



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Helsedirektoratet
Postboks 7000 St. Olavsplass

0130 OSLO

Deres referanse
09/1496

Vår referanse
2009/40

Dato
18.02.2010

Klagenemndas gebyrvedtak 18. februar 2010 i sak 2009/40

Klager: Næringslivets hovedorganisasjon

Innklaget: Helsedirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse og illeggelse av overtredelsesgebyr.

Innledning:

- (1) Det vises til klage av 24. februar 2009 fra Næringslivets hovedorganisasjon (heretter kalt klager eller NHO). Klagen er foranlediget av at Riksrevisjonen i sin rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2007, Dokument 1 (2008-2009), uttalte at Helsedirektoratet hadde foretatt direktekjøp fra leverandører uten konkurranse i seks tilfeller hvor anskaffelsens verdi oversteg kroner 500 000. Helsedirektoratet har opplyst til Klagenemnda for offentlige anskaffelser at én av disse anskaffelsene gjelder direktoratets avtaleinngåelse med Tom Christensen om konsulentbistand. Det er denne anskaffelsen foreliggende sak omhandler.
- (2) Klagenemnda er kommet til at Helsedirektoratet ilegges et gebyr på 90 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser § 7b, jf. § 7a(1).

Bakgrunn:

- (3) Sosial- og helsedirektoratet, senere Helsedirektoratet, (heretter kalt innklagede) underskrev den 28. mars 2007 en avtale om konsulentbistand med Tom Christensen, helse- og itkonsulent. Det hitsettes følgende fra avtalens punkt 1 Alminnelige bestemmelser:

“1.1 OMFANGET AV KONSULENTBISTANDEN

Konsulenten skal yte faglig bistand heretter kalt Bistanden - i forbindelse med:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

Rollen «Fagansvarlig - Legeforeningen» som nevnt i prosjektdirektivet for eReseptprogrammet prosjekt Rekvirent, se prosjektdirektivet.

Programmet for eResept Norge skal etablere en helhetlig elektronisk løsning for å rekvirere, ekspedere og dokumentere reseptpliktige legemidler, medisinsk utstyr og næringsmidler. Programmet eies av Helse- og omsorgsdepartementet, ledes av Sosial- og helsedirektoratet og gjennomføres i et samarbeid mellom Statens legemiddelverk, Legeforeningen, Apotekerforeningen, Arbeids- og velferdsetaten (NAV), de regionale helseforetakene (RHF) og Bandasjistenes næringspolitiske utvalg (BNU).

Bistanden skal omfatte følgende aktiviteter:

Bistanden utføres under faglig ledelse av Sosial- og helsedirektoratets Rekvirent prosjektleder Gaute Munkeby.

Bistanden utføres av Tom Christensen og omfatter bistand under utvikling av løsningen hvor design, test og evaluering av løsningen inngår, i det omfang som avtales innenfor den øvre ramme som er angitt i denne avtalen.

De tre rolleinnhaverne Tom Christensen, Ole Martin Winnem og Ole A Bjordal er alle oppnevnt av sentralstyret i Legeforeningen. De tre rolleinnhaverne skal ivareta Legeforeningens interesser i Rekvirentprosjektet. Legeforeningens fagansvarlige Tom Christensen vil rapportere til Rekvirent prosjektleder Gaute Munkeby og vil holde Legeforeningen orientert om arbeidet, med det formål at prosjektet er forankret i Legeforeningen på overordnet nivå.

Formålet med Legeforeningens deltagelse i Rekvirentprosjektet er å sikre allmennlegenes brukerinteresser, for på den måten å bidra til at foreningen kan stille seg bak de løsninger som blir utviklet. Legeforeningen har ansvar for å arbeide for at formålet for Samarbeidsavtalen nås. Ansvar og virkemidler står beskrevet nærmere i avtalen. Legeforeningen skal stille med relevante medisinskfaglige ressurser knyttet til spesifisering, test og utbredelse løsningen, samt stå for anbefaling mht. faglig godkjenning/underkjenning av leveranser.

I den utstrekning Kunden ønsker det skal Konsulenten også delta i andre aktiviteter som inngår i prosjektet.”

- (4) Det var opplyst i avtalens punkt 1.3 at arbeidet var påbegynt den 1. januar 2007 og at dette skulle være avsluttet innen 31. mars samme år.
- (5) Kontraktens økonomiske ramme var på 380 000 kroner. Dette var nærmere konkretisert i punkt 4.1 i avtalen. Det hitsettes følgende fra dette punktet:

”4.1 Følgende kostnadselementer inngår i den økonomiske rammen:

Maksimalt [...] timer innenfor økonomisk ramme kr 333.125 ekskl MVA. Reise- og diettkostnader innenfor økonomisk ramme kr 46.875 ekskl MVA.

Utlegg dekkes bare i den grad de er avtalt. Reise- og diettkostnader skal spesifiseres særskilt, og dekkes etter Statens gjeldende satser hvis ikke annet er avtalt.”

- (6) I forbindelse med underskrivingen av avtalen den 28. mars 2007 utarbeidet innklagede et notat, datert samme dato. Fra dette notatet hitsettes følgende:

”Utkast avtaler med Legeforeningens tre rolleinnhavere for jan - mar 2007 for Rekvirentprosjektet

Vedlagt utkast til tre avtaler for de tre rolleinnhaverne Tom Christensen, Ole Martin Winnem og Ole A Bjordal for undertegning i 2 eks av hver.

Jeg har brukt ressursanslag fra vår prosjektleder Gaute Munkeby som grunnlag for rammene.

Jeg har i avtaleutkastene lagt vekt på å få frem at den som vi inngår avtale med er oppnevnt av Legeforeningen og hvorfor, mtp det konkurransemessige grunnlag for avtalen og reglene rundt dette. Jeg har brukt formuleringer fra andre vedtatte dokumenter i eReseptprogrammet.

Jeg har brukt siste utgave av Statens konsulentbistandsavtale. Der jeg har fylt ut noe/lagt noe til, har jeg brukt Verdana skrift. I tillegg har jeg av praktiske grunner lagt til postadresser på side 2.

Jeg har som tidligere nevnt muntlig, justert timeprisen [...], tilsvarende som vi har gjort for diverse parallelle avtaler i eReseptprogrammet.”

- (7) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 24. februar 2009. Klagenemnda oversendte klagen til innklagede i brev av 3. mars 2009.
- (8) I vedlegg til e-post av 18. september 2009 har Helsedirektoratet sendt klagenemnda en oversikt som viser beløpene innklagede har utbetalt til Tom Christensen for arbeidet med eReseptprogrammet i perioden juli 2006 til og med desember 2008. Denne viser at det totalt er utbetalt 2 925 078 kroner inkludert merverdiavgift til Tom Christensen for arbeidet som helse- og it konsulent. Frem til mars 2007 har Helsedirektoratet også dekket reiseutgifter til konsulenten innenfor dette beløpet, mens det etter dette tidspunkt, i følge innsendt oversikt, kun er utbetalt timegodtgjørelse.
- (9) For perioden 1. april 2007 til 31. desember 2007 ble det utbetalt 926 344 kroner inkludert merverdiavgift til Tom Christensen fra Helsedirektoratet for arbeid for eReseptprogrammet. Dette tilsvarer 741 075 kroner eksklusiv merverdiavgift. Siste utbetaling til Tom Christensen ble foretatt for tjenester utført i desember 2008.
- (10) Anskaffelsen(e) har ikke vært kunngjort, og det foreligger ikke andre skriftlige avtaler eller skriftlige bestillinger enn avtalen av 28. mars 2007 med virketid fra 1. januar 2007 til 31. mars 2007. Innklagede har opplyst at betingelsene i avtalene for foregående måneder er videreført i måneder uten skriftlig avtale. Innklagede har videre opplyst at timeprisene i avtalene tilsvarer det innklagede ellers betalte for konkurranseutsatte avtaler for tilsvarende kompetanse.
- (11) I notat av 18. september 2009, vedlagt e-post av samme dato, har innklagede opplyst at Sosial – og helsedepartementet i januar 2006 inngikk en avtale om konsulentbistand med Tom Christensen, helse- og it konsulent. Avtalen varte til november 2006. Etter det opplyste ble eReseptprogrammet i denne perioden revurdert av departementet, og det var usikkert om programmet ville bli gjennomført. Avtalen ble i følge innklagede ansett å være i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser da kontraktsbeløpet var begrenset oppad til 500 000 kroner. Dette ble ansett som tilstrekkelig for å gjennomføre aktuelle aktiviteter. Christensen var oppnevnt av legeforeningen, og innklagede vurderte da at det ikke var aktuelt å konkurranseutsette tjenesten.
- (12) Innklagede har videre i samme notat opplyst at planen var at Legeforeningen selv skulle administrere avtaler med sine representanter i eReseptprogrammet fremover, og at det kunne søkes om tilskudd fra det offentlige for dekning av utgifter til dette. Parallelt med

arbeidet med å få i stand en slik ordning, ble konsulentavtalen med Tom Christensen for 1. kvartal 2007 inngått, jf. avtalen av 28. mars 2007.

- (13) Klagenemnda sendte 16. desember 2009, med korrigering ved e-post 18. januar 2010, forhåndsvarsel for illeggelse av gebyr pålydende 90 000 kroner, som utgjør i overkant av 12 prosent av kontraktens verdi. Innklagede ble gitt frist på 14 dager til å komme med eventuelle kommentarer. Innklagede opplyste i e-post datert 11. januar 2010 at innklagede ikke hadde noen kommentarer til forhåndsvarselet. Innklagede hadde heller ikke kommentarer til korrigeringen av forhåndsvarselet, jf. innklagedes e-post datert 21. januar 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Klager anfører at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser i budsjettåret 2007 da det går frem av Riksrevisjonens rapport for 2007 at Helsedirektoratet dette året hadde foretatt direkte kjøp fra leverandører uten konkurranse i seks tilfeller hvor anskaffelsens verdi oversteg 500 000 kroner. Klager ber klagenemnda vurdere hvorvidt det bør ilegges overtredelsesgebyr for gjentatte ulovlige direkte anskaffelser.

Innklagedes anførsler:

- (15) Klagen bestrides ikke, og klagefristen anses overholdt for utbetalinger foretatt mellom 3. mars 2007 og 31. desember 2007.
- (16) Det vises til at innklagede gjennomfører et prosjekt for å lukke avvikene knyttet til riksrevisjonens rapport og etablere rutiner som skal sikre effektivitet og etterlevelse på anskaffelsesområdet.
- (17) Innklagede viser til at anskaffelsen ikke ble kunngjort fordi den samfunnsøkonomiske gevinsten ved innføring av eResept er avhengig av at aktørene tar systemet i bruk. Legeforeningens deltagelse i programmet, herunder Legeforeningens oppnevning av Tom Christensen som helse- og itkonsulent, reduserer i betydelig grad risikoen for at legene ikke skal ta systemet i bruk. På denne bakgrunn har direktoratet ikke vurdert det som en vanlig anskaffelse, men har i god tro inngått avtale med ovennevnte leverandør for å etablere nødvendig samarbeid med Legeforeningen som profesjonsorganisasjon.
- (18) Innklagede viser videre til at avtalen er forlenget for tre måneder om gangen da innklagede ikke har funnet formell hjemmel for anskaffelsen og søkt å finne en egnet formelt riktig prosedyre for slike anskaffelser, i et nødvendig samarbeid med profesjonsorganisasjoner.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Saken gjelder klage på ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker er det ikke et krav at klager har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 13a.

Klagefrist og adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr

- (20) Av klagenemnds forskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan settes inn til et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov om offentlige anskaffelser § 7b (3). I loven § 7b (3) fremgår det at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt

i brev av 24. februar 2009, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev av 3. mars 2009. Dette innebærer at klagenemnda kan ilegge gebyr for kontrakt(er) om ulovlig(e) direkte anskaffelse(r) som er inngått fra og med 3. mars 2007. Idet klagen kun omhandler eventuelle ulovlige direkte anskaffelser foretatt i 2007, jf. klagers henvisning til Riksrevisjonens rapport fra 2007, kan anskaffelser foretatt etter utgangen av 2007 ikke anses innklaget, og kan følgelig heller ikke ilegges gebyr i foreliggende sak. Klagenemnda kan derfor etter dette kun ilegge gebyr for kontrakt(er) om ulovlig(e) direkte anskaffelse(r) inngått i perioden 3. mars 2007 til 31. desember 2007.

- (21) Av innsendt dokumentasjon fremgår det at Sosial- og helsedepartementet og Sosial- og helsedirektoratet/Helsedirektoratet har hatt et løpende avtaleforhold med Tom Christiansen vedrørende konsulentbistand til eReseptprogrammet fra januar 2006 og ut 2008. Fra 2007 har den offentlige avtaleparten vært Sosial- og helsedirektoratet/Helsedirektoratet. Den eneste skriftlige avtalen som foreligger vedrørende avtaleforholdet, er avtalen som er underskrevet av Sosial- og helsedirektoratet og Tom Christensen den 28. mars 2007. Av avtalen fremgår det at denne gjelder konsulentbistand utført i perioden 1. januar til 31. mars 2007. Klagenemnda legger følgelig til grunn at denne avtalen må anses inngått senest da bistanden startet, det vil si 1. januar 2007. Klagenemndas myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr i foreliggende sak er begrenset til å gjelde den kontrakt/de kontrakter Sosial- og helsedirektoratet/Helsedirektoratet kan anses for å ha inngått i perioden 3. mars 2007 til 31. desember 2007, jf. premiss ovenfor. I denne perioden foreligger det ingen skriftlig avtale, men innklagede har opplyst at Christensen har utført konsulentbistand til eReseptprogrammet fra og med 1. april 2007 til og med 31. desember 2007 til en total verdi av kroner 741 075 kroner eksklusiv merverdiavgift. Klagenemnda legger til grunn at bistanden utført i den aktuelle perioden må anses for å utgjøre én samlet anskaffelse da bistanden er utført av den samme leverandøren til den samme oppdragsgiveren, bistanden gjelder ett bestemt prosjekt, og ytelsen er av samme karakter, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-16/98 (Sydev) og klagenemndas saker 2008/55 og 2005/118 premiss (52) hvor det fremgår at dette er momenter som skal vektlegges ved vurderingen av om det foreligger én anskaffelse. Dette er heller ikke bestridt av innklagede. Klagenemnda legger etter dette til grunn at det foreligger en anskaffelse av konsulentbistand på totalt kroner 741 075 kroner eksklusiv merverdiavgift, som nemnda kan vurdere om utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, herunder om det er grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (22) Av lov om offentlige anskaffelser § 7b (1) følger det at med en ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriftens §§ 9-1 og § 18-1. Av forskriften § 2-1 (2) følger det at for kontrakter hvor den anslåtte verdi overstiger kroner 500 000 eks. mva, men ikke overstiger terskelverdiene angitt i § 2-2, gjelder reglene i forskriftens del I og II, med mindre det foreligger et eksplisitt unntak fra dette, jf. forskriftens § 2-1 (2) bokstav a til f. Av forskriftens § 9-1 følger det at det foreligger en kunngjøringsplikt for anskaffelser som er omfattet av forskriftens del II. Etter loven § 7b (1) kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse.

- (23) Innklagede har i foreliggende tilfelle begrunnet den manglende kunngjøringen med at den samfunnsøkonomiske gevinsten ved innføring av eResept er avhengig av at aktørene tar systemet i bruk, og at det herunder, slik nemnda forstår det, var viktig at Legeforeningen kunne utnevne hvem som skulle være helse- og it konsulent for innklagede. Dette for å kunne etablere et nødvendig samarbeid med Legeforeningen som profesjonsorganisasjon. Videre er det vist til at avtalen med Christensen er forlenget for tre måneder av gangen da innklagede ikke var i stand til å finne en formell hjemmel for anskaffelsen, og at innklagede har søkt å finne en egnet formell og riktig prosedyre for denne type anskaffelse.
- (24) Forskriften § 2-1 (2) bokstav a – f regulerer uttømmende hvilke unntak fra kunngjøringsplikten som kan aksepteres når anskaffelsen er omfattet av forskriften og verdien av anskaffelsen er mellom 500 000 kroner og terskelverdiene angitt i § 2-2. Klagenemnda kan ikke se at de forhold innklagede har begrunnet den manglende kunngjøringen med, kan henføres under noen av unntakene forskriften angir fra kunngjøringsplikten. Da verdien av anskaffelsen overstiger kunngjøringsgrensen, legger klagenemnda til grunn at innklagedes anskaffelse av konsulentbistand fra Tom Christensen i perioden 1. april 2007 til 31. desember 2007 utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (25) 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. Klagenemnda må således først ta stilling til om innklagede opptrådte forsettlig eller grovt uaktsomt ved inngåelsen av kontrakten med Tom Christensen uten forutgående kunngjøring.
- (26) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser er det nærmere redegjort for skyldkravet. Der fremkommer blant annet at:

”Det er et vilkår for å illegge 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 rettsuvidenhet som grovt uaktsom. 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.”

- (27) Det fremgår verken av innklagedes anførsler, eller av den innsendte dokumentasjon, at innklagede på noe tidspunkt foretok en reell vurdering av om anskaffelsen skulle vært kunngjort. Dette ble ikke gjort selv om anskaffelsen verdimessig oversteg kunngjøringsgrensen. Da avtalen inngått i 2006 løp ut, og innklagede så at man ikke fikk i stand den planlagte ordningen med at Legeforeningen skulle administrere avtaler med sine representanter selv og eventuelt søke tilskudd fra det offentlige, ble anskaffelsen ikke kunngjort. Innklagede har forklart at avtalen ble forlenget for tre måneder om gangen da man ikke fant formell hjemmel for anskaffelsen, og søkte å finne riktig prosedyre for slike anskaffelser. Klagenemnda forstår dette slik at innklagede var klar over at virksomheten sannsynligvis foretok en ulovlig direkte anskaffelse når konsulentavtalen med Tom Christensen ble forlenget fortløpende. Etter

klagenemndas oppfatning kan det heller ikke anses særlig tvilsomt at det ikke forelå rettslig grunnlag for å unnta anskaffelsen fra kunngjøringsplikten. Innklagede har derfor i det minste utvist grov uaktsomhet ved å unnlate å kunngjøre anskaffelsen. Klagenemnda legger til grunn at lovens skyldkrav er oppfylt.

- (28) Klagenemnda er etter dette av den oppfatning av at det bør ilegges overtredelsesgebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (29) Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b (2). Etter bestemmelsen skal det ved fastsettelsen av gebyrets størrelse særlig legges vekt på: *”overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning”*.
- (30) Etter innføringen av lovens § 7b, har klagenemnda ilagt overtredelsesgebyr i flere 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 hovedansvarlig 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.”

- (31) I klagenemndas sak 2009/120 premiss (36) uttalte nemnda følgende vedrørende utmåling av overtredelsesgebyrets 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.”

- (32) Innklagede har i foreliggende sak anskaffet en tjeneste som ved første gangs anskaffelse ikke kunngjøres da den er under kunngjøringsgrensen. Videre fortsetter innklagede å anskaffe tjenesten uten kunngjøring og uten skriftlig avtale fordi innklagede, slik klagenemnda forstår saken, ikke visste hvordan anskaffelsen skulle gjennomføres for å være i samsvar med gjeldende regelverk for offentlige anskaffelser.
- (33) Slik klagenemnda ser saken, dreier det seg her om en anskaffelse som det rettslig sett ikke kan ha vært særlig tvil om at skulle vært kunngjort etter reglene i forskriften § 9-1(1). Preventive hensyn taler derfor for at gebyret settes relativt høyt. Innklagedes notat av 28. mars 2009, samt innklagedes tilsvarende svar til klagenemnda, hvor det er vist til at avtalen er forlenget med tre måneder om gangen fordi innklagede ikke har funnet formell hjemmel for anskaffelsen, må forstås dit hen at innklagede må ha forstått at anskaffelsen i følge regelverket skulle vært kunngjort. Anskaffelsen bærer preg av at innklagede har hatt kunnskap om kunngjøringsplikten, og har tatt et bevisst valg om ikke å følge kunngjøringsreglene fordi innklagede ønsket at Legeforeningen skulle velge hvilken helse- og it konsulent det skulle inngås avtale med. Den eneste skriftlige avtalen vedrørende kontraktsforholdet som er fremlagt gjaldt første kvartal 2007 og ble signert tre dager før kontrakten utløp 28. mars 2007. Dette bidrar til å befeste nemndas inntrykk av dette forholdet. Det kan derfor synes som om innklagede i denne saken bevisst har handlet i strid med regelverket, og preventive hensyn tilsier at gebyret settes høyt.
- (34) I klagenemndas sak 2008/56 premiss (47) ble det fremhevet at preventive hensyn tilsier at det ble reagert strengt når anskaffelsen hadde vært helt unntatt fra konkurranse. Gebyret i den saken ble fastsatt til 7,4 prosent av kontraktssummen. Av saksforholdet fremkommer at innklagede bevisst tok en risiko i forhold til om en unntaksbestemmelse kom til anvendelse. Innklagede i angjeldende sak unnlot å kunngjøre anskaffelsen uten at innklagede mente at det forelå en unntaksbestemmelse som kom til anvendelse. Den manglende konkurransen tilsier at det i denne saken reageres strengt med hensyn til gebyrets størrelse.
- (35) Størrelsen på den foretatte ulovlige direkte anskaffelsen skal også vektlegges, jf. lovens § 7b annet ledd. Klagenemndas kompetanse til å ilegge gebyr er i denne saken begrenset til perioden 3. mars 2007 og ut året. Nemnda finner imidlertid å vektlegge i skjerpende retning at innklagede i denne saken har fortsatt anskaffelsen av konsulenttjenester ut 2008. I 2008 anskaffet innklagede konsulenttjenester fra Tom Christensen helse- og it konsulent for 1 206 510 kroner inkludert merverdiavgift. Det må vektlegges i skjerpende retning at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse over flere år.
- (36) Som det fremgår over, taler preventive hensyn, manglende konkurranse og at den ulovlige direkte anskaffelsen har pågått over flere år, for at gebyret settes høyt i dette tilfellet. Klagenemnda har etter en skjønnsmessig vurdering kommet til at gebyret bør

settes til 90 000 kroner. Dette utgjør i overkant av 12 prosent av kontraktssummen på 741 075 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

“Helsedirektoratet ilegges et overtredelsesgebyr på 90 000 -nittitusen – kroner.

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

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

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

For klagenemnda for offentlige anskaffelser,
18. februar 2010

Siri Teigum