



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Sunnfjord kommune gjennomførte konkurranser for inngåelse av kontrakter for kjøp av brøytetjenester og annet vintervedlikehold av kommunale veier. Anskaffelsen ble ikke kunngjort i Doffin eller TED. Klagenemnda fant at kontraktene måtte ses i sammenheng. Det var klart at anskaffelsen oversteg terskelverdien for kunngjøring i Doffin og TED-databasen. På dette grunnlag fant klagenemnda at kontraktsinngåelsen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på fem prosent av avropenes verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 8. mars 2022 i forente saker 2021/34 og 2021/967

Klager: Gunnar Svidal (sak 2021/34) og Øyvin Mortensbakke (sak 2021/967)

Innklaget: Sunnfjord kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Saken gjelder: Overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelse

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Sunnfjord kommunes (heretter *innklagede*) kjøp av brøytetjenester og annet vintervedlikehold. Gunnar Svidal (heretter *Svidal*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. januar 2021, og klage fra Øyvin Mortensbakke (heretter *Mortensbakke*) ble mottatt 14. september 2021. Klagen fra Svidal gjelder fire roder, mens klagen fra Mortensbakke retter seg mot øvrige roder i konkurransen hvor Mortensbakke mener det er grunnlag for å konstatere ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda for offentlige anskaffelser har derfor valgt å behandle klagene som én sak.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 2 367 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede annonserte 16. juli 2020 en konkurranse for inngåelse av kontrakter om vintervedlikehold av kommunale veier i Førde, Gaular, Naustdal og Jølster. Avtalene skulle ha en varighet på fem år, med opsjon på forlengelse i inntil to år. Konkurransen ble annonsert på kommunens hjemmeside og i avisen Firda. Tilbudsfrist var 10. august 2020.
- (4) Anskaffelsen omfattet «*utføring av vinterarbeid med brøyting, snørydding, strøing og salting inklusiv strøsand og salt, snøfresing, høvling, rydding av vegkryss, reingjering av vegskilt og liknande knytt til kommunale vegar og plassar i Sunnfjord kommune*».

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

- (5) I konkurransegrunnlaget, publisert på innklagedes hjemmeside, var det opplyst at konkurransen fulgte lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser del I.
- (6) I konkurransegrunnlaget var anskaffelsen delt inn i totalt 49 delkontrakter, der leverandørene kunne levere tilbud på én eller flere roder. Tre av delkontraktene ble kunngjort i Doffin og TED. I forbindelse med saksforberedelsen for klagenemnda har innklagede forklart at en fjerde rode – SUB04 – ikke var med i utlysningen, og at det heller ikke ble inngått kontrakt for denne roden. Samlet sett omfatter klagen 39 roder. I tabellen under fremgår rodene, valgte leverandør, årlig estimert og faktisk kontraktsverdi angitt i kronebeløp, ekskl. mva.

Rode	Estimert kontraktsverdi	Faktisk kontraktsverdi	Valgte leverandør	Tidspunkt for kontraktsinngåelse
SUB01	175 000	273 000	Geir Solheim	27. august 2020
SUB02	250 000	503 000	Roger Solheim	14. oktober 2020
SUB03	175 100	175 000	Geir Solheim	14. oktober 2020
SUB06	300 000	865 000	Entreprenørservice AS	14. oktober 2020
SUB07	200 000	425 000	Entreprenørservice AS	14. oktober 2020
SUB08	200 000	350 000	Entreprenørservice AS	14. oktober 2020
SUB10	120 000	300 000	Vidar Heggheim	14. oktober 2020
SUB11	200 000	330 000	Leif Ringstad	14. oktober 2020
SUB13	180 000	250 000	Magn Ove Nydal	14. oktober 2020
SUB14	200 000	295 000	Entreprenørservice AS	14. oktober 2020
SUB16	200 000	295 000	Entreprenørservice AS	14. oktober 2020
SUB18	240 000	175 000	Digernes Maskin AS	10. november 2020
SUB201	175 000			
SUB202	200 000	450 000	Tømrar Eirik Sunde	14. oktober 2020
SUB207	175 000			
SUB300	130 000	120 000	Hilde Søgnesand	14. oktober 2020
SUB301	110 000	150 000	Stein Arne Sunde AS	14. oktober 2020
SUB302	350 000	470 000	Samuel Dvergsdal	14. oktober 2020
SUB303	100 000	126 000	Ivar A Sunde AS	14. oktober 2020

SUB304	90 000	150 000	Ivar A Sunde AS	20. oktober 2020
SUB305	20 000	31 000	Ivar A Sunde AS	20. oktober 2020
SUB306	90 000	140 000	Ivar A Sunde AS	20. oktober 2020
SUB308	120 000	155 000	Kjell-Åge Fluge	14. oktober 2020
SUB309	120 000	280 414	Kjell-Åge Fluge	14. oktober 2020
SUB311	70 000	120 000	Ivar A Sunde AS	20. oktober 2020
SUB312	140 000	166 000	Johnny Hundvebakken	14. oktober 2020
SUB313	130 000	140 000	Ivar A Sunde	14. oktober 2020
SUB315	35 525	40 000	Knut Huus	14. oktober 2020
SUB316	90 000	105 000	Stein Viggo Teigen og Anne Grete Førde	14. oktober 2020
SUB318	110 000	245 000	Stein Arne Sunde AS	14. oktober 2020
SUB400	17 128		Knut Horne	15. oktober 2020
SUB401	18 840		Knut Horne	15. oktober 2020
SUB402	18 650		Knut Horne	15. oktober 2020
SUB403	18 650		Knut Horne	21. oktober 2020
SUB404	160 000	475 000	Harald Einar Engebø	14. oktober 2020
SUB406	160 000	550 000	Arild Reiakvam	14. oktober 2020
SUB407	157 500	480 000	Vidar Heggheim	14. oktober 2020
SUB408	200 000	850 000	Haugsbø Skog og Anlegg	14. oktober 2020
SUB409	220 000	595 000	Inge Svorstøl	14. oktober 2020

- (7) Innklagede avlyste konkurransen for rodene SUB201 og SUB207. SUB201 brøyter innklagede i egenregi, og det er heller ikke inngått en kontrakt for brøyting av SUB207.
- (8) Klagen fra Svidal ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. januar 2021. Den 12. april 2021 ble det avklart at klager anførte at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, i tillegg til andre brudd på anskaffelsesregelverket som behandles i sak 2021/2153. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede samme dag, jf. anskaffelsesloven § 12 fjerde ledd.
- (9) Klagen fra Mortensbakke ble brakt inn for klagenemnda 14. september 2021.
- (10) Nemndsmøte for utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 10. januar 2022.
- (11) Klagenemnda sendte 14. januar 2022 varsel om illeggelse av et overtredelsesgebyr på fem prosent.

- (12) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 11. februar 2022. I merknadene har innklagede opplyst om at 14 079 404 kroner var betalt til og med 2022, og forventet betaling for den resterende del av femårsperioden var 33 268 000 kroner for rodene SUB01, SUB02, SUB03, SUB06, SUB07, SUB08, SUB10, SUB11, SUB13, SUB14, SUB16, SUB18, SUB202, SUB300, SUB301, SUB302, SUB303, SUB308, SUB309, SUB312, SUB313, SUB318, SUB404, SUB406, SUB407, SUB408 og SUB409.

Anførsler:

Svidals anførsler:

- (13) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved kontraktsinngåelsen for rodene SUB304, SUB305, SUB306 og SUB311.

Mortensbakkens anførsler:

- (14) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Rodene er i realiteten én anskaffelse, der hver rode utgjør en delkontrakt. Ved bruk av delkontrakter er det den samlede verdien av alle delkontraktene som skal legges til grunn ved avgjørelsen av hvilken del av forskriften som gjør seg gjeldende for hver enkelt delkontrakt, jf. forskriften § 5-4 (8). Den samlede verdien av delkontraktene overstiger både nasjonal og EØS-terskelverdi, og delkontraktene var derfor kunngjøringspliktige.
- (15) Mortensbakke er kjent med at rodene SUB304, SUB305, SUB306 og SUB311 allerede er klaget inn for klagenemnda. Denne klagen gjelder øvrige roder i anskaffelsen, med unntak av SUB307, SUB310, SUB314, SUB317, SUB319 og SUB320. Verdien av disse rodene innebærer at rodene var unntatt kunngjøringsplikten, jf. forskriften § 5-4 (8).
- (16) På tidspunktet anskaffelsen skulle ha vært kunngjort, hadde innklagede klare indikasjoner på at anskaffelsens verdi ville overstige terskelverdien for kunngjøringsplikten. Innklagede har handlet på en måte som kan karakteriseres som grovt uaktsom.
- (17) Innklagede bør ilegges et gebyr på 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Innklagedes anførsler

- (18) Innklagede erkjenner at rodene SUB02, SUB06, SUB07, SUB08, SUB11, SUB14, SUB16, SUB18, SUB202, SUB302, SUB408 og SUB409 var over nasjonal terskelverdi, og at de utgjør ulovlig direkte anskaffelser.
- (19) Rodene SUB01, SUB03, SUB10, SUB13, SUB300, SUB301, SUB308, SUB309, SUB312, SUB313, SUB318, SUB404, SUB406 og SUB407 utgjør selvstendige kontrakter under nasjonal terskelverdi. Rodene var ikke kunngjøringspliktige, og utgjør ikke ulovlig direkte anskaffelser.
- (20) Subsidiært, dersom klagenemnda kommer til at rodene i konkurransen i realiteten utgjør én anskaffelse, må likevel rodene SUB03 og SUB300 holdes utenfor. Det ble ikke inngått kontrakter for disse rodene som et ledd i konkurransen. Konkurransen for disse rodene var i realiteten avlyst, og etterfølgende kontraktsinngåelse er uavhengig av anskaffelsen for øvrig.

- (21) Uavhengig av om rodene må anses å være én anskaffelse, var rodene SUB303, SUB304, SUB305, SUB306, SUB311, SUB316, SUB400, SUB401, SUB402, SUB403, og SUB315 estimert til under 750 000 kroner og rodene oversteg heller ikke 20 prosent av kontraktens samlede verdi. Av den grunn var de ikke kunngjøringspliktige, jf. anskaffelsesforskriften § 5-4 (8), og kontraktsinngåelsene utgjør dermed ikke ulovlig direkte anskaffelser.
- (22) Innklagede har handlet aktsomt, både hva gjelder det faktiske og rettslige grunnlaget ved vurderingen av om rodene skal anses som en eller flere separate kontrakter. Herunder var estimeringen av kontraktens verdier forsvarlig på tidspunktet innklagede innledet anskaffelsesprosessen. Under ingen omstendighet kan innklagedes vurdering av rodene som separate kontrakter anses som grovt uaktsom.
- (23) Selv om innklagede ikke har fulgt fremgangsmåten i forskriften, er formålet med kunngjøringsregelen gjennom den alternative og frivillige utlysningen ivaretatt. Reelle hensyn tilsier at det ikke er nødvendig å reagere med overtredelsesgebyr.
- (24) For de enkelte rodene med estimert verdi som åpenbart var over nasjonal terskelverdi, erkjennes det at det forelå kunngjøringsplikt. Innklagede mener likevel at det ikke foreligger grov uaktsomhet ved den feilvurderingen som ble gjort i forbindelse med verdiberegningen av de aktuelle rodene. Også i disse tilfellene ble det sørget for reell konkurranse. En kunngjøring i Doffin i tillegg til lokal kunngjøring av kontraktene, ville ikke ha skapt mer konkurranse.
- (25) Gjennom annonseringen ble alle aktuelle leverandører gjort kjent med anskaffelsen, og det er lagt til rette for og skapt konkurranse om alle kontraktene anskaffelsen omfatter. Det er lite sannsynlig at leverandører uten lokal tilknytning ville hatt interesse av å konkurrere om delkontraktene. Ettersom formålet med kunngjøringsplikten og hensynet til konkurranse mellom aktuelle tilbydere i tilstrekkelig grad ble ivaretatt, gjør ikke preventive hensyn seg gjeldende med særlig styrke.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. For behandling av slike påstander gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskriften om klagenemnd for offentlige anskaffelser (*klagenemndsforskriften*) § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Klagen er rettidig.

Manglende kunngjøring av rodene konkurransen omfatter

- (27) 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).
- (28) Utgangspunktet for anskaffelser over nasjonal terskelverdi er at de skal kunngjøres i Doffin, jf. forskriften om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 §§ 5-1 (2) og 8-17. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen, jf. §§ 5-3 (1) og 21-1. For kommunale oppdragsgiveres tjenestekontrakter er terskelen for kunngjøringsplikten i Doffin og TED på henholdsvis 1,3 og 2,05 millioner kroner ekskl. mva.

- (29) I denne saken har innklagede – uten en forutgående kunngjøring i verken Doffin eller TED – inngått 37 kontrakter med en rekke ulike leverandører for levering av brøytetjenester og annet vintervedlikehold av de kommunale veiene. Kontraktene har estimerte verdier som varierer fra 119 896 kroner til 2 450 000 kroner over avtalenes løpetid på syv år. Som det fremgår av avsnitt 18, har innklagede erkjent at rodene SUB02, SUB06, SUB07, SUB08, SUB11, SUB14, SUB16, SUB18, SUB202, SUB302, SUB408 og SUB409 oversteg nasjonal terskelverdi og var kunngjøringspliktige, og følgelig at de utgjør ulovlig direkte anskaffelser. Resterende roder var estimert å ligge under terskelverdiene.
- (30) Det første spørsmålet klagenemnda må ta stilling til, er om brøytekontraktene som er påklaget i saken i realiteten utgjør én anskaffelse – slik at hver enkelt kontrakt er en delkontrakt, og ikke en separat anskaffelse. Med utgangspunkt i den estimerte verdien av kontraktene, vil den samlede totalverdien utgjøre 39 664 751 kroner, og klart overskride både nasjonal og EØS-terskelverdi.
- (31) Innklagede har vist til at utgangspunktet er at én kontrakt utgjør én anskaffelse, med den konsekvens at det er verdien av den enkelte kontrakt som må legges til grunn ved vurderingen av anskaffelsens verdi.
- (32) Reglene for beregning av kontraktens verdi fremgår av forskriften § 5-4. Etter bestemmelsens første ledd skal «kontraktens» verdi beregnes på bakgrunn av et anslag over den samlede betalingen oppdragsgiver er forpliktet til å betale. Bestemmelsen er en gjennomføring av direktiv 24/2014/EU art. 5(1), hvor det i den danske og engelske oversettelsen står henholdsvis «*udbud*» og «*procurement*». Klagenemnda legger derfor til grunn at «kontrakten» i den norske forskriften må forstås som den aktuelle anskaffelsen i sin helhet. Bestemmelsen gir uttrykk for det overordnede prinsippet om at oppdragsgiver må inkludere alle kostnader knyttet til anskaffelsen ved beregning av dens verdi. Dette innebærer at i de tilfeller hvor oppdragsgiver velger å dele opp anskaffelsen i delkontrakter, må den samlede verdien av samtlige delkontrakter inngå i verdiberegningen, jf. også § 5-4 (8) første setning.
- (33) Hva som utgjør én anskaffelse er ikke regulert i anskaffelsesregelverket, verken nasjonalt eller i direktivet. Til sammenligning regulerer regelverket oppdeling av anskaffelser, se eksempelvis forskriften § 5-4 (4) og den tilsvarende bestemmelsen i direktivet art. 5 (3) som avskjærer oppdragsgiver fra å dele opp en anskaffelse i delkontrakter i den hensikt å unnta anskaffelsen regelverket. I sak C-16/98 *Sydev*, uttalte EU-domstolen at ved vurderingen av om flere kontrakter inngår i én anskaffelse, må det tas utgangspunkt i om arbeidene dekker det samme tekniske og økonomiske behovet. Saken gjaldt en bygge- og anleggsanskaffelse, og omhandler både kontrakter om elektrisitetsforsyning og veibelysning. Kontraktene om elektrisitetsforsyning ble ansett for å tilhøre én og samme anskaffelse. I vurderingen ble det lagt vekt på at kontraktene måtte anses sterkt avhengig av hverandre, at de var inngått samtidig, med den samme oppdragsgiveren, at ytelsene var ensartete og at arbeidene skulle utføres innenfor et felles geografisk område.
- (34) Selv om kontraktene i det tilfellet gjaldt bygge- og anleggsarbeid, legger klagenemnda til grunn at flere av momentene for å vurdere hvorvidt flere kontrakter i realiteten utgjør én anskaffelse, er relevante også når kontraktene gjelder levering av tjenester, jf. også EU-domstolen sin avgjørelse i sak C-574/10 *Kommisjonen mot Tyskland*, avsnitt 41.

- (35) Klagenemnda finner det klart at de ulike kontraktene må ses i sammenheng. Samtlige kontrakter gjelder levering av den samme type tjeneste, nemlig brøytetjenester og annet vintervedlikehold av vei. Dette er tjenester innklagede er avhengig av for å kunne oppfylle sin lovpålagte plikt om vedlikehold av kommunal vei. Klagenemnda finner det derfor klart at kontraktene tjener til å oppfylle et felles formål, og at de alle dekker det samme grunnleggende behovet hos innklagede. Videre ble samtlige kontrakter annonsert samlet i avisen Firda, og kontraktsinngåelse har skjedd over et kort tidsrom for å sikre beredskap fra sesongstart i 2020. Kontraktene er også likt utformet.
- (36) Størrelsen på kommunen og den geografiske spredningen av kommunale veier er forhold som naturlig inngår i en vurdering av hvordan anskaffelsen kan deles opp i delkontrakter. Det kan derimot ikke ha betydning for vurderingen om brøytetjenestene er å anse som én anskaffelse. Innklagede har i denne forbindelse vist til at brøyting vil måtte skje til samme tidspunkt for de ulike rodene, og at en funksjonell tilnærming derfor tilsier at de enkelte rodene utgjør selvstendige kontrakter. Klagenemnda er oppmerksom på at forutsetningen om samtidig brøyting utgjør en kapasitetsbegrensning for den enkelte leverandør, men denne kapasitetsbegrensningen – som for øvrig vil variere mellom leverandørene – endrer ikke vurderingen av hva som naturlig er å anse som et felles geografisk område.
- (37) Klagenemnda finner etter en konkret vurdering at samtlige kontrakter gjelder utførelsen av den samme typen tjenester, og at de har en indre sammenheng som fører til at kontraktene i realiteten utgjør én anskaffelse. Innklagede skulle derfor sett hen til den samlede verdien av samtlige delkontrakter ved verdiberegningen av anskaffelsen.
- (38) Som det fremgår av avsnitt 32, overstiger dette beløpet både nasjonal og EØS-terskelverdi. Utgangspunktet er derfor at anskaffelsen – inkludert samtlige delkontrakter – skulle ha vært kunngjort i både Doffin og TED.
- (39) Et unntak fra dette utgangspunktet følger av forskriften § 5-4 (8). For anskaffelser der den samlede verdien av alle delkontraktene overstiger terskelverdien i § 5-3, gjelder likevel forskriften del I for delkontrakter om tjenester med en anslått verdi under 750 000 kroner når verdien av delkontraktene – sett under ett – ikke overstiger 20 prosent av den samlede verdien av alle delkontraktene som anskaffelsen er delt opp i, jf. forskriften § 5-4 (8) og direktiv 24/2014/EU art. 5 (10). Slike delkontrakter er følgelig ikke kunngjøringspliktige, selv om anskaffelsens samlede verdi overstiger nasjonal og EØS-terskelverdi.
- (40) Det er elleve delkontrakter (SUB303, SUB304, SUB305, SUB306, SUB311, SUB315, SUB316, SUB400, SUB401, SUB402 og SUB403) som hadde et verdiestimat på under 750 000 kroner. Det er videre klart at den samlede verdien av disse delkontraktene ikke overstiger 20 prosent av anskaffelsens estimerte verdi.
- (41) Når det gjelder rodene SUB400, SUB401, SUB402, SUB403 mangler klagenemnda informasjon om faktisk kontraktsverdi. Innklagde har forklart at det på disse rodene er korte avstander som skal brøytes, og at rodene ligger kystnært med lite snøfall. Basert på innklagedes skjønn, kunne det legges til grunn ca. 10 timer medgått tid per sesong for rodene SUB400, SUB402 og SUB403, og ca. 15 timer for SUB401. Dette er årsaken til at innklagede estimerte rodene til en årlig verdi på mellom 17 000 og 19 000 kroner.
- (42) Klagenemnda kan ikke se at det er holdepunkter som tilsier at et eventuelt avvik er i en slik størrelsesorden at den reelle kontraktsverdien overstiger 750 000 kroner. Klager har

heller ikke hevdet dette. Slik saken er opplyst, finner ikke klagenemnda grunn til å undersøke om det foreligger et avvik mellom verdiestimatene og faktisk årlig kontraktsverdi. På denne bakgrunn legger nemnda til grunn at rodene ikke var kunngjøringspliktige.

- (43) For roden SUB316 har innklagede vist til at det ikke ble mottatt tilbud i forbindelse med konkurransen. Innklagede har derfor primært gjort gjeldende at konkurransen må anses avlyst for denne roden, og at den etterfølgende kontraktsinngåelsen er en separat anskaffelse.
- (44) Når anskaffelsen ikke ble kunngjort i utgangspunktet, kan ikke innklagede høres med at anbudskonkurransen for denne roden må anses avlyst, med den begrunnelse at konkurransen er forfeilet som følge av at innklagede ikke mottok tilbud. Klagenemnda viser også til at kontrakt for denne roden ble inngått 14. oktober 2020 – samme dag som innklagede inngikk kontrakter for flertallet av rodene. Kontraktsinngåelsen for rode SUB316 er ikke en separat anskaffelse.
- (45) Overfor klagenemnda har innklagede forklart at verdiberegningen var basert på tidligere kontraktssum for den samme roden, inkludert justering for fremtidig prisøkning. Det ble i etterkant oppdaget at kontraktssummen ikke omfattet strøing.
- (46) Årlig kontraktsverdi for roden er på 105 000 kroner, som gir en totalpris på 735 000 kroner. Ettersom både estimert og faktisk kontraktsverdi ligger under 750 000 kroner, er det ikke holdepunkter for å konstatere at roden var kunngjøringspliktig.
- (47) For rodene SUB304, SUB305, SUB306, SUB311, SUB315 og SUB303 har imidlertid den faktiske kontraktsverdien vist seg å overstige 750 000 kroner. Etter § 5-4 (2) skal innklagedes beregning av anskaffelsens verdi være «forsvarlig» på 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. Jo tettere opp til den kunngjøringspliktige terskelverdien innklagedes estimat er, jo strengere krav stilles til beregningen av anskaffelsens verdi, jf. eksempelvis lagmannsrettens avgjørelse i sak LH-2018-99424. Det samme må legges til grunn for vurderingen av hvorvidt det var forsvarlig å legge til grunn at verdien av delkontraktene var under 750 000 kroner, jf. § 5-4 (8).
- (48) Det avgjørende for om de aktuelle delkontraktene var unntatt kunngjøringsplikten, er dermed om delkontraktenes estimerte verdi var forsvarlig på tidspunktet anskaffelsen ble innledet.
- (49) For fire av rodene (SUB304, SUB305, SUB306 og SUB311), har innklagede forklart at estimatene av delkontraktenes verdi for disse rodene var basert på faktureringer for de siste tre år etter tidligere kontrakter fra 2016 for de tilsvarende områdene. I tillegg er den anslåtte kontraktsverdien justert for kostnadsindeks for vintervedlikehold av veier («*Indeks riks- og fylkesveg, vintervedlikehold 2017.2-2020.2*»), som var på 17,6 prosent på tidspunktet for beregningen av kontraktsverdien. Ved beregningen tok innklagede også høyde for kostnader knyttet til at leverandørene ville få et større ansvar sammenlignet med tidligere kontrakter, gjennom økt tilsyn og ansvar for innkjøp av strøsand og salt. Anslaget av den samlede betalingen ekskl. mva. var inkludert enhver form for opsjon.

- (50) SUB304, SUB305, SUB306 og SUB311 hadde en årlig kontraktssum på henholdsvis 150 000, 31 000, 140 000 og 120 000 kroner. Dette gir en totalpris for rodene på 1 050 000, 217 000, 980 000 og 840 000 kroner. Klagenemnda bemerker ellers at Svidals tilbudspriser var noe høyere, men at det ikke var tale om store forskjeller i prisen. Det vil si at den reelle prisen for tre av disse rodene er over 750 000 kroner.
- (51) Til tross for avstanden mellom estimert verdi og tilbudene i konkurransen, har ikke klagenemnda andre holdepunkter for at innklagedes estimat på kunngjøringstidspunktet fremstod som uforsvarlig. Etter nemndas syn fremstår innklagedes estimat av kontraktsverdiene som forsvarlige, da de tidligere kontraktene gjelder de samme områdene, og at prisen er endret i tråd med prisindeks og beregnet kostnad for utvidelser i ansvar på den enkelte rode. Det vises ellers til at klager ikke har påpekt konkrete forhold som skulle tilsi noe annet.
- (52) På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn at innklagedes verdiestimering av rodene SUB304, SUB305, SUB306 og SUB311 var forsvarlig, jf. § 5-4 (2). Rodene var derfor ikke kunngjøringspliktige.
- (53) For roden SUB315 har innklagede forklart at estimatet på 35 000 kroner var basert på tidligere kontraktssum for roden, justert for fremtidig prisøkning. Når faktisk kontraktsverdi viste seg å være 40 000 kroner, kan ikke klagenemnda se at avviket på 5000 kroner indikerer at estimatet ikke var forsvarlig på tidspunktet da anskaffelsesprosessen ble innledet. Klagenemnda legger derfor til grunn at verdiestimatet for roden SUB315 var forsvarlig, jf. § 5-4 (2), og at roden ikke var kunngjøringspliktig.
- (54) For roden SUB303 har innklagede forklart at verdiberegningen var basert på tidligere kontraktssum for den samme roden, inkludert justering for fremtidig prisøkning. Ved gjennomgang av tidligere fakturaer ble det ikke funnet fakturaer for strøing av denne roden, og innklagede la derfor til grunn at strøing ikke ville utgjøre et ekstra beløp av betydning. Klagenemnda forstår det slik at dette er bakgrunnen for at innklagede ikke tok høyde for strøing i verdiberegningen.
- (55) Slik klagenemnda ser det, er mangel på funn av fakturaer om strøing fra tidligere år ikke tilstrekkelig for å konstatere at innklagede har gjort en forsvarlig vurdering på dette punkt. Årlig kontraktsverdi for roden er 126 000 kroner, som gir en totalpris på 882 000 kroner. Klagenemnda legger derfor til grunn at roden var kunngjøringspliktig.
- (56) Rodene SUB304, SUB305, SUB306, SUB311, SUB315, SUB316, SUB400, SUB401, SUB402 og SUB403 var etter dette ikke kunngjøringspliktige, jf. § 5-4 (8).
- (57) Selv om klagenemnda har konstatert unntak fra kunngjøringsplikten for ti av rodene, endrer ikke dette at innklagede skulle sett hen til verdien av samtlige delkontrakter ved verdiberegningen av anskaffelsen. Som allerede nevnt i avsnitt 31, overstiger anskaffelsens estimerte totalverdi 39 millioner. Med de unntak som er påpekt i avsnittet over, skulle anskaffelsen derfor ha vært kunngjort i Doffin og TED. Når dette ikke ble gjort, har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (58) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum, 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 dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse».

- (59) 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. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12 viser klagenemnda til klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147, avsnitt 55 og utover.
- (60) Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha inngående kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser. Det må derfor generelt stilles relativt strenge krav til oppdragsgivers aktsomhet. Kunngjøringsplikten og forbudet mot ulovlige direkte anskaffelser, befinner seg i kjernen av regelverket.
- (61) Innklagede har inngått kontrakter om brøyting og annet vintervedlikehold til en sum som samlet sett langt overskrider både nasjonal og EØS-terskelverdi, uten at kjøpene har vært kunngjort. Innklagede har ikke dokumentert at det på noe tidspunkt er foretatt en vurdering av om delkontraktene utgjør én anskaffelse – og følgelig om anskaffelsen i sin helhet var kunngjøringspliktig – før mottak av klagen fra Mortensbakke. At man innad i kommunen skal ha diskutert spørsmålet, slik det fremholdes i innklagedes merknader, får mindre betydning i denne sammenhengen. Det er ingen notoritet om vurderingene, og det er heller ikke innhentet faglige vurderinger. Som det fremgår av avgjørelsen, er ikke klagenemnda i tvil om at delkontraktene samlet sett utgjør én anskaffelse.
- (62) Klagenemnda finner samlet sett at innklagedes opptreden må karakteriseres som grovt uaktsom. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

Gebyrets størrelse

- (63) 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.
- (64) Utmåling av overtredelsesgebyr skal i tråd med praksis fra klagenemnda 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.
- (65) 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, se klagenemndas avgjørelse i sak 2019/102, avsnitt 41.
- (66) Etter klagenemndas syn er det flere formildende omstendigheter i denne saken. På tross av manglende kunngjøring i både Doffin og TED, førte annonseringen av konkurransen i avisen Firda og på kommunens hjemmeside til at det var konkurranse om de fleste delkontraktene. Anskaffelsen gjelder kjøp av brøytetjenester og vintervedlikehold av kommunale veier, som man må kunne gå ut fra er av meget begrenset interesse for både nasjonale og utenlandske leverandører. Levering av tjenestene krever lokal tilstedeværelse. Klagenemnda påpeker i den forbindelse at Sunnfjord kommune ligger i

Vestland fylke. Tjenestenes karakter fører til at konkurransen først og fremst er av interesse for lokale leverandører – som også er den leverandørgruppen innklagede har truffet ved annonseringen. Det er få holdepunkter for at manglende kunngjøring i Doffin, og særlig TED, har hatt innvirkning på konkurransen. Klagenemnda vil imidlertid presisere at det ikke kan utelukkes at den manglende kunngjøringen har hatt betydning for konkurransen om kontraktene. Det er for øvrig ikke opp til oppdragsgivers skjønn å vurdere hvilken fremgangsmåte som i det konkrete tilfellet gir størst konkurranse.

- (67) Klagenemnda finner på bakgrunn av de formildende omstendighetene, at gebyrets størrelse skal settes til fem prosent av anskaffelsens verdi.
- (68) Klagenemnda har registrert innklagedes synspunkt om at konkurransen for delkontraktene SUB03 og SUB11 i realiteten ble avlyst på grunn av manglende konkurranse, og at innklagede av den grunn mener at de aktuelle kontraktene ikke ble inngått som ledd i konkurransen. Ettersom rodene var kunngjøringspliktige, kan det ikke utelukkes at manglende kunngjøring er årsaken til fraværet av konkurranse. Nemnda kan derfor ikke se at det er grunnlag for å unnta kontraktene når gebyrgrunnlaget skal fastsettes.
- (69) I forbindelse med saksforberedelsen for klagenemnda har innklagede opplyst at SUB201 brøytes i egenregi, og at det heller ikke er inngått kontrakt om brøyting av SUB207.
- (70) Innklagede har fremlagt en oversikt over faktiske betalinger på rodene SUB01, SUB02, SUB03, SUB06, SUB07, SUB08, SUB10, SUB11, SUB13, SUB14, SUB16, SUB18, SUB202, SUB300, SUB301, SUB302, SUB303, SUB308, SUB309, SUB312, SUB313, SUB318, SUB404, SUB406, SUB407, SUB408 og SUB409. Oversikten viser at innklagede har betalt totalt 14 079 404 kroner til og med januar 2022. Forventet betaling for resterende del av femårsperioden er totalt 33 268 000 kroner. Innklagede har også bekreftet at opsjonsårene ut over opprinnelig avtaleperiode på fem år ikke vil bli utløst. Beløpet som er og vil bli betalt for ytelsen er da 47 347 404 kroner.
- (71) Gebyret settes derfor til 2 367 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Sunnfjord kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 2 367 000 kroner

- tomillionertrehundreogsekstisytusen - 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