



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemnda ila Helse Nord RHF gebyr stort kr 250.000,- for en ulovlig direkte anskaffelse som følge av at det var inngått kontrakt etter at det forelå en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget og ved at kontrakt ble inngått etter at vedståelsesfristen var løpt ut.

Klagenemndas gebyrvedtak av 3. november 2008 i sak 2008/63

Klager: Finnmark Taxi AS

Innklaget: Helse Nord RHF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og illeggelse av overtredelsesgebyr.

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Finnmark Taxi AS av 21. april 2008. Klagenemnda er kommet til at Helse Nord RHF ilegges et gebyr stort kr. 250 000,-. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser §§ 7b, jf 7a(1).

Bakgrunn:

- (2) Helse Nord RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 22. februar 2007 en åpen anbudskonkurranse hvor tilbudsfristen var satt til 3. april 2007. Anskaffelsen gjaldt pasienttransport i et geografisk område som dekkes av Helse Finnmark. Vedståelsesfristen var satt til 3. juli 2007.

- (3) Av konkurransegrunnlagets punkt 3.5 fremgikk det følgende:

”3.5 Leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner

3.5.1 Oppdragsgiverens kvalifikasjonskrav:

Krav 5: Leverandøren skal ha nødvendig godkjenning for utførelse av persontransport utenfor rute.

Krav 6: Leverandøren skal ha tilstrekkelig kapasitet til å dekke det til enhver tid gjeldende behov for pasienttransport i avtaleområdet.

3.5.2 Dokumentasjon - bevis for at de stilte krav er oppfylt

Løyve for persontransport utenfor rute utstedt av kompetent løyvemyndighet, jf yrkestransportlovens §§ 4 og 9. Dokumentasjon skal foreligge innen tilbudsfristens utløp.

En dokumentasjon for det bilmateriell og taksameterutstyr, samt personell og eventuelle underleverandører, som leverandøren disponerer over til gjennomføring av kontrakten i henhold til vedlegg 7. Dokumentasjon skal foreligge ved innlevering av tilbudet. Oppdragsgiver forbeholder seg rett til inspeksjon av bilmateriell og taksameterutstyr.”

- (4) Helse Finnmark ble innklaget til klagenemnda 20. mars 2007.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

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

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

- (5) Ved brev av 2. april 2007, stilet til ”interesserte leverandører”, varslet innklagede tilbyderne om at det ville bli foretatt en rekke nærmere definerte endringer og suppleringer i konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget punkt 3.5.2 ble endret til:

”Løyve for persontransport utenfor rute utstedt av kompetent løyvemyndighet, jf yrkestransportlovens §§ 4 og 9. Dokumentasjonen skal inneholde kopi av løyve for persontransport eller erklæring fra løyvemyndighet eller kompetansebevis om at løyve for persontransport utenfor rute vil bli utstedt forutsatt avtaleinngåelse med oppdragsgiver. Dokumentasjon skal foreligge innen tilbudsfristen.

En dokumentasjon for det bilmateriell og taksameterutstyr, samt personell og eventuelle underleverandører som leverandøren disponerer over til gjennomføring av kontrakten i henhold til vedlegg 7 Kjøretøybeskrivelse. Det vil være tilstrekkelig med egenerklæring om at nødvendig bilmateriell og taksameterutstyr, samt personell og eventuelle underleverandører, vil bli anskaffet innen tidspunkt for eventuell avtaleinngåelse. Egenerklæringen må som et minimum omfatte intensjonsavtaler med leverandør av bilmateriell og taksameterutstyr og med underleverandør, samt beskrivelse av bilmateriell i henhold til vedlegg 7 Kjøretøybeskrivelse. Dokumentasjon skal foreligge ved innlevering av tilbudet.”

- (6) Tilbudsfristen ble som følge av endringene/suppleringene av konkurransegrunnlaget utsatt til 12. april 2007.
- (7) Konkurransen ble avlyst ved brev av 15. mai 2007 på grunn av manglende konkurranse.
- (8) Den 5. juli 2007 ble konkurransen gjenopptatt som konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf forskriftens § 14-4 b.
- (9) I brev fra Helse Nord RHF til interesserte leverandører av 5. juli 2007 fremgikk estimert omsetning for kontraktsperioden. Det hitsettes fra brevet:

<i>Tilbudsområde</i>	<i>Merknader</i>	<i>Estimert omsetning for kontraktsperioden (4 år)</i>
<i>[...]</i>		
<i>Karasjok</i>	<i>Hele kommunen</i>	<i>5,2 mill.</i>

[...]”

- (10) Endringene som ble varslet i brev av 2. april ble videreført i konkurransegrunnlag av 6. juli 2007. Det siteres fra konkurransegrunnlaget:

”3.5.2 Dokumentasjon - bevis for at de stilte krav er oppfylt

- Løyve for persontransport utenfor rute utstedt av kompetent løyvemyndighet eller erklæring fra løyvemyndigheten om at slikt løyve vil bli utstedt til leverandør ved eventuell avtaleinngåelse med oppdragsgiver, jf. Yrkestransportlovens § 4, Dokumentasjon skal foreligge innen tilbudsfristens utløp.*

- En dokumentasjon for det bilmateriell og taksameterutstyr samt personell og eventuelle underleverandører som leverandøren disponerer over, eller vil disponere over ved eventuell avtaleinngåelse med oppdragsgiver, til gjennomføring av kontrakten i*

henhold til vedlegg 7, jf, vedlegg 1 Kravspesifikasjon pkt. 2 og vedlegg 4 Kontraktsvilkår pkt. 10. Dokumentasjon skal foreligge ved innlevering av tilbudet. Oppdragsgiver forbeholder seg rett til inspeksjon av bilmateriell og taksameterutstyr.

Dersom tilbyder planlegger å anskaffe det nødvendige materiell, så skal dette dokumenteres med erklæring som opplyser om gyldig leveringsinformasjon fra leverandøren av materiellet."

- (11) I klagenemndas avgjørelse i sak 2007/36 datert 13. august 2007 fant nemnda at innklagede hadde foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget i strid med forskriftens § 17-2(1) og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Klagenemndas konklusjon lød som følger:

"Helse Finnmark RHF har brutt forskriftens § 17-2 (1) og kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5 ved ikke å avlyse konkurransen og kunngjøre den på nytt før det endrete dokumentasjonskravet i konkurransegrunnlagets punkt 3.5.2 ble gjennomført."

- (12) Ny tilbudsfrist ble satt til 3. september 2007, mens vedståelsesfristen ble forlenget til 3. desember 2007.

- (13) I notat av 29. oktober 2007 presiserte innklagede noen punkter etter avholdt forhandlingsmøte som kunne vurderes endret dersom partene fant det formålstjenelig. Frist for innsendelse av reviderte tilbud ble satt til 31. oktober 2008. Klager sendte inn revidert tilbud den 31. oktober 2007.

- (14) Klager sendte en e-post til innklagede den 10. desember. Det hitsettes fra e-posten:
*"Det har nå gått lang tid siden revidert tilbudsfrist uten noen form for tilbakemelding fra Helse Nord RHF.
Under henvisning til at det innledningsvis ikke ble orientert om forutsetninger for konkurransen, ber vi med dette om en orientering om tidsperspektiv / sakens fremdrift."*

- (15) I notat av 12. desember 2007 fra innklagede til leverandørene ble det blant annet opplyst at:

"I forbindelse med reviderte tilbud har oppdragsgiver mottatt forhandlingsutspill fra deltagende leverandører. På bakgrunn av at oppdragsgiver ikke konkretiserte i forhandlingene at revidert tilbud skulle være absolutt siste mulighet for inngivelse av tilbud, er oppdragsgiver pliktig til å behandle de innkomne forhandlingsutspillene."

- (16) Det ble videre oppgitt at frist for innsendelse av siste reviderte pristilbud var onsdag 19. desember 2007.

- (17) I e-post av 17. desember 2007 fra innklagede til leverandørene opplyste innklagede *"for å unngå eventuelle misforståelser"* at vedståelsesfristen utløp kl. 24.00 30 dager etter tilbudsfristens utløp, og at tilbudsfristen løp ut 19. desember 2007 kl 12.00.

- (18) Kontrakt for området Karasjok ble tildelt 21. januar 2008. Avtale med valgte leverandør ble inngått 26. februar 2008. For samtlige andre områder unntatt Alta ble klager tildelt

kontrakt i brev av 21. januar 2008. Tildelingen ble annullert i brev av 5. februar 2008. Tildelingen for område Alta ble annullert i brev av 14. mars 2008.

- (19) Avtaleperioden følger av konkurransegrunnlagets vedlegg 4 kontraktsvilkår punkt 4. Det hitsettes fra bestemmelsen:

"4 Avtaleperiode

Avtaleperioden er tre-3-år fra og med dato for avtalt oppstart av tjenesten, med ett- i-årsopsjon, til sammen fire-4-år. Opsjon innebærer at oppdragsgiver har rett til å forlenge avtalen med dens betingelser og at leverandør har en plikt til å levere til denne avtalens betingelser."

- (20) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 21. april 2008.
- (21) I brev av 29. september 2008 varslet klagenemnda at det kunne bli aktuelt å ilegge overtredelsesgebyr i saken. Innklagede ble gitt en frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer til dette.
- (22) I brev av 9. oktober 2008 innga innklagede sine kommentarer. Innklagede tok klagenemndas vurdering av at det er gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse som følge av manglende kunngjøring, til etterretning. Innklagede kunne derimot ikke se at klagenemnda hadde drøftet spørsmålene knyttet til vedståelsesfristen, og anførte at det ikke kan legges til grunn at det forelå mer enn én feil som førte til at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse.
- (23) Innklagede anførte i kommentaren til forhåndsvarselet at om gebyr skal ilegges, må gebyrets størrelse settes vesentlig lavere enn det som følger av forhåndsvarselet. Et gebyr i størrelsesordenen ca 7 % av kontraktsverdien er urimelig sett hen til sakens faktum og sammenlignet med andre saker. Innklagede kan ikke se at klagenemndas henvisning til sak 2008/5 er relevant som utgangspunkt for fastsettelsen av gebyrets størrelse. Det vises til at det i sak 2008/5 forelå eklatant forskjellsbehandling av deltakende leverandører. Oppdragsgiver i saken forholdt seg kun til en leverandør etter at endring var foretatt, hvilket er mer graverende enn i herværende sak hvor innklagede sikret at alle interesserte leverandører ble invitert til deltagelse i konkurransen på like vilkår. I sak 2008/5 var det videre gjort to feil som førte til at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse. Endelig er endringsomfanget betydelig mindre i denne saken enn i sak 2008/5 hvilket må gjenspeiles ved fastsettelsen av gebyr. I sak 2008/5 var omfanget av leveransen redusert, både med hensyn til økonomi og karakter, og det geografiske sted for leveransen var endret.
- (24) Virkningene av manglende kunngjøring i sak 2008/5 var derfor betydelig større for det potensielt større marked enn i herværende sak. Endringen i sak 2008/5 medførte at leveransen kunne vært tilbudt av et annet og større marked enn den endringen i 2007/36 kunne ført til. Anskaffelsen i herværende sak kan kun leveres av et begrenset og til dels sterkt regulert marked.
- (25) Omstendighetene som ble vektlagt i sak 2008/5 kan således ikke sammenlignes med herværende sak, og det er derfor ikke rimelig å sanksjonere på samme måte overfor innklagede. Forholdene nevnt over må tillegges betydelig vekt, og resultere i et vesentlig lavere gebyr enn forhåndsvarselet tilsier.

- (26) Klager kommenterte innklagedes tilsvare til forhåndsvarselet i e-post av 15. oktober 2008. Klager kommenterte at det fremgikk av forhåndsvarselet at det forelå to feil som hver for seg medførte at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse, samt at klagers innsigelser om gebyrets størrelse ikke tilsier endret gebyrstørrelse.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (27) Det anføres at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse for området Karasjok. Det anføres videre at bruk av opsjonen i denne kontrakten vil innebære et nytt regelbrudd.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (28) Det anføres at det er foretatt vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget etter at konkurransen var kunngjort. Klager viser til klagenemndas avgjørelse i sak 2007/36 som gjelder samme anskaffelse. I saken ble det konstatert at det ble foretatt ulovlige vesentlige endringer av konkurransegrunnlaget i tidsrommet etter kunngjøring og frem til tilbudsfristens utløp. Nemnda konstaterte plikt til avlysning av konkurransen og ny kunngjøring. Den gjennomførte konkurransen med forhandlinger er basert på det samme konkurransegrunnlaget som inneholdt ulovlige vesentlige endringer. Dette må innebære at vilkåret i § 14-4 b der det er forutsatt at ”*det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår*”, ikke er oppfylt.

- (29) Klager anfører videre at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse da kontrakt ble inngått etter at vedståelsesfristen hadde løpt ut.

- (30) Klager anfører subsidiært at det er foretatt ytterlige vesentlige endringer i konkurranse nummer to. Det anføres at endrede krav med hensyn til alder på materiell, IKT og antall kjøretøy medfører at det er foretatt vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget etter at konkurransen var kunngjort, og det derfor foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

Bruk av opsjonen

- (31) Bruk av opsjon fordrer at kontrakten er tildelt i samsvar med regelverket, og bruk av opsjonen ved en ulovlig direkte anskaffelse er et nytt lovbrudd. Det anføres at klagenemnda kan ta stilling til dette, da nemnda kan ta stilling til spørsmålet om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

Gebyr

- (32) Det anføres at det ikke er dokumentert/sannsynliggjort at innklagede foretok en slik vurdering i forkant av valgt anskaffelsesprosedyre som nå oppgis som begrunnelse for valget.

Innklagedes anførsler:

- (33) Innklagede anfører at det ikke er gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda anmodes om å avvise klagen for så vidt gjelder anførselen om fremtidig bruk av opsjon, i det spørsmålet ikke er aktualisert.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (34) Det anføres at endringene av konkurransegrunnlagets 3.5.2 i den konkrete situasjon ikke var vesentlig.

- (35) Endringene ble ansett å være vesentlige, jf klagenemndas sak 2007/36. Hensynet til mer konkurranse var motiverende for endringene som dermed var vesentlige, jf sakens premiss (16). Innklagede mener det var hensynet til likebehandling av leverandørene som var motiverende, jf lovens § 5. Dersom kravene til dokumentasjon ikke var blitt endret ville konkurransegrunnlaget ekskludert ikke-etablerte eller nyetablerte leverandører på en diskriminerende måte. I tillegg anføres det at selv om en endring som den gjennomførte i teorien kan føre til økt interesse, må den endelige avgjørelsen bero på en vurdering av endringen i lys av de konkrete geografiske og markedsmessige forhold. Sett hen til de geografiske og markedsmessige forholdene i Finnmark, er det utenkelig at en ny kunngjøring ville medført ytterligere interesse fra leverandører utenfor fylket. Samtlige leverandører som viste interesse for konkurransen ble tilsendt endringene som ble gjennomført, og invitert til deltakelse i konkurransen. En eventuell ny kunngjøring ville ikke medført realisering av økt konkurranse, kun ytterligere forsinkelse.
- (36) Det anføres at vedståelsesfristen ikke var gått ut da kontrakt ble inngått, da vedståelsesfristen var forlenget som følge av at partene var i aktive forhandlinger.
- (37) Det bestrides at det er foretatt andre endringer i konkurransegrunnlaget som kan hevdes å være vesentlige. Det vises til at det er anledning til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene ved konkurranse med forhandlinger. Avtalen med valgte leverandør har ikke ført til endringer som kan anses å ha endret ytelsen vesentlig.

Gebyr

- (38) Det anføres subsidiært, dersom klagenemnda skulle komme til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, at vilkårene for å ilegge gebyr ikke er tilstede. Ved vurderingen om skyldkravet er oppfylt må det ses hen til de konkrete geografiske og markedsmessige forholdene, samt det faktum at ny kunngjøring ikke ville endret konkurransesituasjonen. Den vurdering som ble foretatt på grunnlag av de eksisterende realiteter kan ikke anses som grovt uaktsom, og vilkårene for å ilegge gebyr er ikke oppfylt.
- (39) Atter subsidiært anføres det at dersom klagenemnda finner at innklagede har oppfylt skyldkravet, bør gebyr likevel ikke ilegges, og under enhver omstendighet bør det reduseres betydelig. Overtredelsen, dersom slik konstateres, må anses å ligge i nedre grenseland for hva som kan kalles grovt uaktsomt. Ny kunngjøring ville ikke skapt andre betingelser for konkurransen, og ville heller ikke frembrakt andre leverandører i markedet enn de som allerede ble invitert til forhandlinger.

Klagenemndas vurdering:

- (40) Etter klagenemndeforskriftens § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

- (41) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf lovens § 7b og forskriftens §§ 9-1/18-1.
- (42) Etter forskriftens § 14-4 b kan en oppdragsgiver gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom det i den forutgående anbudskonkurransen ikke foreligger tilbud eller de tilbud som foreligger ikke er egnet. Dette forutsetter at *"det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene"*.
- (43) Klagenemnda legger til grunn at med *"de opprinnelige kontraktsvilkår"* menes grunnlaget for den forutgående konkurransen, herunder konkurransegrunnlaget. Denne forståelsen er også lagt til grunn i Veileder FAD fra 2006 på side 94, samt i teorien, se Dragsten/Lindalens kommentarutgave om offentlige anskaffelser s. 711. Bestemmelsen tilsier forutsetningsvis at dersom oppdragsgiver ønsker å foreta vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget, må konkurransen avlyses og kunngjøres på nytt med de aktuelle endringene, jf kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5.
- (44) Spørsmålet er om innklagede har foretatt vesentlige endringer av det opprinnelige konkurransegrunnlaget. Hva som er *"vesentlige endringer"* må forstås i samsvar med forskriftens § 17-2 (1) hvor det fremgår at oppdragsgiver har rett til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget som *"ikke er vesentlige"*.
- (45) Det er ikke omtvistet at konkurranse nummer to, som ble gjennomført med hjemmel i §14-4 b, var basert på samme konkurransegrunnlag som ble funnet å inneholde ulovlige endringer i klagenemndas sak 2007/36, jf forskriftens § 17-2(1). Det hitsettes fra avgjørelsens premiss (13) følgende:

"Om endringen i konkurransegrunnlagets punkt 3.5.2 var vesentlig,

(13) Av forskriftens § 17-2 (1) følger det at oppdragsgiver innen tilbudsfristens utløp kan foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige. Dette tilsier forutsetningsvis at dersom oppdragsgiver ønsker å gjennomføre vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget, må konkurransen avlyses og kunngjøres på nytt med de aktuelle endringer, jf kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5, og klagenemndas avgjørelser i sakene 2005/306 (premiss 30-31) og 2006/40 (premiss 38).

(14) I brev av 2. april 2007 endret innklagede dokumentasjonskravet i konkurransegrunnlaget om "nødvendig godkjenning for utførelse av persontransport utenfor rute" og "tilstrekkelig kapasitet til å dekke det til enhver tid gjeldende behov for pasienttransport i avtaleområdet."

(15) Opprinnelig var blitt krevd innlevering av løyve for persontransport utenfor rute og dokumentasjon for disponibelt bilmateriell og taksameterutstyr. Etter endringen var det tilstrekkelig å innlevere løyve eller "erklæring fra løyvemyndighet eller kompetansebevis om at løyve for persontransport utenfor rute vil bli utstedt forutsatt avtaleinngåelse". Det var nå også tilstrekkelig å levere "...egenerklæring om at

nødvendig bilmateriell og taksameterutstyr, samt personell og eventuelle underleverandører, vil bli anskaffet innen tidspunktet for eventuell avtaleinngåelse.”

(16) Idet endringen medførte at flere leverandører hadde mulighet til å delta i konkurransen, og det således var hensynet til mer konkurranse som var motiverende for endringen, legger klagenemnda til grunn at endringen er vesentlig. Når innklagede således har gjennomført en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget uten først å avlyse den opprinnelige konkurransen og gjennomføre endringen i en ny kunngjort konkurranse, har innklagede brutt forskriftens § 17-2 (1), jf kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5.”

- (46) Da sak 2007/36 og nærværende sak bygger på samme faktum, legger klagenemnda til grunn vurderingene og konklusjonen i sak 2007/36, og konkluderer med at innklagede har foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget.
- (47) Det foreligger således en ”*vesentlig endring*” av konkurransegrunnlaget, jf forskriftens § 14-4 b, og vilkårene for å benytte en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring foreligger ikke.
- (48) Da anskaffelsen ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskriften § 18-3, foreligger det en ulovlig direkte anskaffelse, jf lovens § 7b.
- (49) Klagers anførsel om at det foreligger en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, og at innklagede derfor har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, har ført frem.
- (50) Klagenemnda finner videre at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse som følge av at kontrakt ble inngått etter at vedståelsesfristen hadde løpt ut. Det vises til at vedståelsesfristen i følge konkurransegrunnlagets punkt 4.2 gikk ut 3. desember 2007 kl 12. En eventuell forlengelse av denne må finne sted mens tilbudet ennå er bindende, jf blant annet klagenemndas uttalelse i sak 2006/125 premiss (21).
- (51) Det følger av konklusjonen i klagenemndas sak 2007/108 at inngåelse av kontrakt etter vedståelsesfristens utløp medfører at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (52) Klagenemnda finner det ikke godtgjort at innklagede var i slike aktive forhandlinger med valgte leverandør at vedståelsesfristen kan anses forlenget.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (53) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse.
- (54) Klagenemnda har ut fra en skjønnsmessig vurdering myndighet til å avgjøre om det skal ilegges gebyr, og i tilfellet hvor stort gebyret skal være. Etter anskaffelsesloven § 7 b annet ledd skal det legges særlig vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, samt overtredelsesgebyrets preventive virkning. Opplistingen av hva det kan legges vekt på i vurderingen er ikke uttømmende.

(55) Klagenemnda har så langt ilagt overtredelsesgebyr i to tilfeller, jf klagenemndas saker 2007/19 og 2008/5. I sak 2007/19 ila klagenemnda et gebyr på en million kroner for avrop under en rammeavtale som ikke var gyldig. I sak 2008/5 ble det ilagt et gebyr på kr 950 000 for inngåelse av en kontrakt da det ikke lenger forelå gyldige tilbud etter totalforkastelse, og fordi kontrakten ble vesentlig endret slik at det i realiteten forelå en ny anskaffelse.

(56) Om skyldkravet fremgår det følgende i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser side 26:

”Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en 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.”

(57) Klagenemnda må ta stilling til om innklagede opptrådte forsettlig eller grovt uaktsomt ved å inngå kontrakt basert på en forutgående konkurranse med forhandling og et endret konkurransegrunnlag. I klagenemndas avgjørelse i sak 2007/36 ble det konstatert at det forelå en ulovlig endring av konkurransegrunnlaget og at konkurransen derfor måtte lyses ut på nytt. Klagenemndas avgjørelse kom i god tid før innklagede inngikk kontrakt, og klagenemnda legger derfor til grunn at innklagede hadde kunnskap om at endringene ble vurdert som vesentlige.

(58) I klagenemndas sak 2008/37 premiss (32) ble det ikke ilagt gebyr blant annet fordi det kunne fremstå som uklart ut fra rettsstilstanden hvorvidt anskaffelsen var i samsvar med anskaffelsesregelverket eller ikke, samt at det i juridisk teori finnes uttalelser som går i favør av innklagedes forståelse. Nemnda la også vekt på at forholdet ikke bar preg av omgåelse. Også i sakene 2008/7 og 2008/8 ble det lagt vekt på at den ulovlige anskaffelsen var foretatt i et juridisk uavklart område.

(59) Rettsstilstanden var ikke uklar da innklagede foretok den ulovlige direkte anskaffelsen, og innklagede gjorde to feil som hver for seg førte til at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse da kontrakten med valgte leverandør ble inngått, se premiss (36) over. Dette taler for at skyldkravet er oppfylt, jf også klagenemndas avgjørelse i sak 2008/5 hvor det i premiss (65) ble lagt vekt på ved vurderingen av om skyldkravet var oppfylt at:

”Innklagede synes derfor å ha tatt en risiko vel vitende om at prosedyren i ettertid kunne bli ansett som en ulovlig direkte anskaffelse, og om at både rådmannen og mindretallet vurderte det slik (...).”

(60) Basert på det ovenstående legger klagenemnda til grunn at innklagede i alle fall handlet grovt uaktsomt da kontrakt med valgte leverandør ble inngått. Skyldkravet i lovens § 7b er dermed oppfylt.

(61) Klagenemnda mener etter dette at det bør ilegges gebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

(62) Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 % av anskaffelsens verdi, jf lovens § 7b annet ledd.

(63) Klagenemnda har etter innføringen av lovens § 7b ilagt overtredelsesgebyr i to tilfeller, I sak 2007/19, ble blant annet gebyrets preventive virkning vektlagt, se sakens premisser (50) og (51) hvorfra siteres:

(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 ulovlige 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. proposisjonens på s 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 skjerpelse i håndhevelsesdirektivet 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 undistorted competition in this field in all the Member States."

(64) Preventive grunner er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr. I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) s 6 henviser departementet til AUDA-rapporten og konkurransemeldingen St meld nr 15 (2004-2005), hvor det fremgår at:

"Bevisste og overlagte brudd på et regelverk som er overkommelig å forstå og praktisere, kan ikke tillates. Regjeringen vil innføre egnede sanksjoner mot dette i det reviderte regelverket. Dette vil ha en klar preventiv virkning som sikrer større etterlevelse."

(65) Det vises videre til Innst. S (2004-2005):

"Når regelverket blir mer overkommelig å praktisere vil flertallet samtidig understreke at bevisste/overlagte brudd på regelverket må slås hardt ned på."

(66) På denne bakgrunn er klagenemnda av den oppfatning at det bør gis klare signaler til oppdragsgiver om at en vesentlig endring av et konkurransegrunnlag etter kunngjøring kan føre til at man står overfor en ulovlig direkte anskaffelse som kan rammes av gebyr.

Innklagede var kjent med klagenemndas uttalelse om avlysing og ny kunngjøring, men valgte å gå videre med konkurransen uten ny kunngjøring, og deretter inngå kontrakt med valgte leverandør.

- (67) Endringen av konkurransegrunnlaget førte til at det var flere leverandører som hadde mulighet for å delta i konkurransen. Manglende kunngjøring etter endringen har dermed medført at man ikke kan utelukke at det finnes leverandører som kunne levert tilbud, men som ikke fikk anledning til det. Hensynet til konkurranse er dermed ikke ivaretatt slik regelverket for offentlige anskaffelser krever. Innklagede anfører at en ny kunngjøring ikke ville ført til at det kom flere tilbud, men dette er ikke dokumentert. Det taler i innklagedes favør at konkurransen opprinnelig var kunngjort på lovlig måte slik at hensynet til konkurranse ved tildeling av kontrakt til en viss grad er ivaretatt. At det har vært en forutgående kunngjøring/konkurranse har klagenemnda vektlagt i to tidligere gebyrsaker, jf klagenemndas saker 2007/90 premiss (52) og 2007/108 premiss (47). Det er videre en formildende omstendighet at innklagede til en viss grad har ivaretatt hensynet til konkurranse ved å sende endringene til leverandører som hadde vist interesse for konkurransen, og ved å invitere disse til å delta i konkurransen.
- (68) Preventive hensyn tilsier imidlertid at gebyret skal settes relativt høyt. Innklagede handlet i strid med klagenemndas råd om avlysing og ny kunngjøring, og gjennomførte en tildeling der det var gjort to feil som hver for seg førte til at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede har vist til at fremgangsmåten ble valgt for å spare tid, men dette er ikke et relevant moment i vurderingen av gebyrets størrelse.
- (69) I sak 2007/19 ble det (premiss (46)) tatt hensyn til at ordningen med overtredelsesgebyr var ny, og at det var tale om første gangs anvendelse for Klagenemnda. Ordningen er imidlertid ikke lenger ny, og må forutsettes kjent blant oppdragsgivere på tidspunktet at regelverksbruddene skjedde.
- (70) I klagenemndas sak 2008/5 ble gebyret satt til omlag 7 % av avtalens verdi. Klagenemnda er kommet til at gebyret bør settes noe lavere og vektlegger i større grad enn det som kom frem i forhåndsvarselet det faktum at innklagede i denne saken inviterte flere leverandører til å delta i konkurransen, og at kravet til konkurranse i større grad er ivaretatt enn i sak 2008/5.
- (71) Gebyrets størrelse settes etter dette til kr 250 000,-, basert på estimert verdi av rammeavtalen inngått for området Karasjok, det vil si kr 5 200 000,- eks. mva.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

*”Helse Nord RHF ilegges et overtredelsesgebyr stort kr 250.000,-
tohundreogfemtitusen kroner-.*

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

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

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

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser

3. november 2008

Andreas Wahl