

KOPI



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Tilsynsrådet for advokatvirksomhet
Postboks 720 Sentrum
0106 OSLO

Dette varsel er sendt innklagede per post og e-post, med kopi til klager.

Deres referanse

Vår referanse
2009/229

Dato
19. januar 2010

Forhåndsvarsel om illeggelse av overtredelsesgebyr i sak 2009/229

Klager: Marius Reikerås

Innklaget: Tilsynsrådet for advokatvirksomhet

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage av 16. oktober 2009 fra Marius Reikerås (heretter kalt klager). Basert på sakens opplysninger, varsler Klagenemnda for offentlige anskaffelser om illeggelse av overtredelsesgebyr, jf. lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b. Klagenemnda kan etter denne bestemmelsen ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom *"oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse"*.
- (2) Forhåndsvarselet sendes Tilsynsrådet for advokatvirksomhet (heretter kalt innklagede) i medhold av forvaltningsloven § 16. Det vil i det følgende redegjøres for det faktum som legges til grunn, partenes anførsler og begrunnelsen for at klagenemnda varsler illeggelse av overtredelsesgebyr. Etter at fristen for kommentarer til forhåndsvarselet er utløpt, vil klagenemnda ta endelig stilling til om det skal ilegges et rettslig bindende overtredelsesgebyr.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede undertegnet 8. januar 2002 en samarbeidsavtale om levering av revisortjenester med Stiansen & Co AS. Det fremgikk at avtalen gjaldt fra 1. januar 2002 til 1. januar 2004, og kunne forlenges dersom partene var enige om dette.
- (4) Innklagede og Stiansen & Co AS forlenget samarbeidet ved tre anledninger. Første gang var ved avtale partene undertegnet 19. desember 2003, som løp fra 1. januar 2004 til 1. januar 2006. Neste gang var ved avtale undertegnet 8. desember 2005, med varighet fra

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

1. januar 2004 til 1. januar 2006. Den siste gangen var ved avtale undertegnet 24. januar 2008, som var angitt å gjelde fra 1. januar 2008 til 1. januar 2010.

- (5) I e-post fra innklagede til klagenemndas sekretariat 6. januar 2010 var det lagt ved en oversikt over utgifter til Stiansen & Co AS fra 2002 til 2009. Fra oversikten hitsettes:

"Totalt fra 2002 til 2009

	<i>Beløp med mva</i>	<i>Beløp uten mva</i>
2002	kr - 768 703,00	kr - 614 962,40
2003	kr - 1 611 153,00	kr - 1 288 922,40
2004	kr - 1 329 469,00	kr - 1 063 575,20
2005	kr - 1 546 075,00	kr - 1 236 860,00
2006	kr - 1 713 233,00	kr - 1 370 586,40
2007	kr - 1 232 316,00	kr - 985 852,80
2008	kr - 2 308 765,00	kr - 1 847 012,00
2009	kr - 1 797 588,00	kr - 1 438 070,40
	<u>kr - 12 307 302,00</u>	<u>kr - 9 845 841,60"</u>

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig direkte anskaffelse

- (6) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved at det fra 2001 er inngått samarbeidsavtaler med Stiansen & Co AS om revisortjenester, uten at anskaffelsene er kunngjort.

Inhabilitet

- (7) Det anføres at innklagedes styreleder, Christian Bruusgaard, var inhabil ved inngåelsen av avtalene med Stiansen & Co AS. Dette fordi Bruusgaard og Svein Erik Stiansen i Stiansen & Co AS, har medeierinteresser i en rekke felles selskaper, og disse medeierinteressene har vedvart i mange år.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig direkte anskaffelse

- (8) Innklagede erkjenner at regelverket for offentlige anskaffelser ikke er fulgt, og beklager dette. Tilsynsrådets virksomhet finansieres ved bidrag fra private, det vil si landets praktiserende advokater og retthjelpere. Dette var bakgrunnen for at innklagede ikke så at reglene om offentlige anskaffelser skulle vært anvendt.
- (9) Innklagede inngikk 8. januar 2002 avtale om levering av revisortjenester med Stiansen & Co AS. Oppdraget var kunngjort i dagspressen, og innklagede gjorde en samlet vurdering av de innkomne tilbud. Selv om reglene om offentlige anskaffelser ikke ble fulgt, ble likevel de fleste hensyn som disse reglene bygger på, ivaretatt ved avtaleinngåelsen. Ved forlengelsen av avtalen i 2003, kom et enstemmig styre til at engasjementet skulle videreføres. Advokat Christian Bruusgaard undertegnet 19. desember 2003 avtalen på innklagedes vegne. Avtalen ble deretter forlenget på samme måte 8. desember 2005, med virkning fra 1. januar 2006, og 24. januar 2008, med virkning fra 1. januar 2008.

- (10) Innklagede har tidligere erkjent overfor klager at reglene om offentlige anskaffelser skulle vært fulgt. På bakgrunn av dette kunngjorde innklagede 16. november 2009 en åpen anbudskonkurranse om revisjonsoppdrag fra 2010 og fremover.

Inhabilitet

- (11) Det anføres at klagenemnda må avvise klagers anførsel om inhabilitet, ettersom gjeldende kontrakt ble inngått for mer enn seks måneder siden, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Klagen inneholder påstand om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd.

Hvorvidt innklagede er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser

- (13) Ettersom klager har anført at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser, må klagenemnda først ta stilling til om innklagede omfattes av regelverket, jf. lov om offentlige anskaffelser § 2 jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 1-2.

- (14) Av lovens § 2 og forskriften § 1-2 første ledd følger det at regelverket for offentlige anskaffelser gjelder for statlige, kommunale, fylkeskommunale myndigheter, og "offentligrettslige organer". I forskriften § 1-2 andre ledd fremgår det at et offentligrettslig organ er ethvert organ:

"a. som tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og

b. som er et selvstendig rettssubjekt, og

c. som i hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer."

- (15) Slik klagenemnda ser det, er innklagede utvilsomt et selvstendig rettssubjekt som ivaretar allmennhetens behov ved å føre tilsyn med advokatvirksomhet. Innklagede er ikke av industriell eller forretningsmessig karakter. Videre har innklagede et "ledelses- [...] organ" der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige myndigheter, jf. forskriften § 1-2 første ledd jf. domstoloven § 225 andre ledd. Innklagede er dermed å anse som et "offentligrettslig organ" etter forskriften § 1-2 andre ledd, og omfattes således av regelverket.

Klagefrist - Ulovlig direkte anskaffelse

- (16) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse fra 2001, ved at det fra dette tidspunkt er inngått samarbeidsavtaler med Stiansen & Co AS. Klagenemnda må i denne forbindelse ta stilling til om klagefristen er overholdt, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd jf. lovens § 7b tredje ledd.

- (17) Av klagenemndsforordningen § 13a andre ledd fremgår følgende om klagefrist for ulovlige direkte anskaffelser:

"Klage kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd."

- (18) I lov om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd tredje og fjerde punktum fremgår følgende om foreldelse:

"Adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at tvisteløsningsorganet meddeler oppdragsgiver at det har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse."

- (19) En klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse må således fremsettes innen to år etter at kontrakt er inngått. I den foreliggende sak er samtlige av avtalene mellom innklagede og Stiansen & Co AS, med unntak av avtalen undertegnet av partene 24. januar 2008, inngått mer enn to år før klagen ble fremsatt for klagenemnda 16. oktober 2009. Klagefristen er dermed oversittet for disse avtalene. Når det gjelder avtalen som ble undertegnet 24. januar 2008, er klagen rettidig fremsatt.

Klagefrist - Inhabilitet

- (20) For anførsler som gjelder andre forhold enn ulovlige direkte anskaffelser, gjelder en klagefrist på seks måneder fra kontrakt ble inngått, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd. Den siste avtalen mellom innklagede og Stiansen & Co AS ble undertegnet 24. januar 2008. Klagers anførsel om at innklagedes styreleder var inhabil til å inngå samarbeidsavtalene, er således for sent fremsatt og vil ikke bli behandlet.

Hvorvidt det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

- (21) Ettersom klagefristen for avtalene om revisortjenester som ble inngått i 2002, 2003 og 2005 er oversittet, er spørsmålet om avtalen som ble undertegnet 24. januar 2008 er en ulovlig direkte anskaffelse.
- (22) I lov om offentlige anskaffelser § 7b første ledd er en ulovlig direkte anskaffelse definert som *"en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*.
- (23) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en verdi på over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1/§ 18-1, jf. § 2-1 andre ledd jf. § 2-2 første ledd.
- (24) I foreliggende sak er det uomtvistet at anskaffelsen ikke er kunngjort. Av innklagedes oversikt over utgifter til Stiansen & Co AS, fremgår det at kontraktens verdi eksklusiv merverdiavgift var på 1 847 012 kroner i 2008 og 1 438 070,40 kroner i 2009, det vil si til sammen 3 285 082,40 kroner.
- (25) Revisortjenester er etter forskrift om offentlige anskaffelser Vedlegg 5 nr. (9) en prioritert tjeneste. Anskaffelsen følger derfor etter sin verdi forskriften del III, jf. § 2-2 første ledd jf. § 2-1 femte ledd. Innklagede skulle således ha kunngjort anskaffelsen av revisortjenester etter forskriften § 18-1, og unnlatelsen av å gjøre dette medfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse etter lovens § 7b.
- (26) Klagenemnda bemerker i denne forbindelse at innklagede i tilsvaret 17. november 2009 har erkjent at reglene for offentlige anskaffelser ikke ble fulgt ved inngåelsen av

avtalene om levering av revisortjenester. Klagenemnda forstår dette slik at innklagede erkjenner at avtalen som ble undertegnet 24. januar 2008, var en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

(27) Av loven § 7b første ledd fremgår det at oppdragsgiver "kan" ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, "forsettelig eller grovt uaktsomt" foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av 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".

(28) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført "for å sikre større etterlevelse av regelverket". Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas saker 2008/221 premiss (38) og 2009/8 premiss (21).

(29) I klagenemndas sak 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:

"Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre 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."

(30) Det første spørsmålet klagenemnda må ta stilling til er om innklagede opptrådte forsettlig eller grovt uaktsomt ved inngåelse av kontrakt om revisortjenester uten forutgående kunngjøring av anskaffelsen.

(31) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 26 er det redegjort for skyldkravet i lovens § 7b første ledd på følgende vis:

"Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettelig 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."

(32) I foreliggende sak har innklagede vist til at ettersom virksomheten i hovedsak blir finansiert av privatpraktiserende advokater, antok ikke innklagede at reglene om offentlige anskaffelser kom til anvendelse. Slik klagenemnda forstår dette, var innklagede ikke klar over at virksomheten var å anse som et "offentligrettslig organ" jf.

loven § 2, jf. forskriften § 1-2. Klagenemndas vurdering ovenfor viser at dette var en feil rettsanvendelse. Klagenemnda forstår det for øvrig slik at innklagede i dag erkjenner at virksomheten er å anse som et *"offentligrettslig organ"* etter forskriften § 1-2 andre ledd.

- (33) Kunnskap om bestemmelsene er helt nødvendig og avgjørende for at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med regelverket. Innklagedes uriktige rettsanvendelse er knyttet til en sentral bestemmelse i forskriften, og det er etter klagenemndas oppfatning utvilsomt at innklagede er et *"offentligrettslig organ"* etter forskriften § 1-2 andre ledd. Etter klagenemndas syn må innklagede anses å ha høy juridisk kompetanse, og oppfordring til å sette seg særskilt inn i regelverket. Innklagedes vurdering representerer således et markert avvik fra det forsvarlige. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har opptrådt grovt uaktsomt ved ikke å kunngjøre anskaffelsen etter regelverket. Skyldkravet i lovens § 7b er dermed oppfylt.
- (34) På bakgrunn av innklagedes grovt uaktsomme handlemåte, hensynet til gebyrets preventive virkning, at anskaffelsen har skjedd helt uten konkurranse og at det er foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, finner klagenemnda at det skal ilegges gebyr i saken, jf. lovens § 7b andre ledd, jf. første ledd.

Gebyrets størrelse

- (35) Ved avgjørelsen av gebyrets størrelse skal det, i likhet med ved spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*, jf. lovens § 7b andre ledd. 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.
- (36) I foreliggende sak har innklagede anskaffet en tjeneste til en verdi av cirka 3,3 millioner kroner uten kunngjøring. Dette skyldes at innklagede ikke var klar over at virksomheten ble omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Etter klagenemndas syn er det som nevnt utvilsomt at innklagede er et *"offentligrettslig organ"* etter forskriften § 1-2 andre ledd. Preventive hensyn tilsier da at gebyret settes relativt høyt, jf. klagenemndas sak 2009/131 premiss (49). Dette gjelder desto mer når innklagede, som i den foreliggende sak, må anses som en høyt kvalifisert og profesjonell part til å foreta slike juridiske vurderinger. Videre trekker det i skjerpende retning at innklagede har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser. Det samme gjør det forhold at anskaffelsen har skjedd helt uten konkurranse, jf. klagenemndas sak 2009/39 premiss (37) med videre henvisninger til klagenemndas praksis. Også kontraktens verdi på cirka 3,3 millioner kroner trekker noe i skjerpende retning.
- (37) Klagenemnda kan ikke se at det foreligger forhold som trekker i förmildende retning i herværende sak.
- (38) Ved utmålingen av gebyret skal kontraktssummen på 3 285 082,40 kroner eksklusiv merverdiavgift legges til grunn. Klagenemnda har ut fra ovenstående vurdering kommet til at gebyret bør settes til 430 000 kroner. Dette utgjør cirka 13,1 prosent av kontraktens verdi.

Klagenemnda varsler herved om følgende vedtak:

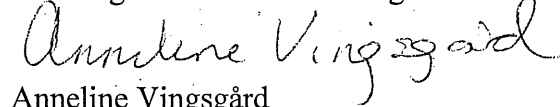
"Tilsynsrådet for advokatvirksomhet ilegges et overtredelsesgebyr på 430 000 - firehundreogtrettitusen – kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato."

Dersom Tilsynsrådet for advokatvirksomhet ønsker å uttale seg ytterligere i saken, må merknader være innkommet klagenemnda ved sekretariatet innen 14 virkedager fra dette brevs dato.

Bergen, 19. januar 2010

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,



Annelene Vingsgård
sekretariatsleder