



10 JULI 2015

## SENJA TINGRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 08.07.2015 i Senja tingrett, Finnsnes

**Saksnr.:** 15-009828TVI-SENJ

**Dommer:** Dommerfullmektig Kristian Olsen Willumsen  
m/alm. fullmakt

**Saken gjelder:** Overprøving av vedtak om overtredelsesgebyr etter lov om  
off. anskaffelser § 7b

---

Lenvik kommune v/ordføreren

Advokat Øystein Martin Sagen

**mot**

Staten v/Klagenemnda for offentlige  
anskaffelser

Advokat Pål Magne Bakka

---

## DOM

Saken gjelder rettslig overprøving av Klagenemnda for offentlige anskaffelser sitt vedtak datert 10. september 2014, der Lenvik kommune i medhold av lov om offentlige anskaffelser § 7b ilegges overtredelsesgebyr.

### **Framstilling av saken**

Lenvik kommune, heretter også benevnt "saksøker", måtte i begynnelsen av 2012 skaffe finansiering til investeringer kommunen skulle foreta, blant annet i forbindelse med bygging av Finnsnes ungdomsskole. Den 3. februar 2012 sendte saksøker derfor ut en forespørsel til KLP Kommunekreditt AS og Kommunalbanken AS om å komme med tilbud på et lån på kr. 70 millioner med 30 års løpetid. Fristen for å komme med tilbud ble satt til kl. 13:00 samme dag, og de to potensielle långiverne ble også varslet om at de ville bli gitt tilbakemelding innen kl. 15:00. Både KLP Kommunekreditt AS og Kommunalbanken AS innga tilbud, men det var Kommunalbanken AS som fikk tilslag på sitt tilbud.

I forbindelse med låneopptaket utarbeidet kommunen 3. februar 2012 et notat hvor det blant annet fremgår følgende (avskrift av Klagenemnda for offentlige anskaffelser sitt vedtak):

#### ***"Låneopptak til investeringsformål 2012***

*Unntaksbestemmelse i FOA § 1-3 (2) e gjelder. Utlysning ikke nødvendig.*

*Lånesum 70 mill kroner, anslått verdi 30 mill kroner.*

*[...]*

*Vurdering av marked på bakgrunn av erfaring og erfaringsutveksling med andre gir to mulige tilbydere, KLP Kommunekreditt AS og Kommunalbanken AS.*

*Informerte begge bankene pr telefon 2. februar om at [innklagede] [saksøker, rettens anmerkning] kom til å sende ut konkurranse om låneopptak 3. februar.*

*Konkurransegrunnlag utsendt til [disse to] 3. februar. Frist satt til samme dag 13. Begge bankene leverte tilbud innenfor frist.*

*Begge bankene leverte tilbud, men KLP leverte bare tilbud på fastrentelån. [Valgte leverandør] [Kommunalbanken AS, rettens anmerkning] hadde laveste effektive rente på alle lånevariantene.*

*Ut fra en helhetlig finansstrategi vurderte [innklagede] det slik at en treårig fastrenteavtale hadde de betingelsene som passer best inn i finansstrategien.*

*[...]*

*[Valgte leverandør] ble erklært som vinner av konkurransen og begge bankene ble informert om resultatet."*

6. februar 2012 ble så låneavtalen mellom Kommunalbanken AS og saksøker signert. Som det fremgår av lånetilsagnet og låneavtalen skulle lånet tilbakebetales i løpet av 30 år med halvårlige avdrag. Videre ble det avtalt en nominell fastrente på 2,950 % p.a. de tre første årene.

I etterkant av låneopptaket ble saksøker klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ("KOFA") med påstand om at saksøker hadde foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. KOFA fattet deretter 10. september 2014 følgende vedtak:

*"Lenvik kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 1 200 000 – enmillionogtohundretusen – kroner.*

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

I vedtaket ble det lagt til grunn at saksøker hadde foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.

Ved stevning datert 13. januar 2015 reiste advokat Øystein Sagen på vegne av saksøker sak mot staten ved KOFA for å få overprøvd KOFA sitt vedtak om overtredelsesgebyr. Tilsvar med påstand om frifinnelse ble rettidig inngitt av advokat Pål Magne Bakka på vegne av saksøkte.

Hovedforhandling i saken ble gjennomført 18. og 19. april 2015. På vegne av saksøker møtte prosessfullmektig advokat Øystein Sagen. I tillegg overvar saksøkers vitne Geir Henning Iversen saken i sin helhet i medhold av tvisteloven § 24-6 annet ledd. På vegne av saksøkte møtte direktør Erlend Pedersen og prosessfullmektig advokat Pål Magne Bakka. Det ble ikke avgitt partsforklaringer, men seks vitner forklarte seg. For øvrig ble det foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboka.

### **Saksøkerens påstandsgrunnlag**

Det erkjennes at det er foretatt en ulovlig direkteanskaffelse etter lovens definisjon. Imidlertid er denne ikke foretatt forsettlig eller grovt uaktsomt, slik at det ikke er grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr. Saksøker har ikke vært klar over at låneopptak har vært omfattet av forskriften om offentlige anskaffelser. Saksøker kan nok til en viss grad kritiseres for dette, men ikke i slik grad at det er riktig å konstatere grov uaktsomhet.

Saksøker har frem til årsskiftet 2013/2014 hatt den klare oppfatning at låneopptak kommer inn under unntaket i forskriften § 1-3 annet ledd bokstav e.

Subsidiært gjøres det gjeldende at gebyr ikke bør ilegges. Paragraf 7b i lov om offentlige anskaffelser er en "kan"-bestemmelse, noe som betyr at verken KOFA eller retten er forpliktet til å ilegge overtredelsesgebyr selv om det ved forsett eller grov uaktsomhet er foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. Om det skal ilegges gebyr må vurderes skjønnsmessig, og ved den skjønnsmessige vurderingen skal det legges særlig vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*, jfr. § 7 b annet ledd. Oppregningen er ikke uttømmende, og også rene rimelighetshensyn må kunne tillegges vekt.

For det tilfelle at retten skulle komme til at overtredelsen er grovt uaktsom, gjøres det gjeldende at den må vurderes å være av det mindre alvorlige slaget. Selv om KOFA i flere saker har konstatert at saksøker har foretatt flere ulovlige direkteanskaffelser, må dette kun tillegges begrenset vekt. Som følge av klagesakene har det blitt gjort tiltak for å skjerpe regeletterlevelsen, og for å øke kompetansen på regelverket innad i kommunen. Et gebyrvedtaket vil videre ha begrenset preventiv effekt. For det første på grunn av at saksøker selv har tatt grep for å hindre fortsatte brudd på regelverket. For det andre fordi regelverket er endret innenfor EU/EØS, og er i ferd med å bli endret også nasjonalt. Det vil derfor kun være for en begrenset periode eksisterende regel vil gjelde. Det må dessuten antas at en avklaring i KOFA på at låneopptak er utlysingspliktig vil bli kjent blant landets kommuner, og at praksis som følge av dette vil bli endret enn så lenge.

Det gjøres gjeldende at det avgjørende argumentet mot å ilegge gebyr vil være rene rimelighetshensyn. Saksøker finner det svært urimelig dersom den er den som ilegges overtredelsesgebyr når man har forholdt seg til en praksis som er fulgt av det vesentligste antall av landets kommuner, og som er i tråd med et økonomireglement som er godkjent av kommunerevisjonen. Det vil bli opplevd som at saksøker blir straffet på vegne av alle disse kommunene, og gebyret innebærer en betydelig økonomisk belastning for en anstrengt kommuneøkonomi. I rimelighetsvurderingen må det også legges vekt på at regelverket som pålegger utlysninger av låneopptak er uhensiktsmessig, og at det ikke bidrar til å skaffe kommunen bedre lånebetingelser, snarere tvert imot. Regelen fremmer således ikke formålet bak anskaffelsesregelverket. Til sist må det legges avgjørende vekt på at bestemmelsen er i ferd med å bli endret, slik at låneopptak ikke lenger vil måtte utlyses.

Atter subsidiært gjøres det gjeldende at gebyret må settes betydelig lavere enn det KOFA har gjort. Det vises til de momenter som er fremholdt i forbindelse med vurderingen av hvorvidt gebyr skal ilegges. Videre anføres det at KOFA har lagt feil verdi av anskaffelsen til grunn for utmålingen. KOFA har lagt til grunn samlet anslått rentekostnad etter en nedbetalingsplan på 30 år. Av tilsagnsbrevet følger det at det er gitt lån med treårig

fastrente med bindingsperiode frem til 9. februar 2015. Låntaker kan etter fastrenteperioden på tre år innfri lånet til pari kurs på rentereguleringsdato hver sjettemåned. Etter dette har kommunen ingen forpliktelse til å la lånet løpe i mer enn seks måneder, og kan innenfor denne rammen refinansiere eller innfri lånet når som helst.

Dersom retten ikke kommer til at det foreligger en treårig avtale, gjøres det subsidiært gjeldende at det riktige er å beregne verdien etter forskriften om offentlige anskaffelser § 2-3 tiende ledd. Kontrakten må regnes som en tjenestekontrakt uten fastsatt samlet pris med løpetid på mer enn 48 måneder.

### **Saksøkerens påstand**

1. Lenvik kommune ilegges ikke overtredelsesgebyr.
2. Staten dømmes til å erstatte Lenvik kommune sine saksomkostninger.

### **Saksøktets påstandsgrunnlag**

Det er ubestridt at låneopptaket var en ulovlig direkteanskaffelse.

For så vidt gjelder skyldkravet i lov om offentlige anskaffelser § 7 b forelå det ikke faktisk villfarelse, eller unnskyldelig rettsvillfarelse. Saksøker har ved låneopptaket påberopt seg et unntak i forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 annet ledd bokstav e, og forut for dette ikke undersøkt unntaket verken med kompetent jurist eller departementets veileder til anskaffelsesreglene av november 2006.

Spørsmålet om overtredelsesgebyr skal ilegges beror på en helhetsvurdering der § 7 b annet ledd angir momenter som særlig skal vektlegges. Momenter i saken er at regelbruddet er klart, rettsvillfarelsen er helt uten unnskyldende momenter, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen er på kr. 30 millioner (60 ganger over grensen for ulovlig direkteanskaffelse) og saksøker er to ganger før anskaffelsen fant sted felt i KOFA for brudd på anskaffelsesregelverket, senest 10. mai 2010. Etterlevelse av loven var dessuten praktisk, og loven nevner også gebyrets preventive virkning. Vesentlige håndhevelseshensyn tilsier at gebyr ilegges.

Utmålingen av gebyret beror på en helhetsvurdering, og et gebyr på kr. 1 200 000 er en adekvat reaksjon. Saksøker har selv anslått verdien til kr. 30 millioner samme dag som anskaffelsen ble gjort, jfr. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3 første ledd. Det binder vurderingen i dag. Om noe, kan det spørres om anslaget var for lavt, for den rente saksøker faktisk oppnådde tilsier en verdi over MNOK 31,2. Saksøker har vist til at lånet kan sies opp etter 3 år. Dette er feil forståelse av § 2-3 første og femte ledd. Saksøker har endelig vist til § 2-3 tiende ledd, noe som også er feil.

### **Saksøktets påstand**

1. Staten ved Klagenemnda for Offentlige Anskaffelser frifinnes.

2. Lenvik kommune dømmes til å betale sakskostnader til Staten ved Klagenemnda for Offentlige Anskaffelser.

## **Rettens vurdering**

### *Innledende bemerkninger:*

Den angjeldende anskaffelsen ble gjort 6. februar 2012. Kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser lå på dette tidspunkt til KOFA, og hjemmelen for gebyret var lov om offentlig anskaffelser § 7b. Bestemmelsens første og annet ledd hadde på dette tidspunkt følgende ordlyd:

*"En oppdragsgiver kan ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven.*

*Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning.*

*Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi."*

Bestemmelsen ble opphevet ved lov av 11. mai 2012 nr. 25 om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett), med virkning fra 1. juli 2012. Fra dette tidspunkt ble ileggelseskompetansen flyttet til domstolene. Ettersom nærværende anskaffelse ble begått før lovendringen, vil lov om offentlige anskaffelser § 7b – slik bestemmelsen lød før 1. juli 2012 – være det rettslige grunnlaget for rettens vurderinger. Som det fremgikk uttrykkelig av § 7b femte ledd kan retten prøve alle sider av saken.

Det er ubestridt at saksøkers låneopptak ikke ble kunngjort. Videre er partene enige om at ordinære låneopptak (gjeldsbrevlån) ikke omfattes av unntaket i forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 annet ledd bokstav e, slik at ordinære låneopptak er omfattet av forskriften og skal kunngjøres i henhold til reglene i denne. Partene er således enige om at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse. Dette vilkåret for ileggelse av gebyr er derfor oppfylt.

Saksøker har imidlertid gjort gjeldende at den ulovlige direkteanskaffelsen ikke ble foretatt forsettlig eller grovt uaktsomt.

*Spørsmålet om vilkårene for overtredelsesgebyr er oppfylt – har saksøker handlet forsettlige eller grovt uaktsomt?*

Saksøker har fremholdt at da lånet ble tatt opp i begynnelsen av 2012, var kommunen av den oppfatning at ordinære låneopptak var omfattet av unntaket i forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 annet ledd bokstav e, og således trodde det aktuelle låneopptaket var unntatt fra kunngjøringsplikten.

Under bevisførselen er det ikke fremkommet opplysninger som tilsier at dette ikke er riktig, og retten finner å legge dette til grunn. Saksøker har således ikke med viten og vilje foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, og kan derfor ikke sies å ha handlet forsettlig. På bakgrunn av saksøkers anførsler må det legges til grunn at kommunen har vært i rettsvillfarelse. Problemstillingen i det følgende blir om denne rettsvillfarelsen medfører at de grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.

For så vidt gjelder skyldkravet i bestemmelsen, fremgår følgende i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26:

*"Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettelig 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 rettsuvitenskap 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. Det presiseres for øvrig at det ikke er et krav om at en enkelt person har handlet forsettelig eller grovt uaktsomt, men at det også kan være feil begått på forskjellige plan i oppdragsgiverens organisasjon, og som hver for seg ikke kan karakteriseres som grovt uaktsomme, men som samlet sett gjør at oppdragsgiveren må sies å ha opptrådt grovt uaktsomt."*

Basert på disse uttalelsene, samt hva man i strafferetten og erstatningsretten har lagt til grunn skal til for at en rettsvillfarelse skal være unnskyldelig, må det antas at det i utgangspunktet skal mye til for å statuere en rettsvillfarelse som ikke grovt uaktsomt. For ordens skyld bemerkes at det ikke er tilstrekkelig å ha utvist simpel uaktsomhet.

Vitne Geir Henning Iversen, økonomisjef hos saksøker, forklarte i retten at det ikke ble foretatt en konkret vurdering av om det aktuelle låneopptaket var kunngjøringspliktig da det ble foretatt i begynnelsen av februar 2012. Imidlertid hadde kommunens økonomireglement blitt revidert senhøsten 2011 etter kommunevalget. Dette reglementet inneholdt blant annet fremgangsmåten for opptak av lån, og det var fremgangsmåten beskrevet her som ble fulgt. Det var for øvrig han som hadde ansvaret for reglementet og som førte revideringen i pennen.

Ifølge Iversen ble det gjort en del undersøkelser da økonomireglementet ble revidert senhøsten 2011. Han leste i loven og forskriften om offentlige anskaffelser, og han undersøkte hva som sto i Kommunal finanshåndbok, som blant annet beskriver hvordan låneopptak skal gjøres. Her sto det ikke at ordinære låneopptak skal lyses ut. Videre undersøkte han Kommunalbanken AS sin veileder som lå på internett, samt andre interne reglementer, slik som innkjøpsreglementet og etisk reglement. Han snakket dessuten med den tidligere økonomisjefen, og han forhørte seg med innkjøpsansvarlig i kommunen om det var noe han måtte være obs på, men fikk da nei til svar. Videre forhørte han seg med andre rundt seg, både i ulike kommuner og i banker. Imidlertid forhørte han seg ikke med en jurist. Under revideringen så han også hen til andre kommuners finansreglement. Basert på disse undersøkelsene og den kunnskap og erfaring han hadde tilegnet seg gjennom tidligere jobb og i nettverkene sine, blant annet Fylkesmannens i Troms' økonomiforum, var det ingen indikasjoner på at ordinære låneopptak ikke var omfattet av unntaket da økonomireglementet ble revidert.

Retten vil bemerke at når det skal tas stilling til hvorvidt saksøker har handlet grovt uaktsomt må dette vurderes ut fra kommunen som oppdragsgivers handlemåte, og ikke ut i fra hvordan enkeltpersoner har handlet isolert sett.

Etter en samlet vurdering er retten kommet til at den rettsvillfarelse saksøker var i i begynnelsen av februar 2012 ikke var unnskyldelig.

Retten har ved denne vurderingen lagt vekt på at reglene om offentlige anskaffelser er et sentralt regelverk som den som gjør innkjøp på vegne av kommunen må forholde seg til. Det forutsettes derfor at disse personene kjenner godt til enkeltbestemmelsene og deres nærmere innhold. Den aktuelle unntaksbestemmelsen som kommunen tolket feil var langt fra ny, ettersom den trådte i kraft 1. januar 2007, det vil si fem år for anskaffelsen ble gjort. Saksøkers rettsvillfarelse knytter seg til tolkningen av en unntaksbestemmelse i regelverket, og som det fremgår av Marianne H. Dragsten *Håndbok i offentlige anskaffelser* punkt 4.9.1 skal unntaksbestemmelser fortolkes restriktivt.

Saksøkers prosessfullmektig har anført at unntaksbestemmelsen ikke er klar, og at det er vanskelig å finne ut hvilke tjenester som omfattes. At unntaksbestemmelsen ikke fremstår som klar for ikke-jurister er retten til en viss grad tilbøyelig til å kunne være enig i. Retten kan imidlertid ikke se at kommunen har gjort nok for å sikre seg at deres tolkning var forsvarlig. Dersom kommunen mente unntaksbestemmelsen var uklar, burde de forelagt den for en kompetent jurist. Slik retten bedømmer det er unntaksbestemmelsen relativt klar med hensyn til at gjeldsbrevlån ikke omfattes av unntaket. Hadde kommunen henvendt seg til en kompetent jurist, eller organisert seg slik at de hadde en jurist ansatt for å kvalitetskontrollere rutinene, er det stor sannsynlighet for at den uriktige lovforståelsen ville ble avdekket. Anskaffelsens høye verdi gjør det ekstra viktig å ta skritt for å sikre at tolkningen var riktig.



Videre har retten lagt vekt på at saksøker ikke har bygd på en forståelse av regelverket som har fått uttrykk i forarbeider, i tidligere rettspraksis eller i uttalelser fra offentlige myndigheter. At det ble undersøkt hva som fremkom i Kommunal finanshåndbok og Kommunalbanken AS sin veileder, samt interne reglementer da kommunens økonomireglement ble revidert var ikke tilstrekkelig. Kommunalbankens AS sin veileder "*Kommunalt låneopptak og gjeldsforvaltning*" er for øvrig fremlagt for retten. Det står ingenting her om forholdet mellom ordinære låneopptak og reglene om offentlige anskaffelser, og veilederen synes i grunn å legge opp til en tilbudskonkurranse slik saksøker gjennomførte.

Derimot fremgår det direkte av Fornyings- og administrasjonsdepartementets *Veileder til reglene om offentlig anskaffelser* fra 2006 at ordinære låneopptak ikke er omfattet av det aktuelle unntaket. Vitne Iversen forklarte at han ikke hadde undersøkt denne veilederen. Han var imidlertid usikker på om han var kjent med at det forelå en veileder da anskaffelsen ble foretatt, men han var klar på at han ikke visste at det sto noe om låneopptak i den. Slik retten vurderer det burde denne veilederen blitt undersøkt nærmere da økonomireglementet ble revidert senhøsten 2011. Utover selve ordlyden i forskriften må denne veilederen anses å være den rettskilden med størst rettskildemessig verdi, all den tid veilederen var utgitt av det departementet som hadde fremmet forskriften som fortolkningen gjelder.

Retten finner også å legge vekt på at kommunen to ganger forut for anskaffelsen som ledet til gebyr var felt for brudd på anskaffelsesreglene. Selv om overtredelsene ikke ble begått av finansavdelingen, burde fellingene avstedkommet en nærmere gjennomgang av kommunens etterlevelse av regelverket. Det fremkom ikke opplysninger under bevisførselen som tilsier at kommunen tok grep etter disse fellingene.

Saksøkers prosessfullmektig har videre anført at saksøkers rettsoppfatning var i samsvar med den oppfatning et flertall av kommunene i Norge hadde, i tillegg til Kommunalbanken AS, og at den var i samsvar med de fleste kommuners praksis.

På bakgrunn av forklaringene til vitnene Pål Mathisen, som er økonomisjef i Målselv kommune, Cato Mikkelsen, økonomisjef i Sørreisa kommune, og Trond Eliassen, finansrådgiver i Tromsø kommune, kan det synes som at et overveiende flertall av norske kommuner ikke har kunngjort slike ordinære låneopptak, og at kommunene har oppfattet regelverket slik at kunngjøring ikke var påkrevd. Disse forklaringene underbygges av vitneforklaringen til Martin Spillum, direktør i Kommunalbanken AS, som for øvrig bekreftet at dette også var Kommunalbanken AS sin oppfatning frem til KOFA sitt gebyrvedtak ble kjent.

Slik retten vurderer det er det rettslig relevant at saksøkers rettsoppfatning var i tråd med et svært stort antall andre kommuners oppfatning og praksis. Når bestemmelsens ordlyd tas i betraktning, at ingen autoritative rettskilder ga uttrykk for det tolkningsresultat kommunene la til grunn, samt at det forelå en veileder som ga anvisning på at saksøkers oppfatning var uriktig, kan ikke retten se at de andre kommunenes rettsoppfatning og praksis gjør saksøkers rettsvillfarelse unnskyldelig. For øvrig bemerkes det at verken Målselv eller Sørreisa kommune syntes å ha gjort nevneverdige anstrengelser for å bringe klarhet i rettstilstanden. Vitne Mathisen forklarte at man i Målselv ikke hadde gjort selvstendige vurderinger av om ordinære låneopptak falt inn under unntaket, men derimot kun gjorde det man oppfattet var gjeldende praksis. Ifølge Mathisen hadde kunngjøring av låneopptak aldri vært tema på noen seminarer. Vitne Mikkelsen forklarte at han hadde diskutert innad i kommuner han hadde jobbet i tidligere om kunngjøring var påkrevd, og i tillegg hadde han selv sett på ordlyden i forskriften om offentlige anskaffelser. Han hadde ikke sjekket håndbøker eller veiledere, utover Kommunalbanken AS sin veileder.

For øvrig kan ikke retten se at det har betydning at saksøkers økonomireglement er godkjent av KomRev Nord. Ifølge attestasjonsrapporten tilfredsstiller rutinene for finansforvaltning "*finansreglementet, forskriftens og kommunelovens krav*". Det fremgår ikke at det er kontrollert om anskaffelsesrutiner tilfredsstiller kravene stilt i regelverket for offentlige anskaffelser, og kommunen kan slik retten ser det ikke ha hatt en berettiget tro om at deres rutiner var kontrollert opp mot dette regelverket og blitt godkjent.

Etter dette finner retten at vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr i medhold av lov om offentlige anskaffelser § 7b er oppfylt.

#### *Spørsmålet om overtredelsesgebyr skal ilegges*

Det fremgår av lov om offentlige anskaffelser § 7b første ledd at overtredelsesgebyr *kan* ilegges dersom vilkårene er oppfylt. Hvorvidt overtredelsesgebyr skal ilegges vil derfor bero på en skjønnsmessig vurdering. Som det fremgår av annet ledd skal det ved denne avgjørelsen "*særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning*". Oppregningen av momenter er ikke uttømmende.

For så vidt gjelder overtredelsens grovhet, finner retten ikke at denne ligger i det absolutt nedre sjikt slik saksøker anfører. På bakgrunn av de betraktninger retten har gitt uttrykk for ovenfor må det nok legges til grunn at terskelen for grov uaktsomhet er oversteget med god margin. Retten kan ikke se at overtredelsens grovhet taler imot gebyrileggelse.

Når det gjelder størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, er partene uenige om hvilken verdi anskaffelsen har. Retten vil komme nærmere tilbake til dette under i forbindelse med spørsmålet om utmåling av gebyr. Saksøker oppga imidlertid at anskaffelsen hadde en

verdi på kr. 30 millioner og retten finner at det må være denne verdien som skal legges til grunn når retten tar stilling til om gebyr bør ilegges. Anskaffelsens verdi er således 60 ganger høyere enn den verdien forskriften om offentlige anskaffelser har satt for når anskaffelser skal kunngjøres, jfr. § 9-1, jfr. § 2-1 annet ledd, og 20 ganger høyere enn terskelverdien som bringer del III i forskriften til anvendelse, jfr. § 2-1 fjerde ledd, jfr. § 2-2 første ledd. Slik retten vurderer det må størrelsen på den ulovlige anskaffelsen anses å være høy, selv om det er snakk om et låneopptak. Dette taler for ileggelse av gebyr.

Før anskaffelsen som resulterte i gebyrileggelse ble foretatt var saksøker felt to ganger i KOFA. Retten finner ikke at dette faktumet har så stor betydning i verken den ene eller andre retning.

Saksøker har anført at gebyret vil ha begrenset individual- og allmennpreventiv effekt, og at det vil være tilstrekkelig å konstatere brudd.

Vitne Iversen sa i sin forklaring at kommunen etter klagen i foreliggende sak innså at de ikke var flinke nok. Det ble deretter gjennomført en fagdag om offentlige anskaffelser med KMPG. Det er videre foretatt en revisjon av innkjøpsreglene og finansreglementet, og det har vært fokus på rutiner. Slik retten forsto skal det nå ansettes en som skal være ansvarlig for innkjøp.

Retten er ikke enig i at overtredelsesgebyret vil ha en begrenset individualpreventiv virkning. Etter det aktuelle låneopptaket i februar 2012 er saksøker felt hele åtte ganger for brudd på anskaffelsesregelverket, hvorav de er ilagt gebyr i tre av sakene i tillegg til foreliggende sak. Selv om disse sakene ikke nødvendigvis har store likhetstrekk med foreliggende sak, kan det synes som at saksøker ikke har tatt nødvendige grep administrativt og organisatorisk for å sikre etterlevelse av regelverket knyttet til offentlige anskaffelser. Slik retten ser det vil da et gebyr ha en relativt stor preventiv effekt. Selv om det ikke er noe som tyder på at et flertall av kommunene i landet bevisst har overtrådt regelverket ved ikke å kunngjøre opptak av ordinære lån, må gebyret anses å ha stor allmennpreventiv effekt. Slik retten forsto etter de ulike vitneforklaringene var det på grunn av KOFA sitt vedtak i foreliggende sak at det ble kjent at den praksis de fleste kommuner hadde hatt var i strid med regelverket. Det er naturligvis vanskelig å forutsi hvor stor oppmerksomhet saken hadde fått dersom gebyr ikke ble ilagt, men retten antar at gebyrileggelsen har bidratt mye til oppmerksomheten. At øvrige kommuner ser at det ilegges gebyr vil bidra til økt etterlevelse og kritisk gjennomgang av egne rutiner, selv om det for øvrig ikke er noen holdepunkter for at kommunene ikke er innstilt på å etterleve regelverket. Dette gjelder ikke bare etterlevelse av denne bestemmelsen, men også anskaffelsesregelverket generelt.

Ifølge saksøkers prosessfullmektig har det dessuten vært en spesiell situasjon som har ført til at kommunen har blitt innklaget og felt flere ganger. Ifølge vitneforklaringen til Iversen

mistenktes det at klagene kommer fra en kommunestyrerepresentant som har brukt klager til KOFA som et politisk verktøy for å kvitte seg med sittende rådmann. Det er anført at saksøker nok ikke er verre enn andre kommuner, men de har blitt felt fordi det har vært et så stort fokus. Retten kan ikke se at dette er rettslige relevant i nevneverdig grad.

Saksøker har videre vist til at regelverket er endret i EU, hvoretter opptak av ordinære lån nå ikke er omfattet av kunngjøringsplikten. Det er satt frist til 18. april 2016 for å innføre direktivet, og det er derfor anført at kunngjøringsplikten for ordinære låneopptak sannsynligvis vil falle bort også i Norge. Slik retten ser det vil dette momentet ha begrenset rettslig relevans, all den tid samtlige må forholde seg til den gjeldende lovgivning.

Saksøker har også fremholdt at kunngjøring ikke er et egnet verktøy ved låneopptak, og at kunngjøring ikke fremmer formålet med reglene om offentlige anskaffelser. Før retten drøfter anførselen nærmere finner den det hensiktsmessig å redegjøre kort for lånemarkedet for norske kommuner.

Etter en samlet bevisførsel forstår retten at lånemarkedet til norske kommuner er spesielt. Dette har sin bakgrunn i at ingen norske låntagere bortsett fra den norske stat har bedre kredittverdighet enn kommunene. En kommune kan ifølge kommuneloven ikke gå konkurs, og ulike kontroll og sikringsordninger skal bidra til at den enkelte kommunes økonomi er godt overvåket. Av disse grunner er norske kommuner ansett mer kredittverdige enn selv de største ordinære bankene. En konsekvens av dette er at norske kommuner kan oppnå bedre lånebetingelser enn det kommersielle banker oppnår på sine innlån, det vil si lån bankene tar opp for å låne penger til sine egne kunder. Tatt i betraktning at disse bankene i tillegg skal ha en margin (fortjeneste) på sine utlån, vil ikke kommersielle banker i realiteten være aktuelle långivere for kommuner på ordinære lån. Dette har bankene også gitt uttrykk for.

Derimot finnes det to banker som har spesialisert seg på utlån til norske kommuner. Dette er Kommunalbanken AS, som er 100 % eid av den norske stat, og KLP Kommunekreditt AS. Slik retten forstår låner disse bankene utelukkende ut penger til kommuner eller fylkeskommuner, eller selskaper med garantier fra kommuner eller fylkeskommuner, slik at disse oppnår svært høy kredittrating, noe som igjen gjør at de kan tilby konkurransedyktige lån til kommuner. På bakgrunn av forklaringene til vitnene Mathisen, Mikkelsen, Eliassen og Spillum må det legges til grunn at det i realiteten kun er disse to bankene som er aktuelle tilbydere av ordinære lån (gjeldsbrevlån) for norske kommuner.

I tillegg til å henvende seg til disse spesialiserte bankene kan kommuner også låne penger i finansmarkedet, gjennom utstedelse av sertifikatlån eller obligasjonslån. Den største forskjellen mellom disse lånetypene og gjeldsbrevlån er at de er omsettelige, og har kortere løpetid. Det kan synes som at utstedelse av sertifikatlån og obligasjonslån er mer vanlig i

de noe større kommunene. Slik sertifikatlån og obligasjonslån er omfattet av unntaket i forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 annet ledd bokstav e.

Ifølge saksøker fører kunngjøring kun til merarbeid som ikke gir noen fordeler. Tilbyderne av lån vil være de samme, og kommunene får ikke bedre betingelser på sine lån. Derimot risikerer kommunene at lånene blir dyrere. Dette henger sammen med at renter er "ferskvare", mens forskriften om offentlige anskaffelser legger opp til en karenperiode på minst 10 dager. Usikkerheten som fristene legger opp til må ifølge saksøker prises inn i tilbudene. Ifølge saksøker er kunngjøring kun en tilpasning til regelverket. Inngåelse av rammeavtaler har heller ingen praktisk hensikt.

Retten finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn på hvor hensiktsmessig reglene for kunngjøring av ordinære låneopptak er. På mer prinsipielt grunnlag anser retten at det vil være betenkelig om en nasjonal domstol, ved vurderingen av om overtredelser av rettsregler som er ment å være like innad i EU/EØS skal sanksjoneres eller ikke, skulle legge vekt på om reglene etter *norske forhold* kan være uhensiktsmessige. Hvorvidt reglene er hensiktsmessig for andre land i EU/EØS vites ikke, og det ville være uheldig om en norsk domstol skulle ta hensyn til hva som anses uhensiktsmessig etter norske forhold. Dette momentet kan derfor ikke tillegges nevneverdig vekt ved vurderingen. For øvrig bemerkes det at det kan synes som at kommunene ikke vil få dårligere betingelser ved å kunngjøre låneopptak. Det vises til forklaring til vitne Spillum hvor det fremkom at Kommunalbanken AS ga samme vilkår når de ga tilbud på låneopptak som var kunngjort. Det vil også være mulig å inngå rammeavtaler som bøter på problemet med tidsfrister. Dog må det antas at kunngjøring vil medføre noen økte administrative kostnader.

At saksøkers overtredelse ikke har noen praktisk betydning for markedet eller kommunene, og at de kommersielle bankene ikke har funnet grunn til å klage på praksisen kan retten heller ikke se har særlig stor betydning ved vurderingen.

Det som ifølge saksøkers prosessfullmektig veier tyngst av momentene er rene rimelighetshensyn. Det er vist til at det saksøker har gjort har vært praksis blant et flertall av norske kommuner, og det er lite rimelig at saksøker skal straffes for å ha fulgt en praksis som svært mange kommuner har fulgt. Ifølge saksøker føles det som at Lenvik kommune straffes på vegne av alle.

Det er enighet mellom partene om at saksøker er den eneste som er ilagt overtredelsesgebyr for ikke å ha kunngjort et ordinært låneopptak. For øvrig er saksøker også den eneste som er felt i KOFA for dette.

Slik retten ser det kan det ikke ilegges særlig stor betydning at saksøker er den eneste som er felt og ilagt gebyr for ikke å ha kunngjort låneopptak, selv om det kan synes som langt på vei de fleste kommunene i Norge frem til denne saken ble kjent heller ikke har gjort det.

Hvem som blir innklaget og ilagt gebyr vil nok i noen grad bero på tilfeldigheter, men det kan ikke være sånn at en overtreders slipper gebyr fordi alle andre har sluppet unna. En slik tilnærming ville dessuten hatt en særdeles uheldig signaleffekt ved at det ville skape en oppfatning om at man ikke risikerer forvaltningssanksjoner dersom man bare "følger strømmen", uten selv å foreta forsvarlige vurderinger.

Saksøkers vanskelige økonomiske situasjon kan for øvrig heller ikke ilegges særlig vekt ved vurderingen.

Etter en samlet og helhetlig vurdering finner retten at overtredelsesgebyr bør ilegges. Det er særlig lagt vekt på størrelsen på den ulovlige anskaffelsen og overtredelsesgebyrets preventive virkning.

#### *Spørsmålet om hva som skal være gebyrets størrelse*

Som gjengitt ovenfor skal det ved fastsettelsen av gebyrets størrelse særlig legges vekt på de samme momenter som ved avgjørelsen av om gebyr skal ilegges. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsen. I nærværende sak har KOFA fastsatt gebyret til 4 % av anskaffelses verdi, slik de har beregnet verdien.

I tillegg til å anføre at gebyret må settes ned på bakgrunn av de samme momenter som er gjort gjeldende for hvorfor gebyr ikke bør ilegges, anfører saksøker at KOFA har lagt feil verdi av anskaffelsen til grunn for utmålingen. Det er vist til at saksøker ikke ble låst til lånet, men kunne innfri lånet i bindingsperioden, mot å bli belastet enten over- eller underkurs, og etter bindingsperioden til pari kurs på rentereguleringsdato hver sjette måned. Ifølge saksøker er avtalen i realiteten en treårig avtale. Dersom retten ikke kommer til at det foreligger en treårig avtale, anfører saksøker subsidiært at det riktige er å beregne verdien etter forskriften om offentlige anskaffelser § 2-3 tiende ledd.

Retten finner det hensiktsmessig å først ta stilling til hvilken *verdi* det må legges til grunn at anskaffelsen hadde.

Hvordan en anskaffelses anslåtte verdi skal beregnes er regulert i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3. Fra bestemmelsens første og annet ledd fremgår følgende:

*"Anskaffelsens anslåtte verdi beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, ekskl. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen.*

*Beregningen skal være holdbar på kunngjøringstidspunktet, eller for anskaffelser som ikke krever kunngjøring, på det tidspunktet oppdragsgiver etter en forsvarlig vurdering av markedet begynner å innhente tilbud."*

Som gjengitt over anslo saksøker at verdien av anskaffelsen var kr. 30 millioner da den ble foretatt. På bakgrunn av ordlyden i § 2-3 første ledd må det beløpet saksøker selv har oppgitt som den klare hovedregel legges til grunn for hva som er anskaffelsens verdi ved beregningen av overtredelsesgebyrets størrelse. Slik retten ser det "binder" denne angivelsen kommunen. En slik forståelse samsvarer også best med forskriftens system, da det er denne angivelsen som bestemmer hvilke regler i forskriften som skal komme til anvendelse på anskaffelsen. Det kan ikke være sånn at det skal brukes et annet beløp ved fastsettelsen av et eventuelt overtredelsesgebyr enn det som skal anvendes når man tar stilling til hvilke regler anskaffelsen skal følge. Retten er for øvrig heller ikke enig i at avtalen i realiteten er en treårig avtale kun fordi det er avtalt fastpris på renten i tre år. Nedbetalingstiden er satt til 30 år. Det er nok vanlig at mange tidsbestemte avtaler som stat og kommuner inngår har oppsigelsesklausuler i ulike former, uten at dette medfører at avtalen anses å være av kortere varighet enn den fastsatte tidsperioden. Gitt det retten har kommet til får ikke § 2-3 tiende ledd anvendelse. Saksøker kan etter dette ikke høres med at KOFA har lagt feil verdi av anskaffelsen til grunn for utmålingen.

For så vidt gjelder den konkrete utmålingen av gebyret vises det til det retten har pekt på over i forbindelse med vurderingen av om gebyr skal ilegges. Når det tas i betraktning at kommunen rent faktisk gjennomførte en konkurranse med de to aktuelle tilbyderne av lån, samt at ingen markedsaktører har blitt skadelidende, finner retten at gebyret passende kan settes til det beløp KOFA fastsatte det til, det vil si kr. 1 200 000.

Staten ved KOFA blir etter dette å frifinne.

#### *Saksomkostninger:*

Saksøkte har vunnet saken fullt ut, og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd rett til full erstatning for sine sakskostnader. Saksøkte har fremsatt et sakskostnadskrav på kr. 150 251. Av kravet utgjør kr. 132 825 prosessfullmektigens salær, kr. 12 926 reiseomkostninger for prosessfullmektigen i henhold til statens satser og kr. 4 500 kopiering av juridisk utdrag. Det er medgått 80,5 timer inkludert hovedforhandlingen. Det er ikke krevd merverdiavgift. Til sammenligning har saksøker fremsatt et sakskostnadskrav på kr. 125 195. Kravet omfatter i tillegg til salæret utgifter til reise med kr. 2 365, vitnegodtgjørelse med kr. 12 000 og rettsgebyr med kr. 6 880. Medgått tid er oppgitt til 77 timer, som også inkluderer reisetid med 4 timer og 2 timer etterarbeid. Saksøker har ikke fremmet innsigelser mot saksøktes arbeidsoppgave.


Retten kan ikke se at tungtveiende grunner gjør det rimelig å sette ned salæret, jfr. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Retten finner videre at kostnadene har vært nødvendige og rimelige, jfr. tvisteloven § 20-5 første ledd.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er stor arbeidsbyrde ved domstolen.

## DOMSSLUTNING

1. Staten ved Klagenemnda for Offentlige Anskaffelser frifinnes.
2. Lenvik kommune dømmes til innen 14 – fjorten – dager fra dommens forkynnelse å betale saksomkostninger til Staten ved Klagenemnda for Offentlige Anskaffelser med 150 251 – etthundreogfemtitusentohundreogfemtién – kroner.

Retten hevet

  
Kristian Olsen Willumsen

**Rett kopi bekreftes**

Sign.:  
Senja tingrett

  
Senja

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.