



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemnda ila Troms fylkeskommune gebyr stort kr 70 000,- for en ulovlig direkte anskaffelse av en løypeprepareringsmaskin. Klagenemnda fant at anskaffelsens verdi oversteg terskelverdien for kunngjøring, og at innklagede hadde utvist grov uaktsomhet ved å tildele kontrakt direkte uten forutgående konkurranse.

Klagenemndas gebyrvedtak av 28. august 2009 i sak 2009/8

Klager: Antra AS

Innklaget: Troms fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Bjørg Ven

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage av 14. januar 2009 fra Antra AS (heretter kalt klager). Klagen er foranlediget av at klager i desember 2008 ble kjent med at det var anskaffet en ny løypeprepareringsmaskin og en ny sporfres til bruk ved Nordreisa videregående skole.
- (2) Klagenemnda er kommet til at Troms fylkeskommune ilegges et gebyr stort kr. 70 00,- for inngåelse av kontrakt med Trygve Owren AS uten forutgående kunngjøring av konkurransen. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser §§7b, jf. 7a(1).

Bakgrunn:

- (3) 12. november 2008 mottok Troms fylkeskommune (heretter kalt innklagede) et tilbud fra Trygve Owren AS (heretter kalt valgte leverandør) på kjøp av en Prinoth Husky 3,1 meter løypeprepareringsmaskin. Fra tilbudet hitsettes:

"Pristilbud:

**Tilbudspris Prinoth HUSKY 3,1 m arbeidsbredde, 2,8 m fres med 2 (...)¹
sporsettere, ekskl. mva**
Ord. pris kr (...) eks. mva

1 stk Sporfres spesialpris Ord. pris kr (...) eks. mva	(...)
Sum tilbudspris ekskl. mva	kr 1 070 000
Mva	kr 267 500
Sum tilbudspris inkl. mva	kr 1 337 500

¹ Opplysningen er sladdet som forretningshemmelighet, jf. offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr. 2. Tilsvarende gjelder også andre steder hvor opplysninger er sladdet ved bruk av vanlig parentes.

Prisene er basert på kurs 1 Euro = 8,20. Vi forbeholder oss retten til å kreditere/fakturere Dem separat hvis kursen avviker mer enn +/- 2 % ved fakturadato.

Vedrørende deres Prinoth T2S 1998 modell (ca 3500 timer?) kan vi tilby en innbyttepris på kr 300.000*.

*) Innbyttemaskin krediteres avgiftsfritt i det Folldal Turlag kan selge maskinen uten mva. Dette i henhold til merverdiavgiftlovens § 20 b hvor merverdiavgift ikke er beregnet og er dog ikke fradragsberettiget som inngående avgift.

Betingelser:

Levering: Maskinen tilbys fritt levert Deres bestemmelsessted inklusiv nødvendig opplæring i bruk og vedlikehold.

Garanti: Se vedlegg

Betaling: Kontant ved levering

Tilbudet er gyldig i 30 dager.

Vi forsikrer å følge opp en eventuell levering på en slik måte at De blir fornøyd med Prinoth og oss som leverandør.

Da ser vi frem til positiv avklaring.”

- (4) Innklagede inngikk 20. november 2008 kontrakt med valgte leverandør basert på tilbudet av 12. november 2008:

”Vi viser til hyggelig telefonsamtale og bekrefter herved å ha solgt til dem:

PRINOTH Husky, 2008 mod ifølge tilbud datert 12. november 2008.

Utstyrt med 4-sylindret Mercedes-Benz turbodieselmotor med intercooler på 177 HK.

Aluminiumsbelter 3,1 meter. 3,1 meters 12-vegs hydraulisk frontskjær med hurtigkobling. Frontskjæret har parallell løft. Fresen er i 2,8 meters versjon.

Svingbar fres med hurtigkobling og trinnløs regulering av turtall.

2 stk. uavhengig løftbare sporleggere.

Tillegg utstyrt med: GPS 276C og 1 stk. sporfres.

Tilbudspris Prinoth HUSKY 3,1 m arbeidsbredde, 2,8 m fres med 2 (...)

sporsettere, ekskl. mva

Ord. pris kr (...) eks. mva

1 stk Sporfres spesialpris Ord. pris kr (...) eks. mva	(...)
Sum tilbudspris ekskl. mva	kr 1 070 000
Mva	kr 267 500
Sum tilbudspris inkl. mva	kr 1 337 500

Prisene er basert på kurs 1 Euro = 8,20. Vi forbeholder oss retten til å kreditere/fakturere Dem separat hvis kursen avviker mer enn +/- 2 % ved fakturadato.

