



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjaldt spørsmål om innklagede hadde foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser av legespesialisttjenester ved å kjøpe denne type tjenester fra andre leverandører enn dem innklagede hadde inngått rammeavtale med. Klagenemnda kom til at det ikke forelå tilstrekkelige opplysninger til å foreta en forsvarlig vurdering av de rettslige og faktiske spørsmål som oppsto, og avviste saken som uhensiktsmessig for behandling i nemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klagenemndas avgjørelse 23. april 2012 i sak 2011/86

Klager: VikTeam AS

Innklaget: Akershus universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Klagenemndas avgjørelse:

- (1) Helseforetakenes Innkjøpsservice AS (Hinas) kunngjorde 13. oktober 2008 en konkurranse med forhandling for inngåelse av parallelle rammeavtaler om levering av vikartjenester for helsepersonell innen fagområdene legespesialisttjenester, sykepleier- og spesialsykepleiertjenester og andre helsepersonelltjenester. Rammeavtalene skulle gjelde for alle RHF og underliggende helseforetak.
- (2) Hvert RHF inngikk på bakgrunn av konkurransen rammeavtale med åtte leverandører om levering av vikarer innen legespesialisttjenester. Rammeavtalene hadde en varighet på to år, fra 1. juni 2009 til og med 31. mai 2011, med en opsjon for oppdragsgiver til å forlenge varigheten. VikTeam AS (heretter kalt klager) ble tildelt kontrakt med samtlige RHF, herunder Helse Sør-Øst RHF. Kontrakten med Helse Sør-Øst RHF gjaldt også for det underliggende helseforetaket Akershus Universitetssykehus HF (heretter kalt innklagede).
- (3) I klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser datert 16. mars 2011 anførte klager at femten helseforetak, herunder innklagede, i perioden 1. juni 2009 til 31. mai 2010 hadde foretatt en rekke ulovlige direkte anskaffelser ved å kjøpe legespesialisttjenester fra andre leverandører enn dem det var inngått rammeavtaler med. Klagenemnda opprettet på bakgrunn av klagen en sak for hvert av de innklagede helseforetakene. Sakene fikk saksnummer 2011/86-2011/100. Ved brev 3. oktober 2011 utvidet klager klagen til også å gjelde anskaffelser foretatt i perioden 1. juni 2010 til 30. juni 2011. Klagen ble også utvidet til å gjelde fire nye helseforetak. Klagenemnda opprettet derfor fire nye saker, som ble gitt saksnummer 2011/287-2011/290.

- (4) I brev 29. februar 2012 varslet klagenemnda innklagede om illeggelse av et gebyr på 1 200 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble gitt frist til 14. mars 2012 til å kommentere varselet, og har rettidig levert sine merknader.
- (5) Etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b, 1. ledd har klagenemnda hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr *"dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse"*. En ulovlig direkte anskaffelse er i samme paragraf definert som *"en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*.
- (6) Når vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt, har klagenemnda et skjønn med hensyn til hvorvidt gebyr skal ilegges, og eventuelt hvor stort dette skal være. Ved skjønnsutøvelsen fastsetter loven § 7b at når det gjelder *"avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi."*
- (7) Anskaffelsen gjelder levering av vikarer innen legespesialisttjenester, som er en uprioritert tjeneste i kategori 25, med CPV-kode 85100000. Utgangspunktet etter forskriften § 9-1 er at alle anskaffelser over 500 000 kroner skal kunngjøres, med mindre anskaffelsen omfattes av en unntaksbestemmelse i forskriften. Spørsmålet om det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse må avgjøres ut fra omstendighetene når anskaffelsen ble gjennomført.
- (8) Innklagede har i sine merknader til forhåndsvarselet anført at klagenemnda ved avgjørelsen av om innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser må foreta en mer konkret vurdering av hver enkelt av de anskaffelser innklagede har foretatt fra andre leverandører enn avtaleleverandørene.
- (9) Bakgrunnen for saken er at innklagede forsøkte å anskaffe disse tjenestene ved å inngå rammeavtaler om levering av vikarer. Slik saken er opplyst er det klart at rammeavtalene ikke på alle måter har fungert som forutsatt. Det er for klagenemnda også dokumentert at innklagede i den aktuelle perioden har sendt enkelte forespørsler til avtaleleverandørene om levering av legespesialister.
- (10) Når avrop på en rammeavtale ikke gir akseptable tilbud, eller tilbud overhodet, stiller dette innklagede i en vanskelig situasjon. Spesielt gjelder dette for anskaffelser som de foreliggende, hvor det ikke vil være et alternativ å utsette anskaffelsen. Innklagede må på ethvert tidspunkt sørge for å ha tilstrekkelig bemanning til å tilby pasientene forsvarlig og god behandling.
- (11) Som hjemmel for unntak for kunngjøringsplikt har innklagede særlig vist til forskriften § 2-1 (2) bokstav e, som gir grunnlag for unnlatt kunngjøring dersom *"det i en forutgående anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet"*. Etter ordlyden er bestemmelsen avgrenset til kun å gjelde forutgående anbudskonkurranser, men innklagede synes å mene at denne bestemmelsen må kunne anvendes analogisk i et tilfelle som det foreliggende. Når avrop på en rammeavtale med åtte leverandører ikke gir

tilfredsstillende tilbud, vil gjerne hensynet til konkurranse være ivaretatt i medhold av avropet. Ettersom bestemmelsen følger av forskriften del II, setter EU-retten ingen vesentlige begrensninger på hvordan bestemmelsen skal forstås. Forskriften § 2-1 (2) bokstav c gir imidlertid grunnlag for unnlatt kunngjøring dersom *"anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse."* Forholdet mellom bestemmelsene tilsier imidlertid at det tilfelle hvor et avrop ikke har resultert i et tilfredsstillende tilbud må anses regulert i forskriften § 2-1 (2) bokstav c. Det må uansett være klart at det forhold at oppdragsgiver har mislykkes i å gjøre avrop på en rammeavtale, etter omstendighetene må kunne anses som en uforutsett omstendighet etter forskriften § 2-1 (2) bokstav c.

- (12) I foreliggende sak er partene uenige om hvorfor rammeavtalen ikke har fungert som forutsatt. Begge parter har for klagenemnda fremmet en rekke generelle anførsler angående implementeringen av rammeavtalene i alle de innklagede helseforetakene. Innklagede hevder å ha forholdt seg lojalt til rammeavtalen, men at avtaleleverandørene ikke har kunnet levere. Klager hevder på den annen side at innklagede ikke har forespurt avtaleleverandørene ved behov for vikarer, men heller henvendt seg direkte til andre leverandører. Ved anvendelsen av overstående bestemmelser, kan disse forhold etter omstendighetene ha betydning.
- (13) For øvrig finner klagenemnda grunn til å nevne at i henhold til direktiv 2004/18 artikkel 9 nr. 5. a, skal verdien av samtlige delkontrakter tas med i verdiberegningen når det gjelder prioriterte tjenstekontrakter som tildeles samtidig. Av interesse er likevel adgangen til å unnlate kunngjøring av delkontrakter når den samlede verdi av delkontraktene ikke overstiger 20 % av samlede delkontrakters verdi, forutsatt de aktuelle delkontrakters verdi er under 80 000 Euro. Det er noe usikkert hvordan bestemmelsen skal forstås i relasjon til kontrakter som inngås utenfor kunngjorte rammeavtaler. I Norge er det ikke gitt fritak for kunngjøringsplikten i et slikt tilfelle, i det tildeling av delkontraktene følger forskriften del II, jf. forskriften § 2-2 (3). Bestemmelsen er av disse grunner ikke direkte anvendelig, men bestemmelsen illustrerer at lignende problemstillinger som i foreliggende sak kanskje oppstår i ulike situasjoner.
- (14) Innklagedes anskaffelser av legespesialister fra andre leverandører enn avtaleleverandørene er for klagenemnda dokumentert ved at klager har sendt inn en oversikt over fakturaer innklagede har betalt til andre leverandører i den aktuelle perioden. Oversikten har klager mottatt fra innklagede. Gjennom oversikten er det dokumentert at innklagede i den perioden klagen gjelder har betalt 14 989 123,45 kroner for legespesialisttjenester fra andre leverandører enn rammeavtaleleverandørene.
- (15) For de fleste fakturaene på oversikten er det ikke levert korresponderende kontrakter. Det er dermed uklart hvilke avtaler fakturaene knytter seg til. Det er også uklart når og hvilke omstendigheter som ligger til grunn for at avtalene ble inngått.
- (16) Innklagede har i sine merknader til klagenemndas varsel om gebyr anført at det foreligger særlige omstendigheter i saken, i det innklagede har inngått parallelle rammeavtaler om levering av de aktuelle ytelsene og forsøkt å forholde seg til disse. Det hevdes at innklagede først har henvendt seg til andre leverandører når avtaleleverandørene ikke har kunnet levere ved forsøk på avrop fra rammeavtalen. Videre har innklagede henvist til at helseforetakene må ivareta sitt ansvar overfor

pasientene. De har derfor ikke annet valg enn å kjøpe fra andre leverandører når rammeavtaleleverandørene ikke kan levere.

- (17) Ved vurderingen av hvorvidt innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, om skyldkravet er oppfylt, om det skal ilegges overtredelsesgebyr og hvor stort dette skal være, er det klart at disse forhold etter omstendighetene vil kunne ha betydning. Det er for klagenemnda dokumentert at innklagede i den aktuelle perioden har sendt enkelte forespørsler til avtaleleverandørene om levering av legespesialister. Opplysningene som foreligger om innklagedes forsøk på å gjøre avrop under rammeavtalene er imidlertid mangelfulle. Det er for det første ikke dokumentert at rammeavtaleleverandørene ikke kunne levere. Videre er det kun for enkelte av forsøkene redegjort for hvilke avtaler innklagede har inngått når avtaleleverandørene ikke kunne levere. For mange av avropene innklagede hevder å ha forsøkt å foreta foreligger det heller ikke skriftlig dokumentasjon. Dette fordi innklagede hevder å ha kontaktet avtaleleverandørene per telefon, noe som er forsøkt dokumentert med egenerklæringer fra lederen av den aktuelle avdelingen hvor dette har skjedd. Det er imidlertid stor uenighet mellom partene om hvorvidt innklagde faktisk har forsøkt å foreta avrop per telefon. Klager hevder å aldri ha mottatt slike forespørsler. Som følge av den skriftlige saksbehandling som benyttes i klagenemnda, har nemnda ikke mulighet til å få klarhet i dette.
- (18) Som det uttales i forhåndsvarselet har nemnda behandlet saken ut fra den informasjon som fremgikk av sakens dokumenter. Klagenemnda har behandlet hver enkelt anskaffelse, men på den måten at anskaffelsene er gruppert ut fra de faktiske omstendigheter klagenemnda hadde kjennskap til. Men i lys av overstående, særlig at dette er kontrakter som er inngått utenfor en kunngjort rammeavtale, og de anførsler som innklagede har fremmet i denne sammenheng, er det behov for at de enkelte avtaler underlegges en mer individuell vurdering av om vilkårene for unntak fra kunngjøringsplikten var oppfylt, om vilkåret om forsett eller grov uaktsomhet er oppfylt, om overtredelsesgebyr bør ilegges, og gebyrets størrelse.
- (19) Som overstående illustrerer, reiser saken omfattende faktiske og juridiske spørsmål, som i prinsippet må vurderes for hver av de påklagde avtalene. I saken er det for øvrig også en rekke andre spørsmål som ikke er besvart. Slik saken er opplyst har derfor ikke klagenemnda det nødvendige faktiske grunnlag for å ta stilling til de spørsmål saken reiser.
- (20) Klagenemnda har på bakgrunn av det ovennevnte kommet til at det ikke foreligger tilstrekkelig dokumentasjon i saken til å foreta en forsvarlig vurdering av de faktiske og rettslige problemstillinger saken reiser. Klagenemnda har derfor besluttet å avvise saken som uhensiktsmessig for behandling i nemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Konklusjon:

Klagen avvises

Bergen, 23. april 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl