



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede inngikk en avtale med Kommunalbanken AS om å låne 70 000 000 kroner i forbindelse med behov for investeringer blant annet til oppføring av Finnsnes ungdomsskole, uten forutgående kunngjøring. Klagenemnda fant at låneopptaket klart var omfattet av forskriften og at innklagede hadde opptrådt grovt uaktsomt ved å ikke kunngjøre låneopptaket i tråd med regelverket. Det forelå dermed en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på 4 % av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 10. september 2014 i sak 2014/11

Klager: Senjahus AS

Innklaget: Lenvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Andreas Wahl og Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Senjahus AS (heretter klager) mottatt 24. januar 2014. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 1 200 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede hadde primo 2012 behov for finansiering av investeringer som skulle foretas i 2012, blant annet til oppføring av Finnsnes ungdomsskole.
- (4) Innklagede utarbeidet en forespørsel, datert 2. februar 2012, som ble sendt til KLP Kommunekreditt AS og Kommunalbanken AS (heretter valgte leverandør). Fra forespørselen hitsettes:

"[Innklagede] vil med dette invitere til å gi tilbud på lån til diverse investeringer i 2012.

Lånebeløp: Kr 70 000 000

Utbet.dato: 7. februar 2012

Løpetid: 30 år

Amortisering: Like store halvårlige beløp

Avdrag: Juni og desember. Første avdrag 20. juni 2012.

Formål: Lånet skal benyttes til å finansiere nyinvesteringer

Sikkerhet: [Innklagede] er selv debitor for lånet.

Tilbudet bes gitt med de rentealternativer som er angitt under:

Alternativ 1: Flytende rente (pt.rente)

[...]

Alternativ 2: NIBOR – tilknyttet rente

[...]

Alternativ 3: Fast rente

[...]

Av tilbudet skal nominell og effektiv p.a. rente frem til renteforfall fremgå, samt den renteberegningsmetode som benyttes. Eventuell kostnader tilknyttet lånet som ikke er inkludert i renten, skal spesifiseres (etableringsgebyr, termingebyr, innløsningsgebyr).

[...]

[Innklagede] må be om å få tilbudet innen 03. februar klokken 13.00. Tilbakemelding til tilbyderne gis innen kl. 15.00."

- (5) Innklagede utarbeidet et notat datert 3. februar 2012. Fra notatet hitsettes:

"Låneopptak til investeringsformål 2012

Unntaksbestemmelse i FOA § 1-3 (2) e gjelder. Utlysning ikke nødvendig.

Lånesum 70 mill kroner, anslått verdi 30 mill kroner.

[...]

Vurdering av marked på bakgrunn av erfaring og erfaringsutveksling med andre gir to mulige tilbydere, KLP Kommunekreditt AS og Kommunalbanken AS.

Informerte begge bankene pr telefon 2. februar om at [innklagede] kom til å sende ut konkurranse om låneopptak 3. februar.

Konkurransegrunnlag utsendt til [disse to] 3. februar. Frist satt til samme dag 13. Begge bankene leverte tilbud innenfor frist.

Begge bankene leverte tilbud, men KLP leverte bare tilbud på fastrentelån. [Valgte leverandør] hadde laveste effektive rente på alle lånevariantene.

Ut fra en helhetlig finansstrategi vurderte [innklagede] det slik at en treårig fastrenteavtale hadde de betingelsene som passet best inn i finansstrategien

[...]

[Valgte leverandør] ble erklært som vinner av konkurransen og begge bankene ble informert om resultatet."

- (6) Innklagede signerte låneavtale med valgte leverandør 6. februar 2012. Etter det opplyste var lånets størrelse 70 millioner kroner, nedbetalingstiden 30 år og nedbetalingsplanen viste omtrent kr 31 500 000,- i samlede renteutgifter.
- (7) Klager brakte saken inn for klagenemnda 24. januar 2014. Ved klagenemndas brev av 29. januar 2014 ble klagen oversendt innklagede, og innklagede ble informert om at klagen inneholdt påstand om ulovlig direkte anskaffelse, og at brevet var fristavbrytende. Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. juli 2014.
- (8) Ved brev av 10. juli 2014 ble innklagede sendt forhåndsvarsel om ileggelse av gebyr. Klagenemndas varsel var basert på at låneavtalen var en anskaffelse av en finansiell tjeneste, hvilket er en prioritert tjeneste i kategori 6, jf. vedlegg 5 til forskriften. Nemnda la til grunn at anskaffelsens verdi klart oversteg terskelverdiene. Anskaffelsen skulle dermed vært kunngjort jf. forskriften §§ 2-2 og 18-1. Ved den manglende kunngjøringen hadde innklagede opptrådt grovt uaktsomt og foretatt en ulovlig direkte anskaffelse jf. forskriften § 9-1, jf. § 2-1 (2).
- (9) Innklagede har kommentert forhåndsvarselet. Innklagedes anførsler er noe endret og det er gitt noen utfyllende opplysninger.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å ta opp et banklån uten at låneopptaket ble kunngjort i forkant. Banklån skal kunngjøres i Doffin eller TED, jf. Veilederen s. 20. Samtlige versjoner av departementets veileder siden 2006, har gitt uttrykk for dette. Norges Kommunerevisorforbund sendte 18. februar 2009 ut informasjon om at opptak av banklån var kunngjøringspliktig. Seniorrådgiver Tonje Areng Skaara i Nærings- og fiskeridepartementet skrev i en e-post til innklagede 14. januar 2014 at departementet har presisert gjennom Veilederen hva anskaffelsesreglene innebærer. Også KS-advokatene har gitt innklagede tilbakemelding om at låneopptak skal kunngjøres dersom terskelverdiene overstiges. Rettskildene er tydelige og regelverket er på dette punkt ikke komplisert. Innklagede har således hatt kunnskap om kunngjøringsplikten i lang tid. Anskaffelsesverdien oversteg terskelverdien og låneopptaket var kunngjøringspliktig.
- (11) Innklagedes uriktige vurdering av at unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav e kom til anvendelse, kan verken være straffriggjørende eller formildende. Det samme gjelder øvrige kommuners manglende kunngjøring før låneopptak. I vurderingen av om innklagede har brutt regelverket, kan det ikke vektlegges at innklagede forespurte to norske banker. EØS-avtalen legger opp til blant annet fri flyt av kapital innenfor hele EUs indre marked. At forespørsel kun rettes til to norske aktører, er da ikke tilstrekkelig. At regelverket nå er under endring, og banklån blir unntatt i fremtiden, kan ikke tillegges vekt. Det er regelverket på tidspunktet for den aktuelle handlingen, som må legges til grunn.

Innklagedes anførsler:

- (12) Etter mottak av forhåndsvarselet har innklagede ikke lenger bestridt at anskaffelsen skulle vært lyst ut på Doffin/TED, og at det per definisjon er foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.
- (13) Innklagede opprettholder imidlertid at skyldkravet ikke er oppfylt, og at det derfor ikke er grunnlag for å ilegge gebyr. Det vises til at innklagede frem til årsskiftet 2013/2014, hadde den klare oppfatningen at låneopptak omfattes av unntaket i forskriften § 1-3 bokstav e). Dette samsvarer med oppfatningen til deltakerne i fylkesmannens økonomiforum, bestående av alle økonomisjefer i Troms fylke. Økonomiforlaget har videre forstått det slik at oppfatningen er i tråd med praksis blant ASSS-nettverket for de 10 største kommunene i Norge. Innklagede har derfor ikke hatt noen spesiell foranledning til å gå inn i departementets veileder eller kilder for å undersøke dette nærmere.
- (14) Denne oppfatningen danner også utgangspunktet for at kommunens reglement for finansforvaltning ikke beskriver at låneopptaket skal lyses ut etter regelverket. Reglementet er gjennomgått og godkjent av kommunerevisjonen, og innklagede har fulgt reglementet ved opptakelsen av lånet.
- (15) At innklagede har oppfattet regelverket slik at låneopptak ikke er kunngjøringspliktig, er grunnen til at det i internt notat 3. februar 2012, kun ble konstatert at låneopptak ikke er kunngjøringspliktig. Notatet er kun en protokoll og gir ikke uttrykk for de vurderinger som ligger bak.
- (16) Ordlyden i forskriften er ikke klar på at låneopptak ikke faller innenfor unntaket i forskriften § 1-3 bokstav e). Det bør i vurderingen av om skyldkravet er oppfylt, kunne legges vekt på at regelverket i stor grad forvaltes av personell uten juridisk utdanning. Innklagede har uansett nå endret sine rutiner for låneopptak, slik at kunngjøringsplikten ivaretas.
- (17) Subsidiært gjøres det gjeldende at det ikke bør ilegges gebyr. Innklagede har som mål å være en profesjonell anskaffer og etterleve regelverket. Det er utarbeidet et økonomireglement, men det er imidlertid vanskelig å garantere at feiltrinn ikke kan skje, særlig i grensetilfeller. Innklagede har sterkt fokus på etterlevelse av regelverket, ansatte er kurset og tidligere avgjørelser fra klagenemnda som omhandler innklagede, har ført til ytterligere skjerpet fokus.
- (18) Det må også legges vekt på at låneopptak i norske kommuner i svært liten grad er blitt utlyst, og at det synes å være en bred oppfatning om at låneopptak ikke er omfattet.
- (19) Det gjøres også gjeldende at man sannsynligvis ikke ville oppnådd bedre lånebetingelser ved å lyse ut anskaffelsen. Det vises til kredittrapport fra Danske bank fra tidspunktet da lånet ble tatt opp. Kommunalbankens internasjonale rating, gjør banken i stand til å gi svært gunstige rentevilkår, som gjør at andre banker ikke kan konkurrere med Kommunalbanken, og det er heller ikke sannsynlig at utenlandske aktører vil konkurrere. Det vises også til en uttalelse i samme retning fra Nordea.
- (20) I tillegg kommer det forhold at renter og låneopptak er ferskvare, og er lite forenlig med anskaffelsesregelverkets tidkrevende krav, eksempelvis til klagefrister og karenstider. Grunnet bankenes egne finansieringer, kan banker normalt ikke stå ved sine tilbudte

renter mer enn noen timer. En konkurranse om låneopptak, helt i samsvar med anskaffelsesregelverkets bokstav, medfører derfor høyere rentekostnader, hvilket ikke kan være formålet med regelverket. Innklagede antar at dette er noe av bakgrunnen for at EU-direktivet blir endret, og at kravet til utlysning trolig vil falle bort med virkning fra 1. januar 2016. Innklagede er innforstått med at utlysning skal skje inntil endring i regelverket er trådt i kraft, men det er svært urimelig dersom man i en overgangsfase skal bli møtt med overtredelsesgebyr.

- (21) Uansett har innklagede sikret reell konkurranse. Lånemarkedet tilsier at andre leverandører av lån ikke kan konkurrere med KLP Kommunekreditt AS og Kommunalbanken AS, som har vesentlig lavere lånebetingelser. Følgelig vurderte innklagede at bare de to sistnevnte kunne inngi tilbud, og forespørsel med konkurransegrunnlag ble sendt disse. Laveste effektive rente ble vektlagt ved valget av leverandør.
- (22) Innklagede kjenner ikke til at tilsvarende saker er klaget inn for klagenemnda. Det er svært urimelig dersom innklagede er den som ilegges overtredelsesgebyr når man har forholdt seg til en praksis som er fulgt av det vesentligste antallet av landets kommuner. Det vil oppleves som at innklagede blir straffet på vegne av alle disse. Et høyt gebyr innebærer en betydelig økonomisk belastning for en anstrengt kommuneøkonomi. Det antas at en uttalelse fra klagenemnda om at låneopptak skal utlyses er tilstrekkelig for at kommunene legger om sin praksis.
- (23) Atter subsidiært gjøres det gjeldende at gebyret settes vesentlig lavere enn varselet, og det anføres at de momenter som er angitt over også tilsier at gebyret settes lavt.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en anskaffelse uten forutgående kunngjøring i tråd med anskaffelsesregelverket, og om det skal ilegges gebyr for dette.

Klagenemndas myndighet til å behandle spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse

- (25) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (26) Den 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. 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.
- (27) 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.
- (28) Av klagenemndsforordningen § 13a, slik den lyder etter regelendringen av 1. juli 2012, fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes overfor klagenemnda

inntil to år fra kontrakt er inngått. Før regelendringen måtte klagen fremsettes slik at klagenemnda fikk meddelt denne til oppdragsgiver før det var gått to år siden kontraktsinngåelsen. Begge klagefristene refererer seg til kontraktsinngåelsen av den kontrakt (det forhold) som påstås å utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. I dette tilfellet inngikk innklagede låneavtale med valgte leverandør 6. februar 2012. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt innklagede ved klagenemndas brev 29. januar 2014. Klagen er rettidig.

- (29) 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

- (30) Av loven § 7b (1), slik den lød før 1. juli 2012, 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. §§ 9-1 og 18-1.
- (31) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på over kr 500 000,-, jf. forskriften § 9-1 og § 18-1, jf. § 2-1 (2) jf. § 2-2 (1).
- (32) I foreliggende sak har innklagede inngått en avtale med valgte leverandør om å låne kr 70 000 000,-, hvilket er en finansiell tjeneste og i utgangspunktet en prioritert tjeneste i kategori 6, jf. vedlegg 5 til forskriften. Anskaffelsens verdi anslås på grunnlag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, jf. § 2-3 (1). Ved anskaffelse av finansielle tjenester, som banktjenesten i foreliggende sak, skal *"gebyrer, provisjoner, renter og andre former for vederlag"* medtas i beregningen av anskaffelsens verdi, jf. § 2-3 (13) bokstav b.
- (33) I innklagedes notat datert 3. februar 2012, samme dag som innklagede mottok to tilbud, fremgikk det at *"anslått verdi [var] 30 mill kroner"*. Det er for klagenemnda uklart om dette beløpet skriver seg fra innklagedes egen forhåndsberegning av samlede utgifter til renter og gebyrer relatert til lånet, eller om anslaget stammer fra den faktiske tilbudte kostnaden ved lånet basert på opplysninger fra tilbudene. Nemnda legger til grunn at anskaffelsens verdi var kr 30 000 000,-.
- (34) Beløpet er klart over terskelverdiene og anskaffelsen skulle således vært kunngjort, jf. forskriften §§ 2-2 og 18-1.
- (35) Innklagede har vist til sin vurdering av at unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav e kom til anvendelse. Det følger av bestemmelsen at forskriften blant annet ikke regulerer *"kontrakter om finansielle tjenester i forbindelse med emisjon, kjøp, salg og overdragelse av verdipapirer eller andre finansinstrumenter [...] for å skaffe til veie penger eller kapital"*.
- (36) Vår sak gjelder imidlertid ikke transaksjon av finansinstrumenter, men ordinært banklån, og faller da utenfor unntaket, jf. også EU-kommisjonen i EF Tidende 1998 C 82/146. Unntaket i § 1-3 (2) bokstav e kommer ikke til anvendelse, og innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet – loven § 7b (1)

- (37) 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 (1). 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 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 en 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."

- (38) Det forutsettes i forarbeidene at offentlige oppdragsgivere har god oversikt over regelverket om offentlige anskaffelser. I foreliggende tilfellet er det ikke tvilsomt at låneavtalen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Det var klart at anskaffelsen oversteg kunngjøringsgrensen i betydelig grad. Det er en meget betydelig verdi innklagede har unntatt fra kunngjøring, og dette stiller skjerpede krav til innklagedes aktsomhet.
- (39) Innklagede har forklart at anskaffelsesregelverkets betydning ble vurdert før innklagede konstaterte at unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav e kom til anvendelse, og før inngåelsen av låneavtalen, men har ikke utover det som fremgår av notatet datert 3. februar 2012, fremlagt dokumentasjon som viser disse vurderingene. Som grunnlag for beslutningen om at unntaket kom til anvendelse har innklagede blant annet vist til at det samstemte med den oppfatning som var blant deltakerne i fylkesmannens økonomiforum. Innklagede har videre vist til at det er denne oppfatningen som danner utgangspunktet for innklagedes reglement for finansforvaltning, som er godkjent av kommunerevisjonen. Innklagede hadde derfor ikke en spesiell foranledning til å undersøke dette nærmere i andre kilder.
- (40) Som vist ovenfor, var det imidlertid uriktig å legge til grunn at låneopptak ikke er kunngjøringspliktig. Det er ikke tvilsomt at anskaffelsen omfattes av regelverket og skulle vært kunngjort. Dette kommer blant annet klart til uttrykk både i forskriften § 1-3 (2) bokstav e, og departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser på side 20.
- (41) At kunngjøringsplikten ikke er tatt høyde for i innklagedes reglement for finansforvaltning, kan ikke frita innklagede for ansvar. Hvis det er tilfellet, som innklagedes redegjørelse kan indikere, at en ved utarbeidelsen av rutinene for finansforvaltning kun har lagt til grunn oppfatningen i fylkesmannens økonomiforum, er dette helt klart grovt uaktsomt. Det nærmere virkeområdet for unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav e burde uansett vært vurdert mer inngående ved utarbeidelsen av rutinene.
- (42) Med den verdien anskaffelsen representerer i denne saken, skulle kunngjøringsplikten også vært mer inngående vurdert i forbindelse med låneopptaket. De relevante rettskildene er lett tilgjengelige, og kun et meget begrenset rettskildesøk ville avdekket at låneopptak normalt må kunngjøres. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har opptrådt grovt uaktsomt ved inngåelsen av låneavtalen i 2012, og skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (43) Etter loven § 7b (1) første setning "*kan*" oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen om hvorvidt det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering hvor det særlig skal legges vekt på "*overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning*", jf. § 7b (2).
- (44) 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.
- (45) I en av de første gebyrsakene klagenemnda behandlet, sak 2007/90, uttalte klagenemnda i premiss (52) følgende om bakgrunnen for adgangen til å legge 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."

- (46) Det foreligger i denne saken en klar forsømmelse av kunngjøringsplikten, anskaffelsesverdien er betydelig og innklagede har opptrådt grovt uaktsomt. Som grunnlag for at gebyr ikke bør ilegges har innklagede blant annet vist til at det er en oppfatning blant noen oppdragsgivere at banklån ikke kunngjøres. Av EUs nye anskaffelsesdirektiv, 2014/24/EU artikkel 10 bokstav f, følger det riktignok at lån, uavhengig av om det ytes i forbindelse med transaksjon av finansielle instrumenter eller ei, ikke omfattes av direktivet. Klagenemnda finner imidlertid ikke at det er avgjørende i vurderingen av om gebyr skal ilegges i foreliggende sak. Direktivet er til nå ikke implementert i norsk rett, og låneopptaket må uansett vurderes ut fra gjeldende rett da den ulovlige direkte anskaffelsen ble foretatt. Innklagede har også gjort gjeldende at innklagede uansett sikret reell konkurranse og at innklagede sannsynligvis ikke ville oppnådd bedre lånebetingelser ved å lyse ut anskaffelsen fordi bare to tilbydere ville ha interesse i å yte slike lån. At innklagede sørget for en viss konkurranse ved å kontakte to leverandører, kan etter omstendighetene være formildende. Det kan likevel ikke ha særlig betydning for spørsmålet om gebyr skal ilegges, da det var klart at låneavtalen innklagede inngikk, ikke var omfattet av unntaket i forskriften § 1-3 (2) e. Klagenemnda er derfor kommet til at det skal ilegges gebyr i den foreliggende saken.

Gebyrets størrelse

- (47) Ved utmålingen av gebyret skal det, i likhet med 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 (2) første setning. Opplistingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende.

Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 % av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b (2) andre setning.

- (48) Når det gjelder gebyrets størrelse, vises det til de vurderinger som er gjort ovenfor om skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. I forhåndsvarselet la nemnda til grunn at det forelå omstendigheter i saken som var noe formildende. Nemnda la samtidig til grunn at det var skjerpene at nemnda også tidligere har konstatert at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, blant annet i sakene 2012/243, 2012/113 og 2012/72, selv om gebyr riktignok ikke ble ilagt i alle disse sakene. Videre var det vist til at verdien på anskaffelsen i saken var meget stor, overtredelsen var klar og at allmennpreventive hensyn talte for at gebyret ble satt relativt høyt. Dette gav grunnlag for å varsle et gebyr på 8 % av anskaffelsens verdi.
- (49) Etter forhåndsvarselet har innklagede forklart og opplyst saken på en slik måte at det gir grunnlag for å legge større vekt på de omstendigheter i saken som er formildende. Dette stiller også saken i et noe annet lys enn det som ga grunnlag for et varsel på 8 %. I formildende retning vektlegges at innklagede har synliggjort noen utfordringer ved å følge regelverket i anskaffelser av låneopptak, hvor tilbyderne bare kan tilby konkurransedyktige renter i et kort tidsrom. Det vektlegges også at låneopptak i de norske anskaffelsesreglene trolig vil bli unntatt fra kunngjøring, i alle fall i EØS-området, i fremtiden. Videre vektlegges det at innklagede tross alt sikret noe konkurranse om låneopptaket, ved at innklagede før avtaleinngåelsen, rettet forespørsler til de to tilbyderne KLP Kommunekreditt AS og Kommunalbanken AS. Samlet sett taler derfor de formildende omstendighetene for at gebyret settes lavt.
- (50) Før forhåndsvarselet fant nemnda at gebyret kunne settes til 8 % av anskaffelsens verdi. Etter forhåndsvarselet finner nemnda etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 4 % av 30 000 000 kroner. Det utgjør 1 200 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

”Lenvik kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 1 200 000

- enmillionogtohundretusen - 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 prøvet for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl