



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har kjøpt elektrisk kraft fra Fitjar kraftlag i svært lang tid, uten at anskaffelsen på noe tidspunkt har vært kunngjort. Klagenemnda fant at innklagedes kjøp av elektrisk kraft skulle vært kunngjort. Klagenemnda ila et gebyr på 12,5 % av kontraktenes verdi, dette utgjorde 545 000 kroner.

Klagenemndas gebyrvedtak 4. februar 2014 i sak 2012/53

Klager: Norges Miljøvernforbund

Innklaget: Fitjar kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim, Georg Fredrik Rieber-Mohn

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Norges Miljøvernforbund mottatt 17. februar 2012. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Fitjar kommunes (heretter kalt innklagede) anskaffelse av elektrisk kraft.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 545 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede har opplyst at kommunen kjøper elektrisk kraft fra Fitjar kraftlag til markedspris (standard variabel kraftpris). Det opplyses at kommunen kjøper ca. 3,25 millioner Gwh strøm hvert år. Det meste av dette er basert på kommunens strømmålere, mens noen gatelys ligger direkte på kraftlagets nett, slik at det ikke kan kjøpes fra andre enn kraftlaget.
- (4) Kommunen kjøper elektrisk kraft etter Fitjar kraftlags standardvilkår: standard variabel kraftpris. Kjøpet omfatter, i tillegg til kraftprisen, nettleie som blir betalt per kwh og med et mindre fastelement som ikke blir utliknet per kwh, men per abonnement. I tillegg kommer Enova-avgift, elektrisitetsavgift og moms. Innklagede opplyser å ha kjøpt elektrisk kraft i hele den aktuelle perioden på samme vilkår.
- (5) Innklagede har i sitt prosesskriv av 10. oktober 2013 til klagenemnda beregnet forbruket av elektrisk kraft fra 24. februar 2010 til 1. august 2013 på følgende måte:

"2010 (24/2 -31/12) 2.687.000 kwh

2011 (heile året) 3.220.000 kwh

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

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

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

2012 (heile året) 3.278.000 kwh

2013 (1/1 – 1/8 = 2/3 av året) 1.695.000 kwh"

- (6) Fitjar kraftlag har etter anmodning fra innklagede beregnet prisen innklagede har betalt for innkjøp elektrisk kraft (ikke inkludert nettleie) i den aktuelle perioden, samt aktuell margin, på følgende måte:

"År:	pris(øre pr kwh)	Innkj.pris	margin	Verdi innkjøp	Verdi margin
2013	[..]	[..]	[..]	701.000	[..]
2012	[..]	[..]	[..]	1.003.000	[..]
2011	[..]	[..]	[..]	1.429.000	[..]
2010	[..]	[..]	[..]	1.233.000	[..]"

- (7) Innklagede har opplyst at kommunen alltid har kjøpt elektrisk kraft fra Fitjar kraftlag, og at dette ikke på noe tidspunkt har vært kunngjort.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 17. februar 2012.
- (9) Ved brev av 17. desember 2013 ble innklagede sendt forhåndsvarsel om illeggelse av gebyr. Klagenemndas varsel var basert på at innklagede hadde en plikt til å kunngjøre kjøp av elektrisk kraft. Innklagede kommenterte forhåndsvarselet og har akseptert at anskaffelsen av elektrisk kraft skulle vært kunngjort. Innklagede har imidlertid bestridt at skyldkravet var oppfylt og hevder at gebyret er satt for høyt.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre anskaffelsen av elektrisk kraft.

Innklagedes anførsler:

- (11) Før utsendelsen av forhåndsvarselet bestred innklagede at det var utført en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelse av kontrakt om kjøp av elektrisk kraft fra Fitjar kraftlag. Innklagede viste til at elektrisk kraft er en vare som blir omsatt på børs, og dermed ikke trenger å kunngjøres, jf. forskriften § 2-1 (2) bokstav f.
- (12) Etter mottak av forhåndsvarsel om illeggelse av gebyr har innklagede akseptert at anskaffelsen skulle vært kunngjort, og at anskaffelsen ikke er omfattet av unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav f. Innklagede er imidlertid uenig i at forholdet kan karakteriseres som grovt uaktsomt, og at det dermed er grunnlag for å legge gebyr. Det vises til at kommunens rettsvillfarelse må anses unnskyldelig, ettersom forståelsen av hvordan kraftmarkedet fungerer, og hvilket regelverk som kommer til anvendelse for innkjøp av kraft, må anses komplisert og vanskelig for en legmann. Videre vises det til at Fitjar kommune er en liten kommune uten innkjøpsfaglig ekspertise, som kun disponerer en 10 % stilling i det interkommunale innkjøpsforumet i regionen.

- (13) Innklagede påpeker at dersom klagenemnda likevel kommer til at innklagede skal ilegges gebyr, må gebyret settes lavere enn det som er varslet i forhåndsvarselet. Det påslaget på børsprisen som kraftlaget har betinget seg, er av beskjedne størrelse. Videre vises det til at størrelsen på det foreslåtte gebyret tilsvarer 2 promille av den årlige omsetningen til kommunen, noe som innebærer at gebyret fremstår som høyt.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Saken gjelder anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, hvor det ikke er krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

- (15) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (16) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere.
- (17) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom foreliggende sak gjelder kontrakt inngått før 1. juli 2012, er det klagenemnda som skal behandle saken.

Hvorvidt det foreligger skriftlig kontrakt

- (18) Av forskriften § 1-3 (1) følger det at "[d]enne forskrift 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". Hva som anses "skriftlig" fremgår av § 4-1 bokstav h: "ethvert uttrykk bestående av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres".
- (19) I foreliggende sak er det på det rene at det ikke foreligger et enkelt skriftlig og signert dokument mellom innklagede og Fitjar kraftlag som både angir partenes rettigheter og forpliktelser, og på hvilke vilkår disse skal gjelde. Klagenemnda har imidlertid langvarig praksis for at "skriftlig kontrakt", basert på omgåelsesbetraktninger, må tolkes vidt, jf. blant annet sakene 2011/58 premiss (150) følgende, 2011/165 premiss (34), 2011/123, 2011/49 og 2011/15. Innklagede har opplyst at kraften kjøpes fra Fitjar kraftlag til markedspris (standard variabel kraftpris). Når og hvordan dette er avtalt er uklart, men faktureringen fra Fitjar kraftlag, og innklagedes betaling i henhold til denne, anses tilstrekkelig til at det foreligger en skriftlig avtale mellom partene i relasjon til forskriften § 1-3 (1) og § 4-1 bokstav a.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (20) Av loven § 7b (1) følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er 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.
- (21) Den aktuelle anskaffelsen gjelder kjøp av elektrisk kraft som er en vareanskaffelse. Spørsmålet er om innklagede har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse ved å inngå kontrakt med Fitjar kraftlag om kjøp av elektrisk kraft. Det er ubestridt at avtalen om kjøp av elektrisk kraft ikke har vært kunngjort.
- (22) Av forskriften § 2-1 (2) bokstav f fremgår det at for "*varer eller tjenester som kjøpes på børs, råvarebørs eller lignende marked*" gjelder kun forskriften del I. Regelen om kunngjøring i forskriften §§ 9-1 og 18-1 kommer altså ikke til anvendelse på varer kjøpt på børs, råvarebørs eller lignende marked. Bakgrunnen for unntaksregelen er at slike etablerte markedsplasser sikrer at prisen på varer eller tjenester tilsvarer det markedet til en hver tid er interessert i å selge og betale for ytelsen.
- (23) Av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets "*Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar*" fremgår det, som klager viser til, på side 86 at strøm er en typisk vare som omsettes på børs. Dette innebærer likevel ikke at alt kjøp av strøm er kjøp av vare på børs. Innklagede har i foreliggende tilfelle kjøpt elektrisk kraft direkte fra Fitjar kraftlag, som er en strømleverandør, og ikke fra varebørs eller lignende. Unntaket fra kunngjøringsplikten for varer som er kjøpt på børs, råvarebørs eller lignende marked kommer dermed ikke til anvendelse på innklagedes avtale om kjøp av elektrisk kraft fra Fitjar kraftlag.
- (24) For å ta stilling til hvorvidt den aktuelle anskaffelsen er kunngjøringspliktig, jf. terskelverdiene angitt i forskriften § 2-1 og § 2-2, og for å kartlegge grunnlaget for et eventuelt overtredelsesgebyr, må verdien av anskaffelsen fastsettes. Dersom anskaffelsen overstiger terskelverdiene foreligger det en ulovlig direkte anskaffelse.
- (25) Det er uklart hva den totale verdien av anskaffelsen er. Den inngåtte kontrakten er en tidsubestemt løpende vareanskaffelse. Forskriften § 2-3, som oppstiller regler om beregning av anskaffelsens anslåtte verdi, har ikke regler om hvordan verdien på slike vareanskaffelser skal beregnes. Spørsmålet er heller ikke løst i teorien.
- (26) Det fremkommer av forskriften § 2-3 (10) at for tidsubestemte tjenestekontrakter, hvor det ikke er fastsatt en samlet pris, skal beregningsgrunnlaget være den månedlige rate multiplisert med 48. Denne bestemmelsen gjelder for tidsubestemte tjenester, og ikke varer, og gjelder dermed ikke direkte i foreliggende tilfelle. Ettersom bestemmelsen meget presist angir en måte å beregne verdien på, og denne metoden vil medføre at verdien på anskaffelsen blir høyere enn ved å bruke de øvrige beregningsreglene, noe som kan medføre høyere overtredelsesgebyr, er ikke bestemmelsen egnet for analogisk bruk.
- (27) I forskriften § 2-3 (11) fremgår det at for varekontrakter som skal inngås med regelmessige mellomrom eller som skal fornyes innen et gitt tidsrom, beregnes den anslåtte verdien enten ut fra den samlede faktiske verdien av de påfølgende kontraktene av samme type tildelt i løpet av de tolv foregående månedene justert for å ta hensyn til

endringer, eller ut fra den samlede anslåtte verdien av de påfølgende kontraktene tildelt i løpet av tolv måneder fra den første leveransen. Innklagede betaler jevnlig fakturaer for kommunens strømbruk, og som følge av dette fortsettes valgte leverandør å levere strøm til kommunen. Forholdet kan betraktes slik at innklagede ved regelmessig å betale fakturaene inngår nye kontrakter om kjøp av strøm, eventuelt regelmessig gir tilslutning til forlengelse av avtalen.

- (28) Det er således etter § 2-3 (11) innklagedes anslag av hvor mye det skulle betales for elektrisk kraft i de tolv kommende månedene som er avgjørende for om anskaffelsen av strøm skulle vært kunngjort. Innklagede har ikke redegjort for hvordan anskaffelsens verdi ble beregnet, og det er heller ikke dokumentert hva innklagede har betalt for strøm tidligere. I mangel av andre holdepunkter for hva som ville ha vært et forsvarlig anslag, finner klagenemnda at det beløp innklagede faktisk har betalt for strøm må legges til grunn ved vurderingen av hva som ville vært et forsvarlig anslag for kontraktsverdien, jf. også klagenemndas avgjørelse i de forenede sakene 2011/112, 2011/119, 2011/207, 2012/20, 2012/21 og 2012/22.
- (29) Innklagede har opplyst å ha kjøpt elektrisk kraft fra Fitjar kraftlag for 4 366 000 kroner i perioden fra 24. februar 2010 frem til klagenemnda startet behandlingen av saken i august 2013, en periode på ca. 42 måneder. Dette utgjør et gjennomsnittlig kjøp på 103 952 kroner per måned. Det er ikke tvilsomt at dette årlig overstiger terskelverdien for kunngjøring. Anskaffelsens verdi var altså over terskelverdi, og anskaffelsen utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt klagen er rettidig – tidsperioden det kan ilegges gebyr for

- (30) Etter loven § 7b tredje ledd bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt en klage med påstand om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt innklagede ved klagenemndas fristavbrytende brev av 24. februar 2012. Med utgangspunkt i denne datoen, regnet to år tilbake, vil starttidspunktet for foreldelsesfristen være 24. februar 2010 jf. loven § 7b.
- (31) Det er uklart når innklagede inngikk avtale om kjøp av strøm med Fitjar kraftlag. Etter innklagedes opplysninger har kraft vært kjøpt fra denne leverandøren så langt tilbake som man har oversikt over. Det er uansett klart at denne avtalen ble inngått lenge før foreldelsesfristen 24. februar 2010. Adgangen til å ilegge gebyr for avtalen er dermed i utgangspunktet foreldet, jf. loven § 7b. I klagenemndspraksis er det lagt til grunn at kontrakt likevel kan anses inngått på et senere tidspunkt, fordi en forsømt oppsigelse etter omstendighetene må anses som en fortløpende ny avtaleinngåelse, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/179 med videre henvisninger. Dette innebærer at ulovlig direkte anskaffelse også kan bli konstatert på et senere tidspunkt enn det opprinnelige tidspunktet for avtaleinngåelse, jf. blant annet sakene 2009/144, 2010/361, 2011/14, 2011/58 og 2011/229. Bakgrunnen for at det i enkelte tilfeller konstateres oppsigelsesplikt er at hensynet til konkurranse ikke anses ivaretatt ved den konkrete avtalen. Dette vil særlig gjelde ved tidsubestemte avtaler som ikke knytter seg til et bestemt prosjekt, men plikten til å si opp avtaler er ikke begrenset til slike tilfeller, jf. klagenemndas saker 2011/179 og 2010/4.

- (32) Klagenemnda finner også grunn til å nevne at avtalen som ble inngått, sannsynligvis ble inngått før forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser trådte i kraft. Før dette tidspunktet gjaldt *"Forskrift om gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg XVI punkt 5b om tildeling av kontrakter om offentlige tjenstekjøp"*. Hvorvidt og i hvilken grad dette regelverket fikk anvendelse på den aktuelle kontrakten, er det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til. Selv om avtalen ble inngått før ikrafttreddelsen av regelverket om offentlige anskaffelser, er ikke dette avgjørende for spørsmålet om det forelå en plikt til å si opp avtalen, jf. klagenemndas uttalelser i sak 2010/361 premiss (29) og sak 2011/229 premiss (24).
- (33) Det avgjørende er dermed om oppsigelsesplikt var oppstått i foreliggende tilfelle. Det følger av forskriften § 6-1 (4) at rammeavtaler ikke kan inngås for mer enn fire år, med unntak av tilfeller som er *"særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand"*. En tilsvarende regel for dynamiske innkjøpsordninger følger av forskriften § 6-4 (8). Ut over dette, er det i lov og forskrift om offentlige anskaffelser ikke gitt særlige regler om hvilken varighet som kan benyttes ved inngåelse av kontrakter. I klagenemndas avgjørelse i sak 2013/66 premiss (47) med videre henvisninger, uttaler nemnda at bestemmelsene om tidsbegrensninger i §§ 6-1 (4) og 6-4 (8) ikke kan overføres på kontrakter om levering av varer og tjenester. Nemnda kom likevel, med henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 *"pressetext"*, til at kravet til konkurranse i loven § 5 kan innebære en skranke mot *"kontrakter av meget lang varighet uten at oppdragets art eller innhold tilsier dette, og hvor konkurransemomentet svekkes av den grunn"*.
- (34) I foreliggende sak er det ikke bestemt hvor lenge avtalen skal løpe, og det er heller ikke klart når avtalen faktisk ble inngått. Avtalen har imidlertid tilsynelatende hatt en svært lang varighet. Innklagede har ikke vist til forhold som tilsier at den aktuelle kontrakten var av en slik art at det var nødvendig med en så lang varighet som det her er tale om, og klagenemnda kan heller ikke se at det foreligger slike forhold. Basert på dette kommer klagenemnda til at innklagede hadde en plikt til å si opp kontrakten med Fitjar kraftlag. Det er ikke nødvendig i foreliggende sak å ta stilling til på hvilket tidspunkt plikten til å si opp avtalene inntrådte, da denne plikten uansett var til stede på tidspunktet det er aktuelt å ilegge gebyr for. Ettersom starttidspunktet for foreldelsesfristen er 24. februar 2010 jf. loven § 7b legger nemnda til grunn at det kan ilegges gebyr for de anskaffelser som er foretatt etter dette tidspunktet. Klagen er for dette tidsintervallet rettidig.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (35) For at det skal kunne ilegges overtredelsesgebyr, kreves det at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*, jf. loven § 7b første ledd.
- (36) Det fremgår av forarbeidene i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 at:

"Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsomt eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt 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) Så vidt klagenemnda forstår, berodde den manglende kunngjøringen av avtalen om kjøp av elektrisk kraft på innklagedes oppfatning om at kjøp av elektrisk kraft er en vare som kjøpes på børs, og dermed er unntatt kunngjøringsplikten jf. forskriften § 2-1 (2) bokstav f.
- (38) Klagenemnda er ikke enig med innklagde i at kommunens rettsvillfarelse må anses så vidt unnskyldelig at den ikke kan anses som grovt uaktsom.. Det forutsettes i forarbeidene at offentlige oppdragsgivere har god oversikt over regelverket om offentlige anskaffelser. Det er ikke tvilsomt at avtalen om kjøp av strøm skulle ha vært kunngjort, og klagenemnda kan ikke se at spørsmålet om hvilke regler som kommer til anvendelse ved kjøp av elektrisk kraft er spesielt uklart.
- (39) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har opptrådt "*grovt uaktsomt*" ved å inngå kontrakt med Fitjar kraftlag om kjøp av elektrisk kraft uten kunngjøring i Doffin, jf. loven § 7b. At kommunen mangler innkjøpsfaglig ekspertise endrer ikke på at kommunens opptreden i foreliggende tilfelle må anses som grovt uaktsom.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (40) 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*".
- (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 en av de første gebyrsakene klagenemnda behandlet, 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) I det foreliggende tilfelle skulle innklagede sagt opp den inngåtte kontrakten og kunngjort konkurransen på nytt. Innklagede har ikke gjort noe for å sikre konkurranse om kontrakten om kjøp av elektrisk kraft. Innklagede har, slik nemnda har konstatert ovenfor, vært grovt uaktsom med hensyn til kunngjøringsplikten for foreliggende

kontrakt. Innklagede har ikke fremholdt forhold som skulle tilsi at unnlatt oppsigelse har vært lovlig. Rettsspørsmålet kan ikke anses for uavklart og nemnda kan heller ikke se at det foreligger andre formildende omstendigheter. Klagenemnda er derfor kommet til at det bør ilegges gebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (44) Ved utmålingen av gebyret skal det, som ved spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser, og gebyrets preventive virkning, jf. loven § 7b andre ledd, første setning. Opplistingen av hva som kan vektlegges, er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. lovens § 7b andre ledd, andre setning.

- (45) 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 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."

- (46) I sak 2009/120 ila klagenemnda et gebyr på cirka 12,3 prosent av kontraktssummen og skjerpingen av gebyrsatsen ble fulgt opp i nemndas etterfølgende saker.
- (47) I henhold til foreldelsesreglene kan klagenemnda kun ilegge gebyr for kontrakt inngått etter 24. februar 2010. Innklagede har opplyst å ha betalt totalt 4 366 000 kroner i perioden fra 24. februar 2010 frem til klagenemnda startet behandlingen av saken i august 2013. Innklagede har ikke gitt opplysninger om at kontrakten er sagt opp, eller at det er igangsatt planer om å si opp kontrakten i perioden fra saken ble klaget inn til klagenemnda frem til nemndas behandling av klagen. Klagenemnda legger til grunn det samlede beløp betalt innenfor perioden som grunnlag for å beregne gebyrets størrelse.
- (48) Når det gjelder gebyrets størrelse, vises det til de vurderinger som er gjort om skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. Preventive hensyn taler for at gebyret settes høyt. Det er i foreliggende sak ikke gjort noe for å sikre konkurranse, og kontrakten har løpt i svært lang tid. Kontrakten har også en relativt høy verdi. Hvor stor del av anskaffelsen som utgjør fortjeneste for leverandøren, er ikke av betydning ved utmålingen av gebyrets størrelse. Heller ikke kommunens økonomiske situasjon vektlegges ved gebyrutmålingen.

- (49) Klagenemnda finner på bakgrunn av overstående at gebyret passende kan fastsettes til ca. 12,5 prosent av anskaffelsens verdi, avrundet til kroner 545 000,-.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

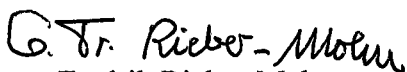
"Fitjar kommune ilegges et overtredelsesgebyr på kroner 545 000 - femhundreogførtfemtusen –kroner.

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, 4. februar 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,


Georg Fredrik Rieber-Mohn