



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring gjennomførte i 2023 en anskaffelse av abonnementsbaserte research-, analyse- og rådgivningstjenester innen IT-området. Innklagede vurderte markedet og situasjonen slik at det kun var én leverandør i markedet som kunne levere i henhold til innklagedes behov, Gartner Norge AS, og at anskaffelsen derfor kunne gjennomføres uten konkurranse. Innklagede publiserte en intensjonskunngjøring både i Doffin og TED, og mottok ingen innsigelser. Kontrakt ble deretter inngått med valgte Gartner Norge AS. Klagenemnda konkluderte med at innklagede ikke hadde sannsynliggjort at det var foretatt tilstrekkelige undersøkelser i markedet og at anskaffelsen var en ulovlig direkte anskaffelse. Nemda ila et gebyr på 112 245 kroner.

Klagenemndas gebyrvedtak 2. april 2024 i sak 2023/0812

- Klager:** Radar Norway AS
- Innklaget:** Direktoratet for forvaltning og økonomistyring
- Klagenemndas medlemmer:** Bjørn Berg, Kjersti Holum Karlstrøm og Elisabeth Wiik
- Saken gjelder:** Ulovlig direkte anskaffelse

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Radar Norway AS (heretter kalt *klager*) mottatt 22. september 2023. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (heretter kalt *innklagede*) sin anskaffelse av abonnementsbaserte research-, analyse- og rådgivningstjenester innen IT-området.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 112 245 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede vurderte sommeren 2023 at det var behov for å anskaffe abonnementsbaserte research-, analyse- og rådgivningstjenester innen IT-området. Det var ønskelig å knytte til seg en samarbeidspartner som hadde fleksibilitet og tilstrekkelig bredde- og dybdekompetanse innenfor relevant teknologi og fagområder på en måte som ville gjøre at samarbeidspartneren kunne avhjelpe innklagedes begrensede mulighet til å dekke den samme kompetansen internt.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (4) Innklagede vurderte markedet og situasjonen slik at det kun var én leverandør som kunne levere i henhold til innklagedes behov, Gartner Norge AS (heretter *valgte leverandør*), og at anskaffelsen derfor kunne gjennomføres uten konkurranse.
- (5) Innklagede publiserte en intensjonskunngjøring på Doffin og TED hhv. 21. august 2023 og 24. august 2023. I intensjonskunngjøringen Del II, punkt II.1.7 ble anskaffelsens totale verdi oppgitt å være fire millioner kroner. I Del II, punkt II.2.4 ble innklagedes formål med og behov for å anskaffe abonnementsbaserte research-, analyse- og rådgivningstjenester beskrevet. I Del IV, punkt IV.1.1 fremgikk det at type prosedyre var kontraktsinngåelse uten kunngjøring av konkurranse, og forklaringen ble angitt på følgende måte:

«Basert på oppdragsgivers kjennskap til markedet er valgte leverandør den eneste leverandøren som dekker oppdragsgivers behov og som tilbyr en kombinasjon av abonnement, rådgivning og fagkonferanser mv. innen strategiske IT-områder. Oppdragsgiver mener det er hjemmel til å inngå kontrakt med Gartner Norge AS om en abonnementsordning uten å kunngjøre konkurransen med hjemmel i FOA § 13-4 (b) siden Gartner Norge AS er den eneste leverandøren som kan tilby slike tjenester.»

- (6) Innklagede mottok ingen innsigelser til kontraktsinngåelsen.
- (7) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 6. september 2023.
- (8) Kontraktens opprinnelige varighet var ett år fra og med signeringsdato, men med en opsjon til å forlenge kontrakten i inntil ett år. Innklagede har opplyst at denne opsjonen er utløst, og at varigheten på kontrakten derfor er to år med en verdi på fire millioner kroner.
- (9) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 20. september 2023. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 27. september 2023.
- (10) Nemndsmøte om utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 29. januar 2024, og varsel om overtredelsesgebyr ble sendt innklagede 1. februar 2024 i medhold av forvaltningsloven § 16.
- (11) Innklagede har inngitt merknader til forhåndsvarselet ved prosesskriv 22. februar 2024.
- (12) Klager har kommentert innklagedes merknader ved prosesskriv 3. mars 2024.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å ikke kunngjøre anskaffelsen. Det er sannsynliggjort at det finnes flere leverandører i markedet, og eneleverandøruntaket i forskriften § 13-4 bokstav b er dermed ikke anvendelig.

- (14) En portal som inneholder metoder, dokumenter og benchmarks er ikke en teknologisk umulighet som ikke andre leverandører kan tilby. Databaser av denne type er det flere selskaper som tilbyr, både internasjonalt og i Norden. Klager bestrider ikke at valgte leverandør sin portal kun tilbys av valgte leverandør, men bestrider at det er unikt at en slik database er et spesifikt verktøy for kun én leverandør.
- (15) Klager tilbyr også, i likhet med valgte leverandør, tilgang til eksperter, og disse kan også bookes som del av avtalen med kunde. Heller ikke her er det snakk om noe unikt for valgte leverandør.
- (16) Markedsundersøkelse ville ha avdekket at det finnes konkurrenter på markedet, og de undersøkelser innklagede hevder å ha gjort på tidspunktet for intensjonskunngjøringen har ikke vært grundige nok. Innklagede har dermed ikke oppfylt sin plikt som anskaffer, til å undersøke markedet selv.

Innklagedes anførsler:

- (17) Unntaksbestemmelsen i forskriften § 13-4 bokstav b nummer 2 og 3 kommer til anvendelse, og det var dermed ikke kunngjøringsplikt. Det er uansett ikke adgang til å ilegge sanksjon når kontrakten er intensjonskunngjort.
- (18) På tidspunktet for valg av prosedyre var det innklagedes oppfatning at valgte leverandør var eneste leverandør som kunne levere en tjeneste som ville dekke innklagedes behov. Denne oppfatning hadde sitt utspring i innklagedes egen kjennskap til markedet, både i kraft av egne ansattes kunnskap om og erfaring fra markedet, og erfaring hos andre virksomheter som innklagede interagerer med og som har god kjennskap til markedet. Innklagede foretok i tillegg en markedsundersøkelse for å verifisere ovennevnte oppfatning. Undersøkelsen ble gjennomført ved å gjennomgå utlysinger og tildelinger for kjøp i det offentlige markedet på Doffin.no. Undersøkelsene viste at det fra 1. januar 2021 til 8. august 2023 ble publisert hele 17 intensjonskunngjøringer hvor offentlige oppdragsgivere varslet at de hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør uten å gjennomføre konkurranse om tjenesten. Det ble ikke funnet at det var gjennomført noen konkurranser.
- (19) Det ble også foretatt søk på internett for å undersøke om det var andre leverandører som kunne tilby en tjeneste som var dekkende for innklagedes behov, og artiklene som ble funnet, underbygget innklagedes oppfatning.
- (20) Etter innklagedes syn, utgjør den tekniske plattformen som abonnementstjenesten til valgte leverandør er bygget på, et spesifikt verktøy eller middel som kun valgte leverandør tilbyr. Dermed ville det være en teknisk umulighet for andre leverandører å tilby det samme.
- (21) Ettersom det kun er valgte leverandørsom som tilbyr tilgang til sin database, utgjør dette også etter innklagedes vurdering en enerett.

- (22) For å likevel være helt sikker på at det ikke var leverandører som ble oversett, eller at det var kommet nye leverandører på markedet, publiserte innklagede også en intensjonskunngjøring på Doffin og TED. Det ble ikke inngitt innsigelser til denne intensjonskunngjøringen. Innklagede konkluderte dermed med at det var hjemmel til å unnta anskaffelsen fra kunngjøringsplikt, og inngikk derfor kontrakt med valgte leverandør 6. september 2023 – 16 dager etter at intensjonskunngjøringen ble publisert.
- (23) Når det gjelder klagers anførsel om at klager er et fullgodt alternativ til valgte leverandør, viser innklagede til at klager ikke var etablert på markedet på tidspunktet for innklagedes markedsundersøkelser. Innklagede viser i den forbindelse til oppslag i Kapital 2. juni 2023 hvor klager ble omtalt som å være «på full fart inn» i markedet.
- (24) Innklagede anfører videre at det ikke kan kreves av en oppdragsgiver å kontinuerlig skulle undersøke markedet frem til kontraktsinngåelse. En slik plikt ville stride mot hensynet bak eneleverandøruntaket.
- (25) Anskaffelsesforskriften § 21-5 oppstiller i seg selv ingen prosessuelle eller materielle krav til intensjonskunngjøringen. Det er innklagedes syn at innklagede ikke har brutt aktsomhetskravet oppstilt i rettspraksis. Det er dermed ikke grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a (1). Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse kan ifølge § 13a (2) fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Kontrakt ble inngått 6. september 2023. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble mottatt av klagenemnda 22. september 2023. Klagen er derfor rettidig fremsatt.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (27) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (28) En ulovlig direkte anskaffelse er «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (29) Utgangspunktet for anskaffelser over nasjonal terskelverdi, er at de skal kunngjøres i Doffin, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 §§ 5-1 (2) og 8 17 (1). Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen jf. §§ 5-3 (1) og 21-1. På anskaffelsestidspunktet var terskelverdien for kunngjøringsplikt i Doffin for statlige oppdragsgiveres vare- og tjenestekontrakter 1,3 millioner ekskl. mva., og i TED 1,4 millioner kroner ekskl. mva.

- (30) Kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør har ifølge intensjonskunngjøringen en estimert verdi på fire millioner kroner ekskl. mva. Anskaffelsen overstiger dermed både den nasjonale terskelverdien og EØS-terskelverdien, og skulle derfor i utgangspunktet ha vært kunngjort både i Doffin og TED-databasen.
- (31) Innklagede har lagt til grunn at anskaffelsen var unntatt fra kunngjøringsplikt, og at den derfor ikke utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Nærmere bestemt er det anført at anskaffelsen omfattes av unntakene i § 13-4 bokstav b nummer 2 og nummer 3. Spørsmålet er om innklagede hadde hjemmel i forskriften til å unnta anskaffelsen fra kunngjøring.
- (32) Forskriften § 13-4 bokstav b nummer 2 og nummer 3 gjennomfører deler av artikkel 32 i direktiv 2014/24, og oppstiller vilkår for når anskaffelser kan gjennomføres uten konkurranse. En oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom anskaffelsen gjelder *«ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere»* fordi *«konkurranse er umulig av tekniske årsaker»*, jf. nummer 2, eller *«leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter»*, jf. nummer 3. Unntakene får kun anvendelse når *«det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør»*.
- (33) Klagenemnda skal derfor ta stilling til om anskaffelsen gjelder *«ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere»* fordi *«konkurranse er umulig av tekniske årsaker»*, jf. § 13-4 bokstav b nummer 2, eller fordi *«leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter»*, jf. nummer 3.
- (34) Unntaksbestemmelsen i forskriften § 13-4 bokstav b er begrunnet med at det i noen tilfeller vil være unødvendig bruk av tid og ressurser å avholde en konkurranse. Bestemmelsen skal tolkes restriktivt, og det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene for at unntaket kommer til anvendelse er oppfylt, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-337/05 Agusta Bell, premiss 57-58 med videre henvisninger. I punkt 50 av direktivets fortale er det også presisert at anskaffelser uten konkurranse bør *«brukes bare i helt ekstraordinære tilfeller»*, og at dersom situasjonen med kun en leverandør *«skyldes tekniske årsaker, bør de defineres nøye og begrunnes i hvert enkelt tilfelle»*.
- (35) Kravet om at oppdragsgiver må godtgjøre at vilkårene for unntak er oppfylt, innebærer at det må bevises at *«ikke noen annen tilbyder vil kunne oppfylle kravene»*, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/280 premiss 44, som også er vist til i senere avgjørelser av klagenemnda. Det må med andre ord foretas en objektiv vurdering av hvorvidt anskaffelsen kun kan foretas av én leverandør, og dette må oppdragsgiver dokumentere.
- (36) I Veileder til reglene om offentlige anskaffelser uttaler Nærings- og fiskeridepartementet på side 138:

