Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Statens innkrevingssentral et gebyr pålydende 130 000 kroner for en ulovlig, direkte anskaffelse knyttet til ombygging av kantinen i kontorlokalene. Klagenemnda fant at Statens innkrevingssentral hadde opptrådt grovt uaktsomt når ombyggingsarbeider i forbindelse med utvidelse av kantinelokalene, ikke ble kunngjort i samsvar med regelverket. Gebyret utgjorde ca 7,5 prosent av kontraktens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 26. november 2009 i sak 2009/39

Klager: Næringslivets hovedorganisasjon (NHO)

Innklaget: Statens innkrevingssentral

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Tone Kleven og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse og ileggelse av overtredelsesgebyr

Innledning:

(1) Det vises til klage fra Næringslivets Hovedorganisasjon (heretter klager eller NHO) 24. februar 2009. Klagen er foranlediget av at Riksrevisjonen i sin rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2007, Dokument 1 (2008 – 2009), hadde anmerkninger til blant annet to av Statens Innkrevingssentrals (heretter innklagede) anskaffelser i 2007. Anskaffelsene hadde en verdi på henholdsvis 8 516 000 kroner eksklusiv merverdiavgift og 1 725 000 kroner eksklusiv merverdiavgift. Begge kjøpene var gjort som direkte anskaffelser. Denne saken gjelder ombygging av innklagedes kantine, og verdien av anskaffelsen var 1 725 000 kroner eksklusiv merverdiavgift.

(2) Klagenemnda er kommet til at Statens innkrevingssentral ilegges et gebyr på 130 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser § 7b, jf. § 7a (1).

Bakgrunn:

(3) Statens innkrevingssentral leier kontorlokaler av en privat huseier i Mo i Rana. Første byggetrinn av kontorlokalene ble ferdigstilt i 1999. Kantinen var på dette tidspunkt beregnet til å romme og betjene 150 personer. Kontorlokalene ble senere utvidet ved ytterligere to byggetrinn. En ny leiekontrakt som omfatter hele bygningsmassen ble inngått 5. januar 2006.

(4) Innklagedes virksomhets- og ansvarsområder er gradvis blitt utvidet, og i takt med dette har antall ansatte økt. I 2007 var rundt 300 personer ansatt hos innklagede.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

(5) I løpet av første del av 2007 ba innklagede huseieren om å sørge for nødvendig utvidelse av kantinearealet, med tilhørende utvidelse av kjøkkenfasiliteter, herunder med større fryserom, lagerrom m.v. I brev til Finansdepartementet datert 24. april 2008 konstaterer Riksrevisjonen at det av leiekontrakten mellom innklagede og huseieren fremgår at innklagede var ansvarlig for ombyggingen.

(6) I april/mai 2007 utførte huseieren befaring for å prosjektere de tekniske og praktiske detaljene, herunder å innhente tilbud fra aktuelle leverandører og entreprenører.

(7) Etter at huseieren hadde avsluttet sine undersøkelser i markedet, ble ombyggingsplanene oversendt innklagede i brev 30. mai 2007. I brevet presenterte huseier plantegninger, kostnadsoverslag og pristilbud for tømrerarbeidet, elektriske arbeider, rørleggerarbeider og diverse kjøkkenutstyr.

(8) Innklagedes vurdering av forholdet til anskaffelsesregelverket fremgår av et notat fra innklagedes juridiske stab datert 5. juni 2007. Her skrives blant annet:

"Etter en totalvurdering har jeg kommet til at anskaffelsen kan skje som kjøp etter forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. anskaffelsesforskriften § 14–4 bokstav j. Denne bestemmelsen er en snever unntaksbestemmelse som innebærer et stort avvik fra regelverkets grunnleggende krav til forutberegnelighet og gjennomsiktighet. EF-domstolen har flere ganger understreket at de tilsvarende bestemmelsene i EU-direktivene er uttømmende unntaksregler som må fortolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt. Denne bestemmelsen har fem vilkår som alle må være oppfylt.

"§ 14-4. Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

Oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i følgende tilfeller:
(...)
j. tilleggstjenester som ikke var med i det opprinnelige prosjektforslag eller i den opprinnelige kontrakten og tilleggsarbeider som ikke var med i den opprinnelig kunngjøring eller i den opprinnelige kontrakten, forutsatt at:

	Bestemmelse	*Kommentar*
1	*Forhold oppdragsgiver ikke kunne forutse gjør det nødvendig å utføre tilleggstjenesten eller tilleggsarbeidet for å utføre de tjenestene som opprinnelig ble beskrevet*	*SI har etter hvert vokst slik at kantinearealet som ble bygget for A-blokka er for lite når SI i dag har doblet bygningsmassen med B-blokka. Dette var det ikke mulig å forutse i 1997 da A-blokka ble planlagt. En tilstrekkelig stor kantine er viktig for driften av SI. Rommet brukes også til allmøter mv.*
2	*Forhold oppdragsgiver ikke kunne forutse gjør det nødvendig å utføre tilleggstjenesten eller tilleggsarbeidet*	*I 1997 var det umulig å forutse at SI skulle vokse til nærmere dobbelt så mange ansatte i løpet av 9 – 10 år.*
3	*Tilleggsarbeidene eller tilleggstjenestene tildeles samme leverandør*	*Bygningsmassen eies av STIK Eiendom AS, som også eier deler av kantineinventaret i dag. STIK Eiendom vil også her bruke*

		datterselskapet Bygg Marketing AS til selve byggearbeidet.
4	*Den samlede verdien av kontrakter som inngås om tilleggsarbeider eller tilleggstjenester ikke overstiger 50 prosent av verdien av den opprinnelige kontrakt.*	*Ombyggingen vil koste ca. 1,4 mill. ekskl. mva. Dette utgjør maksimalt ca. 2 prosent av den opprinnelige avtalen for A-blokka.*
5	*Tilleggstjenestene eller tilleggsarbeidene ikke teknisk eller økonomisk kan skilles fra den opprinnelige kontrakt uten vesentlige ulemper for oppdragsgiver eller, dersom de kan skilles fra den opprinnelige kontrakt, likevel er strengt nødvendig for fullføringen av denne*	*Tilleggsarbeidene kan skilles økonomisk fra leiekontrakten, men den oppgraderte kantina vil inngå i den totale bygningsmassen som er en integrert og viktig del. En ombygging av kantina er strengt nødvendig for at SI skal kunne drive lokalene på en god måte.*

Det bemerkes i tillegg at en slik ombygging kompliseres ved at SI er leietaker og ikke huseier. Det er huseier som må godkjenne alle bygningsmessige inngrep. Det er også slik at prosjekteringen allerede har blitt utført, pristilbud og beregninger er innhentet hos underleverandører, og det er nedlagt et stort antall timer i møter og befaringer allerede. Tegningene og beregningene er ikke SI's eiendom, men tilhører byggherre og underleverandører.

Man kunne tenke seg at prosessen hadde blitt kjørt på en annen måte, slik at man kunne utlyst en totalentreprise ut fra ferdige spesifikasjoner. Det er imidlertid høyst usikkert om dette ville resultere i lavere kostnad for SI, særlig i forhold til at markedet for bygningsarbeider er meget presset for tiden. Slik situasjonen er i dag, når nærmest alt av prosjekteringsarbeide allerede er foretatt, vil det være meningsløst ut fra et makroøkonomisk synspunkt å starte på nytt. Dette er tross alt en liten anskaffelse (1,4 mill. kr) og jeg viser til prinsippet om proporsjonalitet som har kommet til uttrykk i anskaffelsesforskriften § 3-1 (5): "Oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsen."

Jeg finner grunn til å kritisere prosessen som er valgt, ettersom anskaffelsesprosedyren ikke er vurdert på det innledende stadiet i prosessen. Imidlertid har dette ingen betydning for resultatet, idet unntaksvilkårene er til stede og står på egne ben. Den prosessen som er valgt sikrer også en smidig gjennomføring, få involverte parter og et minimum av administrative prosesser.

Konklusjon

Anskaffelsen i forbindelse med utbyggingen av kantina kan gjennomføres som forhandling etter anskaffelsesforskriften § 14-4. Det må i så fall forhandles med STIK Eiendom/Bygg Marketing. Det skal i ettertid på vanlig måte lages en anskaffelsesprotokoll. Skatteattest og HMS-attest må foreligge, ikke eldre enn 6 måneder. Dette notat skal vedlegges protokollen."

(9) I innklagedes brev til huseieren 13. juli 2007, ble det bedt om at ombyggingsarbeidet ble igangsatt i tråd med spesifikasjonene og tilbudsprisene. Fra brevet hitsettes:

"OMBYGGING KANTINEKJØKKEN
Vi viser til tidligere samtaler og møter i forbindelse med ombygging av kantinekjøkkenet.

SI har mottatt plantegninger, kostnadsoverslag fra STIK Eiendom A/S, pristilbud fra Jensen Kjøleservice A/S, samt kostnadsoverslag fra Rørco A/S og Effekt A/S.

SI ber om at STIK Eiendom A/S setter i gang med ombyggingen som avtalt."

(10) Det ble ikke utarbeidet en egen kontrakt for ombyggingen, men innklagede har opplyst at deres aksept av tilbudet 13. juli 2007 skal anses som inngåelse av kontrakt.

(11) Av anskaffelsesprotokollen datert 8. november 2007 fremkommer følgende:

"Evt. begrunnelse for valg av anskaffelsesmetode:
Anskaffelsen bare kan skje hos en leverandør i markedet. Det er huseier som formelt står for ombyggingen. Det foreligger et notat fra jur.avd. datert 5.6.2007 som redegjør for valg av anskaffelsesform, og at det i realiteten er anskaffelsesforskriften § 14-4 som gjelder. Det vises til notatet for nærmere informasjon."

(12) Ombyggingen av kantinen ble deretter gjennomført.

(13) I Riksrevisjonens brev til innklagede datert 10. mars 2008 vedrørende revisjon av regnskapet 2007, ble det uttalte følgende:

"Ombygging av kantine/kjøkken, ved bl.a. bilagsnummer 3007/3100. I følge leiekontrakten er det SI som bærer kostnadene og er ansvarlig for ombyggingsarbeidene. Ombyggingen er en selvstendig anskaffelse og omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser. Hoveddelen av arbeidet er knyttet til selve utførselen og forskrift om offentlige anskaffelser, del I og II, kommer til anvendelse. Til tross for foreliggende protokoll, kan vi ikke se at STIK Eiendom AS har fremlagt gyldig skatteattest og HMS-egenerklæring. Vi ber om uttalelse."

(14) Innklagede svarte ved brev 4. april 2008. Fra brevet hitsettes:

"Vedr. ombygging av kantine/kjøkken – skatteattest og HMS-egenerklæring

For å sikre at SI hadde gyldige skatteattester og HMS-erklæringer fra aktuelle leverandører, ble det den 4. juli 2007 sendt brev til alle leverandørene med saldo over 100.000 kroner i SIs leverandørreskontro. Dette for også å fange opp leverandører der vi har langsiktige avtaler, eller der ingen enkeltkjøp på over 100.000 kr var foretatt. Da Riksrevisjonen var på revisjonsbesøk hos SI i oktober 2007, var ikke attestene fra STIK Eiendom AS mottatt. SI mottok disse attestene 14. november 2007.

SI er kjent med at skatteattest skal være mottatt før bestilling av vare/tjeneste. I dette tilfellet var det en bestilling til huseier som SI har en 20-årig leiekontrakt med. Det ble derfor ikke sett på som avgjørende at skatteattesten ikke var mottatt. Vi erkjenner likevel at regelverket ikke er fulgt fullt ut i denne saken."

(15) Riksrevisjonen sendte deretter, 22. april 2008, brev til Finansdepartementet i forbindelse med revisjon av departementets områder for 2007. Av brevet fremkommer blant annet følgende:

> *"**9 Statens innkrevingssentral***
> *9.1 Revisjon av anskaffelser*
> *9.1.1 Brudd på konkurranseprinsippet*
> *Revisjonen for 2007 viser flere brudd vedrørende kravet om konkurranse ved anskaffelser foretatt i SI. Det bemerkes at den foreliggende dokumentasjonen viser feil anvendelse av regelverket.*
> *[...]*
>
> *I forbindelse med ombygging av kantine/kjøkken med en anslått verdi på kroner 2,3 mill. er det også foretatt et direktekjøp med begrunnelse at huseier er eneleverandør og ansvarlig for ombyggingen. Det vises i protokollen til forskrift om offentlige anskaffelser del III. Av leiekontrakten fremgår det at SI er ansvarlig for ombyggingen og at anskaffelsen gjelder bygg- og anleggsarbeid. Anskaffelsen er under EØS-terskelverdi og forskriften del I og II kommer til anvendelse. I svarbrev av 4. april 2008 erkjenner SI at regelverket ikke er fulgt fullt ut i saken."*

(16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klagers brev 24. februar 2009. Klagenemnda sendte 19. oktober 2009 forhåndsvarsel om ileggelse av gebyr pålydende 130 000,- kroner, som utgjør 7,5 prosent av kontraktens verdi. Innklagede ble gitt frist på 14 dager til å komme med eventuelle kommentarer. Det kom ingen kommentarer innen fristen, og innklagede har uttalt i kommentarene til sak 2009/131, hvor fristen ble utsatt, at de tar foreliggende sak til etterretning uten kommentarer.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(17) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at ombyggingen av kantinen, en anskaffelse som kostet 1 725 000 kroner, ikke ble kunngjort i henhold til regelverket. Klager har i tillegg klaget innklagedes anskaffelse av en dataserver som kostet 8 516 000 kroner inn til klagenemnda i sak 2009/131. På denne bakgrunn bes klagenemnda vurdere hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr for gjentatte ulovlige direkte anskaffelser.

Innklagedes anførsler:

(18) Innklagede erkjenner at dersom anskaffelsen hadde skjedd i dag, ville den blitt håndtert på en annen måte. I ettertid har innklagede lagt til grunn at lignende bygningsmessige arbeider omfattes av anskaffelsesregelverket.

(19) Dersom klagenemnda kommer til at anskaffelsen er en ulovlig direkte anskaffelse, anføres at innklagede ikke opptrådte grovt uaktsomt eller forsettlig. Det som fremkom av det interne notatet fra juridisk stab, som i ettertid viste seg å være noe upresist, ble lagt til grunn av administrasjonen i den tro at huseieren lovlig kunne besørge ombyggingen. Totalsummen er ikke er betydelig, særlig dersom det legges til grunn at anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt. Konsekvensene av at ombyggingen ikke

ble kunngjort, var ikke store. Det vises til at det ikke var huseier som utførte arbeidene knyttet til utvidelsen av kantinen, men leverandører knyttet til det enkelte fagområdet.

(20) Avslutningsvis påpeker innklagede at det nå er satt i verk en rekke tiltak for å sikre at fremtidige anskaffelser foretas i henhold til regelverket.

Klagenemndas vurdering:

(21) Klagen inneholder påstand om ulovlig direkte anskaffelse hvor fristen for å klage er to år fra kontraktsinngåelse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 nr. 1288 § 13a annet ledd, jf. lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Innklagedes aksept av tilbud 13. juli 2007 anses av innklagede som tidspunkt for kontraktsinngåelse, og klagefristen må dermed anses overholdt. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69, og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften § 2-1 og § 2-2.

(22) Klager har også klaget innklagedes anskaffelse av en server, til en verdi av 8 516 000 kroner, inn til klagenemnda i sak 2009/131. Sakene ble avgjort samme dag, og må til en viss grad ses i sammenheng ved utmåling av gebyrets størrelse.

Hvorvidt anskaffelse av nytt utvidet kantineanlegg er å anse som en ulovlig direkte anskaffelse

(23) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b første ledd, kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring, jf. lovens § 7b, jf. forskriften § 9-1, jf. § 2-1.

(24) Riksrevisjonen har i brev til Finansdepartementet datert 24. april 2008, lagt til grunn at innklagede var ansvarlig for ombyggingen.

(25) Problemstillingen blir derfor om innklagedes anskaffelse av ombyggingsarbeidene i kantineanlegget er en ulovlig direkte anskaffelse, jf. lovens § 7b, jf. forskriften § 9-1, jf. § 2-1. Klager har anført at unntaksbestemmelsen i forskriften § 14-4 bokstav j ikke kommer til anvendelse for arbeider knyttet til ombygging av kantinen.

(26) Ombygging av kantinen må anses som en bygge- og anleggskontrakt, jf. forskriften § 1-3 (1), jf. vedlegg 1 til forskriften. Etter forskriften § 2-2 om terskelverdier, fremkommer i første ledd blant annet at:

"Forskriftens del III gjelder kontrakter der den anslåtte verdi overstiger [...] 41 millioner kroner eksl. mva. for bygge- og anleggskontrakter."

(27) Av anskaffelsesprotokollen fremkommer at kontraktens anslåtte verdi er beregnet til 2,3 millioner kroner inklusive merverdiavgift. Det er således forskriften del I og del II som kommer til anvendelse ved anskaffelsen, jf. forskriften § 2-2, jf. § 2-1.

(28) Det fremkommer av innklagedes juridiske vurdering av anskaffelsen at innklagede la til grunn at unntaket i forskriften § 14–4 bokstav j kom til anvendelse. Denne bestemmelsen gjelder kun for anskaffelser omfattet av forskriftens del III, og kommer således ikke til anvendelse i foreliggende sak.

(29) Det finnes en sammenlignbar bestemmelse i forskriften § 2-1 (2) bokstav d. Det fremgår av denne bestemmelsen at det bare er forskriftens del I som kommer til anvendelse dersom *"uforutsette omstendigheter gjør det nødvendig å utføre tilleggsytelser som er strengt nødvendige for kontraktens fullføring, forutsatt at tildelingen skjer til samme leverandør"*. Klagenemnda kan ikke se at tildelingen i dette tilfellet har skjedd til samme leverandør. Klagenemnda kan heller ikke se at det foreligger slike *"uforutsette omstendigheter"* som bestemmelsen forutsetter, eller at det foreligger en *"tilleggsytelse"*. Unntaksbestemmelsen kommer følgelig ikke til anvendelse.

(30) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagedes juridiske vurdering av anskaffelsen var uriktig. Ettersom ombyggingen av kantinen ikke ble kunngjort i samsvar med kunngjøringsreglene i forskriften § 9-1, jf. § 2-1, foreligger det et brudd på kunngjøringsplikten, og følgelig en ulovlig direkte anskaffelse, jf. lovens § 7b første ledd annet punktum.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

(31) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda må således ta stilling til om innklagede opptrådte forsettlig eller grovt uaktsomt ved inngåelse av kontrakt uten forutgående kunngjøring av anskaffelsen.

(32) I Ot.prp nr. 62 (2005 – 2006) om lov om endring i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, er det nærmere redegjort for skyldkravet på side 26. Det fremkommer der blant annet at:

> *"Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. 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 rettsuvitenhet 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) Klagenemnda har ovenfor lagt til grunn at det var feil når innklagede fant at unntaksbestemmelsen i forskriften del III, § 14–4 bokstav j, kom til anvendelse, og at vilkårene i forskriften § 2-1 (2) bokstav d ikke var oppfylt. Kunnskap om bestemmelsene er helt nødvendig og avgjørende for at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med regelverket. Klagenemnda viser til forarbeidenes uttalelse om at terskelen for å anse rettsuvitenhet som grovt uaktsomt ikke er særlig høy. Dette må særlig gjelde i tilfeller som det foreliggende, hvor feilen er knyttet til sentrale bestemmelser i forskriften, og hvor det etter klagenemndas oppfatning ikke er tvil om at unntaksbestemmelsene ikke kom til anvendelse. Klagenemnda finner på denne

bakgrunn at innklagede har opptrådt grovt uaktsomt ved ikke å kunngjøre anskaffelsen etter regelverket. Skyldkravet i lovens § 7b er således oppfylt.

(34) Klagenemnda er etter dette av den oppfatning at det bør ilegges gebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

(35) Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. lovens § 7b annet ledd. Etter bestemmelsen skal det ved fastsettelsen av gebyrets størrelse særlig legges vekt på "*overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og overtredelsesgebyrets preventive virkning.*" Opplistingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende.

(36) Etter innføringen av lovens § 7b, har klagenemnda ilagt overtredelsesgebyr i en rekke saker. I sak 2007/19 ble blant annet gebyrets preventive virkning vektlagt, se premiss (50) og (51), hvor det uttales:

> *"(50) Det må også legges vekt på gebyrets preventive virkning. Avrop under et leverandørmonopol som har vart i fem år, er ensbetydende med ulovlig direktekjøp. Problemet med ulovlig direktekjøp ble tatt opp i en departemental utredning ("AUDA" 2003), og denne er senere omtalt i forarbeidene til lovendringen i 2006 – Ot.prp. nr. 62 (2005 – 2006) avgitt i april 2006, der ulovlige direktekjøp er en hovedsak, jf. proposisjonen på side 5:*
>
> *"I Norge foretar offentlig sektor innkjøp for godt over 200 milliarder kroner hvert år. Regelverket for offentlige anskaffelser skal sikre at disse midlene utnyttes best mulig gjennom kostnadseffektive innkjøp, samtidig som offentlig sektor gjennom sine anskaffelser bidrar til utvikling av et konkurransedyktig norsk næringsliv. Riksrevisjonen har imidlertid avdekket at en rekke kjøp av varer og tjenester skjer uten konkurranse, i strid med regelverket. "*
>
> *(51) Kommisjonen selv anser effektivisering av anbudsreglene som en prioritert oppgave og mener at tiltak mot ulovlige direktekjøp er et hovedanliggende for nye lovendringer. Kommisjonens utkast til skjerpelser i håndhevingsdirektivet 89/665 – COM(2006)195 – siterer fra premiss (37) i EF-domstolens dom 18.11.2004 c-26/03 ("Stadt Halle") om at tildeling av kontrakter uten påbudt kunngjøring "...could lead to the most serious breach of Community law in the field of public procurement on the part of a contracting authority. It would substantially reduce the effective and rapid judicial protection aimed at by Directive 89/665, and would interfere with the objectives pursued by Directive 92/50, namely the objectives of free movement of services and open and distorted competition in this field in all the Member States.""*

(37) Når en anskaffelse til 1 725 000 kroner ikke kunngjøres fordi innklagede tar feil av sentrale bestemmelser i regelverket, tilsier preventive hensyn at gebyret skal settes relativt høyt. Hensynet til konkurranse er heller ikke ellers ivaretatt ved anskaffelsen, noe som også trekker i retning av et høyt beløp, jf. klagenemndas sak 2008/56, 2009/8 og 2009/42.

(38) Klagenemnda viser til at innklagede i 2007 også unnlot å kunngjøre en anskaffelse av en server til 8 516 000 kroner, se klagenemndas sak 2009/131. Klagenemnda har også i den saken fattet vedtak om overtredelsesgebyr. Etter lovens ordlyd skal det ved fastsettelsen av gebyrets størrelse tas i betraktning om innklagede har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser. Dette taler i foreliggende sak i retning av at gebyret fastsettes høyt.

(39) Ved fastsettelse av gebyrets størrelse finner klagenemnda også veiledning i tidligere sammenlignbare saker. I klagenemndas sak 2008/56 premiss (47) ble det fremhevet at preventive hensyn tilsa at det ble reagert strengt når anskaffelsen var unntatt fra konkurranse. Gebyret ble i den saken fastsatt til 7,4 prosent av kontraktssummen. Av saksforholdet fremkommer at innklagede bevisst tok en risiko i spørsmålet om en unntaksbestemmelse kom til anvendelse. Det uttales blant annet at:

"Preventive hensyn tilsier at det bør reageres strengt i tilfeller der offentlige oppdragsgivere hjemler en ulovlig direkteanskaffelse i en unntaksbestemmelse som åpenbart ikke kommer til anvendelse. Dette gjelder spesielt siden anskaffelsen i dette tilfellet helt har vært unndratt fra konkurranse."

(40) I formildende retning ble det vektlagt at innklagede hadde innhentet juridisk bistand før beslutningen om direkte tildeling ble fattet. Tilsvarende legges det i denne saken i formildende retning vekt på at innklagede, forut for anskaffelsen, innhentet en juridisk vurdering fra sin egen stab. Videre tillegges det noe vekt i formildende retning at anskaffelsens verdi ikke er høy.

(41) Ved utmålingen av gebyret skal kontraktssummen på 1 725 000 kroner eksklusiv merverdiavgift legges til grunn. Gebyret størrelse settes etter dette til 130 000 kroner. Dette utgjør ca 7,5 prosent av kontraktssummen.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

"Statens innkrevingssentral ilegges et overtredelsesgebyr på 130 000 – etthundreogtrettitusen – kroner.

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

Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av tvangsfullbyrdelsesloven § 1-2.

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

For klagenemnda for offentlige anskaffelser
26. november 2009

Magni Elsheim