



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

*Øygarden kommune gjennomførte i 2012 og i 2016 anbudskonkurranser for rammeavtaler for prosjektering, prosjekt- og byggeledelsestjenester. Klagenemnda fant at rammeavtalen inngått i 2016 var betydelig utvidet sammenlignet med det som ble kunngjort. Det forelå derfor en ny kontrakt som innklagede skulle ha kunngjort i henhold til regelverket. På denne bakgrunn kom klagenemnda til at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på 254 000 kroner.*

### **Klagenemndas gebyrvedtak 10. februar 2022 i sak 2021/338**

- Klager:** Rettferdig Offentlig Saksbehandling
- Innklaget:** Øygarden kommune
- Klagenemndas medlemmer:** Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik og Arnt Skjefstad
- Saken gjelder:** Overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelse

### **Innledning:**

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Øygarden kommunes (heretter *innklagede*) kjøp av konsulent tjenester fra Asplan Viak AS og HR Prosjekt AS. Rettferdig Offentlig Saksbehandling (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 13. februar 2021.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 254 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

### **Bakgrunn:**

- (3) Innklagede kunngjorde i 2012 en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om bygge- og prosjektledelsestjenester. Anskaffelsens verdi var estimert til 12 millioner kroner. Rammeavtalens varighet var 4 år.
- (4) Innklagede tildelte kontrakten til Asplan Viak AS 8. juni 2012.
- (5) Den 16. desember 2015 bestilte innklagede utlysning av ny rammeavtale for bygge- og prosjektledelsestjenester. I bestillingen var det opplyst følgende:

*«Øygarden kommune har ein gjeldande rammeavtale for prosjekt og byggjeleing som går ut 1. juli 2016.*

*Det er lagt til grunn at pågåande prosjekt vert fullført av Asplan Viak, som har gjeldande rammeavtale med kommunen.*

*Kommunen har i perioden 2012-2015 brukt kring 15 millionar kroner på utgreiingar, forprosjekt, prosjektering og byggeleieing innafor rammeavtalen. I enkelte større prosjekt kan det vere aktuelt å lyse ut prosjektering og/eller byggeleieing som eige anbod.*

*Aktivitetsnivået ser ikkje ut til å verte mindre dei næraste fire åra. Kor mykje av dette som vert starta før ny avtale er på plass er usikkert. Oppstart og gjennomføring av prosjekt vert i stor grad avgjort av kommunestyret.*

*I samsvar med gjeldande avtale ber Øygarden kommune Odin Prosjekt AS gjennomfører utlysings- og tildelingsprosessen på vegne av kommunen. Kommunen legg til grunn at ny avtale er på plass før gjeldande avtale går ut.»*

- (6) Innklagede kunngjorde 24. mai 2016 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av prosjektering, prosjekt- og byggeledelsestjenester. Tilbudsfrist var 4. juli 2016.
- (7) I kunngjøringen om «Totalleveransens mengde eller omfang» var det opplyst:

*«Gjeldande økonomiplan for Øygarden kommune omfattar ca. 30 prosjekter i perioden 2016-2019, totalt 450 MNOK. Investeringsnivået er om lag dobbelt så stort som i de tidlegare år. Mengd oppdrag kan difor bli vesentleg større enn tidlegare. I tillegg vil det kunne kome oppdrag innan drift. I prosjekt som er starta vil dei deler av arbeidet som er starta bli slutført etter gjeldande rammeavtale, typisk kan vere prosjektering medan byggeleieing blir etter ny avtale.*

*Det er difor vanskeleg å estimere totalverdien for denne anskaffinga. Verdien for anskaffinga estimerast til ca. 2,5 MNOK ekskl. mva per år, totalt ca. 10 MNOK ekskl. mva og inkl. opsjonar, utan at dette medfører nokon avgrensing for rammeavtala. Rammeavtala er avgrensa av den typen oppdrag som er skildra i bilag 1, ikkje av estimert verdi.*

*Det oppgitte omfang er anslag basert på enkelte statistikkar, innrapporterte volum frå avdelingane og opplysningar frå nærverande leverandørar. Det tas atterhald om endringar i volum, bl.a. ut frå budsjettvedtak, eventuell konkurranseutsetting av tenestar, kommunens aktiviteter og/eller organisasjon.*

*For informasjon om investeringsbudsjett og komande prosjekter, sjå vedlegg 6. For informasjon om kommuneplan (plandelen) 2014-2022, sjå vedlegg 7. Kommuneplanen vart vedteken 18.06.2014. For kommuneplan 2014-2022 Kart, sjå vedlegg 8.*

*Anslå totalverdi eksklusiv MVA: 10000000 NOK»*

- (8) Det var vidare opplyst at kontrakten skulle ha en varighet på 2 år, med opsjon for oppdragsgiver til å forlengje kontrakten i inntil ytterligere 2 år, maksimalt 4 år. Det var vidare tatt forbehold om at «[k]ontrakten vil berre vare fram til at Øygarden kommune eventuelt vert slått saman med ein eller fleire andre kommunar».
- (9) Kontrakt ble inngått med HR Prosjekt AS.

- (10) De tidligere kommunene Øygarden, Sund og Fjell kommune ble slått sammen 1. januar 2020 til Øygarden kommune.
- (11) Klager brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 13. februar 2021. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 15. februar, jf. anskaffelsesloven § 12 fjerde ledd.
- (12) Klagenemnda har fått fremlagt en oversikt fra kommunens regnskapssystem over prosjektene og beløpene ekskl. mva. som er betalt Asplan Viak AS. Her fremkommer det at innklagede har betalt Asplan Viak AS følgende beløp per år:
- 2012: 3 684 215 kroner
  - 2013: 2 703 582 kroner
  - 2014: 4 934 634 kroner
  - 2015: 4 682 162 kroner
  - 2016: 10 335 400 kroner
  - 2017: 15 167 936 kroner
  - 2018: 7 868 895 kroner
  - 2019: 10 914 129 kroner
  - 2020: 1 829 900 kroner
- (13) Klagenemnda har fått fremlagt en oversikt over prosjektene og beløpene ekskl. mva. som er betalt HR Prosjekt AS. Her fremkommer det at innklagede har betalt HR Prosjekt AS følgende beløp per år:
- 2016: 5700 kroner
  - 2017: 2 342 916 kroner
  - 2018: 5 498 746 kroner
  - 2019: 9 852 909 kroner
  - 2020: 6 279 610 kroner
  - 2021: 85 630 kroner
- (14) Innklagede har i tillegg opplyst om at det ble gjort et avrop på avtalen med HR Prosjekt AS i 2018 med verdi på ca. 500 000 kroner ekskl. mva. Gjennomføringen av denne avtalen ble først påbegynt i 2021.
- (15) Nemndsmøte for utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 18. oktober 2021.
- (16) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 3. januar 2022. I anledning forhåndsvarselet, har innklagede innhentet informasjon fra leverandørene vedrørende innklagedes bestillinger av oppdrag fra leverandørene, for å redegjøre for hvilke avrop som er foretatt etter 15. februar 2019. Innklagedes merknader inneholdt også ytterligere opplysninger vedrørende oversiktene fra kommunens regnskapssystem over prosjektene og beløpene betalt leverandørene.
- (17) For rammeavtalen med Asplan Viak AS har innklagede opplyst om at er gjort avrop på 592 443 kroner i 2019 og 238 000 kroner i 2020.
- (18) For rammeavtalen med HR Prosjekt AS har innklagede innhentet følgende oversikt over omsetning mot bestillingsår:
- Omsetning for avrop bestilt i 2016 kr 324 940

- Omsetning for avrop bestilt i 2017 kr 14 330 602
- Omsetning for avrop bestilt i 2018 kr 6 880 978
- Omsetning for avrop bestilt i 2019 kr 2 445 766
- Omsetning for avrop bestilt i 2020 kr 83 223

(19) I tillegg har innklagede opplyst om en post i 2021 på 14 308 kroner med avrop i juli 2019.

### **Anførsler:**

#### *Klagers anførsler:*

- (20) Innklagede har gjennomført ulovlig direkte anskaffelser av konsulenttenester fra Asplan Viak AS og HR Prosjekt AS.
- (21) Avtalene er overskredet i både verdi og tidsbruk. Rammeavtalene er dermed vesentlig endret. Bruk av en vesentlig endret kontrakt, uten ny konkurranse, er å betrakte som ulovlig direkte anskaffelse. De forhold som er beskrevet er av en slik art at dette er å betrakte som en eller flere ulovlige direkte anskaffelser.
- (22) Innklagede har forvaltet disse anskaffelsene som kvalifisert klanderverdig. Skyldgraden i denne saken ligger anslagsvis i sjiktet mellom forsett og området overlegg ved at handlemåten er overveiende kalkulert. De subjektive og objektive kriterier/vilkår for overtredelsesgebyr er derfor åpenbart oppfylt. Klager krever at det ilegges gebyr. Allmennpreventive hensyn har også en effekt i denne saken, nettopp for at ikke andre oppdragsgivere faller for fristelsen til å misbruke rammeavtaler i strid med anskaffelsesregelverket.

#### *Innklagedes anførsler:*

- (23) Klagen skal avvises da klager ikke har saklig klageinteresse.
- (24) Klagen skal avvises da klagefristen har gått ut. Subsidiært har klagefristen gått ut for de fleste avropene.
- (25) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (26) Det er brukt vesentlig mer midler under rammeavtalene enn det som var estimert. Det estimerte forbruket var ikke ment som en øvre økonomisk grense for bruken av rammeavtalene. På tidspunktet for inngåelse av rammeavtalene var det også gjeldende rett at rammeavtaler ikke hadde en absolutt øvre økonomisk grense, og dette rettslige utgangspunktet må gjelde frem til avtaleperioden er over. Overskridelse av estimert verdi innebar derfor ikke en vesentlig endring av avtalevilkårene.
- (27) Avtalen med Asplan Viak AS har blitt benyttet utover tidsfristen, frem til 2020. Innklagede anmoder klagenemnda om å vurdere forholdet på mildest mulig måte.
- (28) Avtalen med HR Prosjekt AS har en del avrop i 2020, og innklagede ber om samme vurdering av disse.
- (29) Den siste avtalen som er inngått i 2018 og gjennomført (eller startet opp) i 2021, er ikke ut over rammeavtalen da avtalen ble gjort i 2018 og det skyldes andre årsaker at gjennomføring ikke ble gjort før i 2021. Det er en kort overskridelse i tid, og det er et beskjedent beløp.

- (30) Dersom klagenemnda kommer til at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser skal innklagede ikke ilegges gebyr for overtredelsen. Innklagede har handlet aktsomt i denne saken, og innenfor det handlingsrommet som praksis og da gjeldende regelverk ga anledning til. Innkjøpene er i hovedsak gjennomført av tidligere Øygarden kommune. Et gebyr vil derfor ikke ha preventiv effekt. Den nye kommunen har ny organisering og administrasjon, og egen innkjøpsavdeling.
- (31) Klagenemnda har i forhåndsvarselet til gebyrvedtaket lagt til grunn feil faktisk grunnlag. Avrop er foretatt tidligere enn nemnda har lagt til grunn, og tilhørende omsetning inngår dermed ikke i gebyrgrunnlaget. Med et beviskrav om klar sannsynlighetsovervekt eller strengere, er det uansett ikke grunnlag for å bygge på en presumpsjon om sammenfall i tid mellom omsetning og avrop slik nemnda gjør i forhåndsvarslet.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (32) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av konsulenttjenester fra Asplan Viak AS og HR Prosjekt AS. Slik saken er opplyst for klagenemnda er det snakk om kjøp av samme type tjeneste. Klagenemnda har derfor valgt å behandle spørsmålene i én sak.
- (33) I saker med spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble sendt til klagenemnda 13. februar 2021. Fristavbrytende brev ble sendt innklagede 15. februar 2021. Den delen av klagen som gjelder kjøp av tjenester foretatt for mindre enn to år siden, er således rettidig. Nemnda vil ta stilling til om kjøpene foretatt etter 15. februar 2019, representerer en ulovlig direkte anskaffelse.
- (34) I forhåndsvarselet la klagenemnda, i mangel på dokumentasjon for når kjøpene var foretatt, til grunn at bestillingene var skjedd i året hvor betalingen fant sted. Innklagede har i sine merknader til forhåndsvarselet redegjort for avropene på avtalene med Asplan Viak AS og HR Prosjekt.
- (35) Under en rammeavtale gjør oppdragsgiver løpende avrop. I en slik situasjon legger klagenemnda til grunn at det er de løpende avropene som utgjør iverksettelse av anskaffelsen i overgangsregelens forstand, jf. forskrift om overgangsregler for lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser § 1 og forskriften av 12. august 2016 nr. 974 § 32-2 første ledd.
- (36) Saken skal etter dette avgjøres ut fra bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser av 7. juni 2016 nr. 73 (*anskaffelsesloven*) og forskrift av 12. august 2016 nr. 974 (*anskaffelsesforskriften*).

### *Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse – kjøp av tjenester fra Asplan Viak AS*

- (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) Utgangspunktet er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre i Doffin alle anskaffelser som overstiger 1,3 millioner kroner ekskl. mva., jf. forskriften §§ 5-1 andre ledd og 8-17.

Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen.

- (39) Innklagede hadde en rammeavtale med Asplan Viak AS for bygge- og prosjektledelsestjenester som utløp i 2016. Slik saken er opplyst er det betalt for kjøp av tjenester frem til 2020.
- (40) Det er avtaleinngåelsestidspunktet som er avgjørende for når avropet er foretatt, ikke leveringen i henhold til denne kontrakten. Leveranser i henhold til avrop foretatt før utløpet av rammeavtalen, kan derfor løpe en periode etter at rammeavtalen er utløpt. Dette vil være normalt og hensiktsmessig for rammeavtaler om tjenester som det her er tale om. Prosjektering og prosjekt- og byggeledelsestjenester kan potensielt strekke seg over mange år fra oppstart av prosjektering til slutføring av byggeledelsestjenester. Avrop foretatt før 15. februar 2019 er derfor foreldet, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a andre ledd. Klagenemnda ikke har myndighet til å ilegge gebyr for disse avropene. Avrop foretatt før 15. februar 2019 avvises på denne bakgrunn fra klagenemndsbehandling.
- (41) Innklagede har i sine merknader til forhåndsvarselet fremlagt de fleste kontraktene for avropene med Asplan Viak AS. For disse avropene legger derfor klagenemnda kontraktsinngåelsesdatoene til grunn.
- (42) For de øvrige avropene har ikke innklagede funnet dokumentasjon for når avropene har funnet sted. Innklagede anfører at avropene sannsynligvis er foretatt før 2019, da prosjektene har omsetning over flere år. Ettersom prosjektene har omsetning over flere år finner klagenemnda det sannsynliggjort at avropene ble foretatt før 15. februar 2019.
- (43) Basert på dette har innklagede etter 15. februar 2019 gjort avrop på konsulenttjenester fra Asplan Viak AS for 592 443 kroner i 2019, og 238 650 kroner i 2020. Totalt 831 093 kroner.
- (44) Ettersom verdien av kontraktene innklagede har inngått med Asplan Viak AS i et tidsrom på innenfor 12 måneder etter 15. februar 2019, ikke overstiger terskelverdien for kunngjøringsplikt, finner nemnda at innklagede ikke har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (45) Innklagedes kjøp av konsulenttjenester fra Asplan Viak AS utgjør dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

*Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse – kjøp av tjenester fra HR Prosjekt AS*

- (46) Innklagede inngikk i 2016 en rammeavtale for prosjektering, prosjekt- og konsulenttjenester med HR Prosjekt AS. Avtalen hadde en estimert verdi på 10 millioner kroner.
- (47) Rammeavtalen hadde en varighet på maksimalt fire år, eller til kommunen slo seg sammen med en eller flere andre kommuner. De tidligere kommunene Øygarden, Sund og Fjell kommune ble slått sammen 1. januar 2020 til Øygarden kommune.
- (48) Innklagede har anført at rammeavtalens estimerte verdi var retningsgivende og ikke endelig forpliktende. Innklagedes anførsel baserer seg på at det i kunngjøringen var opplyst at avtalens totalverdi var anslått til 10 millioner kroner, men at det var «vanskeleg

*å estimere totalverdien for denne anskaffinga. Verdien for anskaffinga estimerast til ca. 2,5 MNOK ekskl. mva per år, totalt ca. 10 MNOK ekskl. mva og inkl. opsjonar, utan at dette medfører nokon avgrensing for rammeavtala».*

- (49) Det følger av forskriften § 5-4 femte ledd at oppdragsgiver ved rammeavtaler skal legge til grunn den maksimale verdien av alle kontraktene som oppdragsgiver forventer å inngå i løpet av avtalens varighet. I tidligere forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402, som var gjeldende da innklagede kunngjorde konkurransen, ble det i § 2-3 første ledd tilsvarende stilt krav om at oppdragsgiver beregnet anskaffelsens anslåtte verdi på grunnlag av «*det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale*». I den utstrekning det kunne ligge en fleksibilitet i volumet på en rammeavtale ved at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget hadde redegjort for bakgrunnen for anslått verdi, så forstår klagenemnda at for anskaffelser underlagt del III innebærer EU-domstolens avgjørelser i sakene C-216/17 og C-23/20 at oppdragsgiver må angi et høyeste tak for bruk av en rammeavtale. Nemnda kan dermed ikke se at innklagedes redegjørelse i konkurransegrunnlaget for beregningen av anskaffelsens verdi, slik gjengitt i avsnitt 7 og 8, gir en økt fleksibilitet.
- (50) Oversikten over innklagedes utbetalinger til HR Prosjekt AS viser at innklagede har betalt totalt 24 065 511 kroner (5 700 kroner i 2016, 2 342 916 kroner i 2017, 5 498 746 kroner i 2018, 9 852 909 kroner i 2019, 6 279 610 kroner i 2020 og 85 630 kroner i 2021).
- (51) Innklagede har i merknadene til forhåndsvarselet fremlagt omtrent halvparten av kontraktene for avropene med HR Prosjekt AS. For disse avropene legger derfor klagenemnda kontraktsinngåelsesdatoene til grunn.
- (52) For de øvrige avropene har innklagede vist til HR Prosjekts redegjørelse for bestillingsdato og dato for opprettelse av prosjektene i leverandørens datasystem. For disse avropene legger klagenemnda til grunn at avropene var en forutsetning for at prosjektene ble opprettet i leverandørens system, og dermed senest skjedde når de ble opprettet.
- (53) Basert på klagenemndas gjennomgang av omsetning som beror på avrop etter 15. februar 2019, har innklagede gjort avrop på konsulenttjenester fra HR Prosjekt AS på 2 460 074 kroner i 2019 og 83 223 kroner i 2020. Totalt 2 543 297 kroner.
- (54) I tilfeller hvor innholdet i kontrakten er vesentlig endret sammenlignet med det som ble kunngjort, står man overfor en ny kontrakt, som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket.
- (55) Slik saken er opplyst kan ikke klagenemnda se at endringen er lovlig etter noen av alternativene i § 28-1 bokstav a) til f).
- (56) Ut over dette kan oppdragsgiver bare gjøre endringer som ikke er «*vesentlige*», jf. forskriften § 24-1 første ledd bokstav f). Det fremgår av forskriften § 24-2 at en endring alltid er vesentlig dersom den

*«a) gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør,*

*b) endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,*

*c) utvider kontraktens omfang betydelig eller*

*d) gjelder skifte av leverandøren i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 24-1 første ledd bokstav e.».*

- (57) Klagenemnda vurderer om endringen er vesentlig fordi den «*utvider kontraktens omfang betydelig*».
- (58) Rammeavtalen med HR Prosjekt utløpt 1. januar 2020 da kommunene ble slått sammen. Innklagedes kjøp av tjenester for 83 225 kroner i 2020 er følgelig utenfor rammeavtalens tidsmessige virkeområde. Totalt har innklagede kjøpt tjenester for 24 708 947 kroner selv om avtalens oppgitte verdi var 10 millioner kroner. Avtalen er derfor overskredet både i volum og tid. Etter klagenemndas vurdering gjør innklagedes bruk av rammeavtalen at innholdet i kontrakten er betydelig utvidet sammenlignet med det som ble kunngjort. Det foreligger derfor en ny kontrakt som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket.
- (59) Når det gjelder avropet på rammeavtalen med HR Prosjekt AS gjort i 2018, men først påbegynt i 2021, anser klagenemnda avropet som foreldet da avropet ble foretatt før 15. februar 2019, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a andre ledd.
- (60) Innklagedes kjøp av konsulent tjenester fra HR Prosjekt AS i perioden 15. februar 2019 til 2020 utgjør etter dette en ulovlig direkte anskaffelse. Da innklagede allerede før 15. februar 2019 hadde gjort avrop som oversteg rammeavtalens estimat legger klagenemnda til grunn at rammeavtalen i alle fall på dette tidspunktet var vesentlig endret. Gebyrgrunnlaget utgjør etter dette 2 543 297 kroner.

*Hvorvidt det skal ilegges gebyr*

- (61) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning at klagenemnda «*skal*» ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens 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*».
- (62) 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 klagenemnda til sak 2017/147, avsnitt 55 og utover.
- (63) Kjøpene av konsulent tjenestene er i all hovedsak gjennomført av tidligere Øygarden kommune før sammenslåingen med de tidligere kommunene Fjell og Sund. Klagenemnda finner det klart at nye Øygarden kommune er ansvarlig for de nå sammenslåtte kommunenes anskaffelser. At det nå foreligger en ny kommune som omfatter nye innbyggere og ny administrasjon kan nemnda ikke se er et moment som skal tillegges særlig vekt ved vurderingen av skyldkravet.
- (64) For rammeavtalen med HR Prosjekt har innklagede gjort avrop utenfor rammeavtalens volum og noe utenfor rammeavtalens tidsmessige virkeområde. Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha inngående kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser, herunder hvilket handlingsrom oppdragsgiver har med hensyn til å gjøre



avrop på en rammeavtale. I dette tilfellet har innklagede brukt over avtalens estimerte verdi, og burde reagert før avropene nådde den størrelsen de gjorde. Klagenemnda finner samlet sett at innklagedes opptreden må karakteriseres som grovt uaktsom. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning.

#### *Gebyrets størrelse*

- (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.
- (66) Klagenemnda har ovenfor kommet til at gebyrgrunnlaget utgjør 2 543 297 kroner.
- (67) 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.
- (68) En gjennomgang av nemndspraksis viser at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpene omstendigheter.
- (69) For rammeavtalen for prosjektering, prosjekt- og byggeledelsestjenester med HR Prosjekt AS er det etter klagenemndas syn en formildende omstendighet at anskaffelsen i utgangspunktet har vært konkurranseutsatt, og at avropene er innenfor rammeavtalens saklige virkeområde. Det er likevel ikke tvilsomt at avropene klagenemnda kan ta stilling til utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (70) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 254 000 kroner. Dette utgjør ca. 10 prosent av anskaffelsens verdi.

#### **Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:**

\*\*\*

*Øygarden kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 254 000*

*– Tohundreogfemtifiretusen – kroner.*

*Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtaks 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,

Finn Arnesen

*Dokumentet er godkjent elektronisk*