



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede anskaffet prosjekteringstjenester i forbindelse med ombygging og renovering av et bygg, uten forutgående kunngjøring. Anskaffelsens verdi ble i anskaffelsesprotokollen angitt til kroner 500 000 eks. mva. Klagenemnda fant at spørsmål om denne kontrakten isolert utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse, var foreldet. Klagenemnda fant imidlertid at kontrakten var vesentlig endret i kontraktperioden, ved at valgte leverandør skulle utarbeide anbudsgrunnlag for delentreprise istedet for totalentreprise, og at valgte leverandør skulle delta i kontraheringsfasen og byggefasen. Kontrakten fikk med dette en helt annen karakter, og avtalens tidsramme og omfang ble betydelig utvidet. Det forelå derfor en ulovlig direkte anskaffelse, og innklagede hadde i dette henseende utvist grov uaktsomhet. For dette ble innklagede ilagt gebyr på 9 % av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 22. april 2014 i sak 2013/6

Klager: Gunnar Johnsen v/ Lenviklista

Innklaget: Lenvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Tone Kleven, Andreas Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Gunnar Johnsen v/ Lenviklista (heretter klager) mottatt 15. januar 2013. Saken gjelder påstand om at Lenvik kommune (heretter innklagede) har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med anskaffelse av prosjekteringstjenester ved ombygging og renovering av distriktmedisinsk senter (DMS) på Finnsnes.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 200 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Den 15. november 2010 sendte innklagede tilbudsforespørsel til fire leverandører for utarbeidelse av skisseprosjekt og anbudsgrunnlag for totalentreprise i forbindelse med planlagt ombygging og renovering av DMS på Finnsnes. Anskaffelsens verdi ble i anskaffelsesprotokollen av 20. desember 2010 anslått å være kroner 500 000 eks. mva. Tilbudsfristen var angitt til 3. desember 2010.
- (4) I tilbudsforespørselens vedlegg 2 var det spesifisert hvilke tjenester tilbudet skulle inneholde. For det første skulle tilbudet omfatte skisseprosjekt/forprosjekttegninger fra arkitekt med plan, snitt, fasader, situasjonsplan, perspektivtegninger mv. Videre skulle tilbudet inneholde tjenester til utarbeidelse av anbudsbeskrivelse til totalentreprise med både generell og teknisk beskrivelse av bygningsmessige arbeider, VVS-tekniske

arbeider og elektrotekniske arbeider. I tillegg skulle tilbudet omfatte generelle kostnader for prosjektmøter, prosjektledelse, befaring, reise, kontrollregning, innstilling og forhåndskonferanse, og bikostnader for kopiering, telefon og annonsering. I tilbudsforespørselens vedlegg 1 var et prisskjema der tilbyderne skulle fylle ut pris for henholdsvis "Skisseprosjekt", "Anbudsgrunnlag", "Generelt", "Bikostnader" og "Eventuelt".

- (5) Det ble levert to tilbud innen tilbudsfristen, fra Borealis Arkitekter AS og A3 arkitektkontor AS (heretter valgte leverandør). Valgte leverandørs pristilbud var kroner 568 000 eks. mva.

- (6) Tildelingsbeslutningen ble meddelt valgte leverandør ved brev av 7. desember 2010:

"[...] Etter en totalvurdering av tildelingskriteriene som fremom i konkurransegrunnlaget er A3 Arkitekter AS valgt som vinner av konkurransen.

Det blir nå sendt ut brev til den andre tilbyderen med resultatet, der de får en frist (17.12.10 kl. 12:00) til å komme med bemerkninger til innstillingen. Kontrakt vil ikke bli undertegnet før denne fristen."

- (7) Innklagede signerte kontrakt med valgte leverandør den 31. januar 2011. Oppdragsbeskrivelsen fulgte av kontraktens punkt 3:

"Fase 1: Skisseprosjekt iht. tilbud datert 03.12.2010 og dokumentleveringsplan.

Fase 2: Forprosjekt iht. tilbud datert 03.12.2010 og dokumentleveringsplan.

Fase 3: Anbudsdokumenter for totalentreprise iht. tilbud datert 03.12.2010 og dokumentleveringsplan."

- (8) Første faktura for oppdraget ble utstedt 17. januar 2011 pålydende 12 000 kroner eks. mva., og knyttet seg til "Honorar a konto pr. 31. desember 2010". Den 16. februar 2011 ble det utstedt faktura som gjaldt "tilleggsarbeider januar 2011 i hht vedlagt timeliste".

- (9) I kontraktens punkt 5 om underrådgivere, siderådgivere og andre medhjelpere var det presisert at tre tekniske rådgivere nevnt ved initialer skulle engasjeres av valgte leverandør innenfor rammen av avtalen.

- (10) Fra kontraktens punkt 7 hitsettes følgende om fastsatte tidsfrister:

"Oppdraget Fase 1 (skisseprosjekt) starter 20.12.2010 og skal leveres 04.02.2011.

Oppdrag Fase 2 (forprosjekt) startes 04.02.2011 og skal leveres 17.03.2011.

Oppdrag Fase 2 (anbudsdokumenter for totalentreprise) skal leveres 14.04.2011."

- (11) Kontraktens punkt 9 sa følgende om honorar for oppdraget og refusjon av utgifter:

*"Fase 1: Skisseprosjekt: Fast pris: **kr. 280 000,-** eks. mva.*

*Fase 2 og 3: Forprosjekt, anbudsdok. Fast pris: **kr. 240 000,-** eks. mva.*

*Generelt: Fast pris: **kr. 40 000,-** eks. mva.*

Bikostnader:

Fast pris: **kr. 8 000,-** eks. mva.

Ekstern kopiering (skisseprosjektmateriale, forprosjektmateriale, anbudsdokumenter mv) mv faktureres oppdragsgiver uten påslag.

Telefon, porto, plotting, intern kopiering faktureres med 1,5 % av honorar.

Priser inngår i honorar.

Tilleggsarbeid honoreres iht. A2 arkitektkontor AS gjeldende timepriser for den enkelte medarbeider."

- (12) Innklagede sendte brev til A3 arkitektkontor AS den 24. mai 2011 med dette innhold:

"Ombygging/renovering av DMS, tilleggsavtale Avtaledokument i to eks.

Oversender med dette tilleggsavtale vedrørende ovenfor nevnte prosjekt. Lenvik kommune ber med dette at 1 eks av avtale signeres av Dem og returneres oss [..]"

- (13) Det legges til grunn at det var følgende tilleggsavtale som ble vedlagt brevet:

"TILLEGG 1

Til avtale mellom Lenvik kommune (oppdragsgiver) og AS Arkitektkontor AS (prosjekterende) vedr:

Ombygging/renovering av Distriktsmedisinsk Senter (DMS) Finnsnes.

Avtalens punkt 3. Oppdragsbeskrivelse:

Utgår:

Anbudsdokumenter for totalentreprise utgår.

Tillegg:

Det skal utarbeides detaljprosjekt og beskrivende mengderegning og innhentes anbud på grunnlag av dette.

Anbudsinnhenting og kontrahering inngår i oppdraget.

Avtalens punkt 5. Underrådgivere, siderådgivere og andre medhjelpere:

Tillegg:

For detaljprosjekt-, anbud- og kontraheringsfasen engasjerer underkonsulenter [...] med honorar etter medgått tid. Disse engasjeres av A3 arkitektkontor som underkonsulenter. Videre engasjeres rådgivere innen brannvern og miljøsanering som sidekonsulenter i forprosjekt og detaljprosjektfasen.

Avtalens punkt 7. Tidsfrister

Ny tekst:

Oppdraget skal følge omforent framdriftsplan med følgende ramme:

Forprosjekt og rammesøknad innen 30. juni 2011.

Kontrahering entreprenør innen 31. oktober 2011.

Avtalens punkt 9. Honorar for oppdraget – Refusjon av utgifter

Første avsnitt erstattes med:

Fase 1. Skisseprosjekt: Honoreres med fastpris kr. 280 000 + andel av generelt og bikostnader kr 26 000. Beløpene er eks. mva.

Fase 2. Forprosjekt: Honoreres med fast pris kr. 220 000 (eks. mva.) inklusive andel av generelt og bikostnader samt søknad om rammetillatelse.

Fase 3: Detaljprosjektering: Honoreres etter medgått tid til A3 Arkitektkontor AS sine normale timesatser.

