



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en kontrakt om opprusting av kommunal vei. Klagenemnda fant at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør etter vedståelsesfristens utløp. Klagers andre anførsel ble avvist etter klagenemndforskriften §§ 6 og 9, da den var for sent fremsatt til klagenemnda.

Klagenemndas avgjørelse 26. september 2011 i sak 2011/123

Klager: Maskinentreprenørenes Forbund, Region nord

Innklaget: Harstad kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Vedståelsesfrist.

Bakgrunn:

- (1) Harstad kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. juli 2009 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en kontrakt om opprusting av kommunal vei. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 18. august 2009 kl. 12.00.
- (2) Anskaffelsens verdi var ikke eksplisitt angitt verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, men i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "*Anskaffelsesprosedyre*" var det opplyst at: "*Denne anskaffelsen følger lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Anslått verdi av investeringen er ikke estimert til å overstige EØS's terskelverdi for bygge- og anleggsarbeid. Konkurransen gjennomføres som åpen anbudskonkurranse og behandles etter nevnte forskrifter del III*". Det er her tale om forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser del III, det vil si den gamle forskriften hvor det var del III som regulerte anskaffelser mellom nasjonal terskelverdi og EØS-terskelverdi. Flere steder i konkurransegrunnlaget vises det så til bestemmelser i del III i den gamle forskriften.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.2 "*Omfang*" fremgikk det at konkurransen gjaldt opprusting av "*kommunal veg, Grunnvassbotn*". I punkt 2.8 "*Vedståelsesfrist*" fremgikk at "*Tilbud som leveres skal ha en vedståelse i 30 kalenderdager fra tilbudsfrist*". I punkt 2.13 "*Kriterier for valg av tilbud*" var det oppgitt at "*Valg av tilbud vil skje ut fra laveste pris*".
- (4) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud. Alle tilbyderne ble ansett kvalifiserte.

- (5) Innklagede sendte 8. desember 2009 en e-post til samtlige tilbydere hvor det ble opplyst at på grunn av *"lav bemanning, samt langtidssykemelding hos oss, har vi ikke fått gjennomført tilbudskonkurransen innen for vedståelsesfristen"*. Innklagede ba deretter om *"å få forlenget vedståelsesfristen til 30.12.2009"*.
- (6) Tre av tilbyderne, deriblant Sama Maskin (heretter kalt valgte leverandør), bekreftet per e-post i perioden 10. til 17. desember 2009 at de vedsto seg sine tilbud til den angitte datoen. En tilbyder ga i e-post sendt 11. desember 2009 tilbakemelding om at de ikke ønsket å forlenge vedståelsesfristen.
- (7) Ved innklagedes brev 28. desember 2009 ble tilbyderne meddelt at innklagede hadde innstilt Sama Maskin som valgte leverandør på bakgrunn av laveste tilbudspris. Vedlagt brevet var protokoll fra tilbudsåpningen. Klagefrist var satt til 13. januar 2010.
- (8) Innklagede og valgte leverandør avholdt et oppstartsmøte 25. januar 2010. Av møtereferatet fremgår blant annet at partene *"[la] opp til å ta byggemøter etter behov"*.
- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 11. april 2011.
- (10) I brev sendt til klagenemndas sekretariat 20. april 2011 opplyste innklagede følgende om kontraktsinngåelse:

"Vi vil med dette orientere om at aktuelle arbeider ble igangsett etter at angitte klagefrist 13.01.2010 var utløpt. Denne klagefristen ble angitt i vårt brev datert 28.12.2009."

"De aktuelle arbeidene som skal gjøres innen aktuelle entreprise er allerede utført av Sama maskin, som var det firma som hadde det laveste anbudet. Ytterligere arbeider for ferdigstilling av aktuelle opprustingen skal utføres av Harstad kommune som egenregi. Disse arbeidene vil bli utført sommeren 2011."

- (11) Innklagede har i tilsvaret til klagenemndas sekretariat 16. mai 2011 opplyst at når tilbudene skulle evalueres ble innklagedes saksbehandler sykemeldt i en periode. I følge innklagede førte dette til *"at den avsluttende saksbehandlingen for denne saken ble rammet på en slik måte at valg av tilbud ikke kunne skje som planlagt innen den opprinnelig angitte vedståelsesfristen"*.
- (12) Klagenemndas sekretariat ba i e-post 12. september 2011 om å få opplyst dato for kontraktsinngåelse. Innklagede svarte blant annet følgende i e-post 13. september 2011:

"Etter at kunngjøring om valg av tilbud var sendt ut til alle tilbyderne og angitte klagefrist var passert, ble det avholdt et oppstartsmøte med valgte tilbyder. Det ble oppfattet som en bekreftelse på et avtaleforhold i saken. Det ble etter dette imidlertid ikke etablert et eget avtaledokument som er undertegnet av partene, slik det skal etter våre gjeldende rutiner og gjeldende regelverk. Vi har etter det skjerpet våre rutiner knyttet til det."

"Omfanget av avtalen/arbeidet var det imidlertid full enighet om og endelig oppgjør skulle skje i hht tilbudsgrunnlaget, dets enhetspriser og at det skulle avregnes etter nøyaktig måling på utført arbeid."

Det var i byggeperioden byggemøter etter behov. Byggearbeidene startet en tid etter at oppstartsmøtet var avholdt og avsluttet senhøsten 2010. Det er i avtaleforholdet ikke utført arbeidsprosesser ut over det som var angitt i tilbudet. Vi mener at det på tross av manglende skriftlig underskrevet avtaledokument er utført arbeider i tråd med anbudsforutsetningene.

Det aktuelle arbeidet var som kjent en mindre del av et vegarbeid. Den øvrige delen er utført av Harstad kommune som egenregi. Det arbeidet er utført denne sommeren og fullført sist uke."

- (13) Vedlagt innklagedes e-post 13. september 2011 var en oversikt over utbetalinger foretatt til valgte leverandør. Av denne dokumentasjonen fremgår det at innklagede har betalt totalt 1,2 millioner kroner til valgte leverandør.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Maskinentreprenørenes Forbund er en bransje- og arbeidsgiverorganisasjon som organiserer i underkant av 2 000 bedrifter, primært innen anleggsbransjen. Flere av klagers medlemmer har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har anmodet klager om å bringe saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Da saken omhandler påstand om ulovlig direkte anskaffelse, legges det til grunn at klager har klageinteresse i saken, jf. klagenemndforskriften § 13a første ledd, jr. § 6.
- (15) Klager anfører at innklagede, ved at konkurransen ikke ble avsluttet innen vedståelsesfristens utløp, har handlet i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5. Oppdragsgiver har en plikt til enten å inngå kontrakt, avslutte konkurransen eller anmode deltakerne om at fristen forlenges innen utløpet av den opprinnelige vedståelsesfristen gitt i konkurransegrunnlaget. Hvis så ikke gjøres, står oppdragsgiver uten bindende tilbud i konkurransen, og kontrakt kan ikke tildeles uten at ny konkurranse gjennomføres.
- (16) Videre har innklagede, gjennom tildeling av kontrakt etter vedståelsesfristens utløp, gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b.

Innklagedes anførsler:

- (17) Ved anmodningen om forlengelse av vedståelsesfristen ble det fra innklagedes side gjort en feilvurdering knyttet til at den opprinnelige vedståelsesfristen allerede var gått ut. Innklagede ble beklageligvis ikke klar over denne feilen, og konsekvensene av den, før etter at kontrakten var tildelt og arbeidene i hovedsak var avsluttet. Innklagede beklager på det sterkeste at det ble gått videre med saken, på tross av de nevnte forhold knyttet til anmodningen om forlengelse av vedståelsesfristen. Det har ført til at innklagede har skjerpet rutineene knyttet til en slik vurdering/saksbehandling.
- (18) Når det gjelder de praktiske konsekvensene av handlemåten, mener innklagede at hensynet til at anskaffelsen skulle være underlagt konkurranse og at valg av tilbud skal skje etter klare og angitte kriterier, er ivaretatt. Det kan i denne sammenheng nevnes at det i tilsvarende saker normalt mottas tre til fire tilbud i utlyste anbudskonkurranser. Konkurransenivået var altså nokså normalt i denne sammenheng. Innklagede mener

også at kravet til forutsigbarhet og etterprøvbarhet i stor grad er ivaretatt, men det er i den sammenheng selvsagt beklagelig at både tildelingsprosessen var for lang og at det ble gjort prosedyrefeil knyttet til behovet/anmodningen om å forlenge vedståelsesfristen. Innklagede har tatt til etterretning de svakhetene som har fremkommet ved saksbehandlingen, og har gjennomført forbedrende tiltak knyttet til det.

- (19) På denne bakgrunn anmoder innklagede om at det i formildende retning blir tatt hensyn til at det på tross av det oppståtte avviket knyttet til saksbehandlingen, ble avholdt en konkurranse for aktuelle arbeider, som fulgte normale prosedyrer, og at avviket oppstod ved en misforståelse i saksbehandlingen. Innklagede bør på grunn av nevnte forhold ikke ilegges gebyr.

Klagenemndas vurdering:

Klagefrist og klageinteresse

- (20) Anskaffelsen er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt, men det er opplyst i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "*Anskaffelsesprosedyre*" at anskaffelsens verdi ikke er estimert til å overstige EØS-terskelverdien, og at anskaffelsen følger forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser del III. I konkurransegrunnlaget er det videre vist til bestemmelser i denne gamle forskriften om offentlige anskaffelser del III, som gjaldt for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Innklagede har betalt valgte leverandør 1,2 millioner kroner. På denne bakgrunn legger nemnda til grunn at anskaffelsen, i tillegg til lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, følger forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser av del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (21) Klagen inneholder blant annet påstand om at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker er det ikke krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2001 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a. Av samme bestemmelse følger det videre at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter loven § 7b tredje ledd. I loven § 7b tredje ledd fremgår det at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved brev 11. april 2011. Klagen ble meddelt innklagede ved klagenemndas brev 14. april 2011. Denne datoen er dermed utgangspunktet for beregningen av toårsfristen. For å ta stilling til hvorvidt klagen er rettidig, må det dermed slås fast om og eventuelt når kontrakt ble inngått.
- (22) Av forskriften § 1-3 (1) følger det at forskriften "*får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter*". Begrepet "*kontrakt*" er i forskriften § 4-1 bokstav a definert som en "*gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører*". I klagenemndas saker 2010/1 premiss (52) og 2010/71 premiss (15) er det presisert at forskriften kun kommer til anvendelse hvor det er inngått en "*skriftlig*" kontrakt, eller hvor en "*skriftlig*" kontrakt skal inngås, jf. forskriften § 1-3 (1) sammenholdt med § 4-1 bokstav a. Imidlertid er det i begge sakene angitt en lav terskel for når skriftlighetskravet anses oppfylt. I sak 2010/1 premiss (64) ble det lagt til grunn at det forelå en skriftlig kontrakt ved at innklagede aksepterte valgte leverandørs skriftlige tilbud. I sak 2010/71 premiss (16) ble det lagt til

grunn at skriftlighetskravet var oppfylt ved at en utløpt rammeavtale skisserte avtalevilkårene for den gjeldende, muntlige avtalen. Hva skriftlighetskravet innebærer, ble nærmere presisert i sak 2010/1 premiss (56) og (57):

"(56) Klagenemnda mener på dette grunnlag at det ikke kreves mye før skriftlig kontrakt anses å foreligge. Som et utgangspunkt må det i hvert fall være tilstrekkelig at det er utarbeidet et skriftlig dokument som fastlegger hovedtrekkene i anskaffelsen og de mer sentrale elementer i partenes forpliktelser, som for eksempel pris. Således må et skriftlig tilbud som aksepteres, normalt være tilstrekkelig, hvilket også synes å være lagt til grunn av klagenemnda tidligere, jf. sak 2005/295. Om det ellers kan sies å foreligge en skriftlig kontrakt må avgjøres i hvert enkelt tilfelle.