«Det må foretas en objektiv vurdering av om det kun eksisterer en leverandør i markedet. Tekniske grunner kan eksempelvis være at det kun er én leverandør som fremstiller et produkt oppdragsgiveren har bruk for. Tekniske grunner kan også være der det kun en én leverandør som fremstiller det produktet som oppdragsgiveren allerede har.

(...)

Ettersom teknisk ekspertise stadig er i utvikling skal det svært mye til for å sannsynliggjøre at andre leverandører, herunder grupper av leverandører, ikke kan eller vil kunne bli i stand til å levere den aktuelle ytelsen».

- (37) I klagenemndas avgjørelse i sak 2021/1908, premiss 28, bemerket klagenemnda, under henvisning til klagenemndas avgjørelser i sak 2016/145 premiss 16, at ettersom teknisk ekspertise er i stadig utvikling, heves terskelen for å sannsynliggjøre at det ikke eksisterer andre leverandører som kan eller vil kunne bli i stand til å levere ytelsen oppdragsgiver har behov for innenfor den tidsrammen som er til rådighet.
- (38) For at unntaksbestemmelsen skal få anvendelse, kreves det altså at oppdragsgiver foretar seg noe positivt for å verifisere om det finnes et marked for anskaffelsen, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2021/706. Det er ikke tilstrekkelig å hevde at det kun finnes en leverandør, jf. sak C-275/08 Kommisjonen v. Tyskland, premiss 61-63. Det er heller ikke tilstrekkelig at den valgte leverandøren har særlig gode forutsetninger for å løse det aktuelle oppdraget, jf. Underrettens avgjørelse i sak T-54/11, premiss 53 og 54. EU-domstolen har uttalt i sak C-57/94 (Ascoli-Mare) premiss 24 at oppdragsgiveren må sannsynliggjøre at det var *«uomgængeligt nødvendigt»* å inngå kontrakt med den valgte leverandøren.
- (39) Spørsmålet for klagenemnda blir da først hvorvidt innklagede i tilstrekkelig grad har godtgjort at anskaffelsen gjelder ytelser som bare valgte leverandør kan levere fordi *«konkurranse er umulig av tekniske årsaker»*, jf. § 13-4 bokstav b nummer 2.
- (40) Slik saken er opplyst for klagenemnda hadde innklagede gjort en vurdering av markedet. Innklagede har forklart at denne vurderingen baserte seg på egne interne vurderinger, og også vurderinger foretatt av eksterne. Etter innklagedes vurdering var leverandørmarkedet på området relativt oversiktlig, og innklagede anså det som en «gjengs» oppfatning i markedet at valgte leverandør var eneste tilbyder som kunne levere en løsning som tilfredstilte innklagedes behov.
- (41) Etter klagenemndas oppfatning kan ikke dette anses som tilstrekkelige undersøkelser for å avklare den faktiske situasjonen i markedet, og om det forelå rimelige alternativer. Innklagedes vurdering synes hovedsakelig å være basert på egne erfaringer og oppfatninger, samt et søk på internett som ikke er dokumentert.
- (42) Innklagede har i merknadene til forhåndsvarselet vist til at de ansvarlige for kjøp av tjenesten har kjøpt tjenester av valgte leverandør i tidligere ansettelsesforhold for andre offentlige etater. Også disse anskaffelsene ble gjennomført som direkteanskaffelser etter intensjonskunngjøring ettersom valgte leverandør har vært

ansett som eneste reelle leverandør av tjenesten. Etter klagenemndas oppfatning viser ikke dette at innklagede har foretatt de nødvendige undersøkelser etter forskriften § 13-4 bokstav b. Som nevnt over er teknisk ekspertise i stadig utvikling, og dette innebærer at oppdragsgiver må basere sin vurdering på oppdaterte undersøkelser av markedet. Man kan ikke da lene seg på tidligere vurderinger av markedet. Innklagede har ikke kunnet fremlegge dokumentasjon i form av for eksempel referater, intern eller ekstern kommunikasjon eller notater som viser hvordan undersøkelsene er foretatt før denne konkrete anskaffelsen, og det er ikke fremlagt dokumentasjon på hvilke vurderinger som ligger til grunn. Det foreligger heller ikke dokumentasjon på bakgrunns materialet. På denne bakgrunn kan ikke nemnda se at innklagede har sannsynliggjort at tilstrekkelige undersøkelser er gjennomført.

- (43) Det er for øvrig heller ikke noe i sakens opplysninger som tilsier at innklagede har hatt en begrenset tidsramme for anskaffelsen. Potensielle nye leverandører ville derfor hatt mulighet til å inngi tilbud dersom det ble gjennomført konkurranse.
- (44) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede ikke har godtgjort at anskaffelsen gjaldt ytelser som bare valgte leverandør kan levere fordi *«konkurranse er umulig av tekniske årsaker»*, jf. § 13-4 bokstav b nummer 2.
- (45) Innklagede har også vist til at intensjonskunngjøringen ikke ble angrepet, og at flere andre offentlige oppdragsgivere har intensjonskunngjort kontraktsinngåelse med valgte leverandør. Klagenemnda kan ikke se at dette endrer vurderingen av at innklagede ikke i tilstrekkelig grad har godtgjort at unntaket i forskriften § 13-4 bokstav b nummer 2 kom til anvendelse i denne saken. Oppdragsgiver plikter å foreta en selvstendig vurdering basert på egen og oppdatert markedsundersøkelse. Særlig gjelder dette da det i denne saken dreier seg om et marked i stadig utvikling.
- (46) Innklagede har videre anført at ettersom det kun er valgte leverandør som tilbyr tilgang til sin database, utgjør dette en enerett, og at unntaket i forskriften § 13-4 bokstav b nummer 3 dermed kommer til anvendelse.
- (47) Enerettsunntaket gjelder ikke dersom andre leverandører kan tilby alternative produkter som dekker oppdragsgivers behov. I forskriften § 13-4 bokstav b er det presisert at unntaket kun kommer til anvendelse hvis *«det ikke foreligger rimelige alternativer»* og *«den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør»*. Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger en juridisk enerett knyttet til produktet eller ytelsen, dersom det også finnes tilsvarende produkter/ytelser i markedet som kan dekke oppdragsgiverens behov, jf. sak C-328/92 (Farmaindustria) premiss 17.
- (48) Innklagede har ikke begrunnet hvorfor det kun er valgte leverandørs database som vil kunne tilfredsstille innklagedes behov, utover at valgte leverandør tilbyr *«en unik kombinasjon av tilgang til uavhengig forskning, analysemateriale, rådgivningstjenester og fagkonferanser, og en unik kunnskapsdatabase med informasjon fra analytikere i over 25 land»*. Klager har til dette vist til at det er flere selskaper som tilbyr slike verktøy, om enn forskjellig utformet. Klagenemnda kan

ikke se at innklagede har sannsynliggjort at ikke klager, eller andre leverandører i markedet, også kan levere en tjeneste som kan tilfredsstille innklagedes behov for «bredde og dybde» av tjenesten, eller hvorfor valgte leverandørs tjeneste er unik sammenliknet med andre leverandører i markedet. Nemnda kan derfor heller ikke se at innklagede har sannsynliggjort at unntaket i forskriften § 13-4 bokstav b nummer 3 er oppfylt.

- (49) Klagenemnda har kommet til at unntaket i forskriften § 13-4 bokstav b ikke kommer til anvendelse. Innklagede skulle derfor ha kunngjort anskaffelsen, og det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (50) Innklagede har anført at intensjonskunngjøringen avskjærer klagenemnda fra å ilegge overtredelsesgebyr for den ulovlige direkte anskaffelsen.
- (51) Det følger av anskaffelsesloven § 12 (2) at publisering av en intensjonskunngjøring vil avskjære adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr for en ulovlig direkte anskaffelse. Dette forutsetter at intensjonskunngjøringen er publisert «*etter regler fastsatt i forskrift*», og at kontrakt inngås tidligst «*etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen*».
- (52) Bakgrunnen for bestemmelsen er at når oppdragsgiver har intensjonskunngjort, så har oppdragsgiver sørget for åpenhet om kontraktsinngåelsen og gitt potensielle leverandører og andre muligheten til å stoppe anskaffelsen, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/13 Fastweb, premiss 60.
- (53) For anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien, er regelen om intensjonskunngjøring angitt i § 21-5. Av bestemmelsen følger det at dersom oppdragsgiver «*mener at han har hjemmel til å inngå en kontrakt uten å kunngjøre konkurransen*», kan oppdragsgiver, etter at valg av leverandør er besluttet, kunngjøre at kontrakten vil bli inngått ved å publisere en intensjonskunngjøring.
- (54) Etter bestemmelsens ordlyd er det tilstrekkelig at oppdragsgiver mener at et av unntakene i forskriften kommer til anvendelse. EU-domstolen har imidlertid lagt til grunn at oppdragsgiver må ha utvist «*den fornødne omhu*» ved vurderingen av om unntaket fikk anvendelse, og om oppdragsgiveren faktisk kunne konkludere med at vilkårene var oppfylt, jf. C-19/13 Fastweb, premiss 50. Dette innebærer at det foreligger et aktsomhetskrav ved bruk av intensjonskunngjøring, se Prop. 51 L (2015-2016) side 86. I vurderingen skal det blant annet ses hen til omstendighetene og begrunnelsen for den direkte tildelingen som er inntatt i intensjonskunngjøringen, jf. C-19/13 Fastweb, premiss 51.
- (55) Under «*Beskrivelse av anskaffelsen*» i intensjonskunngjøringen, og «*Type prosedyre*» hadde innklagede angitt formålet med anskaffelsen og en kort forklaring på hvorfor innklagede mente at anskaffelsen lå utenfor virkeområdet til forskriften. Begrunnelsen som er inntatt i intensjonskunngjøringen inneholder videre i stor grad

kun beskrivelse av innklagedes behov, og svært lite om hva som er lagt til grunn i vurderingen.

- (56) Innklagede anfører i sine merknader til forhåndsvarselet at klagenemnda ikke bare kan legge vekt på utformingen av intensjonskunngjøringen, men også må se hen til etterfølgende forklaringer, som utfyller begrunnelsen i intensjonskunngjøringen. Innklagede anfører i forlengelsen av dette at det vil være i strid med tidligere praksis å ilegge gebyr i en sak hvor oppdragsgiver har publisert en intensjonskunngjøring.
- (57) Klagenemnda ønsker først å bemerke at en oppdragsgiver ikke kan se bort fra forskriftens regler om kunngjøringsplikt ved å foreta en intensjonskunngjøring. Nemndas praksis viser at det vil kunne foreligge brudd på anskaffelsesregelverket selv om det er publisert en intensjonskunngjøring, men at etterfølgende forklaringer *kan* vise at oppdragsgiver har vurdert at vilkårene for unntak fra kunngjøringsreglene er oppfylt på en forsvarlig måte, i tråd med bestemmelsen i forskriften § 21-5.
- (58) Klagenemnda bemerker videre at nemnda har vurdert innklagedes etterfølgende forklaringer, både innklagedes merknader til klagen og innklagedes merknader til forhåndsvarselet. Innklagede har opplyst at vurderingene i forkant av anskaffelsen var basert på innklagedes kjennskap til og erfaring med de systemer som eksisterte i markedet. Undersøkelsene som skal ha vært foretatt utover dette fremstår som tilfeldige og lite grundige, og i hovedsak synes vurderingen å være foretatt på bakgrunn av tidligere erfaringer og tidligere undersøkelser av markedet. Innklagede har ikke kunnet fremlegge dokumentasjon på at det er gjort en vurdering ut fra tidsriktige undersøkelser i markedet.
- (59) Etter klagenemndas syn har innklagede med dette ikke utvist «*den fornødne omhu*» ved vurderingen av om unntaket fikk anvendelse. Intensjonskunngjøringen er derfor ikke publisert «*etter regler fastsatt i forskrift*», og avskjærer ikke ileggelse av overtredelsesgebyr.
- (60) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 (1) første punktum, at klagenemnda «*skal*» ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom «*oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*». Av andre punktum fremgår det at klagenemnda «*kan*» ilegge gebyr dersom «*oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*».
- (61) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov.
- (62) Innklagede har forklart at de vurderte om det forelå kunngjøringsplikt, men fant at unntaket i anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav b kom til anvendelse.
- (63) Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha inngående kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser. Plikt til å kunngjøre anskaffelser befinner seg i kjernen av dette regelverket. Som klagenemnda har redegjort for over, finner nemnda det klart

at innklagede ikke i tilstrekkelig grad har godtgjort at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse på anskaffelsen. Innklagede burde foretatt nærmere undersøkelser og innhentet mer informasjon for å bekrefte eller avkrefte den oppfatning og erfaring ansatte hos innklagede mente å ha med de systemer som var tilgjengelige i markedet. Unntak fra kunngjøringsplikten skal som nevnt fortolkes strengt. Nemnda legger imidlertid vekt på at innklagede publiserte en intensjonskunngjøring og at det ikke ble mottatt innsigelser til denne. Det er heller ikke holdepunkter for at innklagede har hatt til hensikt å omgå regelverket. På denne bakgrunn vurderer nemnda innklagedes handlemåte som uaktsom.

- (64) Siden klagenemnda vurderer innklagedes handlemåte som uaktsom «*kan*» nemnda ifølge § 12 ilegge overtredelsesgebyr. Klagenemnda finner at innklagedes profesjonalitet og preventive hensyn tilsier at det er riktig å reagere med et overtredelsesgebyr, jf. loven § 12 første ledd andre punktum, jf. tredje ledd.

Gebyrets størrelse

- (65) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 (3) at det ved utmålingen av gebyret særlig skal legges vekt på «*bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen*», jf. anskaffelsesloven § 12 (3) første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. § 12 (3) andre setning.
- (66) Utmåling av overtredelsesgebyr skal i tråd med praksis fra klagenemnda fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/7, premiss 76. Nemndspraksis viser videre at gebyret normalt settes til 10 prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det verken finnes særlig formildende omstendigheter eller særlig skjerpene omstendigheter.
- (67) Det er ikke tvilsomt at anskaffelsen skulle vært kunngjort. Innklagede har foretatt seg lite for å verifisere om det eksisterte et marked for anskaffelsen, og hva markedet kunne tilby. Innklagede synes heller ikke å ha gjort en tilstrekkelig vurdering av hva vilkårene i unntaksbestemmelsen faktisk stilte krav om. I formildende retning taler at oppdragsgiver har foretatt en intensjonskunngjøring, som viser at innklagede ikke har hatt til hensikt å omgå regelverket. Innklagede mottok heller ingen innsigelser mot intensjonskunngjøringen.
- (68) Samlet sett finner klagenemnda at gebyret skal settes til fem prosent av anskaffelsens verdi.
- (69) Innklagede har i sine merknader til forhåndsvarselet oppgitt at fullstendig beløp under avtalen er fakturert med et nettobeløp på kroner 2 244 900 kroner. Dette er oppgitt å inkludere hele innklagedes betalingsforpliktelse overfor valgte leverandør, da innklagede ikke har planer om ytterligere uttak på avtalen. Gebyrets størrelse blir etter dette 112 245 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

*Direktoratet for forvaltning og økonomistyring ilegges et overtredelsesgebyr på
112 245*

- etthundreogtolvtusentohundreogførtifem - 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 § 12 sjette ledd. Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur