



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemnda ila Forsvarsbygg gebyr stort kr 30 000,- for en ulovlig direkte anskaffelse av konsulenttjenester for å opprette en database. Klagenemnda fant at anskaffelsens verdi oversteg terskelverdien for kunngjøring, og at innklagede hadde utvist grov uaktsomhet ved å tildele kontrakt direkte uten forutgående konkurranse.

Klagenemndas gebyrvedtak av 12. august 2009 i sak 2009/42

Klager: Næringslivets hovedorganisasjon (NHO)

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Påstand om 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 nr. 1 (2008-2009), hadde vesentlige merknader knyttet til blant annet Forsvarsbyggs (heretter kalt innklagede) direktekjøp av konsulenttjenester ved utbyggingsprosjekter i Rena leir, jf. rapportens side 107, hvor dette er nærmere behandlet. Denne saken gjelder to kontrakter inngått med henholdsvis IBR-elprosjekt AS den 5. mars 2007 og Sweco Grøner AS den 10. mai 2007.
- (2) Klagenemnda er kommet til at Forsvarsbygg ilegges et gebyr stort kr 30 000,- for inngåelse av kontrakt med Sweco Grøner AS uten forutgående kunngjøring av konkurransen. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser §§ 7b, jf. 7a(1).

Bakgrunn:

- (3) I juni 2006 besluttet Forsvarsbygg at det skulle lages en samlet oversikt over infrastrukturen i Rena leir. I denne forbindelse ble det utarbeidet et styringsdokument, datert 22. juni 2006, som nærmere redegjør for bakgrunnen for dette prosjektet, samt for hvordan dette var tenkt gjennomført. Fra styringsdokumentet hitsettes følgende:

"STYRINGSDOKUMENT

**"AJOURFØRING AV DOKUMENTER FOR DRIFT OG FORVALTNING I
ØSTERDALEN GARNISON"**

[...]

DELPROSJEKTETS OMFANG (SAMMENDRAG)

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

Brukers behov

Det er ikke laget oppdaterte tegninger og kart for infrastrukturen etter hvert som leiren er bygget ut. Det er derfor et stort behov for å få registrert alle kummer i Rena leir.

Løsning/konsept

Registrere en samlet infrastruktur i dataprogrammet Gemini VA.

Kostnadsestimat og finansiering

> NOK 550.000

MÅL**Brukermål (effektmål) og Prosjektmål**

Å lage en samlet oversikt over infrastrukturen i Rena Leir.

Kostnader

> Prosjektets styringsmål er 0,5 2006-MNOK

Dvs. kostnadsestimatet for prosjektet med 50 % sikkerhet for oppnåelse.

> Prosjektets kostnadsramme på 0,55 2006-MNOK

Fremdriftsplan og milepæler

> Prosjektet skal være gjennomført innen 01.01. 2007.

> Milepæl: All utendørs registrering skal gjøres innen medio august 06.

SUKSESSKRITERIER

Et riktig kart som et godt arbeidsverktøy for MO.

GRENSESNITT

> Innleide rådgivere.

PROSJEKTGJENNOMFØRING**Gjennomføringsstrategi**

Kort og intens registrering av følgende:

- Vann og avløps installasjoner utendørs/i bakken
- Utvendige lavspent el-installasjoner inkludert kabelmerking
- Alle høyspent el-installasjoner inkludert kabelmerking
- Utvendige installasjoner for Telekommunikasjon inkludert kabelmerking
- Fjernvarmeledninger
- Merke alle kummer
- Alle bygg korrekt innmålt på oversiktskart
- Alle veger og plasser korrekt innmålt på oversiktskart
- Merking av alle kummer
- Alle renseanlegg
- Alle drikkevannsanlegg

Kontraktsstrategi

> Det benyttes avrop til allerede inngåtte rammeavtaler.

Organisering

PA = MO Utleie Østerdalen v/Arnfinn Ruud.
PL = FB Utvikling Østerdalen v/Arne Weldingh.

Styringsbasis

Prosjektets omfang

> Registrering av kummer med innhold;
Ca. 490 VA-kummer,
Ca. 200 OVsluk,
Ca. 30 Fjernvarmekummer
Ca. 200 kabelkummer inkludert merking av alle kabler.
Ca. 7 renseanlegg og drikkevannsanlegg

Kart over bygg, veger og plasser forutsettes å foreligge hos planseksjonen i FB Utvikling.

Budsjettstruktur og investeringsprofil

Budsjettstruktur

Prosjektet finansieres etter følgende fordeling :

	2006	2007
FB Utleie MO Østerdalen	NOK 300.000*	130.000*
FB Utvikling	NOK 120.000*	0

* Beløpene er inkl. mva.

Kostnadsestimat

Estimatets forutsetning er en enhetspris pr. kumenhet eller punkt som skal registreres, forskjellig for hver kategori kum.

