



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder ulovlig direkte anskaffelse av bygningsmessige og tekniske arbeider for rehabilitering av Åsnes kirke. Det ble først kunngjort en konkurranse, som senere ble avlyst. Deretter ble det kunngjort en ny konkurranse. Den andre konkurransen ble imidlertid også avlyst, samtidig som avlysningen av den første konkurransen ble omgjort og kontrakt inngått. Klagenemnda kom til at innklagede hadde plikt til å avlyse den første konkurransen, fordi konkurransegrunnlaget ikke var tilstrekkelig klart, og at kontraktsinngåelsen bl.a. derfor var en ulovlig direkte anskaffelse. Åsnes kirkelige fellesråd ble ilagt et gebyr på 7 prosent av anskaffelsens verdi avrundet til 570 000 kroner. Nemnda tok ikke stilling til klagers øvrige anførsler vedrørende gjennomføringen av den første konkurransen. Nemnda kom også til at innklagede hadde brutt forskriften § 10-4 (1) ved å avlyse den andre konkurransen uten saklig grunn. Klagers anførsler om inhabilitet og konkurransefordel førte ikke frem.

Klagenemndas gebyrvedtak 27. februar 2020 i sak 2018/126

Klager: Astra Bygg & Entreprenør AS

Innklaget: Åsnes kirkelige fellesråd

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik

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

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Åsnes kirkelige fellesråds (heretter kalt *innklagede*) anskaffelse av bygningsmessige og tekniske arbeider for rehabilitering av Åsnes kirke.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og at det skal ilegges et gebyr på 570 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) På vegne av innklagede kunngjorde Arkitektlaget AS 10. august 2017 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av bygningsmessige og tekniske arbeider for rehabilitering av Åsnes kirke. Tilbudsfristen var 4. september 2017, men ble utvidet til 18. september 2017 kl. 13.00.
- (4) I kunngjøringen var følgende adresse oppgitt i del I «Oppdragsgiver», punkt I.1):

«Arkitektlaget AS

984 010 524

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

Postb. 611

Kongsvinger

2204»

- (5) Det fremgikk av kunngjøringen punkt I.3) «*Kommunikasjon*» at «*Tilbud eller forespørsel om å delta sendes til adressen ovenfor*».

- (6) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.3 «*Levering av tilbudet, innpakning og format*» fremgikk det:

«Tilbudet skal leveres i lukket nøytral konvolutt og merkes med «Åsnes kirke, REHABILITERING».

Tilbudet leveres til:

Arkitektlaget AS

Norskogveien 10

2211 Kongsvinger»

- (7) Tildelingskriteriene var pris (60 prosent) og «*gjennomføringsevne/kompetanse*» (40 prosent). Av konkurransegrunnlaget punkt 1.1 fremgikk det at «*Arbeidet er planlagt å starte opp august 2017 og ferdigstilles sommer 2018, ref. tildelingskriterie*». Henvisningen til tildelingskriteriene gjaldt, slik klagenemnda forstår det, tilbudsskjemaets punkt C.1.1, hvor tilbyderne skulle oppgi beregnet byggetid. Her fremgikk det også at «*Arbeidet forventes å kunne startes opp umiddelbart etter kontrahering i aug/september 2017*».

- (8) Innen tilbudsfristen den 18. september 2017 kl. 13.00 mottok innklagede tilbud fra Solør Hus AS (heretter *valgte leverandør*) og Kulturminnekompaniet AS. Kulturminnekompaniet AS ble avvist som følge av forhold som ikke er tema i foreliggende sak. Det er opplyst at prisen i Kulturminnekompaniet AS sitt tilbud var på 8 335 235 kroner, og at prisen i valgte leverandørs tilbud var på 12 906 603 kroner.

- (9) Den 14. september, fire dager før tilbudsfristen, leverte også Astra Bygg & Entreprenør AS (heretter *klager*) tilbud i konkurransen. Tilbudet ble ikke sendt til postboksadressen som var oppgitt i kunngjøringen, men til adressen oppgitt i konkurransegrunnlaget. Tilbudet kom ikke frem. Innklagedes representant ventet et tilbud fra klager og tok derfor kontakt med klager per telefon. Klager fikk anledning til å sende innklagede tilbudet og kvittering for postforsendelse av tilbudet per e-post. Den 18. september 2017 kl. 10.08 oversendte klager sitt tilbud per e-post. Klager oversendte senere også bilde av konvolutt som var sendt i retur. Det var påført et klistremerke fra posten på konvolutt, hvor det var krysset av for at årsaken til at konvolutt ble sendt i retur, var at adressen var ukjent. Klagers tilbud var på 11 335 861 kroner.

- (10) I brev av 25. september 2017 til klager, meddelte innklagede at klagers tilbud var avvist av følgende grunner:

«•Tilbud ikke ankommet innenfor fristens utløp.

•*Innsendt tilbud på e-post etter fristens utløp ikke godkjent.*

•*Innsendt kopi av postforsendelse ikke godkjent. Denne er kun en portokvittering. Skulle vært en kvittering for rekommandert forsendelse.»*

- (11) Det ble også opplyst at det ville bli innledet forhandlinger med valgte leverandør. Innklagede har senere opplyst at kontrakt ble tildelt denne leverandøren.
- (12) Klager sendte 4. oktober 2017 en klage med krav om avlysning av konkurransen på grunnlag av feil i konkurransegrunnlaget, og varsel om fremsettelse av erstatningskrav.
- (13) Innklagede innhentet en juridisk vurdering fra en advokat som konkluderte med at innklagede hadde plikt til å avvise klager og påpekte en risiko for at innklagede kunne bli erstatningsansvarlig overfor klager. Advokaten presiserte også at det kunne være adgang til å avlyse konkurransen dersom det forelå saklig grunn, for eksempel fordi det bare var én leverandør igjen i konkurransen, eller på grunn av feil adresse i konkurransegrunnlaget.
- (14) Det er opplyst at innklagede deretter avlyste konkurransen ved e-post av 19. oktober 2017, hvor overnevnte juridiske vurdering var vedlagt. Innklagede kunngjorde deretter en ny konkurranse 24. oktober 2017 med revidert konkurransegrunnlag. Den 7. november kunngjorde imidlertid innklagede at den siste utlysningen var «*avlyst inntil videre*».
- (15) Innklagede sendte den 27. november 2017 et brev til klager. Av brevet gikk det frem at den opprinnelige beslutningen om å avlyse den første konkurransen, var omgjort. Grunnen til dette ble forklart å være en etterfølgende vurdering, som viste at avlysningen var i strid med anskaffelsesregelverket. I brev til klager av 28. november utdypet innklagede denne begrunnelsen. Valgte leverandør ble etter dette tildelt kontrakten som vinner av den første konkurransen. Den 7. desember 2017 ble det kunngjort at den andre konkurransen var avlyst.
- (16) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 14. mars 2018.
- (17) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 21. mars 2018.
- (18) Nemndsmøte om utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 9. desember 2019.
- (19) Klagenemnda sendte 16. desember 2019 ut varsel om ileggelse av gebyr. Slik saken var opplyst varslet klagenemnda et gebyr på 10 prosent.
- (20) Ved skriv datert 3. februar 2020, kom innklagede med merknader til forhåndsvarselet.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (21) Innklagede hadde plikt til å avlyse den første konkurransen i henhold til forskriften § 10-4. Flere grunnlag utløser avlysningsplikten.
- (22) Innklagede har forlenget tilbudsfristen etter anmodning fra valgte leverandør. Dette er i strid med loven § 4, og bruddet har virket inn på konkurransen.

- (23) Dette må ses i sammenheng med at styreleder hos valgte leverandør, Kåre Fjeld, var medlem av restaureringskomitéen for Åsnes kirke. I tillegg er sønnene hans styremedlemmer og aksjonærer i valgte leverandør. Dette var egnet til å gi valgte leverandør en klar fordel ved inngivelsen av tilbud på grunn av Fjelds særlige kunnskap om oppdragets art og omfang, samt byggherrens særlige ønsker og behov. Innklagede har ikke truffet egnede tiltak for å sikre at valgte leverandør ikke fikk en urimelig konkurransefordel, jf. forskriften § 8-2. Valgte leverandørs deltakelse i konkurransen var i strid med kravet til likebehandling i loven § 4. Dette representerer også et brudd på habilitetsreglene. Samlet sett medfører disse forholdene at innklagede pliktet å avlyse konkurransen.
- (24) Innklagede skulle videre ha avvist valgte leverandør ettersom denne leverandøren ikke oppfylte kravet om finansiell gjennomføringsevne. Valgte leverandør leverte ikke årsregnskap med styrets og revisors beretning til tross for at dette var påkrevd.
- (25) Innklagede hadde videre risikoen for at klagers tilbud kom inn for sent. Dersom det bare var mulig med fysisk levering, måtte dette vært presisert i konkurransegrunnlaget. Uklarheter i konkurransegrunnlaget er oppdragsgivers risiko, noe også deres advokat har konkludert med. I kunngjøringen fremgår det dessuten at tilbudet kunne inngis både per post og ved fysisk innlevering. Denne uklarheten medfører avlysningsplikt. Klager har krav på erstatning i form av positiv kontraktsinteresse, subsidiært negativ kontraktsinteresse.
- (26) Ettersom den første konkurransen måtte avlyses, forelå det ikke saklig grunn til avlysningen av den andre konkurransen. Denne avlysningen var ulovlig. Tildeling av kontrakt til valgte leverandør må derfor også anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Videre skjedde kontraktsinngåelse så lenge etter vedståelsesfristens utløp at tidsforløpet førte «til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud», jf. forskriften § 8-15 (3). Også på dette grunnlag har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

- (27) Det bestrides at innklagede hadde plikt til å avlyse den første konkurransen. Innklagede hadde heller ikke rett til å avlyse.
- (28) Det er ikke riktig at forlengelsen av tilbudsfristen ble gjort for at valgte leverandør skulle kunne inngi tilbud. Forlengelsen skjedde som følge av at det 24. og 25. august ble gjort avklaringer i enkelte av postene og tegningene i konkurransegrunnlaget. Dette er saklig grunn. Under enhver omstendighet ville ikke en utsettelse av fristen medføre en plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen.
- (29) Videre bestrides det at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Valgte leverandør innga en kredittrapport fra Bisnode som var basert på regnskapstall fra 2014, 2015 og 2016, som konkluderte med at økonomien var tilfredsstillende og ga grunnlag for kredittrating AA (god kredittverdighet). Kravet til finansiell gjennomføringsevne var dermed oppfylt.
- (30) Valgte leverandør har ikke hatt en konkurransefordel. Fjeld hadde ingen befatning med anskaffelsen utover å bistå med å organisere dugnad for fjerning av inventar i kirken. Utredningen og planleggingen av hvilke arbeider som skulle utføres i kirken, utformingen

av konkurransedokumentene og gjennomføringen av anskaffelsen, ble i sin helhet gjennomført av Arkitektlaget ved Ole A. Stenberg. Fjeld trådte også ut av restaureringskomitéen ved behandlingen av anskaffelsen. Han deltok ikke på møter som omhandlet anskaffelsen eller var involvert i behandlingen av denne på noen måte. Dette viser referatene fra møtene.

- (31) Til sist bestrides det at innklagede hadde risikoen for at klagers tilbud kom inn for sent. Kunngjøringen og konkurransegrunnlaget ga sammen tilstrekkelige opplysninger om hvilken adresse tilbud skulle henholdsvis sendes eller leveres direkte til.
- (32) Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse bestrides.
- (33) I etterkant av mottak av forhåndsvarselet har innklagede gjort gjeldende følgende:
- (34) Det fastholdes at det ikke foreligger brudd på anskaffelsesreglene, og det bestrides at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (35) Vedståelsesfristen ble forlenget i møte med valgte leverandør 13. februar 2018. Det finnes imidlertid ikke noe skriftlig dokumentasjon fra dette møtet som kan bekrefte dette. Det fastholdes at valgte leverandør ved konkludent atferd har vist at selskapet fortsatt ønsket å være bundet av sitt tilbud, og ved det forlenget vedståelsesfristen.
- (36) Den første etappen av arbeidene gjaldt gulv og veggkonstruksjoner der deler måtte fjernes og erstattes etter behov. Dette var i hovedsak et innendørs arbeid som i liten grad ble påvirket av vær/årstiden de ble utført. Det nye oppstartstidspunktet medførte derfor ikke at kretsen av tilbydere ville vært en annen, eller at tilbudene ville ha fått et annet innhold dersom den utsatte vedståelsesfristen hadde vært kjent.
- (37) For det tilfelle at klagenemnda skulle opprettholde konklusjonen om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, bestrides det at overtredelsesgebyret skal fastsettes så høyt som i varselet. Det samlede vederlaget er på totalt 8 115 685,97 kroner ekskl. mva. Anskaffelsens verdi er følgelig lavere enn det nemnda har lagt til grunn og et eventuelt overtredelsesgebyr må følgelig justeres ned i henhold til dette.
- (38) Man sto i en vanskelig situasjon der beslutningen om å avlyse den første konkurransen var påklaget av valgte leverandør. Etter å ha innhentet ekstern juridisk bistand, valgte man å avlyse den andre konkurransen og tildele kontrakten etter den opprinnelige konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (39) Klagers anførsler knytter seg både til gjennomføringen av konkurransen som ble kunngjort 10. august 2017, og innklagedes senere kontraktsinngåelse med valgte leverandør, som klager anfører utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Det er en slik sammenheng mellom disse anførselene at klagenemnda har valgt å behandle dem samlet i én sak.
- (40) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 6. For anførselen om ulovlig direkte anskaffelse gjelder det ikke et krav til saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 13a første ledd. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rehabilitering av en kirke, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi

var ikke angitt, men tilbudene i konkurransen lå mellom 8 335 235 kroner og 12 906 603 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Inhabet og konkurransefordel

(41) Klager anfører at valgte leverandør har hatt en konkurransefordel som ikke er utjevnet, og at Kåre Fjeld, som var medlem av innklagedes restaureringskomité, har vært inhabil. Bakgrunnen er at Fjeld blant annet er styreleder i valgte leverandør, og at hans to sønner er styremedlemmer og aksjonærer i selskapet.

(42) Innklagede har bestridt klagers anførsel, og har i denne forbindelse uttalt følgende:

«[Innklagede] var svært oppmerksom på at Kåre Fjelds deltakelse i restaureringskomitéen ikke skulle gi en urimelig konkurransefordel til Solør Hus. Av denne grunn hadde ikke Fjeld noen befatning med anskaffelsen av rehabiliteringsarbeidene, ut over å bistå med å organisere dugnad for fjerning av inventar i kirken. Han deltok ikke verken i planleggingen eller gjennomføringen av anskaffelsen. Utredningen og planleggingen av hvilke arbeider som skulle utføres i kirken, utformingen av konkurransedokumentene og gjennomføringen av anskaffelsen ble i sin helhet forestått av Arkitektlaget v/ Ole A. Stenberg.»

(43) Innklagede har i denne forbindelse fremlagt en rekke møtereferater fra restaureringskomitéen. Her fremgår det at Fjeld ikke har deltatt på møtene som utelukkende omhandlet anskaffelsen, og at han har forlatt møtene når anskaffelsen ble diskutert.

(44) Slik saken er opplyst, har nemnda ikke grunnlag for å konstatere at valgte leverandør har hatt en konkurransefordel som ikke er utjevnet. Nemnda har heller ikke grunnlag for å konstatere at Fjelds deltakelse som medlem av innklagedes restaureringskomité, representerer en slik tilrettelegging av grunnlaget for valg av leverandør, at forskriften § 7-5, jf. forvaltningsloven § 6, er overtrådt.

Avlysningen av den første konkurransen

(45) Innklagede kunngjorde først en konkurranse 10. august 2017 der klager og en annen leverandørs tilbud ble avvist, og valgte leverandørs tilbud gjensto. Valgte leverandør ble etter det opplyste tildelt kontrakt. Denne konkurransen ble som nevnt avlyst 19. oktober 2017.

(46) 24. oktober 2017 ble det utlyst ny konkurranse som også ble avlyst. Begrunnelsen for dette var at innklagede mente det var i strid med regelverket å avlyse den første konkurransen, ettersom kontrakt allerede var lovlig tildelt valgte leverandør i denne konkurransen.

(47) Klager anfører at innklagede hadde plikt til å avlyse den første konkurransen. Flere grunnlag for avlysningsplikt er anført. Ett av disse er at anskaffelsesdokumentene var uklare, og nemnda tar først stilling til dette.

(48) Utgangspunktet er at anskaffelsesdokumentene skal utformes klart nok til at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige tilbydere kan forstå det på samme måte, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-368/10 (Max Havelaar) premiss 109.

(49) I kunngjøringen var postboksadressen til Arkitektlaget AS oppgitt som en del av informasjonen om oppdragsgiver, og det ble opplyst at tilbud skulle *sendes* til denne adressen.

(50) I konkurransegrunnlaget fremgikk også en adresse til Arkitektlaget AS. Her stod det at tilbud skulle *leveres* til denne adressen. Det aktuelle punktet i konkurransegrunnlaget punkt 4.3 hadde overskriften «*Levering av tilbudet, innpakning og format*», og var utformet på følgende måte:

«Tilbudet skal leveres i lukket nøytral konvolutt og merkes med «Åsnes kirke, REHABILITERING».

Tilbudet leveres til:

Arkitektlaget AS

Norskogveien 10

2211 Kongsvinger»

(51) Innklagede har fremhevet at ordlyden «*skal leveres*» viser at tilbudet måtte overleveres fysisk dersom adressen i konkurransegrunnlaget ble benyttet. Innklagede har i denne forbindelse fremholdt at leverandørene måtte forstå at adressen i konkurransegrunnlaget var en besøksadresse som tilbud måtte leveres direkte til, mens adressen i kunngjøringen måtte benyttes hvis man ville sende tilbud med post.

(52) Når konkurransegrunnlaget og kunngjøringen leses i sammenheng, er det for så vidt mulig å utlede det innklagede her hevder var meningen å uttrykke; at det i kunngjøringen var oppgitt en postboksadresse som tilbudene kunne sendes til, og at det i konkurransegrunnlaget var oppgitt en besøksadresse som tilbudet kunne leveres til. Leverandørene må imidlertid kunne forvente at denne typen sentral informasjon blir oppgitt på en klarere måte. At konkurransegrunnlaget punkt 4.3 brukte ord som *levering*, og *skal leveres*, gjør det på ingen måte klart at levering med post ikke var mulig.

(53) Etter klagenemndas syn var anskaffelsesdokumentene derfor ikke utformet tilstrekkelig klart til at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige tilbydere kunne forstå det på samme måte. Dette representerer et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 4.

(54) Spørsmålet er om bruddet er av en slik karakter at det medfører avlysningsplikt.

(55) Feilen i konkurransegrunnlaget medførte at klagers tilbud ikke kom frem i tide, og tilbudet ble dermed avvist. Slik saken er opplyst, må nemnda legge til grunn at klagers tilbud ville kunne bli vurdert som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Bruddet på regelverket kan derfor ha påvirket utfallet av konkurransen, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2015/150 premiss 22 og sak 2014/133 premiss 28 med videre henvisninger. Følgelig hadde innklagede plikt til å avlyse den første konkurransen.

(56) Som følge av dette finner nemnda ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler vedrørende gjennomføringen av den første konkurransen, med unntak av spørsmålet om kontraktsinngåelsen representerte en ulovlig direkte anskaffelse.

Avlysningen av den andre konkurransen

- (57) Klager anfører at det ikke forelå saklig grunn til å avlyse den andre konkurransen, ettersom innklagede hadde plikt til å avlyse den første konkurransen. Avlysningen av den andre konkurransen, hevder klager, var dermed ulovlig.
- (58) Klagenemnda er enig med klager i at når innklagede hadde plikt til å avlyse den første konkurransen, kunne ikke denne avlysningen omgjøres. Dermed falt grunnlaget for å avlyse den andre konkurransen bort, og innklagede hadde ikke saklig grunn til avlysning av den andre konkurransen, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2016/13 premiss 26. Innklagede har dermed brutt forskriften § 10-4 (1) ved å avlyse den andre konkurransen uten saklig grunn.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (59) Klager har anført flere grunnlag for at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør.
- (60) Det første grunnlaget er at kontrakt ble inngått i medhold av en konkurranse som var avlyst.
- (61) I klagenemndas avgjørelse i sak 2016/13 kom nemnda til at Hå kommune hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør i en lignende situasjon. Innklagede gjennomførte en konkurranse og tildelte kontrakt. Etter klage, avlyste innklagede konkurransen med henvisning til at et tildelingskriterium var ulovlig. Deretter kunngjorde innklagede en ny konkurranse. I den nye konkurransen ble kontrakt tildelt en annen tilbyder enn i den første konkurransen. Etter en ny vurdering kom imidlertid innklagede til at det ikke var plikt til å avlyse den første konkurransen. Innklagede omgjorde avlysningen av den første konkurransen og inngikk kontrakt med vinneren av denne.
- (62) Nemnda presiserte i premiss 29, med henvisning til klagenemndas avgjørelse i sak 2016/6, at kontraktsinngåelse i en konkurranse som på et tidligere tidspunkt har vært avlyst, ikke uten videre må anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Nemnda konkluderte imidlertid med at ett av tildelingskriteriene i den første konkurransen var ulovlig, slik at innklagede hadde plikt til å avlyse denne konkurransen. Nemnda kom videre til at innklagedes omgjøring av den første avlysningen, og kontraktsinngåelsen med valgte leverandør, måtte karakteriseres som en ulovlig direkte anskaffelse.
- (63) Nemnda vektla at innklagede hadde plikt til å avlyse den første konkurransen, og at det da var ulovlig å omgjøre beslutningen om å avlyse denne. Videre fremhevet nemnda at siden innklagede avlyste den første konkurransen, og kunngjorde ny konkurranse, ga dette et klart signal om at den første konkurransen var et tilbaketrukket stadium. Innklagede hadde tatt bort det ulovlige tildelingskriteriet i den andre konkurransen, og resultatet i den andre konkurransen ble et annet.
- (64) Den vesentligste forskjellen mellom sak 2016/6 og foreliggende sak, er at det er uvisst hva som ville ha blitt resultatet i den andre konkurransen, ettersom denne ble avlyst «inntil videre» før tilbudsfristens utløp og senere endelig avlyst. Nemnda kan imidlertid ikke se at det er avgjørende. På samme måte som i klagenemndas avgjørelse i sak 2016/13 «var det ikke i strid med regelverket å avlyse den første konkurransen. Innklagede hadde tvert imot plikt til å avlyse denne, og det var derfor ulovlig å omgjøre

avlysningsbeslutningen. Da innklagede avlyste den første konkurransen, og kunngjorde en konkurranse om den samme tjenesten på nytt, ga dette et klart signal om at den første konkurransen var et tilbakelagt stadium.» Det avgjørende er at resultatet i den andre konkurransen kunne blitt et annet i vår sak. Innklagedes kontraktsinngåelse kan derfor ikke hjemles i den første kunngjøringen, og innklagedes omgjøring av den første avlysningen, og kontraktsinngåelsen med valgte leverandør, må derfor karakteriseres som en ulovlig direkte anskaffelse.

(65) Klager gjør også gjeldende at kontraktsinngåelsen skjedde så lenge etter vedståelsesfristens utløp, at tidsforløpet etter klagers syn førte til *«en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud»*, jf. forskriften § 8-15 (3) og at kontraktsinngåelsen derfor er en direkte ulovlig anskaffelse.

(66) Hva som kan innebære en vesentlig endring, er omtalt i NOU 2010:2 kapittel 13.3:

«Det vil således typisk være en vesentlig endring, der kretsen av tilbydere ville vært en annen eller de avgitte tilbud ville hatt et annet innhold om den «nye» vedståelsesfristen, og eventuelt det nye oppstartstidspunkt for kontrakten som følge av endringen, hadde vært kjent før utløpet av fristen for forespørsel om å delta eller levere inn tilbud.»

(67) I denne forbindelse kan det også vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2016/6. Klagenemnda la i den saken til grunn at en kontraktsinngåelse som fant sted mer enn fem måneder etter utløpet av vedståelsesfristen – som riktignok er noe lengre enn i foreliggende sak – måtte ses på som *«vesentlige endringer av grunnlaget for konkurransen, slik dette vurderingskriteriet er forstått av EU-domstolen i sak C-454/06 (Presettext)»* (avsnitt 20).

(68) I vår sak er det ikke angitt noen vedståelsesfrist i konkurransegrunnlaget, og utgangspunktet er da en 30 dagers frist regnet fra utløpet av tilbudsfristen, jf. forskriften § 8-15 (2). Vedståelsesfristen løp dermed ut 18. oktober 2017.

(69) I merknadene til forhåndsvarselet angir innklagede at vedståelsesfristen ble forlenget i møte med valgte leverandør 13. februar 2018. Dette er om lag fire måneder etter at vedståelsesfristen løp ut. Dersom det legges til grunn at vedståelsesfristen ble forlenget 13. februar 2018, var dette uansett for sent. Det følger av forskriften § 8-15 (3), at oppdragsgiver *«innen rimelig tid»* etter utløpet av vedståelsesfristen, kan spørre leverandørene om å fastholde tilbudet. Hva som er rimelig tid må avgjøres konkret, men det påpekes i NOU 2010:2 side 166 (Håndhevelse av offentlige anskaffelser), at en måned åpenbart er for sent.

(70) Kontrakt ble inngått først 14. mars 2018, nærmere fem måneder etter at vedståelsesfristen utløp. Konkurransegrunnlaget la opp til at arbeidet skulle starte opp umiddelbart etter kontraktsinngåelse.

(71) I foreliggende sak har det gått nesten fem måneder etter utløpet av vedståelsesfristen før kontrakt ble inngått, med den forskyvning av kontraktsoppstartstidspunktet det innebærer. Klagenemnda legger til grunn at kretsen av tilbydere ville vært en annen, eller de avgitte tilbud ville hatt et annet innhold, dersom den «nye» vedståelsesfristen og det nye oppstartstidspunktet var kjent.

- (72) I forhåndsvarselet ble det nevnt at klagenemnda også hadde merket seg opplysningene i klagers siste prosesskriv, om at størstedelen av arbeidene var utvendige arbeider, og at det er billigere å utføre dette om våren og sommeren, enn høst og vinter, slik konkurransegrunnlaget la opp til. I merknadene til forhåndsvarselet fremholder innklagede at den første etappen i hovedsak innebar innendørs arbeid som i liten grad ble påvirket av vær og årstid. Innklagedes innsigelser på dette punktet endrer ikke nemndas vurdering.
- (73) Utsettelsen av kontraktsinngåelsestidspunktet representerer etter dette «*en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud*», jf. forskriften § 8-15 (3). Innklagedes kontraktsinngåelse med valgte leverandør representerer derfor en ulovlig direkte anskaffelse også på dette grunnlaget.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (74) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum at klagenemnda skal ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelses 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 denne vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*».
- (75) 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. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12 viser nemnda til klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147, premiss 55 og utover.
- (76) Som det fremgår av drøftelsen ovenfor, har nemnda konstatert at kontraktsinngåelsen med valgte leverandør representerer en ulovlig direkte anskaffelse på to grunnlag.
- (77) Innklagede valgte å avlyse den andre konkurransen, og tildele kontrakten etter den opprinnelige konkurransen, etter å ha innhentet ekstern juridisk bistand. Klagenemnda finner det derfor klart at innklagede ikke har hatt til hensikt å omgå regelverket. Slik forholdene i saken ligger an, er det etter nemndas syn ikke grunnlag for å karakterisere innklagedes opptreden som grovt uaktsom.
- (78) Klagenemnda finner imidlertid at innklagede har handlet på en måte som kan karakteriseres som uaktsom, og at det bør ilegges gebyr, jf. loven § 12 første ledd andre punktum, jf. tredje ledd.

Gebyrets størrelse

- (79) Det fremgår av loven § 12 tredje ledd 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 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelses verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (80) Etter at klagenemndas gebyrmyndighet ble gjeninnført fra 1. januar 2017, har nemnda ilagt gebyr i to saker hvor det ikke ble funnet grunn til å karakterisere innklagedes opptreden som grovt uaktsom. I begge sakene, sak 2017/147 og sak 2018/7, ila nemnda

et gebyr på 10 prosent av anskaffelsens verdi. Nemnda viste i denne forbindelse til bruddets grovhet, innklagedes profesjonalitet, størrelsen på anskaffelsen og preventive hensyn. Etter nemndas oppfatning gjør ikke disse hensynene seg like sterkt gjeldende i foreliggende sak. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at gebyret passende kan settes til 7 prosent.

- (81) I forhåndsvarselet la klagenemnda til grunn at gebyret skulle baseres på valgte leverandørs tilbudssum på 12 906 603 kroner inkl. mva., som utgjør 10 325 282 ekskl. mva. I merknadene til forhåndsvarselet har innklagede fremlagt en fullstendig oversikt over vederlaget som er betalt til valgte leverandør. Dette beløper seg på 8 155 683,95 kroner ekskl. mva. Nemnda legger dette beløpet til grunn for beregningen av gebyret.
- (82) Av det samlede vederlaget på 8 155 683,95 kroner ekskl. mva., utgjør 7 prosent ca. 570 000 kroner.

Konklusjon:

- (83) Åsnes kirkelige fellesråd hadde plikt til å avlyse den første konkurransen, fordi konkurransegrunnlaget ikke var tilstrekkelig klart.
- (84) Klagenemnda tok ikke stilling til klagers øvrige anførsler vedrørende gjennomføringen av den første konkurransen, med unntak av spørsmålet om kontraktsinngåelsen representerte en ulovlig direkte anskaffelse.
- (85) Åsnes kirkelige fellesråd har brutt forskriften § 10-4 (1) ved å avlyse den andre konkurransen uten saklig grunn. Klagers anførsler om inhabilitet og konkurransefordel førte ikke frem.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Åsnes kirkelige fellesråd ilegges et overtredelsesgebyr på 570 000

- femhundreogsyttitusen - kroner.

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

Vedtaket om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtaket 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,

Sverre Nyhus

Dokumentet er godkjent elektronisk