



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Tysvær kommune kjøpte prosjekteringstjenester som oversteg kunngjøringspliktig terskelverdi. Innklagede anførte at eneleverandørunntaket kom til anvendelse på prosjekteringskontraktene. Klagenemnda kom til at innklagede grovt uaktsomt hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på tolv prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 19. august 2022 i sak 2021/2155

Klager: Odd Hansen Prosjekt AS

Innklaget: Tysvær kommune

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Kjersti Holum Karlstrøm og Sverre Nyhus

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Odd Hansen Prosjekt AS (heretter kalt *klager*) mottatt 13. desember 2021. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Tysvær kommune (heretter kalt *innklagede*) sin anskaffelse av prosjekteringstjenester.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 170 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Den 22. juli 2019 vedtok kommunestyret i Tysvær kommune at tomtene B/T2 og B/T6 med gnr./bnr. 72/181 og 72/182 ble solgt til Albatross. Det ble også vedtatt at kommunen kunne inngå avtale om kjøp av minimum ti omsorgsboliger med fellesareal og fem omsorgsboliger uten fellesareal i et senter på flere etasjer som skulle oppføres av Albatross (heretter kalt *Albatrossbygget*). Av vedtaket fremgikk det at bygningen skulle bestå av flere omsorgsboliger, og at deler av første etasje og kjeller skulle brukes til utvidelse av eksisterende badeanlegg som lå på kommunens tilgrensende eiendom, Tysværtunet kulturhus. Det fremkom også at innklagede planla å kjøpe deler av første etasje til kommunale tjenester som fysio- og ergoterapi.
- (4) Innklagede publiserte den 31. januar 2020 en intensjonskunngjøring vedrørende kjøp av 15 omsorgsboliger i Albatrossbygget, som skulle oppføres av Albatross på tomt B/T2. I kunngjøringen var det angitt at unntaket for erverv av eksisterende fast eiendom i forskriften § 2-4 første ledd bokstav a) kom til anvendelse på kontrakten. Eventuelle merknader til intensjonskunngjøringen måtte være formidlet via Mercell innen 14. februar 2020. Som begrunnelse for hvorfor unntaket for erverv av eksisterende fast eiendom kom til anvendelse for oppføringen av bygget, ble det blant annet vist til:

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

«Kommunen har ingen føringer for og har ikke mulighet til å påvirke fasade, fotavtrykk, planstørrelse, antall etasjer, konkret plassering av tekniske installasjoner eller lignende, slik som en byggherre ville gjort.

Kommunen har videre ingen innvirkning på valg av entreprenør, underleverandører, arkitekt eller lignende. Det er utbygger som står som byggherre og som bærer den økonomiske risikoen i prosjektet. Dessuten utgjør omsorgsboligene kun en del av bygningens totale volum.»

- (5) Kommunen mottok ingen merknader på intensjonskunngjøringen innen fristen 14. februar 2020.
- (6) Den 26. august 2020 inngikk innklagede avtalene om salg av tomtene B/T2 og B/T6 til Albatross, der Berge Sag og Trelast AS (heretter *Berge Sag*) er medeier. I avtalen var det angitt at *«[d]ersom det ikke oppnås enighet om en gjensidig akseptabel Utbyggingsavtale, er Albatross berettiget til å heve Avtalen uten omkostninger for Avtalepartene»*.
- (7) Den 21. desember 2020 inngikk innklagede to ulike prosjekteringsavtaler med Berge Sag og Albatross om prosjekteringsarbeider i det planlagte Albatrossbygget på tomt B/T2 på innklagedes regning. Det totale prosjektet på tomt B/T2 var illustrert i skisse utarbeidet den 11. november 2019, og bestod av følgende elementer:
 - Bassenganlegg og teknisk etasje
 - Felles parkering for offentlig tjenesteyting, omsorgsboliger og leiligheter i underetasje
 - Offentlig tjenesteyting i én etasje på «bakkenivå» 1. etasje
 - Omsorgsboliger for Tysvær kommune
 - Private leiligheter
- (8) I tillegg fremgikk det av begge avtalene at det var nødvendig å prosjektere adkomst med gjennomkjøring og kulvert via naboeiendommen B/T6, samt underskuddsparkering i B/T6 for B/T2.
- (9) I avtalen som ble inngått med Berge Sag, fremgikk det at selskapet skulle stå for prosjekteringen av omsorgsboliger for Tysvær kommune.
- (10) Følgende prosjekteringsarbeider var omfattet av avtalen som ble inngått med Albatross:
 - Felles parkering for offentlig tjenesteyting, omsorgsboliger og leiligheter i underetasje
 - Offentlig tjenesteyting i én etasje på «bakkenivå» 1. etasje
 - Adkomst med gjennomkjøring og kulvert via naboeiendommen BT/6
 - Parkering i BT/6 for arealer i BT/2

(11) I begge avtalene fremgikk det under «*Ansvarsforhold*» at dersom innklagede skulle beslutte å erverve de aktuelle boligetasje med omsorgsboliger/arealene, ville dette gjennomføres som et ordinært erverv av ferdigoppførte prosjekter, basert på avhendingslova.

(12) Under prosjekteringsavtalens punkt 4 «*Oppgjør for prosjekteringskostnadene*» fremgikk følgende av begge avtalene:

«For det tilfelle at TK skulle beslutte å erverve de prosjekterte omsorgsboligene, er det enighet om at samtlige kostnader som er viderefakturert i h.t. denne avtale skal gå til fradrag krone for krone i den avtalte kjøpesummen. Skulle derimot TK velge å ikke erverve, er betalingen endelig og TK kan ikke kreve refusjon for noen poster. I så tilfelle er også [Berge Sag eller Albatross] berettiget til fritt å benytte ethvert prosjekteringsgrunnlag- og resultat i den videre prosessen med utvikling og utbygging av prosjektet, uten vederlag til TK. Eiendomsretten til prosjekteringsmaterialet tilligger i alle tilfeller [Berge Sag eller Albatross].»

(13) I vedtatt kommunebudsjett for 2021 fremgikk det at innklagede skulle kjøpe deler av det planlagte nybygget på B/T2. Det var angitt at kjøpet omfattet omsorgsboliger, lokaler til kommunens fysio-/og ergoterapitjeneste og utvidelse av badeanlegget på Tysværtunet kulturhus. Kontraktene hadde en samlet estimert verdi på 170 millioner kroner ekskl. mva.

(14) Klager sendte den 7. april 2021 et varsel til kommunen om at salget av tomtene og kjøpet av omsorgsboligene utgjorde et klart budd på anskaffelsesreglene. Disse kontraktene skulle først ha vært inngått etter forutgående kunngjøring av konkurranse, ettersom unntaket for erverv av eksisterende fast eiendom ikke kom til anvendelse. Klager fremholdt at klager hadde mistet muligheten til å delta i konkurransen tilknyttet byggeprosjektet, og at dette kunne danne grunnlag for et erstatningskrav fra klager.

(15) I kommunestyrevedtak datert 15. juni 2021 ble det besluttet at tidligere vedtak av 22. juli 2019, punkt 3-6, skulle oppheves. Følgende fremkom av vedtaket:

«KST- 055/21 Vedtak:

1. Kommunestyrets vedtak i sak 60/2019, punkt 3. – 6. oppheves.

2. Kommunestyret ber rådmannen gå i forhandling med Albatross Axen AS og Berge Sag og Trelast AS om et oppgjør for påløpte forpliktelser knyttet til utviklings- og planleggingskostnader som følge av at Tysvær kommune trekker seg fra investeringer i Albatross-bygget.

3. Endelig oppgjørsavtale skal legges frem for formannskapet til godkjenning.

4. Saken oversendes Tysvær kontrollutvalg for gjennomgang.»

(16) Innklagede svarte på klagers varsel i brev datert 17. juni 2021. I brevet opplyste innklagede om at vedtaket om bygging av omsorgsboliger var blitt opphevet. Det var dermed ikke gjennomført noen anskaffelse, og det var da heller ikke begått noen brudd på anskaffelsesregelverket. Klagers krav om erstatning ble avvist.

(17) I brev datert 14. september 2021 rettet Albatross og Berge Sag forespørsel til innklagede om å gjennomføre forhandlinger om økonomisk oppgjør etter at innklagede trakk seg fra

planlagte investeringer i Albatrossbygget. Selskapene ba om å få dekket alle påførte prosjekteringskostnader, herunder kostnader knyttet til omprosjektering og omregulering av prosjektet til andre formål, tapt fortjeneste og kompensasjon for at samarbeidet med kommunen hadde medført at prosjektet hadde tatt lang tid.

- (18) Det ble avholdt forhandlingsmøte mellom innklagede og Albatross og Berge Sag den 6. oktober 2021. I etterkant av dette møtet har partene utvekslet en del korrespondanse på e-post. Innklagede har blant annet bedt selskapene om å konkretisere sine krav, med tilhørende faktisk og rettslig grunnlag for de ulike kravene. Det er ikke opplyst overfor klagenemnda om innklagede har mottatt et slikt konkretisert krav.
- (19) Innklagede opplyste i brev av 4. mai 2022 til klagenemnda, at innklagede har betalt både Berge Sag og Albatross for utførelse av prosjekteringsarbeider i forbindelse med Albatrossbygget. Det er utstedt totalt tre fakturaer for prosjekteringsarbeider, pålydende henholdsvis 500 000 kroner, 264 197 kroner og 541 975 kroner, totalt 1 306 173 kroner inkl. mva. I tillegg der det også utstedt en faktura for kostnader til utredning av utnyttelse av tomt B/T2, pålydende 113 640 kroner. Disse er utbetalt i sin helhet.
- (20) Nemndsmøte for utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 13. juni 2022.
- (21) Klagenemnda sendte 20. juni 2022 varsel om ileggelse av et overtredelsesgebyr på tolv prosent av anskaffelsens verdi.
- (22) Innklagedes merknader til forhåndsvarsel ble mottatt 4. juli 2022.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (23) Innklagedes inngåelse av kontraktene om omsorgsboliger, kjøp av kontorlokaler og kjøp av deler av parkeringsanlegg i et bygg som skal oppføres av Albatross, er omfattet av anskaffelsesregelverkets kunngjøringsregler. Disse kontraktene skulle ha vært kunngjort, og innklagede har ved å inngå disse kontraktene foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. Det er uten betydning at innklagede har gått tilbake på tidligere vedtak etter mottak av klage.
- (24) Bruddet må møtes med overtredelsesgebyr, da innklagede ikke har vært tilstrekkelig aktsom i sin vurdering av om anskaffelsen kan unntas anskaffelsesregelverkets prosedyreregler. For det tilfellet at klagenemnda skulle mene at intensjonskunngjøringen er i tråd med forskriften, kan klagenemnda uansett ilegge innklagede et gebyr for de øvrige kontraktene.

Innklagedes anførsler:

- (25) Det foreligger ikke en ulovlig direkte anskaffelse, da det ikke er inngått en bindende kontrakt om kjøp av omsorgsboliger, kontorlokaler og parkeringsanlegg.
- (26) Klager har som grunnlag for sin anførsel om at det er inngått bindende avtaler om kjøp av deler av Albatrossbygget, blant annet vist til at det ble utarbeidet detaljert prosjekteringsmateriale. Det er riktig at innklagede inngikk prosjekteringsavtaler med Albatross og Berge Sag. Disse kontraktene sier imidlertid ingenting om hvorvidt det er inngått bindende avtaler om kjøp av fast eiendom. De formaliserte prosjekteringsavtalene

ble inngått etter ønske fra Albatross og Berge Sag, for å sikre kostnadsdekning for disse arbeidene, ettersom innklagede ikke hadde forpliktet seg til å kjøpe noe av det som ble prosjektert.