[...]

KOMMUNIKASJON OG INFORMASJON

[...]

Arbeidsform Navn Prosjekt - entreprenører/leverandører

> Prosjektets navn er; "AJOURFØRING AV DOKUMENTER FOR DRIFT OG FORVALTNING I ØSTERDALEN GARNISON"

> Det er valgt å benytte følgende to leverandører

> Sweco A/S. De har hatt alle arbeider med registrering av VA -anlegg og fjernvarme i Gemini VA til d.d.

> IBR el-prosjekt har hatt alle arbeider med registrering av kabelanlegg i Auto-cad.

> Disse to leverandørene skal samkjøres slik at all infrastruktur blir samlet i systemet Gemeni VA."

- (4) Etter dette inngikk innklagede to kontrakter.
- (5) Kontrakten med IBR-elprosjekt av 5. mars 2007 ble inngått som et avrop på en rammeavtale innklagede allerede hadde med leverandøren, inngått 29. april 2004.

Rammeavtalen er navngitt "Prosjektbistand Østerdalen", og fra rammeavtalens punkt 2 hitsettes følgende beskrivelse av hva denne avtalen omfatter:

"Avtalen gjelder for prosjektbistand i forbindelse med bygge- og anleggsprosjekter i regi av Forsvarsbygg Utbyggingsprosjektet Østerdalen. Følgende fagkategorier og personer hos rådgiverfirmaet er omfattet:

- Fagingeniør elektro ved Jan Nylund*
- Fagingeniør elektro ved Goren Johnstad*
- Fagingeniør elektro ved Reidar Bakken*
- Spesialfag FDV ved Inger Marie Kjeksrud".*

- (6) I avropskontrakten er prosjektet beskrevet som: "Rena – inv.0004 Brannruin tidl. Sykestue – Ajourføring av dokumenter". Dette er videre konkretisert på følgende måte:

"Fortsette og fullføre arbeidet med registrering og rentegning av kabelkart for Rena leir jfr. møtereferat av 21.02.07."

- (7) Under punktet "Beskrivelse av avrop" fremgår det at funksjonen som skal dekkes er fagingeniør elektro. Det er beregnet 200 timer til oppdraget, og den anslåtte verdien på arbeidet er på kr 139 200 eks. mva.

- (8) Den andre kontrakten ble inngått med Sweco Grøner AS den 10. mai 2007. Kontrakten er betegnet som kontrakt nr. 44013, og i kontraktens punkt 1 fremgår følgende beskrivelse av oppdraget: "I forbindelse med prosjektet Rena leir – Brannruin er det et underprosjekt; "Ajourføring av dokumenter." Prosjektets omfang er beskrevet i tidligere oversendte styringsdokument." I punkt 6 om "Fremdrift" fremgår det at: "Oppdraget har startet og være sluttført iht fremdriftsplanen."

- (9) I anskaffelsesprotokollen knyttet til kontrakten med Sweco Grøner AS, datert 25. april 2007, fremgår det følgende beskrivelse av oppdraget under punkt 2.2:

"2.2 Kort beskrivelse av oppdraget

Den tidligere sykestua som ligger sentralt i Rena leir, ble kraftig brannskadd 3. januar 2003. [...] Den tidligere sykestua fungerte også som et hovedknutepunkt for infrastrukturen i hele leiren. Knutepunktet er fysisk plassert i kjelleren, og ble i svært liten grad berørt av brannen. Følgende anleggstyper i infrastrukturen blir berørt ved riving: Fjernvarmen, Vann og Avløpssystemene, Sentral Driftskontroll, Gradert nettverk/Fiberkabel, Svakstrøm, Høgspen, Brannvarslingsanleggene og Adgangskontrollen.

I den forbindelse er det nødvendig å rette opp og ajourføre Infrastrukturens FDV-dokumentasjonen for Rena leir.

Denne foreligger i en gradert database; Gemeni VA

Tjenestekjøpet omfatter registrering og oppdatering av databasen."

- (10) Videre inneholder protokollen følgende beskrivelse av anskaffelsesprosessen i punkt 3:

"Kort beskrivelse av anskaffelsesprosessen (saksgangen)

3.1 Beskrivelse i fritekst

*Det er valgt "Direkte anskaffelse".
Se begrunnelse under pkt. evaluering/innstilling. "*

- (11) I protokollens punkt 4 fremgår det at kontraktens økonomiske "ramme avtales til kr 200.000." Dette beløpet er eks. mva.
- (12) Fra punkt 5; "Evaluering/innstilling" hitsettes så følgende:

"Våre begrunnelser for å velge denne formen er at det fra første stund er én og samme leverandør som har bistått Forsvarsbygg med leveranser i dette programmet, helt tilbake siden Rena leir ble bygget i perioden 1993 – 1997. (Forsvarsbygg har selv ikke funnet det formålstjenelig å stille egne ressurser for opplæring til daglig bruk og vedlikehold av databasen.)

Forsvarsbygg utvikling er altså i den situasjon at all FDV-dokumentasjon for infrastruktur skal samles inn og leveres videre til FB utleie MO i dette programmet, samtidig som vi er helt avhengig av å kjøpe tjenesten. Det er oss ikke kjent at det for tiden finnes konkurrerende leverandører av tjenester med å arbeide med dette programmet. Vi har søkt i markedet, men det er ingen andre leverandører som p.t. er villig til å tilby tjenester i dette programmet.

Det er imidlertid en fordel med denne situasjonen; det er at leverandørene har hatt en og samme saksbehandler som har arbeidet med dette helt tilbake til starten for mer enn 10 år siden. Vedkommende har derfor bedre oversikt enn de fleste i FB"

- (13) En utskrift fra innklagedes økonomisystem Agresso viser at samlet utbetaling knyttet til kontrakt nr. 440113 utgjør kr 722 257, 50 inkl mva, det vil si kr 577 806,- eks. mva.
- (14) Saken ble så brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 24. februar 2009.
- (15) I innklagedes tilsvarende til klagenemnda av 31. mars 2009, samt e-poster av 9, 22, og 29. juni 2009 har innklagede forklart at det forut for inngåelsen av kontrakt nr. 440113 med Sweco Grøner AS ble tatt kontakt med leverandøren av innklagedes database, Powell Gemeni VA, samt andre brukere av tilsvarende databaser, uten at disse kjente til at andre leverandører enn Sweco Grøner AS kunne levere tjenesten med å oppdatere databasen. Innklagede la da til grunn at det kun var Sweco Grøner AS som kunne utføre dette arbeidet.
- (16) I samme korrespondanse er det også forklart at kontrakten med Sweco Grøner AS baserte seg på at det over flere år var blitt utført registrering av eksisterende anlegg i leiren på en bestemt database. Innholdet i databasen var sikkerhetsgradert, og fantes kun på en frittstående server. Det var ikke tatt back-up av serveren. Kontrakten med Sweco Grøner AS gikk altså ut på å oppdatere innholdet i den eksisterende databasen, slik at denne kunne bli åjour.
- (17) Tilslutt fremgår det også av innklagedes forklaringer at det etter at kontrakten med Sweco Grøner AS var igangsatt, ble oppdaget at databasen, som skulle oppdateres, var borte. Dette medførte at oppdragets karakter endret seg fra å oppdatere en eksisterende

database til å lage en ny database. Videre oppdaget innklagede etter hvert at det antall av ulike kummer som skulle registreres i databasen, var betydelig høyere enn det innklagede opprinnelig hadde lagt til grunn, jf. punktet vedrørende "prosjektets omfang" i styringsdokumentet av 22. juni 2006 for en nærmere angivelse av de antall som opprinnelig var blitt lagt til grunn. Totalt er det her tale om en femganging av antall kummer i forhold til det innklagede la til grunn i styringsdokumentet.

- (18) For øvrig hitsettes også følgende fra innklagedes e-post av 22. juni 2009:

"Forsvarsbygg erkjenner at kontrakt 440113 ut fra kostnadsestimatet skulle vært kunngjort. Vi ser at man burde revurdert kontraktsstrategien da man oppdaget at prosjektet endret karakter p.g.a. den manglendeserveren. Det er videre beklagelig at Forsvarsbyggs kvalitetssikring ikke avdekket at kontrakten ble vesentlig utvidet slik at man eventuelt kunne vurdert om man burde stoppet og foretatt en kunngjøring. Samt kan vi i ettertid se at et sykefravær i en periode ikke i tilstrekkelig grad ble fanget opp slik at kontinuiteten ble ivaretatt."

- (19) Klagenemnda sendte den 14. juli 2009 forhåndsvarsel om gebyr på kr 30 000,-. Innklagede hadde ingen merknader til fremstillingen av faktum eller nemndas rettslige vurdering, jf. innklagedes brev av 31. juli 2009. Innklagede bemerket imidlertid at det var satt i gang tiltak for å bedre sikre etterlevelsen av anskaffelsesregelverket på bakgrunn av Riksrevisjonens bemerkninger.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Klager anfører at Forsvarsbygg har foretatt ulovlige direkte anskaffelser i budsjettåret 2007 da det går frem av Riksrevisjonens rapport for 2007 at Riksrevisjonen har påpekt flere brudd på anskaffelsesreglene, og særlig ulovlige direkte anskaffelser. Klager ber klagenemnda vurdere hvorvidt det bør ilegges overtredelsesgebyr for gjentatte ulovlige direkte anskaffelser.

Innklagedes anførsler:

- (21) Innklagede anfører at det ikke foreligger ulovlige direkte anskaffelser, og derfor heller ikke grunnlag for overtredelsesgebyr.
- (22) Innklagede anfører at det ikke forelå kunngjøringsplikt for kontraktene tilknyttet prosjektet. Dette fordi begge kontraktene i styringsdokumentet kun hadde en samlet estimert verdi på kr 440 000,- eks. mva. Det vises også til at innklagede ved inngåelsen av de to kontraktene, i kontraktene, la til grunn en avtalt ramme på kr 139 200 eks. mva. for avropskontrakten med IBR-elprosjekt AS, og kr 200 000 eks. mva. i kontrakten med Sweco Grøner AS. Den samlede kontraktsverdien i kontraktene var altså på kr 339 200,- eks. mva, det vil si noe lavere enn det som ble lagt til grunn i styringsdokumentet.
- (23) Innklagede erkjenner at man relativt tidlig i prosjektet, da man oppdaget at serveren ikke var tilgjengelig og oppdraget endret karakter, burde gjort en vurdering av om kontrakten med valgte leverandør fremdeles var dekkende for det reelle behovet. Man burde muligens også stoppet og foretatt en kunngjøring på dette tidspunktet. Det er videre beklagelig at innklagedes kvalitetssikring ikke avdekket at kontrakten ble vesentlig utvidet slik at man kunne vurdert om man burde foretatt en kunngjøring. Innklagede anfører dog at man ikke med overlegg har prøvd å unngå kunngjøringsplikten, men at

man ikke har hatt et tilstrekkelig bevisst forhold til dette underveis i prosjektet da oppdraget endret karakter. Dette skyldes også delvis at prosjektleder hos innklagede, ble sykemeldt i deler av prosjektperioden, slik at ulike andre personer ble involvert i prosjektet. Disse foretok bestillinger som utvidet kontrakten uten at dette ble fanget opp av kvalitetssikringssystemet. Innklagede viser også videre til at det ble gjort undersøkelser i markedet forut for kontraktinngåelsen med Sweco Grøner AS, for å avdekke om det var andre leverandører i markedet enn denne. Verken leverandøren av databasen eller andre kunne angi at det fantes andre leverandører. Innklagede la etter dette til grunn at det kun var Sweco Grøner AS som kunne foreta arbeidet, og inngikk kontrakt med denne leverandøren.

- (24) Når det gjelder fastsettelsen av anskaffelsens verdi, viser innklagede til at samlet sum utbetalt under kontrakt nr. 440113 utgjør kr 577 806,- eks. mva. Kontraktens kostnadsramme på kr 200 000,- eks. mva. i kontrakten var basert på et kostnadsoverslag fra leverandøren. Overslaget var basert på at det skulle utføres vedlikehold og oppdatering av allerede eksisterende database, mens det i realiteten måtte lages en ny database. Det vises i tillegg til at volumet på antall nye og gamle anlegg som skulle registreres i databasen i tillegg viste seg å være langt større enn det man hadde grunnlag for å anta ved kontraktinngåelsen. Dette var forhold man først ble klar over under oppdragsgjennomføringen, og som man derfor ikke kunne tatt høyde for ved kontraktinngåelsen. Det er ikke klart når innklagede ble klar over at kontrakten ble større enn antatt, men innklagede antar at forholdet burde vært tilstrekkelig klart ultimo august 2007.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Etter klagenemndeforskriftens § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Hvilken del av forskriften som kommer til anvendelse på aktuelle anskaffelse er behandlet nedenfor. Det samme gjelder spørsmålet om hvorvidt klagefristen er overholdt.

Hvorvidt klagefristen er overholdt og det fremdeles er adgang til å ilegge overtredelsesgebyr

- (26) Frist for å klage på en ulovlig direkte anskaffelse er to år fra kontraktinngåelse, jf. klagenemndsforskriften § 13a (2), jf. lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 § 7b tredje ledd.
- (27) Når det gjelder kontrakten med Sweco Grøner AS, så ble denne inngått 10. mai 2007. Klage ble inngitt til klagenemnda ved brev av 24. februar 2009. Klagefristen er dermed overholdt for denne kontrakten.
- (28) Spørsmålet er så om klagefristen for avropet på rammeavtalen er overholdt. Rammeavtalen med IBR-elprosjekt AS ble inngått 29. april 2004, og klagefristen er således oversittet for denne anskaffelsen, forutsatt at det avropet som her er foretatt må anses som et gyldig avrop i henhold til rammeavtalen. Dette må bero på en konkret vurdering av hva avropskontrakten gikk ut på, sett i sammenheng med hva rammeavtalen av 2004 omfatter.
- (29) Av punkt 2 i rammeavtalen med IBR-elprosjekt AS fremgår det at denne gjelder prosjektbistand i forbindelse med bygge- og anleggsprosjekter i regi av Forsvarsbygg Utbyggingsprosjektet Østerdalen, for kategoriene fagingeniør elektro og spesialfag FDV. Av beskrivelsen av avropet i avropskontrakten fremgår det at kontrakten gjelder

"fagingeniør elektro" for "Prosjekt Rena – inv.0004 Brannruin tidl. Sykestue – Ajourføring av dokumenter". Videre fremgår det av beskrivelsen av oppdraget at avropet konkret går ut på å: "Fortsette og fullføre arbeidet med registrering og rentegning av kabelkart for Rena leir".

- (30) Klagenemnda er etter dette derfor kommet til at avropet må anses for å falle inn under rammeavtalen, idet dette må anses som en del av/en fortsettelse av den prosjektbistand som var nødvendig i forbindelse med bygge- og anleggsarbeidene i Rena leir. Klagefristen for avropskontrakten med IBR-elprosjekt AS er dermed oversittet, og vil derfor ikke være gjenstand for klagenemndas videre behandling av saken.
- (31) Det er etter dette kun kontrakt nr. 440113 mellom Forsvarsbygg og Sweco Grøner AS av 10. mai 2007 som vil bli vurdert i det følgende.
- (32) 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, jf. lovens § 7b tredje ledd. Klagen ble oversendt fra klagenemnda 3. mars 2009, og adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr for kontrakten med Sweco Grøner AS er således ikke bortfalt.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (33) 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 i lovens § 7b første ledd siste punktum definert som: *"[...] en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven."*
- (34) Av forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 9-1, jf § 2-1 (2), følger det at alle offentlige anskaffelser med en anslått verdi over kr 500 000,- eks. mva. skal kunngjøres i Doffin databasen, med mindre en av unntaksbestemmelsene for direkte anskaffelse i forskriftens § 2-1 kommer til anvendelse.
- (35) Det er på det rene at den kontrakten innklagede inngikk med Sweco Grøner AS opprinnelig ikke hadde en verdi som oversteg kunngjøringsgrensen, idet det i kontrakten med leverandøren var lagt til grunn en øvre kostnadsramme på kr 200 000,- eks. mva. Det er videre også på det rene at anskaffelsen har endret karakter, både i art og omfang, etter at denne ble inngått. Dette fordi det etter kontraktsinngåelsen ble oppdaget at databasen, som opprinnelig kun skulle oppdateres, var borte, slik at kontraktens art ble endret fra å gå ut på å oppdatere en eksisterende database til å lage en ny database. Videre oppdaget innklagede også etter kontraktsinngåelsen at det antallet kummer som skulle registreres var langt høyere enn det antall innklagede hadde lagt til grunn i styringsdokumentet av 22. juni 2006. Slik klagenemnda har oppfattet det, var det totalt tale om en femdobling av antall kummer i forhold til det styringsdokumentet la til grunn. Endringene medførte at den samlede utbetalingen over kontrakten ble på kr 577 805,- eks. mva, istedenfor den øvre grensen på kr 200 000,- eks. mva, som var fastsatt i kontrakten. Dette innebærer at de faktiske utgiftene ble nesten 200 % høyere enn det innklagede opprinnelig hadde lagt til grunn.

- (36) Spørsmålet i det følgende blir da hvilket beløp som må legges til grunn som anskaffelsens anslåtte verdi, og hvorvidt dette overstiger kunngjøringsgrensen på kr 500 000,- eks. mva.
- (37) Av forskriftens § 2-3 fremgår det at utgangspunktet for hva som skal legges til grunn som anskaffelsens anslåtte verdi, i forhold til kunngjøringsplikten, er den verdien oppdragsgiver anslår på det tidspunktet oppdragsgiver begynner å innhente tilbud. Dette forutsetter imidlertid at oppdragsgivers vurdering på dette tidspunkt har vært forsvarlig. Videre forutsetter dette også at det ikke har skjedd en vesentlig endring i kontrakten etter kontraktsinngåelsen. Dersom sistnevnte er tilfelle, vil det i utgangspunktet foreligge en ny kontrakt, og innklagede må da foreta en ny vurdering av anskaffelsens verdi.
- (38) Når det gjelder innklagedes første vurdering, forut for kontraktsinngåelsen, er det opplyst at denne baserte seg på at databasen eksisterte, og at det antall kummer som skulle registreres var en femtedel av det som tilslutt ble tilfellet. Det er ikke opplyst for nemnda når databasen forsvant, og nemnda kan derfor ikke legge til grunn at innklagede burde ha oppdaget dette på tidspunktet da den første vurderingen av anskaffelsens verdi ble gjort. Når det imidlertid gjelder det riktige antallet kummer som skulle registreres, er det slik saken p.t. er opplyst, ingenting som tyder på at dette ikke kunne vært oppdaget på det tidspunktet innklagede vurderte anskaffelsens verdi. Det er i alle fall ikke opplyst at antallet kummer har endret seg etter dette tidspunkt, og at det i så fall er dette som er årsaken til at innklagede opprinnelig la til grunn feil antall. Det er m.a.o. tale om et betydelig feilanslag. Innklagede manglende fastsettelse av riktig antall forut for anslaget av anskaffelsens verdi, må derfor karakteriseres som uforsvarlig.
- (39) Klagenemnda går så over til å vurdere innklagedes unnlatelse av å foreta en ny vurdering av anskaffelsens verdi etter at det ble oppdaget at databasen var borte, og antallet kummer som opprinnelig var lagt til grunn, var feil. Etter nemndas oppfatning må det legges til grunn at anskaffelsen etter disse endringene har endret seg vesentlig. Dette fordi det både har skjedd en endring i kontrakten art, men også en betydelig endring i kontraktens omfang, herunder verdi. Kontraktens art er endret fra å gå ut på å oppdatere en eksisterende database til å lage en ny, mens kontraktens omfang er endret ved at antall kummer som skulle registreres er femdoblet i forhold til det opprinnelige anslaget. Innklagede stod dermed i realiteten overfor en helt ny anskaffelse, hvilket etter nemndas oppfatning må bety at innklagede senest på dette tidspunkt skulle foretatt en ny vurdering av anskaffelsens verdi. Dette er også erkjent av innklagede i tilsvaret og annen senere korrespondanse for nemnda. Etter nemndas oppfatning skulle innklagede derfor senest på det tidspunktet det ble klart at anskaffelsen hadde endret seg, foretatt en ny vurdering av anskaffelsens verdi. Innklagedes unnlatelse av dette må anses klart uforsvarlig. Basert på dette, er nemnda også kommet til at innklagedes opprinnelige anslag over anskaffelsens verdi på kr 200 000,- ikke kan anses forsvarlig, og at dette beløpet således ikke kan legges til grunn ved vurderingen av om den aktuelle anskaffelsen var kunngjøringspliktig. Spørsmålet videre blir da hvorvidt anskaffelsens anslåtte verdi må anses for å ligge over eller under kr 500 000,-.
- (40) I e-post av 29. juni 2009 ba klagenemndas sekretariat innklagede om å opplyse om hvilket beløp som må anses riktig å legge til grunn for anslag av anskaffelsens verdi, samt å redegjøre for hvorfor dette beløpet skal legges til grunn dersom innklagede mener at et annet beløp enn det innklagede faktisk betalte for tjenesten skal legges til

grunn. Dette har innklagede unnlatt å gjøre. I mangel av andre holdepunkter for hva som vil være et forsvarlig anslag, finner klagenemnda derfor at det beløp innklagede faktisk har betalt for anskaffelsen, må legges til grunn ved vurderingen av hva som utgjør et forsvarlig anslag over anskaffelsens verdi, det vil si kr 577 806,- eks. mva. Idet dette beløpet overstiger kunngjøringsgrensen på kr 500 000,- eks. mva, og anskaffelsen ikke er kunngjort, foreligger det en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr.

- (41) Etter at klagenemnda har konkludert med at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, må det tas stilling til om overtredelsesgebyr skal ilegges. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det særlig skal legges vekt på følgende momenter; *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og overtredelsesgebyrets preventive virkning."*, jf. lovens § 7b annet ledd. Skyldkravet er forsett eller grov uaktsomhet, jf. lovens § 7b første ledd, hvor det heter at gebyr *"kan"* ilegges dersom *"oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt, foretar en ulovlig direkte anskaffelse"*.
- (42) Det første spørsmålet klagenemnda må ta stilling til er derfor om innklagede opptrådte forsettlig eller grovt uaktsomt da anskaffelsen ikke ble kunngjort.
- (43) Om skyldkravet fremgår det av Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser på side 26 at:

"Det er et vilkår for å legge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsomt 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 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."

- (44) Anskaffelsen ble etter klagenemndas oppfatning vesentlig utvidet da oppdraget gikk fra å omfatte oppdatering av en allerede eksisterende database til å lage en ny database. I tillegg viste det seg at det reelle volumet på antall nye og gamle anlegg som skulle registreres i databasen var fem ganger så stort som det innklagede først antok. Anskaffelsens anslåtte verdi økte som følge av dette fra kr 200 000,- eks. mva. til kr 577 806,- eks. mva, det vil si at de faktiske utgiftene ble nesten 200 % høyere enn det innklagede opprinnelig la til grunn. Dette skjedde uten at innklagede foretok noen som helst ny vurdering av om anskaffelsen skulle kunngjøres på grunn av endringen i art og omfang.
- (45) Etter klagenemndas oppfatning kan det ikke legges til grunn at innklagedes ulovlige direkte anskaffelse har skjedd forsettlig. Spørsmålet blir derfor om innklagede handlet grovt uaktsomt da Forsvarsbygg foretok den ulovlige direkte anskaffelsen.. Kravet til grov uaktsomhet innebærer at oppdragsgiver er sterkt å bebreide for den ulovlige direkte anskaffelsen eller har opptrådt svært klanderverdig ved ikke å kunngjøre en kunngjøringspliktig anskaffelse.

- (46) Innklagede har forklart at i alle fall deler av begrunnelsen for at det ikke ble fanget opp at anskaffelsens verdi økte betraktelig, var at innklagedes prosjektleder var syk i deler av perioden anskaffelsen ble gjennomført, og at ulike stedfortredere for prosjektlederen da foretok bestillinger som utvidet kontrakten uten at dette ble fanget opp av kvalitetssikringssystemet. Det er ikke i første rekke bestillinger fra stedfortredere som kan sies å ha endret kontrakten vesentlig. Det sentrale er at kontraktens art er endret fra å gjelde oppdatering av en eksisterende database til å opprette en ny database, og kontraktens omfang er endret ved at det antall kummer som skulle registreres er femdoblet i forhold til det opprinnelige anslaget. Dette ville, slik nemnda oppfatter det, vært tilfellet med eller uten stedfortredere for prosjektlederen.
- (47) Når det så gjelder innklagedes uvitenhet om kontraktens utvidelse og derav følgende kunngjøringsplikt, som følge av prosjektlederens sykefravær, vil nemnda bemerke at sykefravær og håndtering av arbeidsoppgavene til fraværende ansatte er noe som enhver profesjonell offentlig oppdragsgiver, herunder Forsvarsbygg, må ha tilfredsstillende rutiner for. Det er ikke noe ekstraordinært ved sykefravær, og det er etter nemndas oppfatning i alle fall viktig å ha gode rutiner for å håndtere dette i de tilfeller sykefraværet strekker seg over noe tid, slik nemnda forstår var tilfellet i denne saken. Videre har innklagede også selv uttalt at det har vært for liten bevissthet om kunngjøringsreglene i denne saken. I e-posten til klagenemnda av 22. juni 2009 fremgår det også følgende erkjennelse fra innklagede: *"Forsvarsbygg erkjenner at kontrakt 440113 ut fra kostnadsestimatet skulle vært kunngjort. Vi ser at man burde revurdert kontraktsstrategien da man oppdaget at prosjektet endret karakter p.g.a. den manglende serveres. Det er videre beklagelig at Forsvarsbyggs kvalitetssikring ikke avdekket at kontrakten ble vesentlig utvidet slik at man eventuelt kunne vurdert om man burde stoppet og foretatt en kunngjøring. Samt kan vi i ettertid se at et sykefravær i en periode ikke i tilstrekkelig grad ble fanget opp slik at kontinuiteten ble ivaretatt."*
- (48) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagedes uvitenhet om kunngjøringsplikten i dette tilfellet må anses sterkt klanderverdig. Den direkte anskaffelsen som innklagede har foretatt må da anses foretatt grovt uaktsomt. Skyldkravet i lovens § 7b er dermed oppfylt. Etter klagenemndas oppfatning skulle innklagede hatt tilfredsstillende rutiner som fanget opp endringene i kontrakten når disse ble vesentlige slik at man kunne foretatt en fornyet vurdering av kontrakten opp imot kunngjøringsreglene. Etter klagenemndas oppfatning ville en slik ny vurdering avdekket at kontraktens verdi etter endringene, oversteg kunngjøringsgrensen på kr 500 000,-.
- (49) Klagenemnda er videre av den oppfatning at det bør ilegges gebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (50) Ved avgjørelsen av gebyrets størrelse skal det, i likhet med spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på momentene; *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og overtredelsesgebyrets preventive virkning."*, jf. lovens § 7b annet ledd. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.
- (51) Klagenemnda har etter innføringen av lovens § 7b, ilagt overtredelsesgebyr i fem saker. I den første saken, sak 2007/19, ble det blant annet lagt vekt på gebyrets preventive

virkning, som er ett av hovedhensynene bak reglene om overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser. Fra avgjørelsens premiss (50) og (51) hitsettes følgende:

"(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."

- (52) Foreliggende anskaffelse er gjennomført uten at innklagede foretok noen ny vurdering av anskaffelsens verdi etter at det ble klart at anskaffelsen ble vesentlig endret, både i art og omfang. Preventive hensyn tilsier da at gebyret settes høyt. Dette vil gi et viktig signal om at det må foretas en ny vurdering av anskaffelsens verdi dersom det i et konkret tilfelle viser seg at anskaffelsen blir vesentlig endret. Et lignende resonnement ble også lagt til grunn i klagenemndas sak 2008/5, hvor nemnda fant at det forelå to grunnlag for å konstatere ulovlig direkte anskaffelse, hvorav det ene var at anskaffelsen var vesentlig endret uten at oppdragsgiver hadde gjennomført en ny kunngjort konkurranse om denne. Et annet moment som tilsier at gebyret skal settes høyt, er at anskaffelsen er gjennomført uten noen form for konkurranse, som også er ett av hovedhensynene bak kunngjøringsreglene og reglene om overtredelsesgebyr ved brudd på disse.
- (53) Størrelsen på den foretatte ulovlige direkte anskaffelsen skal imidlertid også vektlegges, jf. lovens § 7b annet ledd. I denne saken er anskaffelsens verdi estimert til å ligge rett over kunngjøringsterskelen, og dette må etter nemndas oppfatning tillegges vekt i formildende retning. Videre er nok også deler av begrunnelsen for at innklagede ikke foretok en ny vurdering, at innklagedes opprinnelige prosjektleder var syk i deler av perioden anskaffelsen ble gjennomført, og at det da muligens kan ha vært noe vanskeligere å fange opp at anskaffelsens art og verdi endret seg. Dette kan etter nemndas oppfatning tillegges en viss vekt, men ikke i en slik grad at innklagedes handlemåte mister sin karakter av å være grov. Innklagede har tilslutt fremhevet at det

ble gjort visse undersøkelser i markedet for å avdekke om det var andre leverandører enn Sweco Grøner AS som kunne levere den opprinnelige tjenesten, og at resultatet av undersøkelsene var at det ikke fantes andre leverandører. Klagenemnda finner at dette momentet imidlertid ikke kan tillegges vekt i formildende retning da undersøkelsene var foretatt for den opprinnelige anskaffelsen, som gjaldt oppdatering av den eksisterende databasen, og ikke opprettelse av en ny database, som ble det anskaffelsen tilslutt kom til å omfatte.

- (54) Videre finner nemnda ved den endelige fastsettelsen av gebyret i denne saken det også riktig å se hen til størrelsen på de gebyrene nemnda har ilagt i tidligere saker. I klagenemndas sak 2008/5 ble gebyret satt til om lag 7 prosent av anskaffelsens verdi. I klagenemndas sak 2008/56 ble gebyret satt til om lag 7,4 prosent av anskaffelsens verdi. Disse sakene skiller seg imidlertid noe fra den foreliggende ved at innklagedes opptreden i sak 2008/5 måtte karakteriseres som et forsøk på å omgå regelverket, mens innklagede i sak 2008/56 ble ansett for å ta en bevisst risiko i forhold til om en unntaksbestemmelse kom til anvendelse. I nærværende sak er det klanderverdige ved innklagedes opptreden at innklagede ikke har foretatt en ny vurdering av anskaffelsens verdi etter at det ble klart at denne endret seg vesentlig. Det var også flere formildende omstendigheter i de øvrige omtalte sakene. I sak 2008/5 var anskaffelsen blant annet opprinnelig kunngjort på lovlig måte, og oppdragsgivers handlinger var delvis motivert av frykt for å miste plassen i NAV-køen, og dermed muligheten for statlige fjernarbeidsplasser. I sak 2008/56 ble det i formildende retning lagt vekt på at innklagede hadde innhentet juridisk bistand før beslutningen om å foreta en direktetildeling ble tatt. I nærværende sak er de formildende momenter at anskaffelsens verdi ligger nært opp til terskelverdien for kunngjøring, og at innklagedes prosjektleder var syk under deler av gjennomføringen av kontrakten, slik at det muligens var noe vanskeligere å fange opp endringene av anskaffelsen. Etter en helhetsvurdering er klagenemnda derfor kommet til at gebyret i foreliggende sak prosentmessig bør settes noe lavere enn i sakene omtalt ovenfor.
- (55) Ved utmålingen av gebyret skal kontraktssummen på kr 577 806,- eks. mva. legges til grunn. Gebyret størrelse settes etter dette til kr 30 000,-. Dette utgjør i overkant av 5 prosent av kontraktssummen.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

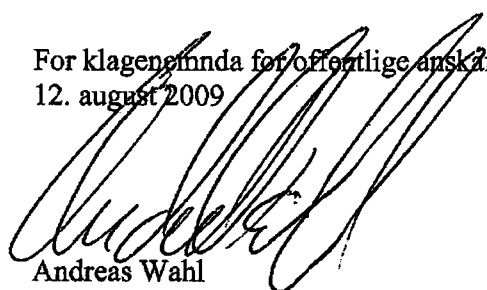
Forsvarsbygg ilegges et overtredelsesgebyr på 30 000 - trettitusen – kroner.

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 tvangsfullbydelsesloven § 1-2.

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

For klagenemnda for offentlige anskaffelser
12. august 2009

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read 'Andreas Wahl', is written over the text.

Andreas Wahl