



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Oppegård kommune et gebyr på 175 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med anskaffelse av transport til eldre og funksjonshemmede. Gebyret utgjorde ca. ti prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 4. juli 2011 i sak 2011/8

Klager: Nils Berner

Innklaget: Oppegård kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) ¹Det vises til klage fra Nils Berner datert 19. desember 2010. Klagen er foranlediget av forvaltningsrevisjonsrapport fra Follo distriktsrevisjon, datert 27. august 2010, som ble fremlagt i klagesak 2010/305. På bakgrunn av påstandene i klagen, besluttet sekretariatet å foreløpig dele klagen inn i 12 separate saker, som igjen kan bli ytterligere oppdelt. Foruten saken som behandles her, er klagen per dags dato delt inn i henholdsvis barnevernstjenester, datautstyr og eventuelle tilhørende tjenester, renholdstjenester, trykkeritjenester, VA-materiell, legetjenester, institusjonsplass i omsorgsbolig, prøvetaking- og analysetjenester, garderobeskap til Sofiemyrhallen, elektrikertjenester, og institusjonsplass på Conrad Svendsen senter. Foreliggende sak gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av transporttjenester i 2009 foretatt av Oppegård kommune (heretter kalt innklagede).
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 175 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 199 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

¹ Oppegård kommune ble 4. juli 2011 ilagt et gebyr på 175 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med anskaffelse av transport til eldre og funksjonshemmede. Nemnda har i ettertid blitt oppmerksom på at tjenesten i vedtaket uriktig ble benevnt som en helse- og sosialtjeneste, som er en uprioritert tjeneste etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser vedlegg 6 kategori (25). Det korrekte ville vært å omtale tjenesten som en landtransporttjeneste, som er en prioritert tjeneste etter forskriften vedlegg 5 kategori (2). Denne feilen har medført at nemnda uriktig har benyttet bestemmelsene i forskriften del II i stedet for forskriften del III i vedtaket. Det understrekes at feilen ikke har virket inn på vedtaket som er fattet. I herværende dokument er vedtaket av 4. juli 2011 korrigert for den nevnte feil.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede inngikk 25. mai 2005 avtale med Persontransport Norge AS (heretter kalt Persontransport) om transport av eldre og funksjonshemmede til og fra sosial- og helseinstitusjoner i kommunen. Følgende var angitt i avtalens punkt 3 om varighet:

”3.1 Denne avtale gjelder i 3 år – fra 01.08.05 til 31.07.08.

3.2 Oppdragsgiver har rett til forlengelse i ytterligere 1 år. Dersom Oppdragsgiver ønsker å benytte seg av retten må han gi skriftlig melding til Leverandøren innen 6 måneder før kontrakttidens utløp.”

- (4) I brev til Persontransport av 21. januar 2008 meddelte innklagede at avtalen ble forlenget med ett år, fra 1. august 2008 til 31. juli 2009.

- (5) Innklagede har opplyst at kommunen høsten 2008 forberedte en åpen anbudskonkurranse om transport for eldre og funksjonshemmede. I den forbindelse ble det utarbeidet et konkurransegrunnlag, og av dette fremgår det at tilbudsfristen var satt til 27. februar 2009. Etter planen skulle konkurransen kunngjøres 5. januar 2009. Konkurransen ble imidlertid aldri igangsatt.

- (6) I endringstillegg av 10. mars 2009 til transportavtalen mellom innklagede og Persontransport fremgår følgende:

”Kontrakten er forlenget på samme vilkår frem til 01.02.10. Jfr. vedlagte mail.”

- (7) Vedlagt endringstillegget var to e-poster. Den første var fra innklagede til Persontransport av 6. mars 2009, og av denne fremgikk følgende:

”Viser til møte 05.03.2009 hvor vi ble enige om at vår avtale av 25.05.05 forlenges frem til 01.02.10 med de betingelser som fremgår i eksisterende kontrakt. Timepris reguleres slik det fremgår av kontraktens pkt. 10.5.

Evt. volumøkninger utover dagens volum faktureres etter timepris.”

- (8) I den andre e-posten, som var udatert, opplyste Persontransport at *”[a]vtalen bekreftes”*.

- (9) Innklagede kunngjorde 20. mai 2009 en konkurranse om leie av minibusser. Etter det opplyste har innklagede drevet transporttjenesten i egenregi fra 1. februar 2010.

- (10) Innklagede har fremlagt en rekke fakturaer fra Persontransport under denne kontrakten. Av disse fremgår det at innklagede ble fakturert for 2 759 964,70 kroner eks. mva. for tjenester utført i perioden fra oktober 2008 til juli 2009. Videre fremgår det at innklagede ble fakturert for 1 755 939,70 kroner eks. mva. for tjenester utført i perioden fra august 2009 til januar 2010.

- (11) Fra forvaltningsrevisjonsrapporten av 27. august 2010 refereres:

”Revisjonens hovedinntrykk er at regelverk og rutiner blir fulgt i stor grad.

Samtidig viser undersøkelsen at det foretas enkelte kjøp i strid med lov, forskrift og interne rutiner. Selv om dette ikke forekommer ofte, er det noe kommunen må ta

alvorlig, fordi det representerer en potensiell risiko for kommunen i forhold til økonomi og omdømme. Vi har bl.a. kommentarer som vedrører:

- *Anskaffelse som er delt opp, og som revisjonen mener burde ha vært kunngjort som ett kjøp.*
- *Anskaffelse som går betydelig ut over kontraktens opprinnelige omfang.*
- *Kjøp av til dels betydelig omfang som ikke er kunngjort.*
- *Manglende anskaffelsesprotokoller.*
- *Unntak fra utlysing begrunnet med én leverandør i markedet uten at dette er underbygget i anskaffelsesprotokollen.*
- *Kjøp utenom inngåtte rammeavtaler.”*

(12) Videre refereres fra rapportens omtale av den foreliggende anskaffelse:

7.3.3 Kjøp gjort uten konkurranse

[...]

Kommunens rammeavtale om transporttjenester utløp 31/7-09 og kommunen fortsatte å kjøpe tjenester fra denne leverandøren i påvente av at kommunen selv skulle overta denne tjenesten. Det er således i 2009 kjøpt tjenester for om lag 1,9 mill kroner fra en ikke gyldig rammeavtale.”

(13) Forvaltningsrevisjonsrapporten ble tatt opp på møte i kommunestyret 27. oktober 2010. Fra vedtaket hitsettes:

”Kommunestyret tar rapporten til etterretning og slutter seg til revisjonens anbefalinger om hva kommunen bør gjøre:

- 1. Følge opp de tilbakemeldinger som er gitt fra ledere i kommunen i forhold til struktur og organisering, rutiner og kompetanse*
- 2. Vurdere å etablere nye rammeavtaler på områder nevnt i rapporten*
- 3. Vurdere å utpeke innkjøpsansvarlige i (enkelte av) virksomhetene og etablere et faglig nettverk mellom jus og administrasjon og de innkjøpsansvarlige*
- 4. Innskerpe rutiner og regelverk for å hindre kjøp i strid med dette, herunder*
 - *Lage protokoll fra alle kjøp over kr 100 000*
 - *Redegjøre i protokollen for vurderinger og undersøkelser som er gjort i de sammenhenger hvor det bare foreligger en leverandør*
 - *Sørge for at de rammeavtaler som benyttes er gyldige*
 - *Gjennomføre konkurranser på alle områder*
 - *Etterleve rammeavtaler*

I tillegg slutter kommunestyret seg til kontrollutvalgets øvrige anbefalinger:

- 5. Etablering av en internkontrollordning for innkjøpsområdet bes vurdert*
- 6. Organiseringen av innkjøpsarbeidet, herunder en styrking av de sentrale innkjøpsressursene, bes vurdert*
- 7. Kommunestyret ber rådmannen ta initiativ til en avklaring mot andre kommuner, herunder fylkeskommuner, om det er interesse for ytterligere samarbeid om innkjøp inkludert rammeavtaler.*

Rådmannen bes følge opp anbefalingene og melde tilbake til kontrollutvalget om resultatet innen seks måneder.”

- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved e-post av 19. desember 2010. Innklagede ble varslet ved klagenemndas e-post av 13. januar 2011.
- (15) Klagenemnda sendte 25. mai 2011 et forhåndsvarsel til innklagede om illeggelse av gebyr pålydende 175 000 kroner, noe som utgjør ca. ti prosent av anskaffelsens verdi. Innklagede ble gitt en frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda har ikke mottatt kommentarer fra innklagede.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (16) Klager anfører at innklagede, på bakgrunn av opplysningene i forvaltningsrevisjonsrapporten av 27. august 2010, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av transporttjenester. Det vises til rapportens punkt 7.3.3, hvor anskaffelsen er nærmere omtalt.

Innklagedes anførsler:

- (17) Det erkjennes at det ikke er gjennomført konkurranse etter regelverket om offentlige anskaffelser om transporttjenester i perioden 1. august 2009 til 31. desember 2009. En eventuell ulovlig anskaffelse er imidlertid ikke foretatt forsettlig eller grovt uaktsomt. Ikke på noe tidspunkt har innklagede hatt som intensjon å gjennomføre en ulovlig direkte anskaffelse for å omgå regelverket eller favorisere en leverandør.
- (18) Det vises til at innklagede hadde planlagt å gjennomføre en åpen anbudskonkurranse i god tid før kontrakten med Persontransport løp ut 31. juli 2009. Ettersom det ble besluttet å utrede mulighetene for egenregi, og denne utredningen var langt mer komplisert enn det innklagede hadde mulighet for å forutse, besluttet innklagede i stedet å forlenge kontrakten med Persontransport. Dette fordi det ble vurdert som lite hensiktsmessig å inngå kontrakt med en ny leverandør for perioden frem til innklagede besluttet hvordan tjenesten skulle organiseres. En slik fremgangsmåte ville etter innklagedes syn kunne skape uro og utrygghet hos brukerne, og lite forutsigbarhet for leverandører.
- (19) Etter innklagedes syn vil et gebyr uansett ikke ha nevneverdig preventiv effekt, ettersom innklagede har fulgt anskaffelsesregelverket ved anskaffelser av transporttjenester både før og etter perioden med kontraktsforlengelsen og hele tiden har hatt som intensjon å følge anskaffelsesregelverket ved anskaffelse av/organisering av transport til eldre og uføre.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Saken gjelder spørsmål 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.
- (21) Av klagenemndsforordningen § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr.

69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Av bestemmelsen 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. Den foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved e-post av 19. desember 2010, og meddelt innklagede ved klagenemndas e-post av 13. januar 2011.

- (22) Klagen i herværende sak gjelder anskaffelse av transporttjenester foretatt fra 1. august 2009. Klagenemnda har således myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr for hele perioden klagen gjelder, jf. premiss ovenfor. Fremlagt dokumentasjon viser at innklagede har blitt fakturert for totalt 1 755 939,70 kroner eks. mva. for transporttjenester utført av Persontransport i perioden fra august 2009 til januar 2010.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (23) Av loven § 7b første ledd følger det at med en ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (24) I avtalen med Persontransport av 25. mai 2005 var det fastsatt at avtalen løp frem til 31. juli 2008, og at innklagede etter dette hadde rett til forlengelse i ytterligere ett år, dvs. frem til 31. juli 2009. Forlengelsen som ble gjort fra 1. august 2009 til 1. februar 2010, hadde således ikke hjemmel i avtalen. Spørsmålet for nemnda blir derfor om forlengelsen fra 1. august 2009 til 1. februar 2010 må anses som en tildeling av en ny kontrakt, slik at innklagede hadde plikt til å følge regelverket for offentlige anskaffelser ved tildelingen.
- (25) Det følger av praksis fra EU-domstolen og klagenemnda at en vesentlig endring av en avtale medfører at man i realiteten står overfor en ny kontrakt som skal tildeles i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser, jf. blant andre EU-domstolens sak C-454/06 ("presstext") premiss (34) og klagenemndas sak 2008/217 premiss (69).
- (26) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 26 fremgår det at en forlengelse av en avtale, uten at det foreligger opsjoner i den opprinnelige kontrakt om å gjøre dette, medfører at man i realiteten står overfor en ny avtale som skal tildeles etter regelverket.
- (27) Sue Arrowsmith uttaler følgende om partenes adgang til å forlenge en kontrakt i *"The Law of Public and Utilities Procurement"*, 2005, side 292-293:

"The most straightforward case is where the possibility of extension was not referred to in the notice. As a general rule, this probably involves a new "contract" under the regulations, so that the regulations must be followed if the extension exceeds the threshold (as will often be the case under the aggregation rules). This will apply regardless of whether the original contract was subject to the regulations, since the value and status of the new contract alone is relevant."

- (28) I den foreliggende sak ble avtalen forlenget fra 1. august 2009 til 1. februar 2010, uten at det var hjemmel for slik forlengelse i avtalen. På bakgrunn av det som fremkommer av praksis fra EU-domstolen, forarbeidene og juridisk teori, finner klagenemnda at varigheten av forlengelsen tilsier at innklagede i realiteten tildelte Persontransport en ny kontrakt, jf. også klagenemndas sak 2009/97 premiss (30)-(33). Innklagede hadde

dermed plikt til å følge regelverket for offentlige anskaffelser ved tildelingen av denne kontrakten.

- (29) Spørsmålet blir dernest om innklagedes unnlatelse av å kunngjøre den nye kontrakten er en ulovlig direkte anskaffelse etter loven § 7b.
- (30) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en verdi på over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 § 9-1/§ 18-1, jf. § 2-1 andre ledd jf. § 2-2 første ledd.
- (31) Spørsmålet i det følgende blir da hvilket beløp som må legges til grunn som anskaffelsens anslåtte verdi.
- (32) Innklagede har ikke fremlagt dokumentasjon eller opplyst om det ble foretatt vurderinger av anskaffelsens verdi i forkant av avtaleforlengelsen fra 1. august 2009 til 1. februar 2010. Ettersom innklagede forlenget en allerede eksisterende avtale, må det imidlertid kunne legges til grunn at innklagede var klar over at anskaffelsens verdi ville overstige 500 000 kroner. Det vises til at innklagede ble fakturert for 2 759 964,70 kroner eks. mva. for tjenester utført i perioden fra oktober 2008 til juli 2009, jf. premiss (10), dvs. at innklagede gjennomsnittlig ble fakturert for ca. 275 000 kroner i måneden i denne perioden. Innklagede ville dermed overstige kunngjøringsgrensen på 500 000 kroner allerede etter to måneder dersom man la denne gjennomsnittsprisen til grunn ved beregning av anskaffelsens anslåtte verdi. I mangel av andre holdepunkter for hva som ville vært et forsvarlig anslag, finner klagenemnda at det beløp innklagede faktisk betalte for tjenester utført i perioden fra august 2009 til januar 2010, må legges til grunn ved vurderingen av hva som ville vært et forsvarlig anslag for kontraktsverdien, jf. klagenemndas sak 2008/81 og 85 premiss (32). Det vil si at det ved vurderingen av hva som ville ha vært et korrekt anslag, må legges til grunn at anskaffelsen hadde en anslått verdi på 1 755 939,70 kroner eks. mva.
- (33) Den aktuelle anskaffelsen gjelder en landtransporttjeneste som er en prioritert tjeneste etter forskriften vedlegg 5 kategori (2). Anskaffelsen følger da etter sin art og verdi reglene i forskriften del I og III, jf. § 2-1 første ledd og § 2-2 første ledd. Anskaffelsen skulle dermed som utgangspunkt vært kunngjort i henhold til forskriften § 18-1.
- (34) For anskaffelser som er omfattet av forskriften del III, er unntak fra kunngjøringsplikten uttømmende regulert i forskriften § 14-4. Klagenemnda kan ikke se at noe av det som innklagede har begrunnet den manglende kunngjøringen med, kan henføres under disse unntakene. Ettersom verdien av anskaffelsen overstiger kunngjøringsgrensen, legger klagenemnda til grunn at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av transporttjenester ved å unnlate å kunngjøre den nye kontrakten med Persontransport.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (35) Skyldkravet for å kunne illegge overtredelsesgebyr er at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt *”forsettlig eller grovt uaktsomt”*, jf. loven § 7b første ledd.
- (36) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) er det nærmere redegjort for skyldkravet, og det fremgår følgende på side 26:

”Det er et vilkår for å illegge 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 rettsuvitenhet som grovt uaktsomt. 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.”

- (37) Som grunnlag for at innklagedes handlemåte ikke kan karakteriseres som forsettlig eller grovt uaktsom, har innklagede vist til at utredningen av hvordan tjenesten skulle organiseres ble langt mer komplisert enn forutsatt. Av hensyn til brukernes ro og trygghet og potensielle leverandørers forutsigbarhet, ble det vurdert som lite hensiktsmessig å inngå kontrakt med en ny leverandør for perioden frem til det ble avgjort hvordan tjenesten skulle organiseres.
- (38) Klagenemnda vil i den forbindelse understreke at det er oppdragsgivers ansvar å planlegge organiseringen av en tjeneste i tilstrekkelig tid før eksisterende kontrakt utløper. Det vises i den forbindelse til klagenemndas uttalelse i sak 2009/155 premiss (45):

”Det påligger oppdragsgiver å forberede og planlegge grunnlaget for konkurransen, herunder å ta hensyn til de faglige og politiske prosesser som er påkrevet.”

- (39) Innklagede anskaffet transporttjenester fra Persontransport i flere år før forlengelsen fra 1. august 2009 til 1. februar 2010, og hadde således hatt god tid på seg til å vurdere hvordan tjenesten burde organiseres etter utløpet av kontrakten med Persontransport 31. juli 2009. At utredningen ble mer komplisert enn forutsatt og således tok lengre tid, er etter nemndas syn innklagedes eget ansvar og risiko. Nemnda legger videre til grunn at innklagede var kjent med anskaffelsesregelverkets kunngjøringsplikt. Dette både fordi transporttjenestene etter det opplyste tidligere var blitt konkurranseutsatt i henhold til regelverket, og fordi innklagede også hadde planlagt å kunngjøre en åpen anbudskonkurranse for transporttjenestene som skulle være ferdig innen utløpet av avtalen med Persontransport 31. juli 2009. Innklagede må videre ha vært kjent med at anskaffelsen ville overstige terskelverdien for kunngjøringsplikt, ettersom innklagede over nesten fire år allerede hadde anskaffet transporttjenester fra Persontransport, og således måtte forutsettes å ha oversikt over kostnadene til dette. Det fremstår derfor for nemnda som om innklagede måtte være klar over at anskaffelsen falt inn under anskaffelsesregelverkets kunngjøringsplikt, men likevel valgte å gjennomføre anskaffelsen ved å forlenge avtalen med Persontransport uten forutgående kunngjøring.
- (40) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagedes handlemåte ved tildeling av ny kontrakt til Persontransport i det minste var grov uaktsom. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (41) Det følger av loven § 7b første ledd at oppdragsgiver *”kan”* 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 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.

- (42) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet 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.

- (43) 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.”

- (44) Forlengelsen av avtalen med Persontransport fra 1. august 2009 til 1. februar 2010, må som nevnt ovenfor i premiss (28), anses som tildeling av en ny kontrakt. I denne saken inngikk innklagede en ny kontrakt med Persontransport helt uten konkurranse. Nemnda er av den oppfatning at den ulovlige direkte anskaffelsen ble foretatt som følge av mangelfull organisering fra innklagedes side. De nevnte forhold medfører etter nemndas syn at hensynet til gebyrets preventive virkning gjør seg særlig gjeldende. Det gjelder videre en anskaffelse av ikke ubetydelig verdi. Nemnda viser også til at plikten til å kunngjøre konkurranse for anskaffelser over terskelverdi er absolutt, med mindre noen av unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse. Kunngjøring av anskaffelser skal også ivareta flere hensyn enn de rent økonomiske, blant annet allmennhetens tillit til at offentlige tjenesteoppdrag tildeles på en objektiv og nøytral måte, og fremme av likebehandling mellom private leverandører, jf. loven § 1 og 5.

- (45) På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at det bør ilegges overtredelsesgebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (46) Ved utmålingen av gebyret skal det legges vekt på de samme momenter som nevnt ovenfor; overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkning, jf. loven § 7b andre ledd. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b andre ledd andre punktum.

- (47) I klagenemndas sak 2009/120 (premiss 36) uttalte nemnda følgende om gebyrets størrelse:

”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 anskaffelser foretas i et ikke utbetydelig 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.”

- (48) I den nevnte sak ila klagenemnda et gebyr på ca. 12,3 prosent av kontraktssummen. Skjerpingen av gebyrsatsen er fulgt opp i sakene 2009/40, 2009/229, 2010/165 og 2010/270 hvor det ble ilagt gebyrer for i overkant av tolv prosent av kontraktssummene, i 2009/144 hvor det ble ilagt gebyr på cirka 13,9 prosent, og i 2010/222 hvor det ble ilagt gebyr på i underkant av fjorten prosent av anskaffelsens anslåtte verdi for avtaleperioden.
- (49) Nemnda viser til vurderingen som er lagt til grunn når det gjelder skyldspørsmålet og hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr. Som det fremgår over, taler preventive hensyn og manglende konkurranse for at gebyr settes relativt høyt. Tjenesten i denne sak har imidlertid ikke vært unndratt konkurranse for en like lang periode som det som var tilfelle i sak 2010/222, hvor avtaleforholdet hadde bestått siden 2004. Det vises til innklagedes opplysninger om at kontrakten med Persontransport av 25. mai 2005 ble inngått i henhold til anskaffelsesregelverket, og at innklagede etter det opplyste nå utfører tjenesten i egenregi med innleide minibusser som er anskaffet i henhold til regelverket. Det er dermed utelukkende tjenestene utført fra 1. august 2009 til 1. februar 2010 som har vært unndratt konkurranse, og det ulovlige forholdet er således også brakt til opphør. Videre synes oppdragsgiver å ha iverksatt ulike tiltak for å hindre slike brudd på regelverket, jf. kommunestyrets vedtak av 27. oktober 2010. Klagenemnda har etter en skjønnsmessig vurdering kommet til at gebyret bør settes til ca. 10 prosent av kontraktens verdi på 1 755 939,70 kroner eks. mva. Gebyret settes da til 175 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Oppegård kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 175 000

- etthundreogsyttifemtusen - 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 lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b femte ledd. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å begjære en sak prøvd for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

Bergen, 30. juni 2011

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Siri Teigum