- (27) Prosjekteringskontraktene som er inngått med Albatross og Berge Sag omfattes av eneleverandørunntaket i forskriften § 13-4 bokstav b nr. 2, tolket i lys av anskaffelsesloven § 1. Samlet sett ville en særskilt konkurranseutsetting for kommunen vært uforholdsmessig kompliserende og medført et unødvendig koordineringsbehov mellom aktørene i prosjektet. Etter innklagedes syn er det nærmest teknisk umulig for en annen markedsaktør å levere de aktuelle prosjekteringstjenestene, primært på grunn av den samvirkingsevnen som skal oppfylles for å sikre funksjonsevnen til de deler av Albatrossbygget som eventuelt skulle blitt ervervet tilbake av kommunen.
- (28) Subsidiært, dersom nemnda skulle komme til at det er grunnlag for å ilegge innklagede overtredelsesgebyr, skal et eventuelt gebyr knyttes til prosjekteringskontraktene som sådan, og settes lavere enn det som er varslet.

Klagenemndas vurdering:

- (29) 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 (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Klagen er rettidig.

Hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

- (30) Innklagede publiserte 31. januar 2020 en intensjonskunngjøring om bygging av 15 omsorgsboliger i et nytt bygg som skulle oppføres av selskapet Albatross på tomten B/T2. Den 26. august 2020 solgte innklagede tomtene B/T2 og B/T6 til Albatross. Denne avtalen ble inngått med den forutsetning at partene ble enige om en utbyggingsavtale for tomtene. På et senere tidspunkt inngikk innklagede avtale med Albatross og Berge Sag om kjøp av prosjekteringsarbeider på de aktuelle tomtene. Slik klagenemnda forstår sakens faktum, har innklagede samarbeidet med begge disse selskapene om prosjektering av bygget.
- (31) I kommunestyrevedtak av 15. juni 2021, ble det bestemt at innklagede skulle trekke seg fra sine investeringer i Albatrossbygget. Det ble også vedtatt at rådmannen skulle gå i dialog med Albatross og Berge Sag om et eventuelt sluttoppgjør.
- (32) Klager fremholder at kontraktene om omsorgsboliger og kjøp av andre enheter i Albatrossbygget ikke gjelder erverv av eksisterende fast eiendom, og dermed ikke er unntatt anskaffelsesregelverket. Klager mener at innklagede ved å inngå disse kontraktene har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og at det er uten betydning at innklagede har gått tilbake på tidligere vedtak etter mottak av klage.
- (33) 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). En forutsetning for å konstatere at det er gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, er at det er inngått en kontrakt om «levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider», jf. forskriften § 1-3 (1). Det er innholdet i kontrakten som avgjør om anskaffelsen skulle ha vært kunngjort.

- (34) Som ledd i innklagedes vurdering av om man skulle kjøpe enheter i bygget som skulle oppføres, inngikk innklagede 21. desember 2020 prosjekteringsavtaler med Albatross og Berge Sag for prosjektering av blant annet omsorgsboliger for kommunen, bassenganlegg og teknisk etasje, felles parkering for offentlig tjenesteyting og offentlig tjenesteyting i én etasje. Arbeidene skulle skje for innklagedes regning, og det er dermed klart at det er inngått kontrakter om levering av prosjekteringstjenester.
- (35) Videre er spørsmålet om det også er inngått en rettslig bindende avtale om kjøp av omsorgsboliger eller andre enheter på de aktuelle tomtene.
- (36) Hvorvidt det er inngått en rettslig bindende avtale, må vurderes ut fra alminnelige avtalerettslige regler. Høyesterett har i flere saker uttalt at partene må ha foretatt en aktivt bindende disposisjon for å bli avtalerettslig forpliktet overfor hverandre. I saker hvor det ikke foreligger skriftlig nedtegnelse, stilles det strengere krav til bevis for å fastslå at endelig avtale er inngått, jf. Høyesteretts uttalelse i Rt. 2010 s. 1478 premiss 26.
- (37) Klagenemnda legger til grunn at flere av innklagedes disposisjoner tilsier at innklagede hadde som intensjon å kjøpe de ferdige omsorgsboligene og de øvrige aktuelle arealene i bygget. Dette fremkommer blant annet av kommunestyrevedtak av 22. juli 2019, avtale om salg av tomtene til Albatross og prosjekteringsavtalene med henholdsvis Albatross og Berge Sag. Sistnevnte avtale inneholdt blant annet detaljerte krav til bygget, som var inntatt for å muliggjøre at bygget ble benyttet til offentlig tjenesteyting. Dette gjaldt blant annet felles parkering for offentlig tjenesteyting, omsorgsboliger til Tysvær kommune, samt lokaler til offentlig tjenesteyting i første etasje. Deler av prosjektet ble dermed prosjektert på innklagedes regning, og ved et eventuelt kjøp skulle samtlige kostnader brukt til prosjektering gå til fradrag i avtalt kjøpesum.
- (38) Selv om flere av disse disposisjonene viser en intensjon om at de ferdig prosjekterte enhetene skulle overføres til innklagede etter endt prosjektering, enten ved leie eller ved kjøp, foreligger det ikke noen skriftlig nedtegnelse som gir uttrykk for at partene var blitt enige om en kjøps- eller leieavtale. Når det i tillegg gjenstod flere sentrale uavklarte punkter, herunder bygging av omsorgsboligene og videre avtale etter endt prosjektering, kan partene heller ikke ha hatt en berettiget forventning om at avtale om kjøp av omsorgsboligene var kommet i stand. Det fremgikk både i avtalene om salg av tomt og i prosjekteringsavtalene, at innklagede ikke ennå hadde besluttet å erverve de aktuelle arealene. På bakgrunn av dette legger nemnda innklagedes forklaring til grunn om at det ikke er inngått bindende avtaler for kjøp av omsorgsboliger eller andre enheter i Albatrossbygget.
- (39) På bakgrunn av det ovennevnte er nemnda kommet til at det ikke er inngått en rettslig bindende avtale om kjøp av omsorgsboliger eller andre enheter på de aktuelle tomtene. Det er dermed heller ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse på dette punktet, jf. forskriften § 1-1, jf. § 4-1 bokstav a.
- (40) Som gjengitt foran i avsnitt 36, ble det inngått kontrakter med Albatross og Berge Sag om levering av prosjekteringstjenester.
- (41) Slik saken er opplyst for klagenemnda, ble prosjekteringsavtalene inngått etter ønske fra Albatross og Berge Sag om løpende kompensasjon for prosjektet i Albatrossbygget. Etter klagenemndas syn er det lite sannsynlig at disse kontraktene ville ha blitt inngått, uten at det forelå en intensjon om å kjøpe tilbake de ferdige prosjekterte enhetene. Kontraktene

om prosjekteringstjenestene er derfor nært knyttet til klagers anførsel om at innklagedes inngåelse av kontrakter om kjøp av omsorgsboliger og andre enheter i Albatrossbygget, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Nemnda mener derfor at det ligger innenfor klagers anførsler å vurdere om innklagedes kjøp av prosjekteringstjenester utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Det følger også av klagenemndsforordningen § 13 a fjerde ledd, at nemnda kan fatte vedtak om overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, selv om klager ikke har nedlagt påstand om dette. Innklagede har heller ikke bestridt dette.

- (42) Klagenemnda tar dermed stilling til om prosjekteringsavtalene som ble inngått med Albatross og Berge Sag, var kunngjøringspliktige.
- (43) Det er opplyst at det er kjøpt prosjekteringstjenester fra Albatross og Berge Sag for totalt 1 419 813 kroner. Det følger av forordningen § 5-4 (8) at dersom oppdragsgiver planlegger å anskaffe tjenester ved separate delkontrakter, *«skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn»*. Nemnda legger til grunn at prosjekteringsavtalene som innklagede inngikk med Albatross og Berge Sag, må ses i sammenheng. Kontraktene skulle dekke det samme behovet, herunder prosjektering av omsorgsboliger og andre enheter til offentlig tjenesteyting for innklagede. Videre ble avtalene inngått samme dag, og avtalene har tilsvarende innhold på flere punkter. Som følge av dette skal den samlede verdien av kontraktene om prosjekteringstjenester legges til grunn for beregningen av kontraktens verdi.
- (44) For perioden det er aktuelt å ilegge gebyr for, var den nasjonale terskelverdien for kommunale myndigheters vare- og tjenestekontrakter, på 1,3 millioner kroner ekskl. mva. Det er kjøpt prosjekteringstjenester som overstiger terskelverdien, og disse skulle derfor ha vært kunngjort.
- (45) Innklagede har i merknader til forhåndsvarsel anført at prosjekteringskontraktene faller inn under unntaksbestemmelsen i forordningen § 13-4 første ledd bokstav b nr. 2. Som begrunnelse for dette har innklagede vist til at en konkurranseutsetting av disse kontraktene ville vært uforholdsmessig kompliserende, og medført et unødvendig koordineringsbehov mellom aktørene som var involvert i prosjektet.
- (46) Det følger av forordningen § 13-4 første ledd bokstav b nr. 2 at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom anskaffelsen gjelder ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere fordi *«konkurransen er umulig av tekniske årsaker»*. Det fremgår av bestemmelsens annet ledd at unntaket bare gjelder når det *«ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør»*.
- (47) Regelen er ment å gjelde for de tilfeller der det ikke er mulig å skape konkurranse. EU-domstolen har i en rekke saker uttalt at bestemmelsen skal tolkes restriktivt, og det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene for at unntaket kommer til anvendelse er oppfylt, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-337/05 *Agusta Bell*, premiss 57-58 med videre henvisninger.
- (48) I sine merknader til forhåndsvarsel har innklagede vist til direktivets forordning, premiss 50, hvor det fremgår at *«tekniske årsaker også kan skyldes særlige krav til samvirksomhetsevne som skal oppfylles for å sikre funksjonsevnen til de [...] tjenestene som skal kjøpes»*. Det er etter innklagedes syn nærmest teknisk umulig for en annen markedsaktør å levere de aktuelle prosjekteringstjenestene, ettersom dette ville stille særlig krav til

samvirkningsevne for å sikre funksjonsevnen til de deler av Albatrossbygget som eventuelt skulle blitt ervervet tilbake av kommunen.

- (49) I denne saken er det ikke nødvendig for klagenemnda å gå nærmere inn på en vurdering av om det var teknisk umulig å levere prosjekteringstjenestene, ettersom unntaksbestemmelsen bare kan anvendes i tilfeller der den manglende konkurransen *«ikke skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør»*, jf. forskriften § 13-4 bokstav b annet ledd.
- (50) I direktiv 2014/24 er tilsvarende unntaksbestemmelse fra kunngjøringsplikten videreført i artikkel 32 (2) bokstav b. Det fremgår her at unntaket kun kommer til anvendelse dersom *«der ikke findes et rimeligt alternativ eller erstatning, og den manglende konkurrence ikke er et resultat af en kunstig indskrænkning af udbudsparametrene»*. Denne ordlyden er noe videre enn den norske, og taler for at unntaksbestemmelsen ikke kommer til anvendelse i tilfeller der oppdragsgiver selv har tilpasset konkurransesituasjonen, slik at bare én leverandør kan levere.
- (51) Unntaksbestemmelsens anvendelsesområde er videre utdypet i direktivets fortale, premiss 50, hvor det fremgår at *«[d]er kan også være andre grunde til eksklusivitet, men kun situationer med objektiv eksklusivitet kan berettige anvendelsen af udbud med forhandling uden offentliggørelse, hvor situationen med eksklusivitet ikke er skabt af den ordregivende myndighed selv med henblik på den fremtidige udbudsprocedure»*.
- (52) I foreliggende sak ble prosjekteringskontraktene inngått som en del av et større samarbeid mellom de involverte partene i prosjektet, med sikte på oppføring av omsorgsboliger og andre enheter til offentlig tjenesteyting. Som et ledd i dette samarbeidet ble de aktuelle tomtene først solgt til Albatross og Berge Sag. Slik klagenemnda forstår faktum, var det innklagedes salg av tomtene som medførte at det kun var disse selskapene som kunne levere prosjekteringstjenester til innklagede. Dermed har en eventuell eksklusivitet blitt skapt av innklagede selv. Klagenemnda kan ikke se at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse på et slikt tilfelle.
- (53) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at vilkårene i forskriften § 13-4 første ledd bokstav b nr. 2 ikke var oppfylt ved innklagedes inngåelse av prosjekteringskontrakter med Albatross og Berge Sag.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (54) 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»*.
- (55) 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, premiss 55 og utover.

- (56) Innklagede har kjøpt prosjekteringstjenester som overstiger terskelverdien for kunngjøring, uten at det er blitt kunngjort en konkurranse. Klagenemnda kan heller ikke se at det er forhold som kan unnta kjøpene fra kunngjøringsplikt. Klagenemnda finner at innklagedes opptreden må karakteriseres som grovt uaktsom. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

Gebyrets størrelse

- (57) 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.
- (58) I forbindelse med prosjektet i Albatrossbygget, mottok innklagede juridisk bistand om hvorvidt oppføring av et råbygg med direkte tilknytning til et eksisterende svømmebasseng måtte kunngjøres. I et notat datert 1. februar 2019 ble det konkludert med at oppføringen av råbygget ikke kunne gjennomføres uten forutgående kunngjøring av konkurranse i henhold til forskriften del I og II. Det ble også redegjort for ny praksis fra EU-domstolen, som fastslår at det skal lite til for at kontrakter om kjøp eller leie av lokaler som ikke er oppført på avtaletidspunktet, vil bli ansett som en bygge- og anleggskontrakt.
- (59) På et senere tidspunkt i prosessen utlyste innklagede en intensjonskunngjøring som fastslo at leieunntaket kom til anvendelse ved kjøp av 15 omsorgsboliger som skulle oppføres av Albatross. Som gjengitt i premiss 43, mener nemnda at innklagedes kjøp av prosjekteringskostnader er nært knyttet til det som var gjenstand for intensjonskunngjøringen og de øvrige enhetene i Albatrossbygget. Nemnda mener det er skjerpene at innklagede på et tidlig stadium ble gjort kjent med leieunntakets anvendelsesområde, og at innklagede likevel valgte å gjennomføre prosjektet som planlagt.
- (60) Det er også klart at det er inngått en gjensidig bebyrdende tjenesteanskaffelse som er over terskelverdi. Klagenemnda kan heller ikke se at det er forhold som kan unnta kjøpene fra kunngjøringsplikt. Innklagedes opptreden og bruddets grovhet, tilsier at gebyret settes høyt.
- (61) Innklagede har i sine merknader til forhåndsvarsel fremholdt at gebyret knytter seg til ulovlig direkte anskaffelse av prosjekteringstjenester, og at gebyret da må fastsettes på grunnlag av denne selvstendige anskaffelsen. Det er derfor uten betydning at kommunen på et tidlig stadium ble gjort kjent med leieunntakets anvendelsesområde.
- (62) Klagenemnda er av den oppfatning at prosjekteringskontraktene ble inngått som en del av et større prosjekt, og at det er lite sannsynlig at innklagede ville inngått disse kontraktene, uten at det forelå en intensjon om tilbakekjøp eller leie av omsorgsboligene eller andre enheter på de aktuelle tomtene. Nemnda mener derfor det er riktig at det ved vurderingen av gebyrets størrelse ses hen til innklagedes opptreden gjennom hele prosjektet.
- (63) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 170 000 kroner. Dette utgjør cirka 12 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Tysvær kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 170 000 – hundreogsyttitusen – 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,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk