



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Lødingen kommune et gebyr på 245 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av en kulverttrasé. Unntaket fra kunngjøringsplikten som følge av et usedvanlig fordelaktig tilbud i forskriften § 5-2 (2) bokstav b, kom ikke til anvendelse. Klagers anførsler om ulovlig direkte anskaffelse av gjerder rundt midlertidig skole, ballbane og levering av jerseystein for trafikkregulering og klargjøring, førte ikke frem.

Klagenemndas gebyrvedtak 27. juli 2020 i sak 2019/137

Klager: Erikstad Industrier AS

Innklaget: Lødingen kommune

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Marianne Dragsten og Bjørn Berg

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

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Lødingen kommunes (heretter *innklagede*) oppføring av ny skole for 1. til 10. trinn, og omgjøring av den gamle ungdomskolen til midlertidig barneskole. Påstanden om ulovlig direkte anskaffelse gjelder inngåelse av fire ulike kontrakter om kjøp av arbeid knyttet til omlegging av en kulverttrasé, anleggelse av gjerder rundt en midlertidig skole, levering av jerseystein for trafikkregulering og klargjøring og anskaffelse av ballbane ved den midlertidige skolen.
- (2) Erikstad Industrier AS (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev mottatt 19. februar 2019.
- (3) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 245 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (4) I forbindelse med planlegging og bygging av ny grunnskole for 1. til 10. trinn i Lødingen kommune, skulle den gamle barneskolen rives, og ny skole skulle bygges på samme område. I byggeperioden skulle barneskolen flyttes over til ungdomsskolen, som skulle fungere som en midlertidig barneskole.
- (5) Grunnarbeidet og byggingen av ny skole, ble kunngjort som en totalentreprise. Klagen gjelder ikke dette arbeidet.

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

- (6) I forprosjektet før byggingen av den nye skolen, ble det oppdaget et behov for omleggingen av en kulverttrasé, og ved omgjøringen av ungdomskolen til midlertidig barneskole, oppstod også diverse behov. Disse anskaffelsene ble ikke kunngjort og beskrives i det følgende.
- (7) Den første anskaffelsen gjelder arbeid knyttet til omlegging av en kulverttrasé/nytt bekkeløp for overvann og etablering av ny kulvert i området for den gamle barneskolen.
- (8) Bakgrunnen for oppdraget var at man i forkant av skoleutbyggingen skulle gjennomføre arbeider på strømanlegget tilknyttet skolen. Dette arbeidet skulle utføres av KN Maskin AS med grunnlag i leverandørens rammeavtale med kraftselskapet Hålogaland kraft. Ifølge innklagede omhandlet arbeidet blant annet demontering og fjerning av gammel trafostasjon og diverse arbeider med kabelomlegging i grunnen. Ifølge innklagede var det sentralt å få ferdigstilt disse arbeidene før rivningsarbeidet på den gamle barneskolen startet høsten 2017.
- (9) I samme grunnområder som KN Maskin skulle utføre dette arbeidet for Hålogaland kraft, trengte innklagede også å få omlagt kulverten som beskrevet over. Også dette var forarbeid som måtte utføres før rivningen av skolen. Innklagede ba derfor KN Maskin AS om å utføre dette arbeidet parallelt med gravingen av grøfter til kabler. Dette fordi innklagede mente at det ville gi synergieffekter, og dermed medføre en besparelse for kommunen ved at man ikke måtte grave flere ganger. Slik innklagede så det, ville man også spare tid.
- (10) Basert på et kostnadsoverslag utarbeidet av Rambøll Norge AS, beregnet kommunen at omleggingen av kulverten ville koste ca. 3 581 000 kroner ekskl. mva.
- (11) Innklagede ba om og mottok tilbud fra KN Maskin henholdsvis 8. og 27. juni 2017, på til sammen 2,76 millioner kroner ekskl. mva.
- (12) Innklagede mente på denne bakgrunn at tilbudet var usedvanlig fordelaktig, og at det derfor ga grunnlag for å gjøre unntak fra kunngjøringsplikten etter anskaffelsesforskriften § 5-2. Avtalen ble inngått med KN Maskin AS 28. juni 2017. Arbeidet ble ferdigstilt 7. november 2017. Den endelige kontraktssummen var ifølge innklagede på 2 419 870 kroner.
- (13) Tidligere samme år ble det også utført arbeid med å skifte ut overvannsrør i grusbanen i samme område. Innklagede innhentet tre tilbud fra henholdsvis Hadsel Maskin AS, klager og valgte leverandør. Oppdraget ble tildelt Hadsel Maskin AS. Ifølge anbudsprotokollen vant Hadsel Maskin AS med en tilbudspris på kroner 335 000 kroner ekskl. mva., mens KN Maskin innga tilbud med en pris på 530 749 kroner ekskl. mva. Klager innga tilbud med en pris på 417 400 kroner ekskl. mva.
- (14) Ifølge innklagede ble de tre øvrige anskaffelsene gjennomført etter krav fra brukergruppen på den nye midlertidige barneskolen, bestående av rektorer og lærere, i forbindelse med skoleutbyggingen. I brukergruppen ble det i løpet av våren/sommeren 2017 etterlyst ulike arbeider i tilknytning til den midlertidige barneskolen.
- (15) Den første anskaffelsen knyttet til den midlertidige skolen, gjaldt levering og montering av midlertidige gjerder rundt den gamle ungdomsskolen, for at den skulle kunne benyttes som midlertidig barneskole. Avtalen ble etter det opplyste inngått direkte med

KN Maskin AS 7. juni 2018, og hadde en kontraktssum på 40 725 kroner. Arbeidet ble ferdigstilt ca. 10. august 2017.

- (16) Videre ble det inngått en avtale om levering og montering av betongstein/Jersey stein. Ifølge innklagede var formålet med denne anskaffelsen å dele opp trafikkarealet ved skolen av sikkerhetsmessige årsaker. Ifølge innklagede ble kontrakt inngått med KN Maskin AS 7. juni 2017. Arbeidet hadde en kontraktsverdi på 156 250 kroner og arbeidet ble ferdigstilt ca. 10. august samme år.
- (17) Til slutt ble det inngått en kontrakt om etablering av ballbane ved den midlertidige skolen, som inkluderte gravningsarbeid og levering av masser. Ifølge innklagede ble kontrakt inngått med KN Maskin AS 31. august 2017. Arbeidet ble ferdigstilt ca. 20. august 2017, og kontraktssummen var på 106 752 kroner. På forhånd hadde innklagede estimert at kontraktsverdien ville ligge under 100 000 kroner. Bakgrunnen for opparbeiding av ballbane var ifølge innklagede at brukergruppen ytret et ønske om bedre fasiliteter ved den midlertidige skolen.
- (18) Nemndsmøte for utsending av forhåndsvarsel i saken, ble avholdt 29. juni 2020.
- (19) Klagenemnda sendte 7. juli 2020 varsel om ileggelse av et gebyr på om lag 10 prosent av anskaffelsens verdi.
- (20) Ved brev av 16. juli 2020, ga innklagede tilbakemelding om at forhåndsvarselet ble tatt til etterretning.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (21) Innklagede har brutt kravet til konkurranse i loven § 4 ved ikke å innhente tilbud fra mer enn én leverandør.
- (22) Når det gjelder anskaffelsen av kulverten overstiger denne terskelverdi på kroner 1,1 millioner kroner, og anskaffelsen skulle vært kunngjort. Anskaffelsen utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse.
- (23) Omleggingen av kulverten var allerede kjent for kommunen, da plasseringen av ny skole ble bestemt, og entreprisen skulle derfor inngått som en del av totalentreprisen ved anskaffelsen av ny skole.
- (24) Om anskaffelsen av kulverten likevel skulle utføres som et eget oppdrag, burde uansett entreprenøren som skulle utføre øvrige grunnarbeider på skolen på samme område, blitt forespurt på pris. Også andre skulle ha fått anledning til å inngi pris.
- (25) I tillegg hadde kommunen få måneder før gjeldende kontrakt ble inngått, mottatt flere tilbud for utførelsen av deler av den samme kulverten. Kommunen fikk utført 40 meter av samme arbeid, i det samme bekkeløpet til langt lavere priser (v/Hadsel Maskin AS i januar – februar 2017). Lødingen kommune måtte derfor våren 2017, ha innsett at kostnadsoverslaget var feil, og at markedspris for disse arbeidene lå på et langt lavere nivå enn hva som var lagt til grunn i anslaget til Rambøll.

- (26) Innklagedes anførsel om mangel på tid gav under ingen omstendighet grunnlag for å unnlate å konkurranseutsette oppdraget. Innklagede hadde et tidsvindu på 6 måneder fra Rambøll innga sin VA-plan datert 14. desember 2016 til bestilling på utførelse av oppdraget 28. juni 2017.
- (27) De øvrige anskaffelsene, det vil si anskaffelsene av midlertidige gjerder, levering og montering av betongstein/jerseysteing og etablering av ballbane er alle arbeid som er utført i forbindelse med oppføringen av ny skole, og anskaffet som en ulovlig direkte anskaffelse uten kunngjøring og konkurranse i strid med anskaffelsesforskriften del II. Anskaffelsen kan ikke deles opp med det formål å unnta kontrakten fra forskriften. Arbeidet som er utført i kontraktene for dette arbeidet er å anse som delkontrakter i samme prosjekt, da arbeidene har en tett forbindelse med skoleprosjektet jf. anskaffelsesforskriften § 5-3 (8).

Innklagedes anførsler:

- (28) Innklagede har ikke brutt regelverket ved noen av anskaffelsene som behandles i klagen. Klagenemnda for offentlige anskaffelser kan uansett kun behandle anførsler om ulovlige direkte anskaffelser. For øvrige anførsler om brudd på anskaffelsesregelverket er fristen oversittet, da oppdragene ble anskaffet i 2017.
- (29) Ingen av anskaffelsene kan sees i sammenheng med verdiberegningene av oppføringen av ny skole. Selv om kontraktene i klagen gjelder ulike arbeider som ble gjort ved forberedelsene til bygging av ny skole, var oppdragene ikke å anse som delkontrakter i samme «*bygge- og anleggsarbeid*» som totalentreprisen om byggingen av den nye skolen, jf. anskaffelsesforskriften § 5-4 (8). Anskaffelsene må derfor vurderes hver for seg under spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse, jf. anskaffelsesforskriften § 5-4.
- (30) Når det gjelder anskaffelsen av kulverten innebar dette et usedvanlig fordelaktig tilbud, vesentlig under markedsverdi, jf. anskaffelsesforskriften § 5-2 (1) bokstav b. Dersom konkurransen hadde vært kunngjort og tildelt en annen leverandør ville man ikke hatt tid til å utføre arbeidene samtidig, og man måtte ha betalt mer for arbeid som ikke ville blitt utført av samme personell. De store tidsmessige og kostnadsmessige fordelene var derfor avgjørende for at KN Maskin AS ble tildelt oppdraget. Innklagede bestrider klagers anførsler om at faktisk kontraktsverdi for kulvertarbeidene var dyrere enn realistisk kontraktsverdi for oppdraget. Klager har blant annet lagt til grunn gale dimensjoner og mangelfull materiell-liste på kulverten i sine beregninger av oppdragets markedsverdi. Anførselene om korrekt estimert kontraktsverdi er uansett ikke holdbare.
- (31) Når det gjelder anskaffelsene knyttet til omgjøring av ungdomskolen til midlertidig barneskole, var både estimert og faktisk kontraktsverdi for oppdragene langt under terskelverdiene for anskaffelsesforskriften del II. Det forelå derfor ikke kunngjøringsplikt om disse oppdragene, jf. anskaffelsesforskriften § 8-17. Dette gjelder også dersom man ser på verdien av disse tre oppdragene samlet.
- (32) Innklagede har ikke hatt merknader til innholdet i forhåndsvarselet, men tar varselet til etterretning.

Klagenemndas vurdering:

- (33) Fristen for å fremme klage over ulovlig direkte anskaffelser, er overholdt, jf. klagenemndsforordningen § 13a. Fristen for å påklage andre brudd på

anskaffelsesregelverket, er utløpt, da de aktuelle kontraktene ble inngått mer enn seks måneder før klagen ble inngitt, jf. klagenemndsforordningen § 6 (2).

- (34) Klagenemnda vurderer derfor kun spørsmålet om innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved anskaffelsen av henholdsvis kulverttrasé for overvann, gjerder rundt midlertidig skole, levering av jerseystein for trafikkregulering og klargjøring av ballbane.
- (35) 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).
- (36) Anskaffelsesregelverkets utgangspunkt er at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi skal kunngjøres i Doffin, jf. forordningen §§ 5-1 andre ledd, og 8-17 første ledd. For anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdi foreligger det i tillegg en plikt til å kunngjøre anskaffelsen i TED-databasen. For bygge- og anleggskontrakter var terskelen for kunngjøringsplikten 1,1 millioner kroner ekskl. mva. frem til 6. april 2018. EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter er 51 millioner kroner.
- (37) Anskaffelsen av kulverttrasé/bekkeløp ble inngått 28. juni 2017 og hadde ifølge innklagede en estimert verdi på kroner 3,7 millioner ekskl. mva., og oversteg dermed den nasjonale terskelverdien.
- (38) Verdien av de tre øvrige anskaffelsene var på henholdsvis 40 725 kroner, 156 250 kroner og 106 752 kroner. Verken hver for seg eller samlet (303 228 kroner ekskl. mva.) oversteg disse anskaffelsene dermed terskelverdien på 1,1 millioner kroner ekskl. mva.
- (39) Klager har imidlertid anført at anskaffelsenes verdi må sees i sammenheng med anskaffelsen av den nye skolen, som delkontrakter i det samme prosjektet. Klager viser til at arbeidene hadde en tett forbindelse med skoleprosjektet.
- (40) Klagenemnda vurderer først om anskaffelsene av gjerder rundt den midlertidige skolen, ballbane og levering av jerseystein for trafikkregulering og klargjøring, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (41) Anskaffelsene er gjort i forbindelse med at den eksisterende ungdomskolen skulle klargjøres for også å fungere som en midlertidig barneskole. Behovene for tilpasning av området rundt ungdomskolen var foranlediget av at det skulle oppføres en ny skole. Klagenemnda er likevel ikke enig i at disse anskaffelsene må ses i sammenheng med oppføringen av den nye skolen. Behovene knyttet til en midlertidige skolen oppstod etter kontrakt var tildelt for oppføringen av ny skole, og som et resultat av samtaler med brukergruppen for den midlertidige skolen. Kontraktene var heller ikke verken teknisk eller økonomisk sett nødvendige for å bygge ny skole, men gjaldt kun avgrensede og mindre behov for at ungdomsskolen skulle kunne fungere også som midlertidig barneskole. Slik nemnda ser det, må disse anskaffelsene derfor anses som selvstendige anskaffelser.
- (42) Klager kan altså ikke høres med at anskaffelsenes anslåtte verdi må sees i sammenheng med totalentreprisen.

- (43) Verdien av anskaffelsene er under terskelverdien for kunngjøring, også om de sees samlet. Anskaffelsene er derfor ikke å anse som ulovlige direkte anskaffelser. Anførselen fører ikke frem.
- (44) Hvorvidt anskaffelsen av kulverten/bekkeløpet skulle inngått i anskaffelsen av totalentreprisen av skolen, er det ikke nødvendig å ta stilling til. Totalentreprisen for bygging av den nye skolen er kunngjort. Det er derfor ikke grunnlag for at verdien av denne anskaffelsen skal inngå i et eventuelt gebyrgrunnlag dersom klagenemnda kommer til at anskaffelsen av kulverten/bekkeløpet utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (45) Anskaffelsen av kulverten/bekkeløpet overstiger den nasjonale terskelverdien, og skulle derfor i utgangspunktet ha vært kunngjort jf. anskaffelsesforskriften §§ 5-1 andre ledd, og 8-17 første ledd.
- (46) Innklagede har lagt til grunn at anskaffelsen var unntatt fra kunngjøringsplikt, og at den derfor ikke utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (47) Innklagede anfører nærmere bestemt at det ikke var nødvendig å kunngjøre anskaffelsen av kulverten, fordi innklagede inngikk en avtale «*på grunnlag av et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe ytelsene til en pris som ligger under normale markedspriser*», jf. anskaffelsesforskriften § 5-2 (2) bokstav b.
- (48) For så vidt gjelder vilkåret om usedvanlig fordelaktig tilbud, er bestemmelsen i forskriften § 5-2 (2) bokstav b en videreføring av en likelydende bestemmelse i tidligere reguleringer.
- (49) Generelt har EU-domstolen slått fast at unntak fra kunngjøringsplikten skal fortolkes strengt, og at det er oppdragsgiver som må vise at vilkårene er oppfylt, se eksempelvis EU-domstolen sak C-167/06 (Ermioni Komninou and others v Commission) premiss 23.
- (50) I forarbeidene til forskriften (2001) § 2-1 andre ledd bokstav b, NOU 1997: 21 s. 129, er denne bestemmelsen kommentert slik:
- «Det fremgår av vilkårene at det skal svært meget til for at bestemmelsen kommer til anvendelse. Anvendelse av bestemmelsen krever meget god kjennskap til hele det aktuelle markedet hvor ytelsen kan anskaffes.»*
- (51) Klagenemnda har behandlet det tidligere unntaket om usedvanlig fordelaktig tilbud etter forskriften (2001) § 2-1 andre ledd bokstav b i sak 2009/216. Saken gjaldt bygge- og anleggsarbeider vedrørende utfylling av havnen i Narvik. I vurderingen av om unntaket er oppfylt, peker nemnda på at oppdragsgiver må ha kunnskap om hva som er normale markedspriser. Dette kunnskapskravet er strengt. Hvilke krav som stilles, avhenger videre av verdien på anskaffelsen. Klagenemnda understreker at faren for omgåelse av regelverket, tilsier at det stilles strenge krav til dokumentasjon for å anse vilkårene for unntaket fra kunngjøringsplikten som oppfylt. Oppdragsgiver hadde i dette tilfellet kun innhentet én uttalelse fra én konsulent om hva som var «typisk kostnad», uten noen angivelse av hva vurderingen var basert på. Klagenemnda kunne da ikke se at oppdragsgiver i tilstrekkelig grad hadde dokumentert å ha skaffet seg den nødvendige kunnskapen om det aktuelle markedet. Klagenemnda kom derfor til at oppdragsgiver ikke hadde godtgjort at vilkårene for å benytte unntaksbestemmelsen var oppfylt.

- (52) Innklagede fikk i nærværende sak innhentet et estimat fra et konsultentselskap, Rambøll AS, i desember 2016, som en del av estimatet for oppføringen av den nye skolen. I dette estimatet la Rambøll til grunn at omleggingen av kulverten ville koste anslagsvis 3 581 000 kroner ekskl. mva. Samtidig fikk innklagede et tilbud fra valgte leverandør på 2 760 000 kroner ekskl. mva. Dette utgjorde en prisdifferanse på 821 000 kroner ekskl. mva., tilsvarende en rabatt på 23 prosent.
- (53) Det er noe uenighet mellom klager og innklagede knyttet til hva som rent faktisk inngikk i estimatet fra Rambøll Norge AS, og hvilke arbeider som faktisk ble utført av valgte leverandør, når man skal sammenligne den faktiske differansen. Klagenemnda går ikke nærmere inn på dette. Det avgjørende er om innklagede i tilstrekkelig grad kan dokumentere at de skaffet seg den nødvendige kunnskapen om prisene i det aktuelle markedet for å vurdere om tilbudet var usedvanlig fordelaktig.
- (54) Det er uomtvistet at innklagede ikke kontaktet andre leverandører eller på annen måte skaffet seg kjennskap til markedet. Vurderingen om at tilbudet fra valgte leverandør var usedvanlig fordelaktig, bygger utelukkende på en sammenligning av dette tilbudet med estimatet fra Rambøll Norge AS. Innklagede har forklart at man la særlig vekt på at valgte leverandør kunne samkjøre omleggingen av kulverten med kabelomleggingen i det samme området, noe som ville gi store synergieffekter, herunder ved at man ikke trengte å grave to ganger. Innklagede har også forklart at estimatet ble utarbeidet av to VA-faglige rådgivere fra Rambøll Norge AS, som hadde solid innsikt i det aktuelle markedet. Innklagede har også anført at kontraktens størrelse begrenset hvor grundige forundersøkelser som kunne kreves i denne saken.
- (55) Etter klagenemnda syn tilsier anskaffelsens karakter at innklagede burde ha foretatt nærmere undersøkelser av markedet, ved å kontakte andre leverandører. Anskaffelsen gjaldt en type arbeid hvor det er relativt enkelt å sammenligne priser. Det var primært tale om rørmateriell og arbeidskostnader. Andre leverandører kunne derfor – uten å måtte bruke mye tid eller arbeid på det – ha inngitt pristilbud eller informert om gjeldende priser i det aktuelle markedet.
- (56) Innklagede har vist til at det som til dels var avgjørende for at valgte leverandørs tilbud ble ansett som usedvanlig fordelaktig, var synergieffektene ved at leverandøren som allerede utførte oppdrag for Hålogaland kraft også utførte arbeidene med kulverten. Synergieffekten i seg selv kan imidlertid ikke vektlegges så lenge det ikke er dokumentert at dette fører til at leverandøren dermed har gitt et usedvanlig fordelaktig tilbud.
- (57) Klagenemnda er videre enig med klager i at også andre leverandører sannsynligvis kunne ha dratt nytte av de eventuelle synergieffektene når valgte leverandør først hadde lagt kablene i de aktuelle grøftene. Innklagede har forklart at de hadde dårlig tid under utføringen av arbeidet, men innklagede var kjent med behovet for dette arbeidet allerede ved planleggingen av skolen, det vil si høsten 2016, ref. kostnadsoverslagene for dette arbeidet utarbeidet av Rambøll høsten 2016. Valgte leverandør innga sitt tilbud i juni 2017, og arbeidet ble gjennomført sommer/høst 2017. Etter klagenemndas syn tilsier dette at innklagede burde innhentet tilbud og nærmere vurdert hvordan dette kunne ha vært løst også ved hjelp av andre leverandører.
- (58) Videre ble det lagt om et elveløp på grusbanen i samme område tidligere samme år. Omleggingen innebar samme typer arbeid, utført av en annen underentreprenør. I følge anbudsprotokollen ble Hadsel Maskin tildelt oppdraget. Hadsel Maskin innga et

pristilbud på 335 000 ekskl. mva., mens valgte leverandør sitt tilbud var på 530 749 kroner ekskl. mva. Dette utgjorde en prisdifferanse på 195 749 eller 37 prosent.

- (59) Dette arbeidet ga etter klagenemndas syn en klar indikasjon på at pristilbudet fra valgte leverandør ikke nødvendigvis var usedvanlig fordelaktig, og at estimatet fra Rambøll kunne være feil. Etter klagenemndas vurdering ga denne prisdifferansen en oppfordring til å innhente tilbud fra andre leverandører for omleggingen av kulverten.
- (60) Klagenemnda kan ikke se at kontraktens størrelse i denne saken begrenset de oppfordringene innklagede hadde til enkelt å gjøre nærmere undersøkelser om prisene i markedet. Som nevnt kunne slike undersøkelser enkelt vært foretatt, uten særlig mye merarbeid.
- (61) Innklagede har på denne bakgrunn ikke godtgjort at det forelå *«et usedvanlig fordelaktig tilbud»*, som gjorde det *«mulig å anskaffe ytelse til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser»*, jf. forskriften § 5-2 (2) bokstav b. Innklagede skulle derfor ha kunngjort kontrakten. Unnlåtelsen av å gjøre dette, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (62) 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 dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse»*.
- (63) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7 b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov.
- (64) Innklagede har forklart at de vurderte om det forelå kunngjøringsplikt, men fant at unntaket i anskaffelsesforskriften § 5-2 (2) bokstav b kom til anvendelse.
- (65) Spørsmålet er om innklagede opptrådte grovt uaktsomt ved ikke å gjøre mer for å skaffe seg bedre kjennskap til markedet enn kun å innhente vurderingen fra Multiconsult.
- (66) Innklagede har til en viss grad søkt å skaffe seg kunnskap om markedspris, ved å innhente en rapport fra Rambøll. Klagenemnda har som redegjort for over, likevel kommet til at denne rapporten ikke i seg selv gav grunnlag for ikke å gjøre nærmere undersøkelser. Nemnda mener at innklagede hadde klare oppfordringer til å innhente mer informasjon om markedspris, og vurderer innklagedes handlemåte som grovt uaktsomt.
- (67) Siden klagenemnda vurderer innklagedes handlemåte som grovt uaktsomt *«skal»* nemnda derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.
- (68) Innklagedes handlemåte må under enhver omstendighet karakteriseres som uaktsomt, og hensett til så vel bruddets grovhet, innklagedes profesjonalitet, størrelsen på anskaffelsen, varigheten og preventive hensyn finner klagenemnda det riktig å reagere med et overtredelsesgebyr, jf. loven § 12 første ledd annet punktum, jf. tredje ledd.

Gebyrets størrelse

- (69) Det fremgår av anskaffelsesloven § 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 anskaffelsens verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (70) Nemndspraksis viser at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det verken finnes særlige formildende eller særlig skjerpene omstendigheter.
- (71) Det er ikke tvilsomt at anskaffelsen skulle ha vært kunngjort. Klagenemnda kan likevel ikke se at det foreligger særlig skjerpene omstendigheter.
- (72) Det samlede beløpet for kjøp av arbeid for omlegging av kulvert er opplyst å være 2 420 000 kroner (avrundet opp). Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 245 000, som utgjør ca. ti prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Lødingen kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 245 000

- tohundreogførtifemtusen - 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,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk