



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Lillehammer kommune kjøpte tjenester for drift, vedlikehold og oppgradering av veilys på en utgått rammeavtale. Innklagede erkjente at de hadde foretatt avrop på den utgåtte rammeavtalen og at ny konkurranse skulle vært kunngjort etter avlysningen. Klagenemnda kom til at innklagede forsettlig hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på tolv prosent av avropenes verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 23. mars 2022 i sak 2021/1439

Klager:	Otera Traftec AS
Innklaget:	Lillehammer kommune
Klagenemndas medlemmer:	Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Alf Amund Gulsvik
Saken gjelder:	Overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelse

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Lillehammer kommunes (heretter *innklagede*) kjøp av tjenester for drift, vedlikehold og oppgradering av veilys. Otera Traftec AS (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 9. september 2021.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 429 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Saken gjelder kjøp av tjenester for drift, vedlikehold og oppgradering av veglysløs på en utgått rammeavtale. Rammeavtalen ble inngått mellom innklagede og Eidsiva anlegg AS (nå Laje AS, heretter *eksisterende leverandør*) 4. november 2015. Rammeavtalen hadde en varighet på 2 år med opsjon om forlengelse i 1+1 år.
- (4) Innklagede kunngjorde 5. juli 2019 en ny konkurranse for kjøp av drift, vedlikehold og oppgradering av veilys. Verdien på rammeavtalen var estimert til 3 millioner kroner per år. Varigheten på rammeavtalen var 2 år med opsjon om forlengelse i 1+1 år.
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var anskaffelsen beskrevet på følgende måte:

«Lillehammer kommune har utarbeidet anbud som omhandler drift, vedlikehold, oppgradering og ombygging av veglysløs langs kommunale veier som driftes av Lillehammer kommune Veg og trafikk. Inntil videre driftes også veglysløs langs Fylkesveger og private veier/borrettslag.»

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) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud i konkurransen, fra henholdsvis klager og eksisterende leverandør.
- (7) Kontrakt ble tildelt eksisterende leverandør 27. september 2019. Klager påklagde tildelingsbeslutningen og innklagede omgjorde tildelingen. Klager ble deretter tildelt kontrakt 29. november 2019. Denne tildelingen ble påklaget av eksisterende leverandør i brev datert 12. desember 2019 og 6. januar 2020.
- (8) Innklagede avlyste konkurransen 31. januar 2020. I avlysningen ble det gjort rede for flere uklarheter i konkurransegrunnlaget som kan ha påvirket resultatet av konkurransen. Det ble også opplyst om at oppdragsgiver har igangsatt arbeidet med en ny konkurranse, «med mål om å få på plass avtale innen sommeren 2020».
- (9) Den opprinnelige rammeavtalen utløp 4. november 2019. Eksisterende leverandør har overfor innklagede bekreftet at de står i kontrakten frem til ny konkurranse er gjennomført.
- (10) Klager sendte innklagede en forespørsel om status for ny konkurranse 28. august 2020. Innklagede svarte 1. september 2020 og informerte om at ny konkurranse skulle prioriteres.
- (11) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 9. september 2021.
- (12) Nemndsmøte for utsending av forhåndsvarsel i saken ble avholdt 14. februar 2022.
- (13) Klagenemnda sendte 15. februar 2022 varsel om ileggelse av et overtredelsesgebyr på tolv prosent av anskaffelsens verdi.
- (14) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 1. mars 2022. I merknadene har innklagede informert om at det er gjort avrop på ytterligere 700 000 kroner.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å kjøpe tjenester for drift og vedlikehold av lysanlegg uten å ha kunngjort anskaffelsen.

Innklagedes anførsler:

- (16) Kommunen erkjenner at ny konkurranse skulle vært kunngjort etter avlysningen. Etter avlysningen av konkurransen var det likevel aldri et alternativ å innstille oppdraget frem til ny kontrakt var på plass. Dette ville ha medført at gater og veier ble mørklagt og dermed en fare for liv og helse.
- (17) Dersom klagenemnda kommer til at det skal ilegges gebyr, er det flere forhold som taler for at gebyret må settes lavt. Den opprinnelige kontrakten har vært gjenstand for 3 konkurranse i 2015. Sykefravær, anstrengt økonomi og Covid-19 medførte at innklagede ikke fikk gjennomført en ny konkurranse etter at man avlyste konkurransen i januar 2020.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klagen er rettidig fremsatt jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (19) 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).
- (20) Utgangspunktet for anskaffelser over nasjonal terskelverdi er at de skal kunngjøres i Doffin, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 §§ 5-1 (2) og 8-17 (1). Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forordningen § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen. For andre oppdragsgiveres tjenestekontrakter var terskelen for kunngjøringsplikten i Doffin 1,3 millioner kroner ekskl. mva. og TED 2 millioner kroner ekskl. mva.
- (21) Ved forlengelsen av rammeavtalen mellom innklagede og eksisterende leverandør var verdien av tjenestene estimert til 3 millioner kroner per år ekskl. mva. Anskaffelsen overstiger dermed både den nasjonale terskelverdien og EØS-terskelverdien, og skulle derfor i utgangspunktet ha vært kunngjort både i Doffin og TED-databasen.
- (22) Innklagede har ikke vist til, og klagenemnda kan heller ikke se, at det foreligger forhold som kan unnta anskaffelsen fra kunngjøringsplikten.
- (23) Forlengelsen av den utgåtte rammeavtalen mellom innklagede og eksisterende leverandør utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (24) 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 annet punktum fremgår det at klagenemnda «kan» ilegge gebyr dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse».
- (25) 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.
- (26) Innklagede har erkjent at de skulle ha kunngjort konkurransen etter avlysningen 31. januar 2020.
- (27) Det ligger i erkjennelsen at innklagede både hadde kunnskap om det faktiske og rettslige grunnlaget for den ulovlige direkte anskaffelsen. Innklagede handlet i visshet om at anskaffelsen var kunngjøringspliktig, men fortsatte likevel å gjøre avrop på den utgåtte rammeavtalen. Klagenemndas vurdering er at innklagede har handlet på en måte som må karakteriseres som forsettlig. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning.

Gebyrets størrelse

- (28) 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 2021/344, avsnitt 35.
- (29) 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.
- (30) En gjennomgang av nemndspraksis viser at gebyret normalt settes til 10 prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpene omstendigheter, se senest klagenemndas avgjørelse i sak 2019/102, avsnitt 41.
- (31) Innklagede har anført at anstrengt økonomi, fravær hos ansatte, nye arbeidsoppgaver relatert til Covid-19 og fare for liv og helse er forhold som må anses som formildende omstendigheter av betydning ved utmåling av gebyret.
- (32) Det at behovet som skal dekkes gjennom anskaffelsen er av betydning for liv og helse er i seg selv klart nok ikke en formildende omstendighet ved brudd på kunngjøringsplikten. Forskriften regulerer hvilke muligheter oppdragsgiver har til å gjennomføre konkurranser uten kunngjøring eller med kortere tidsfrister, for eksempel dersom anskaffelsen haster som følge av fare for liv og helse. Innklagede har imidlertid ikke fulgt anskaffelsesforskriftens system. At innklagede forsøkte å gjennomføre en ny anskaffelse, som endte med avlysning, kan heller ikke anses formildende når det ikke er gjort noe nytt forsøk på å konkurransesutsette tjenestene. I et slik tilfelle, kan det heller ikke ilegges nevneverdig vekt i formildende retning at kjøpene er gjort med utgangspunkt i en avtale som ble kunngjort i 2015.
- (33) Som det fremgår over, har innklagede hele tiden vært klar over at avtalen var utgått og at kjøpene var kunngjøringspliktige, men har likevel benyttet den utgåtte rammeavtalen i underkant av to år uten forsøk på å gjennomføre en ny konkurranse. Bruddets grovhet tilsier at gebyret settes høyt. Behovet for drift- og vedlikehold av veilysene har for øvrig ikke kommet overraskende på innklagede, eller blitt vanskeliggjort av den pågående pandemien. At kommunens økonomi er anstrengt, er heller ikke en formildende omstendighet.
- (34) Med dette som bakgrunn finner klagenemnda det riktig å ilegge et gebyr på tolv prosent av avropenes verdi på 3 577 814 kroner, avrundet til 429 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Lillehammer kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 429 000.

- firehundredeogtjunitusen - 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,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk