



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemnda ila Helse Stavanger HF et gebyr på 400 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av transport og service/reparasjon av utstyr til hjemmebehandling. Helse Stavanger HF hadde inngått en rammeavtale om tjenesten uten å kunngjøre konkurranse, og klagenemnda fant at helseforetaket hadde foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser ved å foreta avrop på avtalen.

Klagenemndas gebyrvedtak 11. februar 2010 i sak 2009/120

Klager: Kjosavik Emballasje Vest AS

Innklaget: Helse Stavanger HF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse og illeggelse av overtredelsesgebyr.

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Kjosavik Emballasje Vest 26. mai 2009. Klagenemnda er kommet til at Helse Stavanger HF ilegges et gebyr på 400 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser § 7b, jf. § 7a (1).

Bakgrunn:

- (2) Helse Stavanger HF (heretter kalt innklagede) signerte 1. september 2006 en rammeavtale med Forus Industri AS (heretter kalt valgte leverandør) vedrørende transport og service/reparasjon av utstyr til hjemmebehandling. I avtalens punkt 1 var det gitt følgende bestemmelser om varigheten av avtalen:

"1.1 Avtalen gjelder fra den dag den undertegnes og deretter inntil videre om den ikke sies opp skriftlig i henhold til punkt 1.2. Det tas forbehold om anbudsutlysning i kontraktsperioden.

1.2 Oppsigelse av avtalen kan gjøres av begge parter. Samarbeidet opphører å virke 6 – seks – måneder etter at en skriftlig oppsigelse er sendt motparten.

1.3 Mindre endringer i avtalen skal meldes skriftlig med 1 – en – måneds varsel."

- (3) Innklagede kunngjorde 14. april 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av de tjenestene som var omfattet av kontrakten med valgte leverandør. Valgte leverandør vant anbudskonkurransen, og ny kontrakt med valgte leverandør ble inngått 30. oktober 2008.
- (4) Kjosavik Emballasje Vest AS (heretter kalt klager) påklaget gjennomføringen av anbudskonkurransen til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 12. november

2008. Saken fikk i klagenemnda sak nr. 2008/195. Samtidig varslet klager om at det ble tatt forbehold om å påberope at det var foretatt ulovlige direkte anskaffelser forut for inngåelsen av den siste kontrakten med valgte leverandør 30. oktober 2008. Fra klagen hitsettes:

”Det tas også forbehold om å påberope tidligere ulovlige direkteanskaffelser og kreve ileggelse av overtredelsesgebyr. Klager er kjent med at valgte leverandør har vært leverandør av aktuelle tjenester i en årrekke, og er ikke kjent med at avtalen tidligere har vært konkurranseutsatt. Innklagede bes således redegjøre for den kontrakt de har hatt med valgte leverandør de siste 2 årene, jf. fristen for å påklage ulovlige direkte anskaffelser i anskaffelsesloven § 7 b.”

- (5) Ved brev 13. februar 2009 uttalte klager følgende om kontrakten innklagede hadde inngått med valgte leverandør 1. september 2006:

”Vi kan heller ikke se at innklagede nå har dokumentert at kontrakten har vært inngått i samsvar med regelverket, og gjentar derfor provokasjonen. Dersom klager skulle ta feil på dette punkt, beklages selvfølgelig dette. I mangel av slik dokumentasjon, legges inntil videre til grunn at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.”

- (6) Etter dette delte klagenemndas sekretariat saken i to separate saker. Foreliggende sak omhandler påstand om at rammeavtalen mellom innklagede og valgte leverandør inngått 1. september 2006 er en ulovlig direkte anskaffelse. I forbindelse med delingen av saken, sendte klager en egen klage til klagenemnda, hvor påstanden om at klager hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse formelt ble fremsatt. Denne klagen var datert 26. mai 2009. Klagenemndas sekretariat oversendte sistnevnte klage 3. juni 2009 til innklagede, sammen med klagenemndas følgeskriv vedrørende ulovlige direkte anskaffelser.
- (7) På forespørsel fra klagenemnda, har innklagede opplyst at det i perioden februar 2007 til og med oktober 2008 ble anskaffet ytelser knyttet til behandlingshjelpemidler for 4 559 816,- kroner hos valgte leverandør. Det er opplyst at ikke hele dette beløpet nødvendigvis stammer fra rammeavtalen innklagede inngikk med valgte leverandør 1. september 2006.
- (8) Klagenemnda sendte 15. desember 2009 forhåndsvarsel om ileggelse av gebyr pålydende 400 000 kroner, som utgjør ca 12,3 prosent av kontraktens verdi. Innklagede ble gitt frist på 14 dager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes brev 15. januar 2010. Det er nærmere redegjort for disse kommentarene under innklagedes anførsler.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Klager anfører at det ikke er grunnlag for å avvise klagen. Etter klagenemndsforordningen § 13a annet ledd, kan klage på en ulovlig direkte anskaffelse fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lovens § 7b. Etter denne bestemmelsen er det adgang til å ilegge gebyr to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at tvisteløsningsorganet meddeler oppdragsgiver at det er mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klager bemerker at det, ved vurderingen av om fristen er

oversittet, må legges avgjørende vekt på de reelle forhold, ikke de formelle. Når loven benytter uttrykket "*kontrakt*", må dette forstås som "*anskaffelse*", jf. § 7b (3) tredje punktum. Det er således ikke avgjørende for klagenemndas behandling at innklagede inngikk samarbeidsavtalen med valgte leverandør 1. september 2006. Det dreier seg i dette tilfellet ikke om en enkeltanskaffelse, men om en rammeavtale hvor det er foretatt løpende enkeltanskaffelser etter 1. januar 2007. Disse anskaffelsene overstiger 500 000 kroner, og det er således adgang til å ilegge gebyr, jf. klagenemndas sak 2007/19.

- (10) Klager anfører at det avgjørende tidspunkt for når foreldelsesfristen i lovens § 7b tredje ledd anses avbrutt, er dagen klagenemnda oversendte klagen i sak 2008/195 til innklagede, det vil si 19. november 2008. Bakgrunnen er at det i den klagen ble fremsatt en betinget anførsel om at dersom innklagede ikke kunne dokumentere at avtalen av 1. september 2006 var konkurranseutsatt i henhold til regelverket, måtte kontrakten anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Subsidiært anføres at riktig fristavbrytende tidspunkt må være 13. februar 2009.

Innklagedes anførsler:

- (11) Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse og ileggelse av gebyr er fremsatt for sent, og klagen må derfor avvises fra behandling i klagenemnda. Adgangen til å ilegge gebyr for ulovlig direkte anskaffelse faller bort to år etter at kontrakt er inngått, jf. lovens § 7b, 3. ledd. Denne fristen er absolutt. Innklagede inngikk kontrakt 1. september 2006, og fristen for å ilegge gebyr for denne anskaffelsen er derfor løpt ut. Det kan ikke ha betydning for vurderingen at den inngåtte kontrakten er en rammeavtale, og ikke en kjøpsavtale. Innklagede viser videre til at ulovlige direkte anskaffelser vanligvis blir oppdaget innen relativt kort tid. Det er således ikke behov for en lang foreldelsesfrist, noe som særlig vil få betydning i dette tilfellet. Det fremgår av brev datert 26. mai 2009 at klager har vært kjent med at valgte leverandør har vært leverandør av aktuelle tjenester i en årrekke. Klager har således hatt tilstrekkelig informasjon til å klage på et tidligere tidspunkt.
- (12) Innklagede overtok ansvaret for transport og service/reparasjon av utstyr til behandling av hjemmepasienter fra Rikstrygdeverket 1. januar 2003. Innklagede fikk da overført ansvaret uten å få tilført tilsvarende ressurser. Hensynet til pasientenes liv og helse tilsa at det måtte etableres en avtale med eksterne ressurser. Innklagede overtok derfor den avtalen Rikstrygdeverket hadde med valgte leverandør om transport og service/reparasjon av apparater til hjemmebehandling. Avtalen ble fornyet i oktober 2003, og igjen i 2006, da den avtalen denne saken gjelder ble inngått. Innklagede fremhever i kommentarene til forhåndsvarselet at det ikke foreligger forsettlig eller grovt uaktsom opptreden ved inngåelsen av avtalen. Det vises til at det før avtalen ble inngått ble foretatt en reell vurdering av markedet, hvor det kom frem at det ikke fantes andre leverandører som kunne levere tjenesten. Dersom klagenemnda kommer til at gebyr skal ilegges, bør dette anses som et formildende moment ved vurderingen av gebyrets størrelse.
- (13) Da innklagede fikk overført dette ansvaret, visste innklagede lite om omfanget. Det forelå dermed ikke tilstrekkelig oversikt over behovet til å kunngjøre en konkurranse. Innklagede brukte noe tid på å få oversikt over hva tjenesten innebar og hvilke krav som skulle stilles. Etter at innklagede hadde fått den tilstrekkelige oversikten, og var blitt kjent med at klager ville tilby de aktuelle tjenestene, sa innklagede opp avtalen med valgte leverandør, og kunngjorde en konkurranse om inngåelse av rammeavtale for

utførelsen av tjenesten. Det bestrides ikke at innklagede kunne ha gjennomført anskaffelsen raskere, men på grunn av ressursmangel ble prosessen forsinket.

- (14) Det er viktig for innklagede å følge regelverket for offentlige anskaffelser, og det arbeides for å fremme god kunnskap om regelverket. I den forbindelse har foreliggende sak vært benyttet internt for å hindre fremtidige regelbrudd av denne typen.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klagen inneholder påstand om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (16) Etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd, kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt, foretar en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskriften § 9-1 eller § 18-1. Om en anskaffelse skal kunngjøres etter § 9-1 eller § 18-1, er avhengig av verdien av anskaffelsen, jf. forskriften § 2-2, jf. § 2-1.
- (17) Det er for klagenemnda ikke oppgitt nøyaktig hvilken verdi de anskaffelser innklagede har foretatt ved avrop på rammeavtalen fra 1. september 2006, beløper seg til. Det fremgår imidlertid av innklagedes opplysninger at det i perioden februar 2007 til og med oktober 2008 ble betalt totalt 4 559 816,- kroner til valgte leverandør for tjenester knyttet til behandlingshjelpemidler. Innklagede har opplyst at ikke hele beløpet nødvendigvis kan knyttes til den aktuelle rammeavtalen. Det er imidlertid ikke opplyst hvilke andre avtaler deler av beløpet eventuelt kan knyttes til, eller hvilket omfang disse har. Klagenemnda legger etter dette til grunn at beløpet i det vesentlige knytter seg til rammeavtalen av 1. september 2006. Denne rammeavtalen følger således etter sin verdi forskriften del III, jf. forskriften § 2-2 (1). I forskriften del III er det § 18-1 som regulerer kunngjøringsplikten.
- (18) Det følger av forskriften § 18-1 at anskaffelser, som gjennomføres etter forskriften del III, skal kunngjøres. Slik klagenemnda forstår innklagede, erkjennes det at det ved inngåelsen av rammeavtalen 1. september 2006 ble rettet en direkte henvendelse til valgte leverandør, herunder at det ikke ble kunngjort noen konkurranse. Begrunnelsen for dette var at innklagede ikke hadde tilstrekkelig kunnskap om anskaffelsens omfang til å kunngjøre en konkurranse. Manglende kunnskap om anskaffelsens omfang er imidlertid ikke omfattet av forskriftens unntak fra kunngjøringsplikten. Innklagede har i sine kommentarer til forhåndsvarselet også vist til at det ikke fantes andre leverandører på markedet som kunne tilby de aktuelle tjenestene. Dette er imidlertid ikke dokumentert, og klagenemnda kan derfor ikke legge dette til grunn. Klagenemnda kan for øvrig ikke se at forskriftens unntaksbestemmelser får anvendelse på andre grunnlag. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede, ved inngåelsen av rammeavtalen vedrørende transport og service/reparasjon av utstyr til hjemmebehandling, skulle ha kunngjort anskaffelsen i medhold av § 18-1. Det foreligger således en ulovlig direkte anskaffelse.

Adgang til å ilegge gebyr for avrop på rammeavtaler

- (19) Klagenemnda fikk myndighet til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser 1. januar 2007. Klagenemnda har således ikke myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr for eventuelle ulovlige direkte anskaffelser som har skjedd før dette tidspunkt.
- (20) For ulovlige direkte anskaffelser foretatt etter 1. januar 2007, faller adgangen til å ilegge gebyr bort to år etter at kontrakt er inngått, jf. loven § 7b tredje ledd.
- (21) Rammeavtalen mellom klager og valgte leverandør ble inngått 1. september 2006, altså før klagenemnda fikk myndighet til å ilegge gebyr. Klagenemnda kan dermed ikke ilegge gebyr for denne anskaffelsen. Spørsmålet blir imidlertid om avropene innklagede senere har foretatt må anses som løpende ulovlige direkte anskaffelser, og eventuelt hvilke av disse som ligger innenfor den tidsperiode som klagenemnda kan ilegge gebyr for.
- (22) I klagenemndas sak 2007/19 hadde Statens vegvesen i 2001 inngått rammeavtaler om produksjon av kjennemerker for motorkjøretøy. Avtalene hadde en varighet på fire år, men var, etter at denne perioden var løpt ut, blitt forlenget med ett år av gangen. Dette innebar at avtalene var forlenget ut over den lovlige kontraktsperioden for rammeavtaler. Klagenemnda fant at anskaffelsene av kjennemerker som var foretatt etter 1. januar 2007, da klagenemnda som nevnt fikk hjemmel til å ilegge gebyr, i alle fall ikke anskaffelsesrettslig, kunne anses hjemlet i rammeavtalene fra 2001. Klagenemnda ila på denne bakgrunn gebyr for anskaffelsene foretatt etter 1. januar 2007. Om adgangen til å ilegge gebyr for avrop på en rammeavtale uttalte klagenemnda følgende i premiss (35):
- ”Vegvesenets anførsel om at rammeavtalene ikke kan settes til side med hjemmel i anskaffelsesregelverket, og at anskaffelsene derfor skjer under gyldige rammeavtaler, og således ikke medfører ulovlige direkteanskaffelser, kan ikke føre frem. Nemnda tar ikke stilling til rammeavtalenes gyldighet i forholdet mellom partene. Selv om rammeavtalene skulle være gyldige mellom partene, vil anskaffelsene som ikke kunngjøres i samsvar med anskaffelsesregelverkets regler, innebære brudd på kunngjøringsplikten, og dermed utgjøre ulovlige direkteanskaffelser.”*
- (23) Dersom langvarige kontrakter er gjennomført som ulovlige direkteanskaffelser har oppdragsgiver plikt til å bringe kontraktene til opphør, jf. EF-domstolens sak C-503/04. Dersom rammeavtalen ikke er kunngjort i henhold til regelverket, vil også avropene på rammeavtalen bli ansett som ulovlige direkte anskaffelser. Som fastsatt ovenfor, er rammeavtalen av 1. september 2006 en ulovlig direkte anskaffelse. Avropene innklagede har gjort i henhold til denne avtalen må derfor også anses som ulovlige direkte anskaffelser.
- (24) Innklagede har i foreliggende sak foretatt avrop på avtalen fra 1. september 2006 til 30. oktober 2008, da innklagede inngikk en ny kontrakt med valgte leverandør etter en kunngjort konkurranse. Klagenemnda må i det følgende ta stilling til når fristen for å ilegge gebyr i denne saken ble avbrutt, jf. lovens § 7b tredje ledd.
- (25) Etter bestemmelsen inntatt i § 7b tredje ledd, faller adgangen til å ilegge gebyr bort to år etter at kontrakt ble inngått. Det fremkommer videre av denne bestemmelsen at fristen avbrytes ved at *”tvisteløsningsorganet meddeler oppdragsgiver at det har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse”*. Klagenemnda mottok 12. november

2008 en klage med forbehold om å fremsette påstand om at det forelå ulovlig direkte anskaffelse. Påstanden om ulovlig direkteanskaffelse ble senere fremsatt i brev 26. mai 2009. Meddelelse om at klagenemnda hadde mottatt klage med slik påstand ble sendt innklagede 3. juni 2009. Fristen for å ilegge gebyr ble dermed avbrutt denne dagen. Dette innebærer at klagenemnda, så fremt de øvrige vilkårene for å ilegge gebyr er oppfylt, kan ilegge gebyr for avrop foretatt etter 3. juni 2007 og frem til 30. oktober 2008, da ny og lovlig kontrakt ble inngått med valgte leverandør.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

(26) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b, kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr *”dersom oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse”*. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det særlig skal legges vekt på *”overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning.”*

(27) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 5 uttales at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *”for å sikre større etterlevelse av regelverket”*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas sak 2008/221 premiss (38) og 2009/8 premiss (21).

(28) I klagenemndas sak 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:

”Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre konkurranse og mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser.”

(29) Det første spørsmålet klagenemnda må ta stilling til er om innklagede opptrådte forsettlig eller grovt uaktsomt ved avropene på den ikke kunngjorte rammeavtalen om kjøp av transport og service/reparasjon av utstyr til hjemmebehandling.

(30) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 side 26 om offentlige anskaffelser, er det nærmere redegjort for skyldkravet. Der fremkommer det blant annet at:

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

- (31) Klagenemnda har kommet til at innklagedes inngåelse av rammeavtalen 1. september 2006, er en ulovlig direkteanskaffelse. Innklagede begrunner unnlatelsen av å kunngjøre anskaffelsen med manglende kunnskap om omfanget av avtalen. Det er imidlertid ikke opplyst om innklagede i det hele tatt har foretatt undersøkelser for å få et inntrykk av dette omfanget, for slik å kunne avgjøre hvorvidt det forelå plikt til å kunngjøre anskaffelsen. At innklagede i avtalen har tatt forbehold om å kunngjøre en anbudskonkurranse i avtaleperioden, tyder på at innklagede var av den oppfatning at omfanget av avtalen var så omfattende at det forelå plikt til å kunngjøre en konkurranse. Ut fra de opplysninger klagenemnda har om beløpene innklagede har betalt valgte leverandør, kan det heller ikke ha gått lang tid fra rammeavtalen var inngått til innklagede oppdaget at omfanget av avtalen oversteg 500 000,- kroner.
- (32) Når det gjelder innklagedes anførsel om at det ikke foreligger forsettlig eller grovt uaktsomt opptreden ettersom det før avtalen ble inngått ble foretatt reelle undersøkelser der det kom frem at det ikke fantes andre leverandører på markedet, bemerkes at det ikke er lagt frem dokumentasjon for at slike undersøkelser er blitt foretatt eller resultatet av dem. Klagenemnda kan derfor ikke legge dette til grunn.
- (33) Slik saken fremstår for klagenemnda, har innklagede i det minste utvist grov uaktsomhet både ved inngåelsen av rammeavtalen og ved de senere avropene på denne. Skyldkravet i lovens § 7b er således oppfylt.
- (34) På bakgrunn av innklagedes grovt uaktsomme handlemåte, hensynet til gebyrets preventive virkning, at anskaffelsen skjedde helt uten konkurranse og at det er foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, finner klagenemnda at det skal ilegges gebyr, jf. loven § 7b andre ledd, jf. første ledd.

Gebyrets størrelse

- (35) Ved avgjørelsen av gebyrets størrelse, skal det, i likehet med ved spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på *”overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning”*. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b.
- (36) Siden klagenemnda 1. januar 2007 fikk myndighet til å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser, er det ilagt overtredelsesgebyr i elleve saker. I den første saken, 2007/19, la klagenemnda i formildende retning vekt på at ordningen med overtredelsesgebyr var ny. I sak 2008/5 og 2008/56 uttalte nemnda at reglene om overtredelsesgebyr nå måtte forutsettes kjent blant oppdragsgiverne. Siden disse sakene, som ble avgjort i juni og oktober 2008, er det ikke blitt færre saker om ulovlige direkte anskaffelser. Både antall saker som klages inn for KOFA, og generell medieomtale viser at ulovlige direkte anskaffelser foretas i et ikke ubetydelig omfang. De preventive hensyn bak overtredelsesgebyrene synes dermed ikke fullt ut å ha hatt ønsket effekt. På denne bakgrunn finner klagenemnda at gebyrpraksis bør skjerpes, og at satsene gradvis bør bli høyere. De høyeste prosentsatsene, opp mot 15 prosent, bør likevel reserveres for særlig grove tilfeller, der de skjerpende omstendigheter er iøynefallende, og det ikke foreligger formildende omstendigheter.

- (37) Innklagede har i foreliggende sak henvendt seg direkte til valgte leverandør ved inngåelse av rammeavtalen, som det senere er foretatt gjentatte avrop fra. Preventive hensyn taler således for at gebyret settes relativt høyt. Hensynet til konkurranse er for øvrig heller ikke ellers ivaretatt ved anskaffelsen, noe som også trekker i retning av at gebyret skal fastsettes høyt, jf. klagenemndas sak 2008/56 premiss (47).
- (38) Foreliggende sak omhandler en anskaffelse som det rettslig sett ikke kan ha vært tvil om skulle vært kunngjort etter reglene i forskriften § 18-1 (1), noe som også tilsier et relativt høyt gebyr. Innklagede har heller ikke vist til at det ble foretatt vurderinger av om regelverket kom til anvendelse, jf. klagenemndas sak 2009/8 premiss (23). Anskaffelsen bærer således preg av at innklagede ikke har hatt kunnskap om grunnleggende regler i anskaffelsesregelverket.
- (39) Klagenemnda kan ikke se at det foreligger noen momenter som trekker i formildende retning i foreliggende sak.
- (40) Klagenemnda bemerker at det i foreliggende sak har vært vanskelig å få tilstrekkelige opplysninger om anskaffelsen. Det vises i denne forbindelse til forarbeidene til loven § 7b, Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) side 26, hvor det blant annet fremgår:
- ”Bevisføringsplikten vil påligge begge parter i saken. Oppdragsgiver har dessuten plikt til å sørge for at hensynet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen. Dette gjøres blant annet gjennom protokoller og skriftlige begrunnelser. Hvis oppdragsgiver unnlater å oppfylle sin bevisføringsplikt, for eksempel ved å nekte å utlevere relevante dokumenter, vil dette normalt belastes oppdragsgiver ved bevisvurderingen.”*
- (41) Ved utmålingen av gebyret skal kontraktssummen eksklusiv merverdiavgift, legges til grunn. I perioden juni 2007 til 30. oktober 2008, da innklagede etter en gjennomført kunngjort anskaffelsesprosess inngikk en ny rammeavtale med valgte leverandør, anskaffet innklagede tjenester hos valgte leverandør for 3 257 670,- kroner eksklusive merverdiavgift. Gebyrets størrelse settes etter dette til 400 000,- kroner. Dette utgjør ca. 12,3 prosent av kontraktssummen.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Helse Stavanger HF ilegges et overtredelsesgebyr på 400 000 - firehundretusen – 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 tvangsfullbyrdsloven § 1-2.

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

For klagenemnda,
11. februar 2010

Georg Fredrik Rieber-Mohn