Fase 4: Anbud og kontrahering: Honoreres etter medgått tid til A3 Arkitektkontor AS sine normale timesatser.

Tilføyelse 2. avsnitt:

Under detaljprosjekt-, anbud- og kontrahering godtgjøres kostnader til reiser mellom Harstad og Finnsnes i tilknytning til møter med fast pris kr. 1000,- (eks mva) pr. reise."

- (14) Innklagede har forklart at tilleggsavtalen som ble sendt til valgte leverandør kun var et utkast til avtale, og at partene aldri undertegnet denne.
- (15) Den 3. november 2011 ble det kunngjort en åpen anbudskonkurranse om bygningsmessige arbeider og VVS installasjoner for ombygningen og renoveringen av DMS. Den 7. november 2011 ble det kunngjort en egen delentreprise for arbeid med el-installasjoner i samme prosjekt.
- (16) Klager har fremlagt en oversikt over fakturaer som innklagede har betalt valgte leverandør for tjenester i forbindelse med rehabiliteringen og ombygningen av DMS. Fakturaene strekker seg fra 17. januar 2011 til 25. april 2013 og har en samlet sum pålydende 2 838 849 eks. mva. Hver faktura henviser til hvilke tjenester den gjelder, og relaterer seg til enten til forprosjekt, skisseprosjekt, detaljprosjekt, kontrahering eller oppfølging i byggefasen. Fakturaene som gjelder skisseprosjekt, inkludert andel av generelt og bikostnader, og forprosjekt, utgjorde henholdsvis kroner 306 000 og kroner 220 000 eks. mva. Den første fakturaen som gjelder detaljprosjekt er utstedt den 22. august 2011. Totalt ble det fakturert for i overkant av 1 400 000 kroner for utarbeidelse av detaljprosjekt. Det er utbetalt 2 225 546 eks. mva. samlet for detaljprosjekt, kontrahering og oppfølging i byggefasen.
- (17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda den 15. januar 2013. Innklagede ble varslet om klagen ved klagenemndas brev av 29. januar 2013.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. mars 2014.

- (19) Ved brev av 21. mars 2014 ble innklagede sendt forhåndsvarsel om illeggelse av gebyr på kroner 200 000. Innklagede innga ikke kommentarer til forhåndsvarselet.
- (20) Saken er etter dette ferdigbehandlet i nemnda.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (21) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å tildele valgte leverandør en kontrakt til en verdi av kroner 2 838 849 kroner eks. mva. uten forutgående kunngjøring.
- (22) Innklagede foretok ikke et forsvarlig anslag av kontraktens verdi på tidspunktet for innhenting av tilbud. Den opplyste forventningen om at verdien av prosjektet ikke ville overstige 500 000 er ikke tilstrekkelig.
- (23) Avtalen med valgte leverandør ble i oppdragsperioden endret vesentlig, både i innhold og omfang. Av kontrakten med valgte leverandør fremgår det at det skulle utarbeides anbudsdokumenter til en totalentreprise. Tilleggsavtalen medførte en endring av kontrakten, ved at det skulle utarbeides anbudsdokumenter på delentrepriser i stedet for en totalentreprise. Tilleggsavtalen bestemte også at arkitekten og samarbeidende rådgivere skulle bistå ved gjennomføringen av konkurransen. Ved tilleggsavtalen ble også flere konsulenter tilført kontrakten. Fremdriften i avtalen ble endret, og faktureringen viser at innklagede har utbetalt til sammen kroner 2 838 849 eks. mva. i prosjektet. Det er lite sannsynlig at tilleggsavtalen ikke ble underskrevet av partene. Faktureringen viser uansett at partene forholdt seg til tilleggsavtalen.
- (24) Alle arbeidene som valgte leverandør har foretatt i forbindelse med prosjektering av renoveringsarbeider ved DMS må anses som en felles kontrakt som skulle vært kunngjort etter forskriften del III. Innklagede har delt opp arbeidene med den hensikt å unngå kunngjøringsgrensen.
- (25) Innklagede har utvist grov uaktsomhet. At innklagede har vært lite villig til å legge frem dokumenter i saken underbygger at innklagede har opptrådt grovt uaktsomt.

Innklagedes anførsler:

- (26) Klagen er ikke reist innen to år fra kontrakt er inngått, og er derfor ikke rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13A-2. Det er riktig at kontrakten med valgte leverandør ikke ble signert før 31. januar 2011, men kontrakten må anses inngått fra det tidspunktet tildelingsbrevet ble sendt tilbyderne, den 7. desember 2010. Dette fordi signeringen hadde blitt foretatt ved dette tidspunktet om det ikke hadde vært for at ordføreren var på ferie.
- (27) Klager har ikke deltatt i konkurransen og mangler derfor saklig klageinteresse jf. forordning om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.
- (28) Det bestrides at avtalen med valgte leverandør utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsen ble ikke kunngjort fordi det ble anslått at kontraktens verdi ikke ville overstige kroner 500 000 eks. mva. Valgte leverandørs pristilbud viser at innklagede gjorde et forsvarlig anslag av kontraktens verdi, og konkurransen er gjennomført i tråd med forordningen del I.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved kjøp av prosjekteringstjenester i forbindelse med ombygging og renovering av DMS på Finnsnes, og om det skal ilegges gebyr for dette. 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.

Klagenemndas myndighet til å behandle spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse

- (30) 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.
- (31) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser 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.
- (32) 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 den lød før 1. juli 2012. Ettersom både kontrakten og tilleggsavtalen i foreliggende sak ble inngått før 1. juli 2012, er det klagenemnda som skal behandle saken.

Hvorvidt klagen er rettidig

- (33) Av klagenemnds forskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter loven § 7b tredje ledd. 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 om at det er mottatt klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (34) I foreliggende sak ble klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse oversendt innklagede ved klagenemndas brev av 29. januar 2013. Kontrakten om prosjektering ble signert 31. januar 2011. Med utgangspunkt i signeringstidspunktet er kontrakten dermed inngått innen foreldelsesfristen. Innklagede anfører imidlertid at klagen ikke er rettidig, fordi kontrakten måtte anses inngått på tidspunktet for meddelelse av innklagedes tildelingsbeslutning den 7. desember 2010. Innklagede begrunner standpunktet med at det beror på en formalitet at kontrakten ble signert etter dette tidspunkt.
- (35) I henhold til forskriften del II § 13-3 (5) og del III § 22-3 (6) anses kontrakt inngått på det tidspunkt "*når begge parter har signert kontrakten*". Et slikt absolutt formkrav gjelder ikke etter alminnelig avtalerett. I NOU 2010:2 om Håndhevelse av offentlige anskaffelser s. 77 presiseres det at disse reglene utgjør et unntak fra alminnelige avtaleregler, med særlig det formål at det ikke skal oppstå tvil om hvorvidt meddelelsen om kontraktstildelingen i enkelttilfeller kan tolkes som en aksept av et tilbud og dermed medføre kontraktsinngåelse, og for å sikre notoritet over avtaleinngåelsen. Regelen har sin årsak i at forskriften gir hjemmel til både avlysning, klage og omgjøring inntil kontrakt undertegnes, slik at forskriften forutsetter at kontrakt ikke er bindende før dette tidspunkt, jf. også klagenemndas tidligere saker 2005/189 premiss (61) med videre henvisning.

Konkurransen i foreliggende sak er foretatt i henhold til forskriften del I, som ikke oppstiller tilsvarende skjæringspunkt for kontraktsinngåelse. Det er nærliggende å anse dette som en naturlig følge av at forskriften del I ikke krever at regelverkets foreskrevne anskaffelsesprosedyrer følges, og dermed heller ikke oppstiller regler om klageadgang, avlysning og omgjøring. De samme hensynene for å oppstille en slik skjæringsregel gjør seg ikke gjeldende. Forskriftens oppbygning tilsier dermed at det absolutte formkravet til kontraktsinngåelse kun gjelder for anskaffelser har fulgt prosedyrene etter forskriften del II og III.

- (36) Foreliggende sak gjelder spørsmål om det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. I NOU 2010:2 s. 77 uttales det at *"Skjæringsregelen har således til hensikt å sikre at meddelelsen ikke blir oppfattet som en aksept av tilbud. Hensikten er derimot ikke å generelt overstyre avtaleretten. Det vil for eksempel si at det fortsatt vil være den alminnelige avtaleretten som må ligge til grunn for en vurdering av om det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse og om partene er bundet seg imellom"*. Klagenemnda har også gjennomgående lagt til grunn alminnelige avtalerettslige synspunkt i vurderingen av når en kontrakt anses inngått ved en ulovlig direkte anskaffelse i tidligere saker.
- (37) Med dette utgangspunktet kan innklagedes meddelelse om at valgte leverandør var vinner av konkurransen som referert til i premiss (6), tolkes som en betinget aksept av valgte leverandørs tilbud, slik at kontrakt anses inngått ved utløpet av klagefristen som var fastsatt i meddelelsesbrevet. Videre var det presisert i kontrakten at oppdraget skulle påbegynnes 20. desember 2010, jf. premiss (10). Også fakturaoversikten viser at innklagede allerede 17. januar 2011 mottok faktura som gjaldt *"Honorar a konto pr. 31. desember 2010"*. Faktura fra 16. februar 2011 gjaldt også betaling for *"Tilleggsarbeider januar 2011 i hht. vedlagt timeliste"*. I tråd med innklagedes anførsel, tilsier det faktum at arbeidene var påbegynt og fakturert for, at signeringen av kontrakten var en formalitet. I klagenemndas tidligere sak 2010/1 premiss (63) og (64) ble det ansett som tilstrekkelig for inngått avtale at innklagede hadde betalt faktura i henhold til valgte leverandørs pristilbud. Klagenemnda finner at kontrakten i foreliggende sak må anses inngått i desember 2010.
- (38) Siden kontrakten er inngått i desember 2010, er den delen av klagen som relaterer seg til spørsmålet om denne kontrakten isolert sett utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, foreldet. Klager har imidlertid også anført at kontrakten ble vesentlig endret i oppdragsperioden, og at denne endringen må likestilles med en ny kontraktinngåelse som skulle vært kunngjort i tråd med forskriftens kunngjøringsregler. For dette spørsmålet er klagen rettidig, og det er dette som er gjenstand for klagenemndas behandling av klagen.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (39) Av loven § 7b første ledd, 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 i medhold av loven"*, jf. forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1. Kunngjøringsplikt etter forskriften del II inntreder ved anskaffelser der verdien overstiger 500 000 kroner eks. mva., jf. forskriften § 2-1 (2). For slike tjenesteytelser som foreliggende sak gjelder, inntreder videre kunngjøringsplikt etter forskriften del III for anskaffelser der verdien overstiger kroner 1 600 000 eks. mva. jf. forskriften 2-2 (1).

- (40) I den opprinnelige kontrakten med valgte leverandør, var det fastsatt at oppdraget gjaldt utarbeidelse av skisseprosjekt, forprosjekt og utforming av anbudsgrunnlag til totalentreprise. Kostnadene for oppdraget var i kontrakten angitt til kroner 568 000 eks. mva. Klagenemnda legger til grunn at det i mai 2011 ble utarbeidet en tilleggsavtale som vist til i premiss (12 og 13). Det fremgikk av tilleggsavtalen punkt 3 at den delen av oppdraget som gjaldt utforming av anbudsgrunnlag til totalentreprise, ble endret til at valgte leverandør skulle utføre detaljprosjekteringen, og utarbeide anbudsgrunnlag for delentrepriser. I tillegg skulle oppdraget omfatte anbudsinnhenting og bistand ved kontrahering. Innklagede hevder at tilleggsavtalen ikke ble signert. Likevel viser fakturaoversikten at oppdraget ble fakturert i overensstemmelse med disse endringene i forslaget. I samsvar med opplysningene i tilleggsavtalen ble det også kunngjort to delentrepriser henholdsvis 3. og 7. november, jf. premiss (15). Klagenemnda legger derfor til grunn at tilleggsavtalen ble inngått med det innhold som gjengitt ovenfor i premiss (13). I tillegg til disse endringene, viser fakturaoversikten at valgte leverandør også utførte arbeid som gjaldt oppfølging i byggefasen.
- (41) Innklagede betalte valgte leverandør totalt kroner 2 838 849 eks. mva. for tjenester utført i forbindelse med renovering og ombygging av DMS. Ettersom den opprinnelige kontraktsinngåelsen er foreldet, er det kun verdien av endrings- og tilleggsarbeidene som skal legges til grunn ved vurderingen av om det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. klagenemndas tidligere sak 2011/49 premiss (25) og (26).
- (42) Når det gjelder hvilken verdi endrings- og tilleggsarbeidene hadde, har ikke innklagede vist til om det ble innhentet pris på disse arbeider, eller om det ble foretatt en vurdering av verdien av disse på tidspunktet tilleggsavtalen ble inngått. I mangel av andre holdepunkter for hva som ville vært et forsvarlig anslag av endrings- og tilleggsarbeidenes verdi, finner klagenemnda at det beløp innklagede faktisk har betalt for de aktuelle endrings- og tilleggsarbeidene må legges til grunn, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/165 premiss (40) med videre henvisninger. Fratrullet det beløp innklagede betalte valgte leverandør for skisseprosjekt og forprosjekt på henholdsvis kroner 306 000 og 220 000 eks. mva. i henhold til den opprinnelige avtalen, utgjør de faktiske kostnadene for endrings- og tilleggsarbeidene kroner 2 312 849 kroner eks. mva.
- (43) Det er ubestridt at de aktuelle endrings- og tilleggsarbeidene ikke var omfattet av den opprinnelige kontrakten. Det er videre ubestridt at endrings- og tilleggsarbeidene ikke var kunngjort, og at verdien av disse samlet oversteg terskelverdien § 2-2 (1), for anskaffelser etter forskriften del III.
- (44) I sak C-454/06 (presstext) tok EU-domstolen stilling til om endringer i avtalen mellom partene måtte anses som så vesentlige at en i realiteten stod ovenfor en ny kontrakt. Avgjørelsen er sentral, og EU-domstolen uttaler seg i sakens premiss 34-37 om det prinsipielle utgangspunktet, samt gir eksempler på hva som vil anses som vesentlige endringer:

34 Med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer (jf. i denne retning dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 44 og 46).

35 En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.

36 Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri. [...]

37 En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser."

- (45) Disse problemstillingerne er også behandlet av klagenemnda i en rekke saker. Det avgjørende er om endrings- og tilleggsarbeidene etter en helhetsvurdering anses som vesentlige endringer av prosjekteringskontrakten, slik at de representerer en ny kontrakt som krever kunngjøring. I vurderingen er det sentralt hvorvidt endringen har rimelig kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den opprinnelige avtalen, og om den med endringen får et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort, jf. blant annet klagenemndas sak 2012/127 premiss (31) med videre henvisninger.
- (46) Endringene innebar blant annet at det skulle utarbeides anbudsgrunnlag for delentrepriser i stedet for totalentreprise. Selv om utarbeidningen av anbudsgrunnlag har en direkte tilknytning til den opprinnelige kontrakt, medførte endringen fra totalentreprise til delentreprise at valgte leverandør skulle utføre detaljprosjekteringen. Oppdraget fikk med dette en annen art. Denne endringen alene førte videre til en tredoblet økning av leveransens verdi i forhold innklagedes opprinnelige anslag. Dette tilsier i seg selv at kontraktens omfang og innhold var vesentlig endret.
- (47) Valgte leverandør skulle videre delta i kontraheringsfasen og byggefasen. Dette medførte at avtalen fikk en helt annen karakter enn opprinnelig fastsatt. Avtalens tidsramme ble også betydelig utvidet. Opprinnelig skulle oppdraget være ferdigstilt den 14. april 2011, men siste faktura er utstedt 25. april 2013, altså over to år etter fastsatt leveringstid. Samlet økte av verdien av leveransen nesten seks ganger i forhold til innklagedes opprinnelige estimat.
- (48) På denne bakgrunn må det konstateres at kontrakten er vesentlig endret. Endrings- og tilleggsarbeidene representerer derfor en ny kontrakt som krever kunngjøring etter forskriften. Innklagede har ikke anført at det foreligger unntak fra kunngjøringsplikten. Det foreligger dermed en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet

- (49) Etter loven § 7b første ledd er det et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt "*forsettlig eller grovt uaktsomt*".
- (50) I ot.prp. nr. 62 (2005-2006), om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, er det nærmere redegjort for skyldkravet. Det fremkommer blant annet at:

- (51) *"Det er et vilkår for å illegge 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 rettsuvitenhet 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."*
- (52) Det forutsettes i forarbeidene at offentlige oppdragsgivere har god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede har ikke dokumentert at anskaffelsesregelverkets kunngjøringsregler ble vurdert i forbindelse med endringen av kontrakten. Innklagede har heller ikke fremholdt grunner til hvorfor endrings- og tilleggsarbeidene ikke ble kunngjort. Som vist ovenfor, er det ikke tvilsomt at kontrakten ble vesentlig endret, og verdien av endrings- og tilleggsarbeidene overskred klart terskelverdien for kunngjøring etter forskriften del III. Verdien av den opprinnelige kontrakten, medfører etter klagenemndas mening at innklagede måtte være særlig oppmerksom på at endringer i kontrakten kunne være problematisk i forhold til forskriftens kunngjøringsregler. På det tidspunkt det ble aktuelt å innta endringer i kontrakten, hadde innklagede uansett oppfordring til å vurdere forholdet til anskaffelsesregelverket og kunngjøre anskaffelsen. At dette ikke ble gjort, må etter omstendighetene i saken i det minste anses grovt uaktsomt. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (53) Det følger av loven § 7b første ledd at oppdragsgiver *"kan"* ilegges overtredelsesgebyr dersom innklagede eller noen som handler på dennes vegne har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse og skyldkravet i loven er oppfylt. Ved vurderingen av hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr *"skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*.
- (54) 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 sak 2010/305 premiss (37) med videre henvisninger. I saken ble det videre vist til klagenemndas sak 2007/90 premiss 52 hvor det ble lagt til grunn følgende:
- (55) *"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."*
- (56) Innklagede har vist til at anskaffelsen er gjennomført i henhold til det grunnleggende kravet til konkurranse etter forskriften del I, ved at tilbudsforespørsel ble tilsendt fire leverandører. Dette gjelder imidlertid bare for det opprinnelige oppdraget. Endrings- og

tilleggskontraktene representerer en ny kontraktsinngåelse som skulle vært kunngjort. Det foreligger i denne saken en klar forsømmelse av kunngjøringsplikten, og anskaffelsesverdien er ikke ubetydelig. Klagenemnda viser også til at Lenvik kommune tidligere har foretatt ulovlige direkte anskaffelser jf. klagenemndas saker 2012/72 og 2012/113. Det ble imidlertid ikke funnet grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr i noen av disse sakene, og momentet tillegges derfor ikke særlig vekt i retning av at gebyr bør ilegges. Klagenemnda er på bakgrunn av de øvrige momenter kommet til at det bør ilegges overtredelsesgebyr.

Gebyrets størrelse

- (57) Ved beregningen av gebyrgrunnlaget tar klagenemnda utgangspunkt i endrings- og tilleggsarbeidenes faktiske verdi. Gebyrgrunnlaget utgjør da kroner 2 312 849 eks. mva.
- (58) 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.
- (59) Når det gjelder gebyrets størrelse i foreliggende sak, vises det til de vurderinger som er gjort om skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. Klagenemndas avgjørelse i sak 2011/322 har visse likhetstrekk til foreliggende sak. I den saken ble det ilagt gebyr for 7,5 prosent for å ha anskaffet tjenester til en verdi av 1 846 449 kroner, uten forutgående kunngjøring. I saken la nemnda vekt på i formildende retning at innklagede hadde gjennomført en anskaffelsesprosedyre etter forskriften del I. Innklagede har også i foreliggende sak lagt til rette for en viss konkurranse ved å innhente flere tilbud på den opprinnelige kontrakten, noe som isolert taler for en noe lavere gebyrsats enn om dette ikke var gjort. I motsatt retning veier at endringen i omfang og innhold fremstår som et bevisst valg som primært var forårsaket av interne vurderinger hos innklagede, og ikke av uventede hendelser eller lignende i kontraktgjennomføringen.
- (60) I foreliggende sak har innklagede unndratt et høyere beløp fra kunngjøring enn i sak 2011/322, og gebyrsatsen bør derfor settes høyere enn i denne saken.
- (61) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 9 prosent av anskaffelsens verdi. Ut fra anskaffelsens verdi på kroner 2 312 849 kroner avrundes gebyret til 200 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

” Lenvik kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 200 000

- tohundretusen - 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.

Bergen, 22. april 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl