



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjaldt hvorvidt innklagede hadde foretatt ulovlig direkte anskaffelse av bygge- og anleggstjenester og om det skulle ilegges gebyr. Klagenemnda fant at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp, jf. loven § 7b. Nemnda fant etter en skjønnsmessig vurdering ikke grunnlag for å ilegge gebyr.

Klagenemndas avgjørelse 13. mai. 2013 i sak 2012/8

Klager: Norges miljøvernforbund

Innklaget: Nordland fylkeskommune

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

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Vedståelsesfrist.

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen region nord, kunngjorde på vegne av Nordland fylkeskommune 14. juni 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygg og – anleggskontrakt om Fylkesveg 826 to nye broer Røsvikveien. Oppgitt CPV-klassifisering var 45221111. Innklagede har oppgitt at anskaffelsens verdi var kroner 8 600 000 på kunngjøringstidspunktet. Tilbudsfrist var 10. august 2011.
- (2) Av kunngjøringen punkt IV.3.7 fremgikk at vedståelsesplikten gjaldt inntil 30. september 2011.
- (3) Innen tilbudsfristen var det kommet inn to tilbud henholdsvis fra Veidekke Entreprenør AS (heretter kalt valgte leverandør) og Fauskebygg AS. Begge tilbud ble vurdert til å oppfylle kvalifikasjonskravene.
- (4) I brev 23. september 2011 ble det meddelt at valgte leverandør ville bli tildelt kontrakt. Kontrakt ble inngått 28. oktober 2011.
- (5) Norges miljøvernforbund (heretter kalt klager) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt klagenemnda) ved e-post 13. januar 2012. Klagen var rettet mot Statens vegvesen region nord og Staten ved Samferdselsdepartementet. Klager har senere endret hvem som er innklaget til Nordland fylkeskommune (heretter kalt innklagede).

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (6) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ettersom kontrakt med valgte leverandør ble inngått etter at vedståelsesfristen var gått ut.

Innklagedes anførsler:

- (7) Det bestrides ikke at kontrakt ble inngått etter vedståelsesfristens utløp og at dette anses for å være en ulovlig direkte anskaffelse. Skyldkravet for å ilegge gebyr er derimot ikke oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (8) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør etter vedståelsesfristens utløp og hvorvidt det skal ilegges gebyr. Klager har i tillegg bedt nemnda legge til grunn at innklagede har brutt bestemmelsene i forskriften §§ 20-12 og 20-13. Klager baserer dette på at innklagedes beslutning om å ikke gi klager innsyn i deler av sakens dokumenter, blant annet tilsier at valgte leverandør ikke oppfyller de gitte kvalifikasjonskrav og dermed burde vært avvist. Klager mener at brudd på bestemmelsene utgjør ytterligere dokumentasjon på at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse og at dette bør tillegges betydning gebyrets størrelse. Klagers kommentarer på dette punkt er imidlertid ikke underbygget på en måte som gjør at nemnda kan ta stilling til dem.
- (9) På bakgrunn av dette vurderer nemnda i det følgende kun klagers anførsel om det er foretatt ulovlig direkte anskaffelse ved at det er inngått kontrakt med valgte leverandør etter vedståelsesfristens utløp, og hvorvidt det skal ilegges gebyr.

Klagenemndas myndighet til å behandle spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse

- (10) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge overtredelsesgebyr til offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser.
- (11) 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.
- (12) 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 eller senere.
- (13) 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 forhold før 1. juli 2012, er det klagenemnda som skal behandle saken.

- (14) 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.
- (15) I foreliggende sak ble klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse oversendt innklagede ved klagenemndas brev 26. januar 2012. Med utgangspunkt i denne datoen, regnet to år tilbake, vil starttidspunktet for foreldelsesfristen være 26. januar 2010, jf. loven § 7b.
- (16) I denne saken ble kontrakt inngått 28. oktober 2011, slik at klagen er rettidig.
- (17) Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (18) Av loven § 7b, 1. ledd 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.
- (19) I foreliggende sak var vedståelsesfristen 30. september 2011 og endelig kontrakt ble signert 28. oktober 2011, 28 dager etter at fristen var gått ut. Innklagede har ikke bestridt hendelsesforløpet og erkjenner at inngåelse av kontrakt etter fristen er gått ut, regnes som en ulovlig direkte anskaffelse etter lov og forskrift om offentlige anskaffelser.
- (20) Klagenemnda har tidligere behandlet flere liknende saker hvor oppdragsgiver har inngått kontrakt med leverandør etter at vedståelsesfristen er utløpt, jf. blant annet sakene 2010/17, 2008/164, 2008/63, 2007/108 og 2006/125. I disse sakene har nemnda uttalt at dersom kontrakt er inngått etter at vedståelsesfristen er løpt ut, uten at vedståelsesfristen er forlenget, regnes dette i utgangspunktet som en ulovlig direkte anskaffelse etter loven § 7b.
- (21) Oppdragsgivere plikter å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, jf. sakene 2008/23 og 2007/5. Plikten er nærmere konkretisert i nemndas sak 2007/153 og her fremgår at oppdragsgiver, innen fristen, enten må inngå kontrakt, avslutte konkurransen ved avlysning eller totalforkastelse, eller oppfordre tilbyderne til å forlenge fristen. Dersom fristen først er gått ut, står oppdragsgiver uten bindende tilbud i den kunngjorte konkurransen. Kontrakt kan da ikke tildeles uten at det gjennomføres ny konkurranse, jf. nemndas uttalelse i sak 2008/23 med videre henvisninger. Dersom kontrakt inngås etter at vedståelsesfristen er utløpt vil det være i strid med de grunnleggende kravene i lovens § 5 og utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, jf. blant annet klagenemndas sak 2007/108.
- (22) I denne konkrete saken er det ikke tvilsomt at kontrakt ble inngått etter vedståelsesfristens utløp. Innklagede har ikke anført at unntak fra kunngjøringsplikten er aktuelle. På denne bakgrunn og i tråd med tidligere praksis, legges det til grunn at

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

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (23) Av lovens § 7b første ledd følger det at oppdragsgiver "kan" ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne *"forsettlig eller grovt uaktsomt"* foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen 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"*.
- (24) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) 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 saker 2009/8 og 2008/221 (premiss 38).
- (25) I sak 2007/90 uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å illegge overtredelsesgebyr ved ulovlig direkte anskaffelse:
- "[...] Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht. regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre konkurranse og mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser. [...]"*
- (26) Når det gjelder saker hvor det foreligger ulovlig direkte anskaffelse ved at kontrakt er inngått etter vedståelsesfristens utløp, har nemnda i samtlige saker kommet til at det ikke skal ilegges gebyr. I sak 2007/108 ble dette begrunnet på følgende måte:
- "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 overenstemmelse med reglene for forsyningsforskriften. Alle aktuelle leverandører oppført i TransQ systemet har derfor allerede hatt anledning til å inngi sine tilbud. Hensynet til konkurranse er dermed ivarettatt. Virkningen av at vedståelsesfristen utløp begrenser seg til at innklagede skulle gjort en ny vurdering etter allerede fastsatte tildelingskriterier overfor dem som 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."*
- (27) I en annen sak hvor kontraktsinngåelse etter vedståelsesfristens utløp også ble ansett som en ulovlig direkte anskaffelse, sak 2010/17, var følgende begrunnelsen for ikke å illegge gebyr:

"[...] Det har vært reell konkurranse om oppdraget og prosessen har foregått i åpenhet. Feilen består i at kontrakten ble inngått over tre 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. klagenemndas sak 2007/108 sitert ovenfor. Klagenemnda har i tidligere saker, der det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse utelukkende på grunnlag av at vedståelsesfristen er utløpt, vært tilbakeholdne med å ilegge overtredelsesgebyr, jf. blant andre sakene 2009/210 og 2008/107".

- (28) I foreliggende sak har innklagede gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med leverandør etter vedståelsesfristens utløp. Utgangspunktet etter loven § 7b er da at det "kan" ilegges gebyr. Imidlertid, på samme måte som i sakene vist til over, så var konkurransen i dette tilfelle kunngjort, det var reell konkurranse om oppdraget og det var åpenhet rundt prosessen. Feilen bestod utelukkende i at kontrakten ble inngått etter vedståelsesfristens utløp. Dette er forhold som er vektlagt i sakene ovenfor som begrunnelse for ikke å ilegge gebyr. Det er ikke forhold i denne konkrete saken, som tilsier at nemnda bør komme til et annet resultat i dette tilfellet.
- (29) På bakgrunn av dette, og i tråd med ovennevnte praksis, er nemnda kommet til at det ikke bør ilegges gebyr i denne saken. Nemnda tar derfor ikke stilling til spørsmålet om skyld.

Konklusjon:

Nordland fylkeskommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp.

Bergen, 13. mai 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver