



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Klagenemnda ila Aukra kommune et gebyr på 48 790 kroner, for ulovlig direkte anskaffelse av brøyting og vintervedlikehold av roden Julsundet.*

### **Klagenemndas gebyrvedtak 23. juli 2020 i sak 2018/233**

**Klager:** Andreas Hagås

**Innklaget:** Aukra kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Kjersti Holum Karlstrøm

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

### **Innledning:**

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Aukra kommunes (heretter *innklagede*) kjøp av tjenester for brøyting og vintervedlikehold av kommunale veier. Andreas Hagås (heretter *klager*) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 13. juli 2018.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 48 790 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

### **Bakgrunn:**

- (3) Innklagede kunngjorde 1. september 2017 en konkurranse for anskaffelse av brøyting og vintervedlikehold av kommunale veier i perioden 2017 til 2020. Anskaffelsens verdi ble estimert til 4 575 000 kroner. Tilbudsfrist var 2. oktober 2017.
- (4) Anskaffelsen gjaldt vintervedlikehold på seks definerte roder. Det ville bli tildelt én kontrakt per rode.
- (5) Det var angitt at avtalen skulle løpe fra 20. oktober 2017 til 15. april 2020. Videre var det angitt:

*«Kontrakten kan gjensidig kunne seiast opp med 3. månaders varsel viss oppseiinga kan grunnjevast ut frå forhold som partane ikkje hadde kjennskap til ved kontraktsinngåing.*

*Kontraktøren kan ikkje sei opp av avtalen i tidsrommet 1. juli - 1. februar. Dette for å hindre at kommunen blir ståande utan leverandør i vinterhalvåret.»*

- (6) Tildelingskriteriene i konkurransen var kjøretøy (25 prosent), utstyr (15 prosent) og pris (40 prosent). Under priskriteriet inngikk timepriser og fast årlig beredskapsgodtgjørelse.

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

- (7) Klager innga tilbud på rode 1, som eneste tilbyder.
- (8) Innklagede sendte en e-post til klager datert 10. oktober 2017, hvor innklagede påpekte at klagers pris på fast beredskap lå over det estimerte budsjettet angitt i konkurransegrunnlaget. Avslutningsvis ble det gitt uttrykk for et ønske «om å oppnå en dialog med [klager] der vi kan gå gjennom vilkårene i avtalen sammen og komme til enighet om en avtale».
- (9) Klager besvarte innklagedes henvendelse ved e-post 11. oktober 2017, og skrev blant annet at «rode 1 Julsundet har vokst enormt de siste årene og er moden for å deles i to roder. I så måte er ikke min pris avskrekkende, og kommunen må en gang innse at denne veksten vil gi økte vedlikeholdsutgifter. En tilbyder treng heller ikke å dokumentere eller grunngi om prisen er riktig eller for høy».
- (10) Innklagede henvendte seg til selskapet Odd Småge AS ved e-post av 16. oktober 2017, vedrørende rode 1.
- (11) Odd Småge AS besvarte innklagedes henvendelse ved e-post 19. oktober 2017, hvor det fremgikk:

*«Jeg er borte i dag og i morgen, men har kommet til en løsning med våre folk for å kunne håndtere denne roden. Men for at vi ikke skal komme i knipe med reserveutstyr på Aukra er vi avhengig av å kjøpe inn en ekstra plog og sandstrøer til hjullaster. Dette er i utgangspunktet uaktuelt for en sesong da investeringene ikke får inndekning uten vesentlige økning i beredskap/timerater. Vi må også betale ut beredskapsgodtgjørelse og overtidsbetaling til sjåførene i tillegg til å ha utstyr tilgjengelig i beredskap gjennom vinteren.*

*Men vi har besluttet at vi kan tilby Aukra kommune følgende løsning for Rode 1:*

*Avtaletid 1 år med evaluering i etterkant og opsjon for 2 år ekstra*

*Beredskap kr 230.000,-/sesong*

*Timepris kr 1.000,-*

*Strøsand kr 300,-/m<sup>3</sup>*

*Hører fra deg om dette er interessant.»*

- (12) Klagers tilbud på rode 1 ble avvist ved brev av 26. oktober 2017, med følgende begrunnelse:

*«I vårt konkurransegrunnlag punkt 1.1 a informerer vi tydeleg om størrelsen for den faste beredskapsgodtgjeringa pr. sesong for kvar rode:*

*Beredskapsgodtgjering pr. rode. pr. sesong ligg på mellom 80.000 kr. og 215.000 kr.*

*Dykkar tilbod overstig vårt publiserte budsjett for fast beredskapsgodtgjering betydeleg, og kan derfor avvist. I Forskrift om offentlige anskaffelser heter det i § 24-8 (2) d:*

**FOA § 24-8 Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet**

*(2) Oppdragsgiveren kan avvise et tilbud som*

d) overstiger oppdragsgiverens budsjett som er dokumentert fastsatt før iverksettelse av konkurransen

Med bakgrunn i ovanstående, avviser vi derfor Dykkar tilbud for rode 1.»

- (13) Samme dag som klagers tilbud ble avvist, sendte innklagede e-post til Odd Småge AS:

«Beklager at dette tar tid, men vi må gjøre denne prosessen skikkelig.

Vi har i dag sendt ut en avvising av anbudstilbud vi fikk på rode 1.

Da står vi fritt til å forhandle med de tilbydere som er på markedet. Dere (Odd Småge AS) mottar da en formell henvendelse fra oss. Vi har allerede fått en bekreftelse fra Dere på at dette er noe Dere kan tilby Aukra kommune og Dere har forespeilet oss en løsning på roden.

Tilbyder som ble avvist i første omgang får også den samme muligheten til å bli med videre i en eventuell forhandling. Vi må derfor vente på respons fra tilbyder.»

- (14) Innklagede sendte 27. oktober 2017 ut invitasjon til ny konkurranse for rode 1 etter forskrift om offentlige anskaffelser del I. Invitasjonen ble sendt til klager og Odd Småge AS. Det var angitt i invitasjonen at konkurransegrunnlaget var likt som konkurransegrunnlaget i tidligere kunngjort konkurranse. Det fulgte imidlertid med et revidert rodekart for roden.

- (15) Både klager og Odd Småge AS leverte tilbud datert 30. oktober 2017.

- (16) I åpningsprotokollen fra 31. oktober 2017 var det opplyst at leverandørene hadde gitt følgende priser:

Tilbud	Firma	Rode	Timepris u/utstyr	Timepris m/utstyr	[xxxxxx] <sup>1</sup> per m <sup>3</sup>	Beredskap pr. år
1.	Andreas Hagås	1	800,-	900,-	380,-	280.000,-
2.	Odd Småge AS	1		1000,-	300,-	230.000,-

- (17) I brev av 1. november 2017, opplyste innklagede å ha til hensikt å inngå kontrakt med Odd Småge AS (heretter valgte leverandør). I tildelingsbrevet var det angitt:

«Vi viser til vår tilbudskonkurranse på vintervedlikehold for perioda 2017-2020 for rode 1, første gang utlyst med tilbudsfrist 02.10.2017 og andre gang utlyst med tilbudsfrist 31.10.2017, kl. 12.00. Første tilbud på rode 1, blei avvist pga. forhold ved tilbudet.

---

<sup>1</sup> Klagenemnda antar at det sladdede gjelder strøsand.

*Grunnlag for val av entreprenør er gjort på følgende grunnlag. «Det mest økonomisk gunstige tilbudet» for byggherre.*

*Det var 2 tilbydarar på denne tilbodskonkurransen for rode 1, Odd Småge AS og Andreas Hagås. Begge tilbydarane har tilstrekkeleg erfaring og kompetanse for denne typen oppdrag og begge tilbydarane hadde levert den etterspurte dokumentasjonen.*

*For å vurdere «det mest økonomisk gunstige tilbudet» har vi sett opp følgende reknestykke:*

*Estimat timeforbruk for rode: ca. 230 timar.*

*Tilbydar 1, Odd Småge AS:*

*Pris med anslått timesforbruk 230 timar: 230.000,-*

*Pris fast beredskap: 230.000,-*

*Total: 460.000,-*

*Tilbydar 2, Andreas Hagås:*

*Pris med anslått timesforbruk 230 timar: 207.000,-*

*Pris fast beredskap: 280.000,-*

*Total: 487.000,- »*

- (18) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble signert 9. og 10. november 2017.
- (19) Innklagede har opplyst at det ble enighet om å avslutte kontrakten med valgte leverandør etter første brøytesesong. Valgte leverandør har derfor ikke levert brøytetjenester etter april 2018.
- (20) Innklagede har fremlagt fakturaer som viser en samlet utbetaling til valgte leverandør på 248 000 kroner ekskl. mva. for perioden oktober – desember 2017. Fakturaene for perioden januar – april 2018 viser en samlet utbetaling på 239 900 kroner ekskl. mva.
- (21) Nemndsmøte om utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 27. april 2020.
- (22) Klagenemnda sendte 4. mai 2020 ut varsel om ileggelse av gebyr. Slik saken var opplyst varslet klagenemnda et gebyr på 10 prosent.
- (23) Ved skriv datert 25. mai 2020, kom innklagede med merknader til forhåndsvarselet. Innklagede har også kommet med ytterligere redegjørelser i e-poster av 2. juni, 5. juni og 30. juni 2020.

#### **Anførsler:**

*Klagers anførsler:*

- (24) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ettersom den etterfølgende konkurransen om rode 1 skulle vært kunngjort etter forskriften del III. Rode 1 inngikk i en større anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester med flere roder, der hver rode utgjorde en separat delkontrakt. Det er den samlede verdien av alle delkontraktene som skal legges til grunn ved avgjørelsen av hvilken del av forskriften som gjør seg gjeldende, jf. forskriften § 5-4 (8). Det må legges til grunn at delkontraktens verdi overstiger 20

prosent av den samlede verdien av alle delkontraktene, slik at det ikke er anledning til å inngå kontrakten etter forskriften del I.

- (25) Det bestrides at innklagede kun mottok uakseptable tilbud på rode 1. I alle tilfeller kan oppdragsgiver ved gjennomføringen av en etterfølgende konkurranse uten kunngjøring bare invitere leverandørene som ga tilbud i den forutgående konkurransen. Det var derfor ikke anledning til å inkludere nye leverandører i konkurransen. Videre kan ikke oppdragsgiver foreta vesentlige endringer i kravspesifikasjonen eller kontraktsvilkårene.
- (26) Det er videre foretatt vesentlige endringer i avtalen med valgte leverandør. Det utgjør for det første en vesentlig endring at inngått kontrakt kun gjelder for ett år, der valgte leverandør er gitt opsjon på ytterligere to år. Dette er ikke i overensstemmelse med avtaleperioden angitt i konkurransegrunnlaget. For det andre er det brukt andre avtalevilkår enn hva som er fastsatt i konkurransegrunnlaget.
- (27) I tillegg har innklagede i realiteten tildelt kontrakt direkte til valgte leverandør uten konkurranse. Innklagede henvendte seg til valgte leverandør allerede før klagers tilbud i den første konkurransen ble avvist og konkurransen for rode 1 ble avlyst. Den nye konkurransen innebar ikke noen realitet.

*Innklagedes anførsler:*

- (28) Det er ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (29) Rodekartet for brøyterode 1 ble endret før gjennomføringen av den nye konkurransen. Endringen i kravspesifikasjonen medførte en plikt til å gjennomføre en ny konkurranse, istedenfor å velge fremgangsmåten etter forskriften § 13-3 bokstav a.
- (30) Estimeringen av anskaffelsens verdi ble basert på timepriser i inngåtte kontrakter etter den første konkurransen, og en gjennomsnittsberegning av antall timer basert på mottatte fakturaer fra tidligere sesonger. Estimater viste at verdien lå under terskelverdien, som på tidspunktet var 1,1 millioner kroner. Ut fra dette estimatet var det riktig å gjennomføre den nye konkurransen etter forskriften del I. Vurderingen av anskaffelsens verdi må basere seg på innklagedes gjennomsnittsestimat basert på markedspriser, og ikke på hva klager regnet seg frem til etter en lang vinter med sine egne monopolpriser og sine egne antatte antall timer.
- (31) I etterkant av mottak av forhåndsvarselet, har innklagede gjort gjeldende følgende:
- (32) Verdiberegningen var forsvarlig på det tidspunktet innklagede innledet anskaffelsesprosessen. Gjennomsnittlig årlig kostnad de siste årene har vært godt under terskelverdien. Innklagede hadde ikke holdepunkter for at kostnadene skulle øke i årene som kom.
- (33) Det hadde ikke vært forsvarlig å basere verdiberegningen på prisene i et tilbud som ble avvist, og en uforpliktende e-post fra Odd Småge AS. Innklagede kunne ikke vite om tallene i e-posten fra Odd Småge AS, som ble gitt uten at innklagede hadde bedt om det, var basert på tidligere tall fra den første konkurransen.

- (34) For det tilfelle at klagenemnda kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, er ikke innklagedes handlemåte grovt uaktsom. Erfaringsgrunnlaget viste at en lå godt under terskelverdi. Hva som senere ble utfallet er ikke relevant ved vurderingen.

**Klagenemndas vurdering:**

- (35) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelse av kontrakt om brøyting og vintervedlikehold. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Kontrakt ble inngått 10. november 2017. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble sendt til klagenemnda 13. juli 2018. Klagen er derfor rettidig fremsatt.
- (36) Siden 1. januar 2017 har klagenemnda hatt myndighet til å ilegge offentlige oppdragsgivere overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd.

*Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse*

- (37) 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).
- (38) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi, jf. forskriften § 5-1 andre ledd og 8-17 første ledd. For anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdi er det videre plikt til å kunngjøre anskaffelsen i TED-databasen. På det tidspunktet anskaffelsen av brøyting og vintervedlikehold ble iverksatt, var den nasjonale terskelverdien 1,1 millioner kroner ekskl. mva. EØS-terskelverdien var på dette tidspunktet 1,75 millioner kroner ekskl. mva.
- (39) Saken gjelder inngåelse av en kontrakt om brøyting og vintervedlikehold for roden Julsundet. Roden inngikk opprinnelig som rode 1 i en konkurranse om vintervedlikehold av totalt seks roder. Klager var eneste tilbyder på rode 1. Klager anfører at den samlede verdien av alle delkontraktene i den første konkurransen må legges til grunn ved avgjørelsen av hvilken del av forskriften som regulerer anskaffelsen, jf. forskriften § 5-4 (8).
- (40) Det følger av forskriften § 5-4 (8) at dersom «*oppdragsgiveren planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn*».
- (41) I den forutgående konkurransen tilbød klager en årlig beredskapspris på 280 000 kroner. I konkurransegrunnlaget var det forutsatt at beredskapsprisen ville ligge på mellom 80 000 og 215 000 kroner. Klagers tilbud ble derfor avvist i medhold av forskriften § 24-8 (2) bokstav d, som angir at oppdragsgiver kan avvise et tilbud som «*overstiger oppdragsgiverens budsjett som er dokumentert fastsatt før iverksettelse av konkurransen*». Klagenemnda kan ikke se at innklagede ved dette brøt regelverket.
- (42) Når det gjelder den etterfølgende konkurransen, som var begrenset til roden Julsundet, fremholder klager at dette var en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 13-3 første ledd bokstav a. Etter denne bestemmelsen kan

oppdragsgiver bare invitere leverandørene som ga tilbud i den forutgående konkurransen. Til dette bemerker nemnda at det opprinnelig var korrespondanse mellom klager og innklagede om klagers tilbudte beredskapspris, men man kom ikke til enighet.

- (43) Etter at klagers tilbud på roden ble avvist, må den første konkurransen anses avsluttet hva gjelder delkontrakten for roden Julsundet. Slik klagenemnda forstår det, ble det inngått kontrakter for de øvrige rodene, og den første konkurransen må derfor i sin helhet anses avsluttet. Innklagede endret deretter rodekartet for roden Julsundet, og inviterte klager og valgte leverandør til en konkurranse etter forskriften del I. Slik klagenemnda ser det, må den etterfølgende konkurransen anses som en selvstendig anskaffelse. Av denne grunn kan ikke klager høres med at den samlede verdien av alle delkontraktene i den første konkurransen skal legges til grunn ved avgjørelsen av hvilken del av forskriften som regulerer anskaffelsen av vintervedlikehold for den utvidede roden Julsundet.
- (44) Spørsmålet er derfor om kontrakten om brøyting og vintervedlikehold av Julsundet i seg selv utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (45) Basert på prisene i valgte leverandørs tilbud, har denne kontrakten en verdi på 1 380 000 kroner ekskl. mva., som er høyere enn den nasjonale terskelverdien. Dette inkluderer ikke pris for strøsand, som det var gitt en egen pris for. Ifølge innklagede ble kontraktens samlede verdi imidlertid estimert til under terskelverdien.
- (46) Det følger av forskriften § 5-4 (1) at oppdragsgiver skal beregne kontraktens verdi på grunnlag av et anslag over *«den samlede betalingen ekskl. mva., inkludert enhver form for opsjon som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene»*.
- (47) Det følger av § 5-4 (2), at beregningen skal være *«forsvarlig»* på det tidspunktet oppdragsgiveren innleder anskaffelsesprosessen. I dette ligger at oppdragsgiver plikter å foreta en grundig og solid verdiberegning, som er lojal mot anskaffelsesregelverket og basert på et forsvarlig grunnlag, jf. klagenemndas gebyrvedtak i sak 2019/200, avsnitt 26 og 27, med videre henvisning til Hålogaland lagmannsretts avgjørelse i LH-2018-99424.
- (48) Innklagede har opplyst at estimatet er basert på en gjennomsnittsberegning av antall fakturerte timer de fire foregående sesongene: Innklagede ble disse fire sesongene fakturert i gjennomsnitt 187 timer per sesong. I tildelingsbrevet av 1. november 2017, fremgår det imidlertid at innklagede hadde lagt til grunn et estimert timeforbruk for roden på 230 timer per sesong. I merknadene til forhåndsvarselet har innklagede forklart at timeestimatet på 230 timer, var basert på gjennomsnittet av timebruken i årene 2015 og 2016 + 10 prosent for usikkerhet rundt timeestimatet. Det er riktig slik innklagede hevder, at det er tidspunktet for verdiberegningen som er avgjørende for forsvarlighetsvurderingen, og ikke forhold som i ettertid viser at verdiberegningen av ulike grunner ikke slår til. Det høyere timeestimatet som ble lagt til grunn ved tildelingsevalueringen, bygger imidlertid på erfaringstall som forelå på tidspunktet for verdiberegningen. Timesestimatet er videre en beregning gjort av oppdragsgiver og den eneste tidsnære dokumentasjonen på oppdragsgivers beregning av årlig timeestimat for roden.
- (49) Valgte leverandørs timebaserte pris var som nevnt 230 000 kroner per brøytesesong, og klagers pris 207 000 kroner. I tillegg kom valgte leverandørs pris for fast beredskap på 230 000 kroner per år. For klager var prisen for fast beredskap 280 000 kroner per år. Prisene er de oppgitt ekskl. mva.

- (50) Kontrakten skulle ifølge konkurransegrunnlaget være over tre sesonger. Basert på estimatet om bruk av 230 timer per sesong, hadde valgte leverandørs tilbud altså en pris på 1 380 000 kroner ekskl. mva., og klagers tilbud en pris på 1 461 000 kroner ekskl. mva. Prisen for strøsand er ikke medregnet i de ovennevnte beløpene.
- (51) Innklagede fremholder at man ikke kunne basere verdiberegningen på klagers pris for beredskap fra den første konkurransen, da denne var svært høy.
- (52) Valgte leverandør ble allerede 16. oktober 2017 kontaktet om brøyteroden Julsundet. Henvendelsen ble besvart 19. oktober 2017, hvor det ble skissert en pris for beredskap på 230 000 kroner per sesong og en timepris på 1000 kroner. Allerede på dette tidspunktet var det klart at også valgte leverandørs pris for fast beredskap var høyere enn det innklagede hadde forutsatt i konkurransegrunnlaget. Klagers tilbud ble avvist 26. oktober 2017, og dagen etter sendte innklagede ut invitasjon til ny konkurranse for roden Julsundet basert på det samme konkurransegrunnlaget som i den opprinnelige konkurransen.
- (53) Utsendelsen av tilbudsinvitasjonen 27. oktober 2017, må regnes som det tidspunktet innklagede innledet anskaffelsesprosessen i den etterfølgende konkurransen. På dette tidspunktet hadde innklagede altså ikke bare klagers priser, men også valgte leverandørs priser som grunnlag for å vurdere anskaffelsens estimerte verdi.
- (54) I merknadene til forhåndsvarselet fremholder innklagede at det på tidspunktet for igangsettelsen av prosessen, ikke var forsvarlig å basere verdiberegningen på opplysningene som ble gitt i e-posten fra Odd Småge AS av 19. oktober 2017. E-posten var et svar på en henvendelse som gjaldt nettopp brøyting av roden Julsundet. Klagenemnda er derfor ikke enig i at innklagede kunne se bort fra disse prisene ved verdiberegningen.
- (55) En vurdering basert på valgte leverandørs angitte priser i e-posten av 19. oktober 2017, med utgangspunkt i det estimerte timeforbruket på 230 timer som innklagede har angitt, ville ha vist at anskaffelsens verdi lå over den kunngjøringspliktige terskelverdien.
- (56) Klagenemnda finner etter dette at innklagedes beregning av anskaffelsens verdi ikke har vært forsvarlig. Både prisene i valgte leverandørs e-post av 19. oktober 2017 og klagers tilbud fra den første konkurransen viser at anskaffelsens verdi oversteg terskelverdien for kunngjøringsplikten etter forskriften del II. For ordens skyld nevnes at verdien av anskaffelsen ut fra den kunnskapen oppdragsgiver hadde om antatt prisnivå på beredskapstillegg, også overstiger terskelverdien om verdiberegningen gjøres med utgangspunkt i et timesestimat på 187 timer årlig.
- (57) Innklagede har ikke påberopt at det foreligger noen unntak fra kunngjøringsplikten, og nemnda kan heller ikke se at noen av unntakene i forskriften del II er aktuelle.
- (58) Kontrakten skulle etter dette ha vært kunngjort, jf. anskaffelsesforskriften §§ 5-1 og 5-3. Kontraktsinngåelsen utgjør på denne bakgrunn en ulovlig direkte anskaffelse.
- (59) Sett hen til det resultatet klagenemnda har kommet til, finner ikke nemnda grunn til å ta stilling til klagers anførsel om at det er foretatt vesentlige endringer i avtalen med valgte leverandør eller anførselen om at innklagede i realiteten har tildelt kontrakt direkte til valgte leverandør uten konkurranse.



### *Hvorvidt det skal ilegges gebyr*

- (60) 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».
- (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. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12 viser nemnda til klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147, premiss 55 og utover.
- (62) Innklagede inngikk en kontrakt om brøyting og vintervedlikehold som overstiger nasjonal terskelverdi, uten at anskaffelsen har vært kunngjort, og uten at det ble gjort en forsvarlig vurdering av kontraktens estimerte verdi. På tidspunktet anskaffelsen ble iverksatt, hadde innklagede klare indikasjoner på at anskaffelsens verdi ville overstige terskelverdien for kunngjøringsplikten. Det er ikke vist til forhold som kan unnta anskaffelsen fra kunngjøringsplikt.
- (63) Klagenemndas vurdering er at innklagede har handlet på en måte som karakteriseres som grovt uaktsomt. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning.

### *Gebyrets størrelse*

- (64) 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.
- (65) I tråd med tidligere praksis legger klagenemnda til grunn at gebyret skal fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/7, avsnitt 76.
- (66) Kontrakten med valgte leverandør hadde opprinnelig en varighet på tre brøytesesonger, men ble som nevnt avsluttet etter den første sesongen. For denne sesongen betalte innklagede totalt 487 900 kroner ekskl. mva.
- (67) Når det gjelder gebyret størrelse viser klagenemnda til de vurderinger som er gjort av skyldkravet ovenfor. Det er ikke tvilsomt at kontrakten skulle ha vært kunngjort. Nemnda finner også grunn til å bemerke at det ikke er opplyst at kontrakten med valgte leverandør ble avsluttet på innklagedes initiativ.
- (68) Med dette som bakgrunn finner klagenemnda det riktig å ilegge et gebyr på 10 prosent. Av den samlede utbetalingen til valgte leverandør på 487 900 kroner ekskl. mva. utgjør dette 48 790 kroner.

**Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:**

\*\*\*

*Aukra kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 48 790*

*- førtiåttetusensyvhundreogtiti - 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,

Marianne Dragsten

*Dokumentet er godkjent elektronisk*