



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede inngikk en avtale med en avdeling av morselskapet om levering av driftstjenester knyttet til maskinvare, infrastruktur og programvare. Avtalen ble ikke kunngjort, og klager anførte at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant at vilkårene for utvidet egenregi var oppfylt, og at avtalen dermed falt utenfor regelverket for offentlige anskaffelser.*

**Klagenemndas avgjørelse 25. mars 2014 i sak 2013/99**

**Klager:** Bedriftssystemer AS

**Innklaget:** Universitetssykehuset Nord-Norge HF

**Klagenemndas medlemmer:** Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl

**Saken gjelder:** Påstand om ulovlig direkte anskaffelse

**Bakgrunn:**

- (1) Helse Nord RHF, som har ansvar for den offentlige spesialisthelsetjenesten i Nord-Norge og på Svalbard, vedtok 11. oktober 2005 å etablere en enhet kalt Helse Nord IKT. Enheten ble etablert som en avdeling underlagt Helse Nord RHF.
- (2) Universitetssykehuset Nord-Norge HF (heretter kalt innklagede), som er et datterselskap til Helse Nord RHF, inngikk 9. mars 2009 en avtale med Helse Nord IKT om kjøp av driftstjenester knyttet til maskinvare, infrastruktur og programvare, med en antatt verdi på kroner 70 329 581 ekskl. mva. per år. Avtalen ble ikke kunngjort.
- (3) Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser av Bedriftssystemer AS (heretter kalt klager) ved brev datert 10. september 2013. Innklagede ble varslet om klagen ved klagenemndas brev 13. september 2013.
- (4) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. mars 2014.

**Anførsler:**

**Klagers anførsler:**

- (5) Innklagedes avtale med Helse Nord IKT innebærer en ulovlig direkte anskaffelse. Kontrakten har ikke vært kunngjort, og vilkårene for utvidet egenregi er ikke oppfylt. Avtalen er et omvendt vertikalt samarbeid, og praksis fra EU-domstolen gir ikke hjemmel for å unnta et slikt samarbeid fra anskaffelsesregelverket. Innklagede har således plikt til å si opp avtalen og gjennomføre en konkurranse om de aktuelle IKT-tjenestene.

### ***Innklagedes anførsler:***

- (6) Avtalen med Helse Nord IKT er ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Driftsavtalen er inngått mellom en avdeling av morselskapet Helse Nord RHF (Helse Nord IKT) og et heleid datterselskap (Universitetssykehuset Nord-Norge HF), med datterselskapet som oppdragsgiver og morselskapet som leverandør av den aktuelle tjenesten. Et slikt omvendt vertikalt samarbeid er omfattet av unntaket for utvidet egenregi. Både kontrollkriteriet og omsetningskriteriet er oppfylt, og avtalen faller dermed utenfor lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (7) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse av driftstjenester knyttet til maskinvare, infrastruktur og programvare. 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.

### ***Klagenemndas myndighet til å behandle saken***

- (8) 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.
- (9) 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.
- (10) 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 2012 eller senere.
- (11) 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 forhold før 1. juli 2012, er det klagenemnda som skal behandle saken.
- (12) Av klagenemndsforskriften § 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. Avtalen mellom innklagede og Helse Nord IKT ble inngått 9. mars 2009. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt innklagede ved klagenemndas brev av 13. september 2013. Klagefristen er dermed i utgangspunktet ikke overholdt.
- (13) I det foreliggende tilfellet er imidlertid det angivelige grunnlaget for kontrakten det såkalte unntaket for utvidet egenregi. Vilkårene for å tildele kontrakter i egenregi må være oppfylt i hele kontraktperioden. Dersom vilkårene for egenregi på et tidspunkt ikke er oppfylt, vil manglende oppsigelse av den løpende avtalen og manglende kunngjøring på dette tidspunktet representere en ny avtaleinngåelse, jf. blant annet klagenemndas sak

2010/338 premiss (40) flg. med videre henvisninger. På denne bakgrunn må klagen anses rettidig.

- (14) Med utgangspunkt i datoen for klagenemndas oversendelse av klagen, regnet to år tilbake, kan klagenemnda imidlertid ikke ilegge gebyr for avtaler som må anses inngått før 13. september 2011. Spørsmålet er om vilkårene for egenregi var oppfylt på dette tidspunktet.

*Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse*

- (15) Det følger av loven § 7b første ledd at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse *"som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1. For statlige myndigheter inntre kunngjøringsplikt etter forskriften del III for prioriterte tjenester hvor kontraktens verdi overstiger 1 million kroner ekskl. mva., jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (16) Den aktuelle kontrakten gjelder driftstjenester knyttet til maskinvare, infrastruktur og programvare, som er en prioritert tjeneste med CPV-kode 72510000-3 (*"Datamaskinrelaterte driftstjenester"*) i tjenestekategori 7. Anskaffelsen har en antatt verdi på kroner 70 329 581 ekskl. mva. per år. Dette innebærer at anskaffelsen i utgangspunktet skulle ha vært kunngjort i henhold til forskriften § 18-1, jf. §§ 2-1 og 2-2.
- (17) Innklagede har anført at kontrakten faller utenfor anskaffelsesregelverket etter unntaket om utvidet egenregi.
- (18) Å utføre en ytelse ved bruk av ens egen organisasjon, omfattes ikke av regelverket fordi det da ikke er inngått en gjensidig bebyrdende avtale mellom to ulike juridiske personer. Kontrakten i foreliggende sak er imidlertid inngått med en annen juridisk person, ettersom Helse Nord RHF (som IKT-avdelingen hører inn under) er et selvstendig rettssubjekt. EU-domstolen har lagt til grunn at unntaket for egenregi på visse vilkår også omfatter kontrakter som tildeles til en annen juridisk person, jf. blant annet EU-domstolens sak C-107/98 (Teckal).
- (19) EU-domstolen har oppstilt to kumulative vilkår som må være oppfylt for at unntaket for egenregi skal komme til anvendelse når kontrakt inngås mellom to selvstendige rettssubjekt. For det første må oppdragsgiveren utøve en kontroll over leverandørselskapet som tilsvarer kontrollen oppdragsgiveren har over egen virksomhet (kontrollkriteriet). For det andre må den vesentligste delen av leverandørens aktivitet være knyttet til den eller de kontrollerende oppdragsgivere (omsetningskriteriet).
- (20) Klager har anført at vilkårene for utvidet egenregi ikke er oppfylt, fordi dette unntaket ikke omfatter situasjonen der et datterselskap opptrer som oppdragsgiver for morselskapet. Et slikt omvendt vertikalt samarbeid innebærer, ifølge klager, at kontrollkriteriet ikke er oppfylt.
- (21) Spørsmålet om et omvendt vertikalt samarbeid faller inn under unntaket for utvidet egenregi har ikke tidligere vært behandlet i klagenemnda. EU-domstolen har foreløpig bare anvendt unntaket for utvidet egenregi som avgrensning av kontraktsbegrepet i vertikale samarbeidskonstellasjoner. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende. Det avgjørende må være om de hensyn som ligger bak unntaket for utvidet egenregi, gjør seg gjeldende i en samarbeidskonstellasjon som den foreliggende, og at ikke andre

mothensyn gjør seg gjeldende i en slik grad at samarbeidskonstellasjonen ikke kan aksepteres.

- (22) Problemstillingen har blitt behandlet av Janicke Wiggen i *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor* (2013) på side 163 flg. Med henvisning til at EU-domstolen i sine uttalelser i Teckal-dommen og etterfølgende praksis "*ikke skiller mellom samarbeid i ulike konstellasjoner*" skriver hun at "*også samarbeid i andre konstellasjoner enn de vertikale må vurderes opp mot anskaffelsesdirektivets kontraktsbegrep*".

*"Begrunnelsen for å unnta samarbeid i offentlig sektor under henvisning til doktrinen – at situasjonen funksjonelt sett kan sammenlignes med et tilfelle av egentlig egenregi, samtidig som tildeling av oppdraget i egenregi bare får begrenset innvirkning på markedet – kan gjøre seg gjeldende i enkelte slike tilfeller [...] Hvorfor vertikalt samarbeid uten videre skulle behandles mer liberalt enn samarbeid i andre konstellasjoner, kan være vanskelig å begrunne."*

- (23) Klagenemnda er enig i dette. Det foreliggende tilfellet gjelder levering av datamaskinrelaterte driftstjenester fra IKT-avdelingen til morselskapet Helse Nord RHF, til et heleid datterselskap (Universitetssykehuset Nord-Norge HF/innklagede). Helse Nord RHF utøver en kontroll over både innklagede og Helse Nord IKT som tilsvarende en oppdragsgiver utøver over sin egen virksomhet. Utgangspunktet for den aktuelle kontrakten, hvor Helse Nord RHF instruerte Helse Nord IKT til å levere tjenester til blant annet innklagede, er nettopp et utslag av denne kontrollen. Etter klagenemndas oppfatning er samarbeidet mellom innklagede og Helse Nord IKT dermed funksjonelt sett å likestille med et tilfelle av egentlig egenregi, hvor tildelingen av oppdraget i egenregi bare får begrenset innvirkning på markedet. At tildelingen av oppdraget skjer fra datterselskapet til morselskapet og ikke omvendt, kan da ikke ha noen betydning.
- (24) På denne bakgrunn anses kontrollkriteriet som oppfylt. Det er videre ikke omstridt at omsetningskriteriet er oppfylt. Slik saken er opplyst har vilkårene vært oppfylt i hele perioden fra og med 13. september 2011, og er fortsatt oppfylt. Klagers anførsel om at det aktuelle samarbeidet faller utenfor unntaket for utvidet egenregi, og at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, fører dermed ikke frem.

### **Konklusjon:**

Universitetssykehuset Nord-Norge HF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 25. mars 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl