slik den fremkommer i forhåndsvarsel av 29. februar 2012 i sak 2011/86, uten at det er nærmere redegjort for hva som har foranlediget dette.

Innklagede er blitt anmodet om å fremlegge dokumentasjon for sine anførsler knyttet til mislykkede henvendelser, uten at dette er etterkommet. Det må legges til grunn at innklagede ved kjøp utenfor rammeavtalene, for samlet ca. 150 millioner kroner i perioden, har en særlig oppfordring til å sikre etterprøvbareheten. Den omstendighet at dokumentasjon ikke er fremlagt underbygger at innklagede har kjøpt legespesialisttjenestene fra andre uten først å ha henvendt seg til aktørene etter rammeavtalen.

For øvrig er anført at unntaksbestemmelsen i forskriftens § 2-1 annet ledd bokstav c ikke er påberopt av innklagede.

Klager opplyser å ha nedlagt et betydelig arbeid i forberedelsen av sakene for klagenemnda. Det anses viktig for bransjen å få fastlagt rettighetene som leverandør i en rammeavtale med norske offentlige helseforetak. Helseforetakene synes ikke å ha ansett seg forpliktet etter rammeavtalene. De har ved dette satt seg over den samfunnsmessige forpliktelse de har til å nyttiggjøre seg anskaffelsens økonomiske fordeler. Spørsmålene sakene reiser har prinsipiell interesse, og tilsier realitetsbehandling. Om den nærmere argumentasjon vises til klagen.

Settleder for klagenemnda, Tone Kleven, skal bemerke:

Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b, slik den lød for det aktuelle tidsrom disse sakene angår, har klagenemnda hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser.

Bestemmelsen retter seg utelukkende mot anskaffelser som i strid med reglene ikke er kunngjort etter anskaffelsesforskriftens bestemmelser om kunngjøring.

I dette inngår en vurdering av anskaffelsens verdi. Sakene gjelder innkjøp av legespesialister innenfor ulike medisinske kompetanseområder. Flere av kjøpene ligger enkeltvis under beløpsgrensen. Dette aktualiserer spørsmål om det foreligger en slik sammenheng mellom de enkelte kjøp at de må anses å være ensartede tjenester av samme type, jf. forskriftens § 2-3 (11). Derne vil det kunne være et spørsmål om kjøpene skal vurderes under ett for det enkelte helseforetak eller separat for enkelte enheter underlagt dette. Disse spørsmålene må avgjøres etter en konkret vurdering av det enkelte foretak og kjøp, sammenholdt med kontraktsvilkårene oppstilt i rammeavtalen.

VikTeam AS klage bygger på innklagedes innkjøpsstatistikk slik denne fremkommer i henhold til den regnskapsmessige behandling, og omfatter et betydelig antall fakturaer.

Samtlige innklagede helseforetak bestrider at vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt, og har prinsipielt gjort gjeldende at det ikke foreligger ulovlige direktekjøp av legespesialistvikarer. Det vises til den nærmere redegjørelse for den enkelte innklagedes bemerkninger knyttet til klagers anførsler. Fra disse konkrete bemerkninger kan utledes følgende sammenfallende innsigelser:

Det er for en rekke av foretakene gjort gjeldende at innkjøpsstatistikken inneholder fakturaer som gjelder utbetalinger til vikarleveranser i medhold av avtaler inngått før rammeavtalen trådte i kraft. Klagen oppfattes å rette seg mot kontrakter inngått etter at rammeavtalen ble inngått. Innsigelsen forstås å relatere seg til innklagedes manglende dokumentasjon av faktum på dette punkt.

Innklagede viser videre til at innkjøpsstatistikken omfatter utbetalinger for andre tjenester enn legespesialister, og at den for øvrig inneholder feil. Dette gjelder både åpenbare feilføringer, og posteringer som etter det reelle underliggende forhold skulle vært ført på andre konti. Det er blant annet vist til at forlengelser av ansettelsesforhold etter pensjon eller overgang til ny stilling er blitt ført som vikartjeneste til tross for at dette i realiteten er et ansettelsesforhold og skulle vært behandlet som ordinær lønnskostnad. Den samme feil har skjedd i forbindelse med utbetaling til ansatte legespesialister med eget foretak. Også på dette punkt oppfattes klagen å rette seg mot innklagedes manglende dokumentasjon av de faktiske omstendigheter.

Innklagede bestrider ikke at innkjøpsstatistikken viser kjøp av legespesialistvikarer utenfor rammeavtalen. Imidlertid anføres at dette omfatter kjøp som ikke er underlagt kunngjøringsplikt, jf. forskriftens § 2-1 (2) bokstav a, samt kjøp av vikarer som avtaleleverandørene ikke kunne levere.

De innklagende foretak har gitt en konkret redegjørelse for den helt spesielle faglige forutsetning de vurderte var nødvendig for det aktuelle oppdrag, og hvorvidt dette kunne utføres av andre. Det er vist

til det enkelte sykehus behov for høyspesialisert eller annen særskilt kompetanse og den kompetanse som eksisterte på det aktuelle området.

I tillegg til dette har innklagede ansett det nødvendig å kjøpe tjenester utenfor rammeavtalene fordi avtaleleverandørene ikke har vært i stand til å levere. Det er vist til at innklagede ikke har mottatt svar ved henvendelser eller at henvendelsene ble besvart for sent. Videre at innklagede erfarte et generelt leveringsproblem knyttet til enkelte typer legespesialister. Sekretariatet tar i sitt vedtak et riktig rettslig utgangspunkt når det i avsnitt (6) uttales at anførselen må vurderes i henhold til unntaksbestemmelsen i forskriftens § 2-1 (2) bokstav c.

Partene har svært ulik oppfatning av de faktiske omstendigheter av betydning for vurderingen av disse punkter. Klager har gjort gjeldende at innklagede ikke kan dokumentere at bestillingsrutinen etter rammeavtalen er fulgt, og at det derfor må legges til grunn at det foreligger ulovlig direktekjøp. Videre er det anført at innklagede ikke har godtgjort at de aktuelle kjøp er unntatt fra kunngjøringsplikten. Innklagede har under klagebehandlingen fremlagt noe dokumentasjon på forespørsler til avtaleleverandørene om levering av legespesialistvikarer. Imidlertid er anført at forsøkene på avrop ikke lar seg dokumentere skriftlig da en rekke henvendelser er skjedd per telefon. Som begrunnelse for denne fremgangsmåten er blant annet vist til at helseforetakene er i en særskilt situasjon ved at de er tvunget til å dekke vaktene ved alle avdelinger på sykehusene for å ivareta ansvaret for pasientene. Det eksisterer for helseforetakelse ikke noe alternativ til ikke å besette vaktene. Klager bestrider at innklagede har forsøkt å foreta avrop per telefon, og hevder aldri å ha mottatt slike forespørsler. Etter klagers syn har innklagede heller ikke sannsynliggjort behovet for spesialkompetanse som anført.

Spørsmålet om det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse må vurderes ut fra omstendighetene på tidspunktet for anskaffelsen. Dette forutsetter en konkret gjennomgang og vurdering av de enkelte anskaffelser klagen omfatter. Det følger av dette at klagesakene reiser omfattende faktiske spørsmål av betydning for den rettslige vurderingen av hvorvidt anskaffelsesloven § 7b er overtrådt.

Det er et vilkår for illeggelse av gebyr at oppdragsgiver har handlet grovt uaktsomt eller forsettlig, både med hensyn til det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Hvilke beviskrav som gjelder må drøftes i tilknytning til om vilkårene for å anvende en sanksjonsbestemmelse er oppfylt. Dette reiser også spørsmål om beviskvalitet, og hvilke typer bevis som kan være aktuelle og akseptable i nærmere angitt faktiske situasjoner hvor bevissituasjonen kan være vanskelig.

I avgjørelse inntatt i RT-2012-1556 la Høyesterett til grunn at det ikke er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt ved fastsettelse av administrative sanksjoner som har karakter av straff etter EMK artikkel 6. Høyesterett konkluderte med at det for illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven kreves klar sannsynlighetsovervekt. Det samme beviskrav må gjelde for illeggelse av overtredelsesgebyr etter anskaffelsesloven.

I tilknytning til klagers anførsler bemerkes at sekretariatet har gitt en utførlig redegjørelse for sitt standpunkt i medhold av klagenemnds forskriften § 9. Også klagenemnda har i sin avvisningsavgjørelse 23. april 2012 i sak 2011/86 gjennomgått sakens tvistepunkter og vist til de bevismessige utfordringer saken reiste som begrunnelse for å fravike sitt standpunkt i forhåndsvarslet.

Uenigheten mellom partene gjelder i all hovedsak faktum, og hvor det for vurderingen av enkelte spørsmål er behov for særskilt medisinfaglig kompetanse. Den skriftlige behandling for nemnda vil ikke forsvarlig kunne behandle spørsmålene om de innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, om skyldkravet er oppfylt, om adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr skal benyttes og eventuelt hvor stort gebyret skal være. Nemndsbehandling anses ikke i tilstrekkelig grad å kunne ivareta kravet til rettssikkerhet og retten til kontradiksjon for en forsvarlig vurdering av de faktiske og rettslige problemstillinger sakene reiser.

Det er på denne bakgrunn sekretariatet har bemerket hvilke ressurser som er lagt ned i forsøkene på å innhente dokumentasjon for de foretatte anskaffelser, og kommet til at det ikke anses hensiktsmessig å

gjøre ytterligere forsøk på dette. Dette fordi sekretariatet ikke anser det som mulig å innhente tilstrekkelige opplysninger til å få et forsvarlig grunnlag for et eventuelt gebyrvedtak, i tråd med de rettssikkerhetshensyn som foreligger. Setteleder er enig i denne vurderingen.

Setteleder for klagenemnda er kommet til at sekretariatets avvisningsvedtak ikke omgjøres. VikTeam AS klage blir etter dette å forkaste.

Med hilsen

Tone Kleven
setteleder