(57) Faren for omgåelse av regelverket tilsier videre at det må oppstilles en presumpsjon for at oppdragsgivere har til hensikt å inngå skriftlig kontrakt, dersom man befinner seg på et område og har å gjøre med en kontraktstype der dette er vanlig praksis. Særlig ved anskaffelser over nasjonal terskelverdi på 500 000 kroner vil det som det klare utgangspunkt måtte legges til grunn at det vil bli inngått skriftlig avtale, og at forskriften derfor kommer til anvendelse. I så fall skal det særdeles mye til før innklagede kan bli hørt med at det er aktuelt med muntlig avtale. Dette synes også å være lagt til grunn i teorien, jf. blant annet Dragsten/Lindalen, side 422 og Veilederen til reglene om offentlige anskaffelser, side 18."

- (23) I samme sak premiss (63) og (64), jf. premiss (60), ble det lagt til grunn at innklagede hadde inngått skriftlig kontrakt med valgte leverandør ved å akseptere et skriftlig tilbud fra leverandøren som *"langt på vei"* kunne sees som en bekreftelse av den muntlige avtalen. Aksept av tilbudet skjedde ved at innklagede betalte fakturaer fra valgte leverandør, og at klagenemnda fant at denne betalingen måtte anses som en aksept ved konkludent adferd.
- (24) Spørsmålet blir dermed hvorvidt det foreligger skriftlig kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør i foreliggende sak.
- (25) Innklagede har opplyst at det ikke ble inngått en skriftlig kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør. Det ble imidlertid avholdt et oppstartsmøte med valgte leverandør 25. januar 2010, etter at klagefristen i tildelingsmeddelelsen løp ut, og innklagede har opplyst at dette møtet ble *"oppfattet som en bekreftelse på et avtaleforhold"*. Innklagede har videre opplyst at det var full enighet om omfanget av *"avtalen/arbeidet"*, og at endelig oppgjør skulle skje i henhold til tilbudsgrunnlaget. Som fastslått i sak 2010/1 er skriftlighetskravet normalt oppfylt ved at et skriftlig tilbud aksepteres. Innklagede har videre erkjent at etter innklagedes gjeldende rutiner skulle avtale vært inngått. Dette støtter opp under presumsjonen for at innklagede hadde til hensikt å inngå en skriftlig kontrakt, og at man i denne saken har å gjøre med en kontraktstype der dette er vanlig praksis, jf. 2010/1 premiss (57). Valgte leverandør har utført arbeidet og innklagede har betalt valgte leverandør. Klagenemnda legger følgelig til grunn at det foreligger en skriftlig kontrakt i regelverkets forstand slik at forskriften kommer til anvendelse, og at skriftlig kontrakt må anses å foreligge fra og med 25. januar 2010. Dette var datoen da innklagede og valgte leverandør avholdt oppstartsmøte, og innklagede må fra det tidspunkt anses å ha endelig godtatt valgte leverandørs skriftlige tilbud.
- (26) Ettersom utgangspunktet for beregningen av toårsfristen er 14. april 2011, og kontrakt må anses inngått 25. januar 2010, er klagen på ulovlig direkte anskaffelse rettidig.

- (27) Klager har imidlertid også anført at innklagede har handlet i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5 ved at konkurransen ikke ble avsluttet innen vedståelsesfristens utløp. For slike anførsler må klage fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått, jf. klagenemndforskriften § 6 andre ledd andre setning. Ettersom kontrakt ble inngått 25. januar 2010, og klagen først ble fremsatt 11. april 2011, er denne anførselen ikke fremsatt rettidig. Anførselen avises derfor fra behandling i nemnda, jf. klagenemndforskriften §§ 6 og 9.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (28) Klager har anført at innklagede, ved å tildele kontrakt etter vedståelsesfristens utløp, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (29) Etter loven § 7b kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkte anskaffelse er definert som *"en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*, jf. loven § 7b 1. ledd, jf. forskriften § 9-1, jf. § 2-1.
- (30) I foreliggende sak skulle tilbudene *"ha en vedståelse i 30 kalenderdager fra tilbudsfrist"*, jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.8 *"Vedståelsesfrist"*. Tilbudsfristen var 18. august 2009, og opprinnelig vedståelsesfrist var dermed 17. september 2009. Innklagede anmodet samtlige tilbydere om å forlenge vedståelsesfristen til 30. desember 2009 ved e-post sendt 8. desember 2009. Innklagedes anmodning ble dermed sendt i underkant av tre måneder etter opprinnelig vedståelsesfrist gikk ut.
- (31) Nemnda har tidligere uttalt at en tilbyder gyldig kan forlenge sin vedståelsesfrist muntlig, skriftlig eller ved konkludent atferd, jf. sak 2008/13 premiss (30) med videre henvisninger, og sak 2008/217 (premiss 79). Forlengelsen må imidlertid skje mens tilbudet ennå er bindende, jf. blant annet sak 2007/153. Vedståelsesfristen er en ensidig bindende disposisjon, og forlengelse av denne fristen må følge vanlige avtalerettslige regler, jf. klagenemndas avgjørelse i sakene 2005/267 og 2005/64. Dersom fristen først er gått ut, står oppdragsgiver uten bindende tilbud i den kunngjorte konkurransen, og dette kan ikke repareres ved at oppdragsgiver etter vedståelsesfristens utløp, oppfordrer tilbyderne til å forlenge fristen. Når konkurransen er avsluttet ved at oppdragsgiver står tilbake uten bindende tilbud, kan kontrakt ikke tildeles uten at det gjennomføres en ny konkurranse, jf. nemndas uttalelse i sak 2010/17 og sak 2008/23 med videre henvisninger. Ettersom innklagede ikke anmodet tilbyderne om å forlenge vedståelsesfristen før den opprinnelige fristen løp ut, var den nye vedståelsesfristen ikke lovlig forlenget og de inngitte tilbudene i den aktuelle kunngjorte konkurransen ikke lenger bindende.
- (32) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 25. januar 2010, det vil si etter at vedståelsesfristen var gått ut. Nemnda må dermed ta stilling til hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelsen av kontrakten med valgte leverandør, idet tilbudet ikke var bindende.
- (33) Nemnda har tidligere lagt til grunn at en kontrakt som inngås etter at vedståelsesfristen er utløpt, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/7 premiss (40) og 2007/108 premiss (33) og (34) med videre henvisninger.

- (34) I foreliggende sak utløp vedståelsesfristen 17. september 2009, uten å ha blitt lovlig forlenget. Kontrakt ble inngått 25. januar 2010. Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått etter vedståelsesfristens utløp, og det foreligger dermed en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b.

Skyldkravet

- (35) Nemnda må deretter vurdere hvorvidt skyldkravet i loven § 7 er oppfylt.
- (36) Skyldkravet ved overtredelsesgebyr er i loven § 7b beskrevet som at oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*.
- (37) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser er det nærmere redegjort for skyldkravet. Der fremkommer 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."

- (38) Spørsmålet blir om innklagede, ved at kontrakt ble inngått etter vedståelsesfristens utløp, har opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*.
- (39) I foreliggende sak utløp vedståelsesfristen 17. september 2009. Innklagede anmodet tilbyderne om å forlenge vedståelsesfristen ved e-post sendt 8. desember 2009, altså i underkant av tre måneder etter at vedståelsesfristen var løpt ut. Det kan ikke anses tvilsomt at innklagede, på dette tidspunkt, var oppmerksom på at vedståelsesfristen var løpt ut. Innklagede inngikk deretter kontrakt med valgte leverandør 25. januar 2010, i overkant av fire måneder etter vedståelsesfristens utløp, og til tross for at også den "forlengede" vedståelsesfristen 30. desember 2009 var løpt ut på dette tidspunktet. Etter nemndas syn forelå det ikke tvil om at konkurransen skulle vært lyst ut på ny. Innklagede har også erkjent at denne fremgangsmåten er i strid med kommunens vanlige prosedyrer. Innklagedes handlemåte må etter dette i det minste anses som grov uaktsom. Skyldkravet i loven § 7b første ledd er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (40) Det følger av loven § 7b første ledd første setning at oppdragsgiver *"kan"* ilegges overtredelsesgebyr dersom det er foretatt 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"*, jf. § 7b andre ledd.
- (41) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 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 2010/24 premiss (42) med videre henvisninger.

- (42) 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 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."

- (43) Klagenemnda har i flere saker om ulovlige direkte anskaffelser kommet til at det ikke skal ilegges gebyr. I sak 2007/108 var det kunngjort en konkurranse med forhandling for prekvalifiserte leverandører, men kontrakt ble først inngått etter utløpet av vedståelsesfristen. Kontraktsinngåelsen ble på denne bakgrunn ansett som en ulovlig direkte anskaffelse. Nemndas begrunnelse for ikke å ilegge gebyr gitt i premiss (47) hitsettes:

"Bakgrunnen for innføringen av overtredelsesgebyr var at det ble avdekket at mange kontrakter ikke ble kunngjort. Manglende kunngjøring av anskaffelser fører til at det ikke blir konkurranse om oppdragene, og dermed mindre kostnadseffektive innkjøp. I dette tilfellet var kvalifikasjonsordningen kunngjort i overensstemmelse med reglene for dette i forsyningsforskriften. Alle aktuelle leverandører oppført i TransQ systemet har derfor allerede hatt anledning til å inngi sine tilbud. Hensynet til konkurranse er dermed ivaretatt. Virkningen av at vedståelsesfristen utløp begrenser seg til at innklagede skulle gjort en ny vurdering etter allerede fastsatte tildelingskriterier overfor dem som allerede hadde deltatt i konkurransen, mest trolig uten andre eller nye momenter for tildelingen. At innklagede ikke gjennomfører ny konkurranse vil dermed ha liten - om noen betydning overhodet - i forhold til de hensyn som ligger til grunn for kravet om kunngjøring og konkurranse."

- (44) Ettersom anskaffelsen av arbeidet knyttet til opprusting av kommunal vei ble kunngjort, er hensynet til konkurranse ivaretatt. Det var vært reell konkurranse om oppdraget og prosessen har foregått i åpenhet. Feilen består i at kontrakten ble inngått nesten fire måneder etter at vedståelsesfristen løp ut. Når konkurransen er kunngjort, er ikke overtredelsen av den type som i første rekke tilsier en sanksjon med overtredelsesgebyr, jf. sak 2007/108 sitert ovenfor. Klagenemnda har derfor i tidligere saker, der det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse utelukkende på grunnlag av at vedståelsesfristen er utløpt, ikke ilagt overtredelsesgebyr, jf. blant annet sak 2010/203 med videre henvisninger i premiss (42).
- (45) På samme måte er klagenemnda, etter en helhetsvurdering, kommet til at det ikke skal ilegges gebyr i foreliggende sak.

Konklusjon:

Harstad kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp.

Klagers anførsel vedrørende brudd på loven § 5 avvises som for sent fremsatt, jf. klagenemndforskriften § 6, jf. § 9.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,
26. september 2011

Jakob Wahl