



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Norsk Tipping AS et gebyr på 94 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse. Norsk Tipping AS hadde inngått rammeavtale om levering av mat m.m. til sin kantine med en lokal leverandør. Rammeavtalen var ikke kunngjort, og dermed ulovlig. Selv om selve rammeavtalen var foreldet mht å legge overtredelsesgebyr, kunne det ilegges gebyr for de avrop som var gjort på bakgrunn av den ulovlige rammeavtalen. Ved utmåling av gebyrets størrelse ble det særlig lagt vekt på at Norsk Tipping AS bevisst satte seg utover plikten til å kunngjøre avtalen. Gebyret utgjorde ca. 11 prosent av kontraktens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 10. mai 2010 i sak 2009/38

Klager: Næringslivets Hovedorganisasjon

Innklaget: Norsk Tipping AS

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Næringslivets Hovedorganisasjon (heretter kalt klager) datert 2. februar 2010. Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at Norsk Tipping AS (heretter kalt innklagede) ilegges et gebyr på 94 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (2) Norsk Tipping AS (heretter også kalt innklagede) ble opprettet i 1946 og gjort om til et heleid statlig aksjeselskap underlagt Kultur- og kirkedepartementet i 1993. Med virkning fra 1. januar 2005 ble Norsk Tipping AS underlagt regelverket for offentlige anskaffelser. Dette som en følge av Næringsdepartementets tolkingsuttalelse 10. juni 2003 der det ble konkludert med at Norsk Tipping AS ikke er av forretningsmessig karakter, og derfor omfattet av regelverket.
- (3) Innklagede inngikk 1. mars 2007 en rammeavtale med Asko Hedmark AS (heretter kalt valgte leverandør) vedrørende levering av matvarer og Non-Food artikler til innklagedes kantine. Avtalen ble inngått uten forutgående kunngjøring eller konkurranse. Fra kontrakten om rammeavtale hitsettes:

"Avtalen har en varighet på 3 år med mulighet for opsjon på ytterligere 1 + 1 år. Avtalen gjøres gjeldende fra 1. mars 2007.

Denne avtalen forplikter leverandør Asko Hedmark AS til å gjøre tilgjengelig de fremforhandlede innkjøpsbetingelser, dvs linje- og fakturarabatter, for dagligvare, service og storhusholdninger som til enhver tid er gjeldende for offentlig og statlig sektor."

- (4) Innklagede førte protokoll for anskaffelsen. Fra protokollen hitsettes:

"1.4 Anslått verdi på kontrakten

Kr 422.000,- totalt for 3 år kr 1.266.000

1.5 Hvilke tiltak gjennomføres for å sikre reell konkurranse om kontrakten, og navn på leverandør(er) som har levert tilbud

Avtale er inngått direkte med Asko for 3 år. Avtaleinngåelse 01.03.2007 – 28.02.2010

1.6 Hvis det ikke skal gjennomføres konkurranse om kontrakten, angi en konkret begrunnelse

Norsk Tipping har samme rabatt som fylket og andre offentlige institusjoner i distriktet hos Asko. Avtalen er blitt kalt fylkesavtalen. Norsk Tipping ba om egen avtale som er i henhold til fylkesavtalen. Asko konkurrerte tidligere med Køff, men Køff ble kjøpt opp av Asko. Etter at avtalen ble signert, har Nortura Ba (tidligere Gilde) som er en leverandør av kjøtt til Norsk Tipping bestemt at alle kjøttprodukter skal bestilles gjennom Asko sitt system. Vi handler for ca. kr 230.000,- i året av Nortura. Dette har medført at vi handler for et større beløp enn antatt fra Asko."

- (5) Innklagede har opplyst at det i perioden 2. mars til 31. desember 2007 ble gjort avrop hos valgte leverandør for til sammen 856 166 kroner.
- (6) Riksrevisjonen gjennomførte i 2008 revisjon av innklagedes regnskaper for 2007, og kontroll av innklagedes systemer og rutiner på innkjøpsområdet. I brev til innklagede 11. mars 2008 påpekte Riksrevisjonen en rekke konkrete anskaffelser som innklagede hadde foretatt i 2007, der regelverket for offentlige anskaffelser, etter Riksrevisjonens syn, ikke var overholdt. Brevet ble besvart av innklagede i brev datert 10. april 2008, der de enkelte anskaffelsene ble kommentert.
- (7) I Riksrevisjonens rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2007 ble det påpekt manglende etterlevelse av regelverket for offentlige anskaffelser hos Norsk Tipping AS. Fra rapportens side 158 hitsettes:

"Anskaffelser

Revisjonen av regnskapene for 2007 har vist manglende etterlevelse av regelverket for offentlige anskaffelser. Norsk Tipping AS har unnlatt å konkurranseutsette enkelte anskaffelser over terskelverdiene og en del anskaffelser med omfang under 500 000 kroner. Enkelte eldre avtaler på IKT-området er uten fast sluttdato og er fornyet flere ganger. Revisjonen har påpekt at ytterligere videreføring av IKT-kontraktene ikke vil være i samsvar med anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper om konkurranse og likebehandling, bortsett fra i de tilfellene der anskaffelsesforskriftens unntaksbestemmelser eventuelt kommer til anvendelse."

- (8) På bakgrunn av rapporten fra Riksrevisjonen inngav NHO (heretter kalt klager) den 24. februar 2009 klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser med påstand om ulovlig direkte anskaffelser. Fra klagen hitsettes:

"Det faktiske grunnlaget for klagen er Riksrevisjonens rapport for 2007. Riksrevisjonen har i sine siste årlige revisjoner og kontrollrapporter påpekt brudd på anskaffelsesreglene og særlig ulovlige direkteanskaffelser. NHO mener derfor at det nå

bør gjøres klart overfor offentlige etater at ulovlige direkteanskaffelser er det alvorligste brudd på de offentlige anskaffelsesreglene.

[...]

NHO har ikke nærmere informasjon om de konkrete anskaffelsene. NHO ber derfor KOFA vurdere hvorvidt det bør ilegges overtredelsesgebyr for særlig gjentatte ulovlige direkteanskaffelser, jf LOA § 7b”

- (9) Klagenemnda oversendte klagen til innklagede 2. mars 2009.
- (10) I sitt tilsvaer 30. mars 2009 har innklagede oppgitt en oversikt over anskaffelser foretatt i 2007 fra totalt 25 forskjellige leverandører. Klagenemnda anser disse 25 anskaffelsene som innklaget med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (11) Klagenemnda legger videre til grunn at ettersom klagen bygger på Riksrevisjonens rapport for 2007, kan anskaffelser foretatt etter 2007 ikke anses innklaget.
- (12) Dette gebyrvedtak gjelder kun anskaffelser foretatt hos valgte leverandør i 2007.
- (13) Innklagede har opplyst at avtalen nå er konkurranseutsatt, og ny rammeavtale er inngått med virkning fra 1. september 2008.
- (14) Klagenemnda sendte 15. april 2010 forhåndsvarsel om illeggelse av gebyr pålydende 94 000 kroner, noe som utgjør cirka 11 prosent av avropenes verdi. Innklagede ble gitt frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes brev 4. mai 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Klager anfører at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt ved at det er foretatt ulovlige direkte anskaffelser.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede erkjenner at avropene foretatt hos valgte leverandør i 2007 skulle vært konkurranseutsatt.
- (17) Innklagede viser til at selskapet ikke ble underlagt regelverket om offentlige anskaffelser før 1. januar 2005. Som en følge av at ressursituasjonen i selskapet medførte streng prioritering ble enkelte kontrakter som ble inngått før dette tidspunkt videreført med opprinnelige betingelser. Avtalen med valgte leverandør er en av disse. Nedprioriteringen skyldes at innklagede har ansett det hensiktsmessig å prioritere kunngjøringer hvor effekten av konkurranseutsetting vil være større enn for kjøp av næringsmidler. Avtaler som selskapet av ressursmessige årsaker ikke har prioritert i 2007, er tatt under behandling, og ble konkurranseutsatt i månedsskiftet mars/april 2008.
- (18) Innklagede anfører at det ikke er grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr i denne saken, eventuelt at gebyret settes lavt. Det anføres at det foreligger flere formildende omstendigheter.
- (19) Innklagede viser til at avtalens betingelser allerede var konkurranseutsatt, idet innklagede fikk samme priser som andre offentlige innstanser hadde fått som følge av en felles konkurranseutsetting. Betingelsene i avtalen tilsvarte de som til enhver tid gjaldt for offentlig og statlig sektor. Kravet til konkurranse var således allerede ivaretatt på anskaffelsestidspunktet.

- (20) Innklagede viser videre til at selskapet på eget initiativ har tatt grep for å konkurranseutsette slike kjøp, slik at ny avtale var inngått i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser før klagen innkom KOFA.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse. 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. Om klagen er rettidig vurderes nedenfor.

Om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (22) I lov om offentlige anskaffelser § 7b første ledd er en ulovlig direkte anskaffelse definert som *"en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*.
- (23) Problemstillingen er om anskaffelsen av matvarer og Non-Food artikler fra valgte leverandør skulle vært kunngjort, jf. loven § 7b.
- (24) Den aktuelle rammeavtalen gjelder levering av varer, og har en varighet på tre år med opsjon for ett pluss ett års forlengelse. Det følger av anskaffelsesprotokollen at innklagede vurderte kontraktens verdi for de tre første årene til 1 266 000 kroner. Ved vurdering av kontraktens verdi skal verdien av opsjonene medtas, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3 femte ledd. Kontraktens verdi, inkludert opsjoner, må da antas å være over 1,65 millioner kroner, og anskaffelsen følger således reglene i forskriften del I og III, jf. § 2-1 fjerde ledd, jf. § 2-2 første ledd. Plikt til å kunngjøre konkurransen følger av forskriften § 18-3, jf. § 18-1.
- (25) Rammeavtalen mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått uten forutgående kunngjøring, og utgjør da en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b første ledd. Dette er for øvrig også erkjent av innklagede.

Foreldelsesfrist og adgang til å ilegge gebyr for avrop på rammeavtaler

- (26) Av klagenemnds forskriften § 13a andre ledd fremgår at klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse *"kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd."*
- (27) I loven § 7b tredje ledd, tredje og fjerde punktum fremgår følgende om foreldelse:
- "Adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at tvisteløsningsorganet meddeler oppdragsgiver at det har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse."*
- (28) En klage til KOFA med påstand om ulovlig direkte anskaffelse må således meddeles innklagede innen to år etter at kontrakt er inngått. I denne sak ble klagen forelagt innklagede ved klagenemndas oversendelsesbrev datert 2. mars 2009. Den aktuelle rammeavtale ble imidlertid inngått 1. mars 2007, altså mer enn to år før klagen ble forelagt innklagede. Adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr for selve rammeavtalen mellom innklagede og valgte leverandør er således foreldet.
- (29) Når rammeavtalen er inngått uten forutgående kunngjøring, blir imidlertid avropene på avtalen også kunngjøringspliktige på vanlige måte. Klagenemnda har i sak 2009/120 premiss (23) og (25) uttalt om dette:

"Dersom rammeavtalen ikke er kunngjort i henhold til regelverket, vil også avropene på rammeavtalen bli ansett som ulovlige direkte anskaffelser. Som fastsatt ovenfor, er

rammeavtalen av 1. september 2006 en ulovlig direkte anskaffelse. Avropene innklagede har gjort i henhold til denne avtalen må derfor også anses som ulovlige direkte anskaffelser.

[...]

Dette innebærer at klagenemnda, så fremt de øvrige vilkårene for å ilegge gebyr er oppfylt, kan ilegge gebyr for avrop foretatt etter 3. juni 2007 og frem til 30. oktober 2008, da ny og lovlig kontrakt ble inngått med valgte leverandør."

- (30) Selv om adgangen til å ilegge gebyr for en ulovlig inngått rammeavtale er foreldet, kan altså klagenemnda ilegge gebyr for avropene foretatt av denne, dersom disse ikke er foreldet.
- (31) Innklagede har erkjent at rammeavtalen med valgte leverandør datert 1. mars 2007 ble inngått uten forutgående kunngjøring. Klagen i denne sak ble forelagt innklagede ved klagenemndas oversendelsesbrev datert 2. mars 2009, og klagenemnda kan da ilegge gebyr for avrop foretatt mellom 3. mars og 31. desember 2007. Innklagede har opplyst at det ble foretatt avrop for til sammen 856 166 kroner i denne perioden.

Skyldkravet

- (32) Skyldkrav ved overtredelsesgebyr er i loven § 7b første ledd beskrevet som at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt "*forsettlig eller grovt uaktsomt*". I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 er dette slik kommentert:

"Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsomt. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og -innsikt."

- (33) Innklagede opplyser at i perioden etter 1. januar 2005 ble det bevisst nedprioritert å kunngjøre noen mindre kontrakter, fordi selskapet konsentrerte seg om å konkurranseutsette større avtaler.
- (34) Innklagede førte anskaffelsesprotokoll, der anskaffelsens verdi ble fastslått til over terskelverdien for kunngjøring.
- (35) Samlet viser dette at innklagede bevisst har latt være å kunngjøre den aktuelle rammeavtale, selv om en slik kunngjøringsplikt forelå. Overtredelsen av kunngjøringsplikten er således forsettlig. Tilsvarende vurdering legges til grunn også for den manglende kunngjøring av avropene foretatt under den ulovlige rammeavtalen.
- (36) Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (37) Av loven § 7b første ledd fremgår det at oppdragsgiver "*kan*" ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, "*forsettlig eller grovt uaktsomt*" foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det særlig skal legges vekt på "*overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning*".

- (38) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *"for å sikre større etterlevelse av regelverket"*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas saker 2008/221 premiss (38) og 2009/8 premiss (21).
- (39) I klagenemndas sak 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:
- "Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre konkurranse og mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser."*
- (40) Innklagede har bevisst nedprioritert å kunngjøre den aktuelle rammeavtale, og har således vært klar over at de avrop som er foretatt, er gjentatte ulovlige direkte anskaffelser. Klagenemnda finner det graverende at innklagede på denne måte bevisst har satt seg utover regelverket om offentlige anskaffelser, og hensynet til gebyrets preventive virkning gjør seg derfor særlig gjeldende.
- (41) Klagenemnda ser det ikke som en formildende omstendighet at innklagede valgte å prioritere å konkurranseutsette sine største kontrakter først. Når innklagede 1. januar 2005 ble underlagt regelverket for offentlige anskaffelser, påla det selskapet i forkant å planlegge og forberede de nødvendige prosesser, herunder skaffe til veie tilstrekkelig kapasitet for å få denne jobben gjort. Klagenemnda bemerker også at den aktuelle rammeavtalen i denne sak ble inngått 1. mars 2007, over to år etter at innklagede ble underlagt regelverket.
- (42) Ut fra hensynet til gebyrets preventive virkning, at løpende avrop er skjedd helt uten konkurranse og at det er foretatt gjentatte ulovlige anskaffelser, finner klagenemnda at det skal ilegges gebyr i saken, jf. loven § 7b andre ledd, jf. første ledd.

Gebyrets størrelse

- (43) Ved avgjørelsen av gebyrets størrelse skal det, i likhet med ved spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*, jf. loven § 7b andre ledd. Opplistingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b andre ledd.
- (44) I klagenemndas sak 2009/120 premiss (36) uttalte nemnda følgende om gebyrets størrelse:

"Siden klagenemnda 1. januar 2007 fikk myndighet til å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser, er det ilagt overtredelsesgebyr i elleve saker. I den første saken, 2007/19, la klagenemnda i formildende retning vekt på at ordningen med overtredelsesgebyr var ny. I sak 2008/5 og 2008/56 uttalte nemnda at reglene om overtredelsesgebyr nå måtte forutsettes kjent blant oppdragsgiverne. Siden disse sakene, som ble avgjort i juni og oktober 2008, er det ikke blitt færre saker om ulovlige direkte anskaffelser. Både antall saker som klages inn for KOFA, og generell medieomtale viser at ulovlige direkte anskaffelser foretas i et ikke ubetydelig omfang. De preventive hensyn bak

overtredelsesgebyrene synes dermed ikke fullt ut å ha hatt ønsket effekt. På denne bakgrunn finner klagenemnda at gebyrpraksis bør skjerpes, og at satsene gradvis bør bli høyere. De høyeste prosentsatsene, opp mot 15 prosent, bør likevel reserveres for særlig grove tilfeller, der de skjerpende omstendigheter er iøynefallende, og det ikke foreligger formildende omstendigheter.”

- (45) I den nevnte sak ila klagenemnda et gebyr på cirka 12,3 prosent av kontraktssummen (3 257 670,- kroner). Økningen av gebyrsatsen er fulgt opp blant annet i sak 2009/40 hvor innklagede ble ilagt gebyrer på i overkant av 12 prosent av kontraktssummen (741 075 kroner).
- (46) I denne sak er det verdien av avropene foretatt mellom 3. mars og 31. desember 2007, som danner grunnlaget for beregningen av gebyrets størrelse. Verdien er av innklagede opplyst å være til sammen 856 166 kroner.
- (47) Som nevnt over anser klagenemnda det ikke som en formildende omstendighet at innklagede valgte å nedprioritere denne rammeavtalen, for å konkurranseutsette sine største kontrakter først.
- (48) Innklagede anfører som en formildende omstendighet at betingelsene i rammeavtalen tilsvarte de som til enhver tid gjaldt for offentlig og statlig sektor, og at innklagede fikk samme priser som andre offentlige innstanser.
- (49) At innklagede mener å ha fått en god og konkurransedyktig pris, er ikke et formildende moment. En av grunnene til at ulovlig direkte anskaffelser anses som et alvorlig brudd på regelverket, er nettopp at den manglende konkurranse hindrer oversikt over om det er oppnådd gode betingelser for en avtale. At innklagede fikk de samme priser og betingelser som andre offentlige institusjoner fra valgte leverandør, utelukker ikke at en potensiell konkurrent ville tilbudt bedre priser og vilkår.
- (50) I skjerpende retning trekker at de ulovlige avropene er foretatt forsettlig, og at det er foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser over tid.
- (51) I samme retning trekker det at avropene er foretatt uten noen form for konkurranse jf. klagenemndas sak 2009/39 premiss (37) med videre henvisninger.
- (52) I formildende retning trekker det at innklagede, etter at den ulovlige rammeavtalen ble påpekt, raskt sa opp rammeavtalen og konkurranseutsatte den. For øvrig hadde innklagede, alt før Riksrevisjonens undersøkelse, tatt initiativ til å forbedre sine innkjøpsrutiner for å sikre etterlevelse av regelverket for offentlige anskaffelser.
- (53) Klagenemnda har ut fra ovenstående etter en samlet vurdering kommet til at gebyret bør settes til 94 000 kroner. Dette utgjør cirka 11 prosent av avropenes totale verdi.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

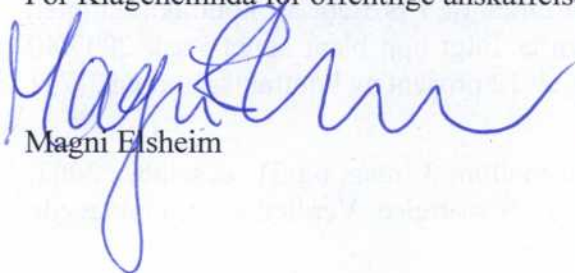
”Norsk Tipping AS ilegges et overtredelsesgebyr på 94 000 – nittifiretusen – kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato.”

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b femte ledd.

Bergen, 10. mai 2010

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Magni Elsheim', written over the printed name.

Magni Elsheim