Vedrørende deres Prinoth T2S 1998 modell, ca 3500 timer kan vi tilby en innbyttepris på kr 300 000.*

**) Innbyttmaskin krediteres avgiftsfritt i det Nordreisa videregående skole kan selge maskinen uten mva. Dette i henhold til merverdiavgiftsloven § 20 b hvor merverdiavgift ikke er beregnet og er dog ikke fradragsberettiget som inngående avgift.*

Betingelser:

Levering: Maskinen tilbys fritt levert Deres bestemmelsessted i desember, inklusiv nødvendig opplæring i bruk og vedlikehold.

Garanti: Se vedlegg.

Betaling: Kontant ved levering.

Vi takker for ordren som har vår største oppmerksomhet, og vi vil følge opp på en slik måte at De blir fornøyd med Prinoth og oss som leverandør.”

- (5) 18. desember 2008 sendte Antra AS (heretter kalt klager) følgende e-post til innklagede:

”Viser til samtale for et øyeblikk siden.

Saken gjelder at vår ”datafangst” nok har glippet i å fange opp kunngjøringen av innkjøp av ny løypemaskin til Nordreisa videregående skole.

Det er jo litt beklagelig at dette har ”glippet” siden vi er en av 2 leverandører av slike maskiner i Norge.

Send oss utlysningen slik at vi kan får rettet opp dette med vår leverandør som skal fange opp disse utlysningene i fremtiden.

På forhånd takk.

Ps: Jeg var innom skolen i går og fikk der melding om at ny maskin skulle bli levert denne helgen, så kjøpet må jo være gjennomført hos dere?”

- (6) 8. januar 2009 svarte innklagede på klagers henvendelse:

”Nordreisa videregående skole opplyser at de i januar 2006 tok kontakt med de 3 leverandørene som da var på markedet for salg av løypemaskin, deriblant Antra som du representerer. Ved tilbudsfristens utløp 01.02.06 var det innkommet 2 tilbud. Antra leverte ikke tilbud – noe skolen har oppfattet som at det ikke var interesse fra Antra sin side å inngi tilbud. Da skolen først nå i desember 2008 fikk tildelt midler til å gjennomføre kjøpet ble dette gjort uten kunngjøring på Doffin, men med den tilbyder som kom best ut da prosessen startet i 2006.”

- (7) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 14. januar 2009.
- (8) Klagenemnda sendte den 19. august 2009 forhåndsvarsel om gebyr på kr 70 000,-. Innklagede hadde ingen merknader til forhåndsvarselet.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (9) Innklagede har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse av en løypeprepareringsmaskin. Klager ble kjent med anskaffelsen da klager besøkte Nordreisa videregående skole i desember 2008. Innklagede har erkjent at anskaffelsen ikke ble kunngjort.

Innklagedes anførsler:

- (10) Innklagede har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede kontaktet i januar 2006 tre firma for å be om tilbud på løypeprepareringsmaskin. To av leverandørene innklagede kontaktet leverte tilbud. Innklagede har hele tiden forholdt seg til denne anbudsrunderen. Avtalen innklagede hadde med valgte leverandør i 2006 har hele tiden vært grunnlag for de videre forhandlinger og kjøpet av løypeprepareringsmaskin i november 2008.

Klagenemndas vurdering:

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

Ulovlig direkte anskaffelse

- (12) I loven § 7b er en ulovlig direkte anskaffelse definert som "*en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven*". Det fremgår av kontrakten av 20. november 2008 at verdien på anskaffelsen er på 1 070 000,- eks. mva. Anskaffelsen av løypeprepareringsmaskinen og sporfresen følger derfor etter sin verdi forskriften del II, jf. forskriften § 2-1 (2) 1. punktum. Det er ikke anført at anskaffelsen omfattes av noen av unntaksbestemmelsene i forskriften § 2-1 (2) 2. punktum. Klagenemnda legger derfor til grunn at anskaffelsen omfattes av forskriften del II.
- (13) Det følger av forskriften § 9-1 (1) at anskaffelser som gjennomføres etter forskriften del II skal kunngjøres. Innklagede har i dette tilfellet erkjent at anskaffelsen ikke ble kunngjort da Nordreisa videregående skole høsten 2008 fikk midler til å kjøpe en ny løypeprepareringsmaskin. Innklagede har anført at det likevel ikke er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og har vist til at anskaffelsen ble foretatt hos en leverandør som ble valgt våren 2006, etter at innklagede hadde kontaktet tre tilbydere og bedt dem om tilbud. Det er ikke fremlagt dokumentasjon for dette, og klagenemnda kan derfor ikke legge til grunn at innklagede har benyttet denne fremgangsmåten. Etter klagenemndas mening har eventuelle tilbud innhentet i 2006 uansett ikke betydning for vurderingen. Kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 20. november 2008, og var basert på et tilbud datert 12. november 2008 uten forutgående kunngjøring. Videre bemerkes at innklagede heller ikke i 2006 kunngjorde en konkurranse for anskaffelsen av løypeprepareringsmaskin og sporfres. Det gikk også så lang tid fra tidspunktet innklagede hevder å ha kontaktet leverandørene til kjøpet av løypeprepareringsmaskin ble gjennomført, at markedet kunne ha endret seg. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagedes anskaffelse av løypeprepareringsmaskin og sporfres den 20. november 2008 var en ulovlig direkte anskaffelse.

Gebyr

- (14) Det er et vilkår for å ilegge gebyr for ulovlig direkte anskaffelse at oppdragsgiver ved gjennomføringen av anskaffelsen har opptrådt forsettlig eller grovt uaktsomt, jf. loven § 7b, 1. ledd.
- (15) 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 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.”

- (16) Dersom skyldkravet er oppfylt, avgjør klagenemnda ut fra en skjønnsmessig vurdering om det skal ilegges gebyr. Ved 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, jf. lovens § 7b, 2. ledd.
- (17) Det fremgår verken av innklagedes anførsler, eller av den innsendte dokumentasjon, at innklagede vurderte å kunngjøre anskaffelsen av ny løypeprepareringsmaskin, verken i 2006 eller 2008. Dette til tross for at anskaffelsen verdimessig var av en slik størrelse at det forelå kunngjøringsplikt. Slik saken fremstår for klagenemnda, har innklagede således unnlatt å følge regelverket i et tilfelle der det ikke kan ha vært tvil om hvilke regler som gjaldt for gjennomføringen av anskaffelsen. Innklagede har derfor i det minste utvist grov uaktsomhet ved å unnlate å kunngjøre anskaffelsen. Klagenemnda legger til grunn at lovens skyldkrav er oppfylt.
- (18) Klagenemnda mener på bakgrunn av det ovenstående at det bør ilegges gebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (19) Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn femten prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b, 2. ledd. Ved fastsettelsen av gebyrets størrelse skal det, i likhet med spørsmålet om hvorvidt gebyr skal ilegges, legges særlig vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen og overtredelsesgebyrets preventive virkning.
- (20) Klagenemnda har etter innføringen av lovens § 7b ilagt overtredelsesgebyr i syv saker. I den første saken, 2007/19, uttalte klagenemnda i premissene (50) og (51) følgende om preventive hensyn:

”(50) Det må også legges vekt på gebyrets preventive virkning. Avrop under et leverandørmonopol som har vart i fem år, er ensbetydende med ulovlig direktekjøp. Problemet med ulovlig direktekjøp ble tatt opp i en departemental utredning (”AUDA” 2003), og denne er senere omtalt i forarbeidene til lovendringen i 2006 – Ot.prp. nr. 62

(2005-2006) avgitt i april 2006, der ulovlige direktekjøp er en hovedsak, jf. proposisjonen på side 5:

"I Norge foretar offentlig sektor innkjøp for godt over 200 milliarder kroner hvert år. Regelverket for offentlige anskaffelser skal sikre at disse midlene utnyttes best mulig gjennom kostnadseffektive innkjøp, samtidig som offentlig sektor gjennom sine anskaffelser bidrar til utvikling av et konkurransedyktig norsk næringsliv. Riksrevisjonen har imidlertid avdekket at en rekke kjøp av varer og tjenester skjer uten konkurranse, i strid med regelverket."

(51) Kommisjonen selv anser effektivisering av anbudsreglene som en prioritert oppgave og mener at tiltak mot ulovlige direktekjøp er et hovedanliggende for nye lovendringer. Kommisjonens utkast til skjerpelser i håndhevingsdirektivet 89/665 – COM(2006)195 – siterer fra premiss (37) i EF-domstolens dom 18.11.2004 c-26/03 (Stadt Halle") om at tildeling av kontrakter uten påbudt kunngjøring

"...could lead to the most serious breach of Community law in the field of public procurement on the part of a contracting authority. It would substantially reduce the effective and rapid judicial protection aimed at by Directive 89/665, and would interfere with the objectives pursued by Directive 92/50, namely the objectives of free movement of services and open and distorted competition in this field in all the Member States."

- (21) Preventive grunner er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr. I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 henviser departementet til AUDA-rapporten og konkurransemeldingen St. meld. nr. 15 (2004-2005).
- (22) I klagenemndas sak 2009/1 premiss (80) uttalte klagenemnda at preventive hensyn tilsa at gebyret ble satt høyt i tilfeller der oppdragsgiver ikke syntes å ha foretatt en reell vurdering av om regelverket kom til anvendelse. Også i den saken la klagenemnda til grunn at oppdragsgiver hadde utvist grov uaktsomhet.
- (23) Som det fremgår over, dreier det seg her om en anskaffelse som det rettslig sett ikke kan ha vært tvil om skulle vært kunngjort etter reglene i forskriften § 9-1 (1). Preventive hensyn taler derfor i denne saken for at gebyret settes relativt høyt. Innklagede har heller ikke vist til at det ble foretatt vurderinger av om regelverket kom til anvendelse. Anskaffelsen bærer således preg av at innklagede ikke har hatt kunnskap om grunnleggende regler i anskaffelsesregelverket, og det er således viktig at gebyrets størrelse fører til at oppdragsgivere oppfordres til å øke kompetansen, og at det lages rutiner for å sikre bedre etterlevelse av regelverket.
- (24) Klagenemnda har i flere tilfeller vektlagt som en formildende omstendighet at det har vært konkurranse om anskaffelsen, jf. klagenemndas saker 2008/5 og 2008/63. Som nevnt over, har innklagede i dette tilfelle vist til at anskaffelsen bygget på en anskaffelsesprosess gjennomført i 2006, der innklagede kontaktet tre leverandører i markedet for salg av løypeprepareringsmaskiner. Det er imidlertid ikke levert noen dokumentasjon for dette, og klagenemnda kan dermed ikke legge til grunn at det har vært noen form for konkurranse om anskaffelsen. Dette taler også for at gebyret settes relativt høyt, jf. klagenemndas sak 2008/56 premiss (47), hvor det fremheves at preventive hensyn tilsier at det reageres strengt når anskaffelsen har vært helt unntatt fra konkurranse.

- (25) Ved fastsettelsen av gebyrets størrelse finner klagenemnda det riktig å se hen til størrelsen på de gebyrene klagenemnda har ilagt i tidligere saker. I klagenemndas sak 2009/1 ble gebyret satt til cirka 7,8 prosent av kontraktens verdi. I saken var det ikke vurdert om regelverket kom til anvendelse, og anskaffelsen hadde vært helt unntatt fra konkurranse. Ved fastsettelsen av dette gebyret ble det sett hen til sak 2008/5 og 2008/56, hvor gebyrene ble fastsatt til henholdsvis om lag 7 prosent av avtalens verdi og om lag 7,4 prosent av kontraktssummen. Sak 2008/5 bar preg av at innklagede forsøkte å omgå regelverket, og i sak 2008/56 at innklagede tok en bevisst risiko i spørsmålet om unntaksbestemmelsene kom til anvendelse. Det var flere formildende omstendigheter i de to sakene. Innklagede i sak 2008/5 hadde opprinnelig kunngjort anskaffelsen på lovlig måte. Det ble også lagt en viss vekt på at innklagedes handlinger til dels var motivert av frykt for å miste plassen i NAV-køen og dermed muligheten for statlige fjernarbeidsplasser. I sak 2008/56 ble det vektlagt formildende at innklagede hadde innhentet juridisk bistand før det ble besluttet å foreta en direkte tildeling av kontrakt.
- (26) Som det fremgår over, taler både preventive hensyn og manglende konkurranse for at gebyret settes høyt i dette tilfellet, og det foreligger heller ingen formildende omstendigheter i denne saken. På den annen side er verdien på anskaffelsen i dette tilfellet betydelig lavere enn i sak 2009/1 eller 2008/56. I klagenemndas sak 2009/42 ble anskaffelsens lave verdi vektlagt som et formildende moment ved fastsettelsen av gebyrets størrelse. I saken ble det også vektlagt som formildende at innklagedes prosjektleder var syk under deler av gjennomføringen av kontrakten. Gebyret ble fastsatt til ca. 5 prosent av kontraktens størrelse. Klagenemnda mener på bakgrunn av dette at overtredelsesgebyret i foreliggende sak bør settes noe lavere enn i sakene 2008/5, 2008/56 og 2009/1, og klagenemnda har derfor, etter en skjønnsmessig vurdering, kommet til at gebyret bør settes til kr 70 000.
- (27) Gebyret fastsettes til kr 70 000,-. Dette utgjør ca 6,5 prosent av kontraktens verdi.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser treffer etter dette følgende vedtak:

"Troms fylkeskommune ilegges et overtredelsesgebyr på 70 000 - syttitusen – kroner.

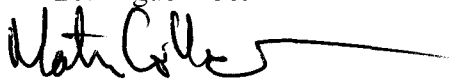
Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato."

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

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

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

28. august 2009



Morten Goller