



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

*Klagenemnda kom til at Tysvær kommunes anskaffelse av skoleskyss for elever med nedsatt funksjonsevne eller trafikkfarlig skolevei var en tjenstekontrakt som var omfattet av anskaffelsesforskriften. Innklagede hadde gjennomført anskaffelsen etter konsesjonskontraktforskriften, og den var ikke kunngjort. Det forelå derfor brudd på kunngjøringsplikten, og anskaffelsens samlede verdi oversteg både nasjonal og EØS-terskelverdi i anskaffelsesforskriften. Det ble ilagt et gebyr på 8 prosent. Gebyret ble satt til 211 000 kroner.*

### **Klagenemndas gebyrvedtak 2. mai 2023 i sak 2022/1582**

**Klager:** Haugaland Taxi AS

**Innklaget:** Tysvær kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Marianne Dragsten, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

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

### **Innledning:**

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Tysvær kommunes (heretter *innklagede*) kjøp av skoleskyss for elever med nedsatt funksjonsevne eller trafikkfarlig skolevei. Haugaland Taxi AS (heretter *klager*), brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev mottatt 9. november 2022.
- (2) Klagenemnda er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 211 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov av 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

### **Bakgrunn:**

- (3) Tysvær kommune (heretter *innklagede*) inviterte 13. mai 2022 fem leverandører til å inngi tilbud på levering av skoleskyss for elever med nedsatt funksjonsevne eller trafikkfarlig skolevei. Konkurransen ble gjennomført etter konsesjonskontraktforskriften del I, og ble derfor ikke kunngjort i Doffin. Frist for å levere tilbud var 3. juni 2022.
- (4) Anskaffelsen var delt i fire delkontrakter, som dekket hvert sitt geografiske område. Delkontrakt 1 dekket Straumen skole, delkontrakt 2 dekket Nedstrand skole, delkontrakt 3 dekket Førre skole, Frakkagjerd barne- og ungdomsskole og Grinde skole, og delkontrakt 4 dekket Førland skole og Tysværvåg skole.
- (5) I prisskjemaene for delkontraktene var det oppgitt rutenes lengde i kilometer, og lagt inn 190 dager per skoleår. For delkontrakt 1 var det oppgitt i prisskjemaet at kjøringen gjaldt 16 elever. For delkontrakt 2 var det oppgitt at kjøringen gjaldt 3 elever. For delkontrakt 3 var det oppgitt at kjøringen gjaldt 10 elever ved Førre skole og 2 elever ved Grinde skole.

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

For delkontrakt 4, Førland skole og Tysværvåg skole, var det angitt i konkurransegrunnlaget at det per dags dato ikke var noen elever med behov for skoleskyss.

(6) Kontrakt skulle tildeles basert på lavest tilbudspris.

(7) I konkurransegrunnlaget var det gitt opplysninger om fakturering:

*«Ved fakturering må leverandøren framlegge dokumentasjon på både hvilke elever og spesifisert hvilken rute som er kjørt og kostnad. Fravær som er varslet før kl 16.00 dagen før avtalt tur, kan ikke faktureres.»*

(8) Det var også inntatt opplysninger om behovet for skoleskyss:

*«Antall elever som trenger skoleskyss kan variere og dette kan endres ved nytt skoleår. Ved sykdom/annet fravær skal foresatte ta kontakt med leverandør og melde fra. Fravær som er varslet før kl 16.00 dagen før avtalt tur, kan ikke faktureres.»*

(9) Innklagede mottok tre tilbud før tilbudsfristens utløp. Tilbudene var fra Skjoldastraumen Taxi, Dagsland Taxi og Haugaland Taxi AS (heretter *klager*). Klager leverte tilbud på samtlige delkontrakter, og var eneste tilbyder på delkontrakt 4.

(10) Den 22. juni 2022 ble leverandørene informert om at delkontrakt 1 og 2 var tildelt Skjoldastraumen Taxi, og delkontrakt 3 var tildelt Dagsland Taxi. For disse delkontraktene var klager rangert som nummer to. Delkontrakt 4 ble tildelt klager.

(11) Samtlige delkontrakter ble etter det opplyste inngått 29. juni 2022.

(12) I anskaffelsesprotokollen var det angitt at samlet estimert verdi for alle delkontraktene var 4 millioner kroner. Det fremgikk av anskaffelsesprotokollen for hver delkontrakt at delkontrakt 1 var estimert til 1,8 millioner kroner, delkontrakt 2 til 200 000 kroner, og delkontrakt 3 til 200 000 kroner. Etter det opplyste var det ikke en egen anskaffelsesprotokoll for delkontrakt 4.

(13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 9. november 2022. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede den 2. desember 2022.

(14) Nemndsmøte for utsendelse av forhåndsvarsel i saken ble avholdt 20. mars 2023.

(15) Innklagede sendte inn merknader til forhåndsvarsel i brev datert 19. april 2023.

### **Anførsler:**

#### *Klagers anførsler:*

(16) Klagen er avgrenset til å gjelde delkontrakt 1, 2 og 3. Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Vilkårene for å gjennomføre konkurransen etter konsesjonskontraktforskriften er ikke oppfylt. Det er uklart om driftsrisikoen er overført til leverandørene. Innklagede betaler i sin helhet for tjenesten, og det er kun fravær varslet innen kl. 16.00 dagen før som ikke kan faktureres.

(17) Innklagede har også brutt regelverket ved ikke å avvise Skjoldastraumen Taxis tilbud for delkontrakt 1 og 2, og Dagsland Taxis tilbud for delkontrakt 3. Leverandørenes tilbud

oppfyller ikke minimumskravet i kravspesifikasjonen om at tilbudt kjøretøy må være «*minimum euroklasse 6*». Det å tilby kjøretøy i en annen euroklasse kan ha påvirket leverandørenes tilbudspris, og dermed også utfallet av konkurransen. Avviket må derfor anses å være vesentlig, og leverandørene skulle vært avvist. Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt.

- (18) Innklagede ble gjort oppmerksom på at Skjoldastraumen Taxi ikke oppfylte kravet for kontraktsignering, men valgte likevel å inngå kontrakt. Det benyttes nå kjøretøy med euroklasse 5. I kontrakten med denne leverandøren ble det inntatt en klausul om at valgte leverandør skulle anskaffe et kjøretøy med euroklasse 6 i løpet av det første kontraktsåret. Manglende oppfyllelse av dette kravet gir imidlertid bare en mulighet for innklagede til å heve kontrakten, og ikke en plikt. Dette utgjør en vesentlig endring fra konkurransegrunnlaget. Også endringer som er gjort i perioden mellom kunngjøring og kontraktsinngåelse kan anses som vesentlige endringer.

#### *Innklagedes anførsler:*

- (19) Det bestrides at regelverket er brutt. Konkurransen er gjennomført etter riktig forskrift. Behovet for tjenesten kan variere fra år til år. Elever bytter skole og flytter, skoler kan legges ned og det kan være store variasjoner ved for eksempel sykdom. Prisskjemaet inneholder kun et estimat, og er ikke bindende. En kontrakt kan være en konsesjonskontrakt selv om risikoen forbundet med den aktuelle formen for virksomhet er liten.
- (20) Verken Skjoldastraumen Taxi eller Dagsland Taxis tilbud skulle vært avvist fra konkurransen. Det var spesifisert i kravspesifikasjonen at manglende oppfyllelse av krav «*kan*» medføre at tilbud avvises. Samtlige leverandører bekreftet i tilbudet at transportmiddelet de brukte var minimum euroklasse 6. Dagsland Taxi har, etter tilbudslevering, dokumentert at de oppfyller kravet ved å oversende registreringsnummer på transportmidlene som skulle benyttes.
- (21) Etter tilbudslevering og før kontraktsignering ble det avklart med Skjoldastraumen Taxi at kravet var bekreftet oppfylt fordi det var planlagt å gå til innkjøp av transportmiddel i euroklasse 6 i løpet av skoleåret 2022/2023. Kravet ble derfor vurdert oppfylt, og det ble inntatt vilkår i kontrakten om at leverandøren må anskaffe transportmiddel som oppfyller kravet i løpet av første kontraktsår. Ved brudd på disse vilkårene utløses avsluttes kontrakten etter 1 år.
- (22) I vurderingen av om Skjoldastraumen Taxis tilbud inneholdt et vesentlig avvik er det lagt vekt på hensynet til effektiv ressursbruk. Klagers tilbud var vesentlig dyrere enn tilbudet fra Skjoldastraumen Taxi, og innebærer mye tomkjøring grunnet lang henteavstand. Alle leverandører som ønsket, har fått gi tilbud og kravet har dermed ikke hatt innvirkning på konkurransen. Det var oppstilt en rekke krav i kravspesifikasjonen, både til transportmiddel, sjåfør og gjennomføring, og det er rimelig å anta at det er mer enn at transportmiddelet er euroklasse 6 som er kostnadsdrivende for en leverandør.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (23) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klage kan fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Klagen er rettidig.

- (24) Klager har i tillegg til anførsel om ulovlig direkte anskaffelse anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. På bakgrunn av resultatet klagenemnda har kommet til i denne saken, er det imidlertid ikke grunnlag for å behandle denne anførselen.

*Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse*

- (25) 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).
- (26) Klagenemnda tar først stilling til om kontraktene er konsesjonskontrakter, slik at anskaffelsen reguleres av lov om offentlige anskaffelser og forskrift om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften).
- (27) Konsesjonskontraktforskriften har ingen nasjonal terskelverdi. Kunngjøringsplikt inntreder derfor først for anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien på 56 millioner kroner ekskl. mva., jf. § 5-1 (2).
- (28) En konsesjonskontrakt er en tjenestekontrakt eller en bygge- og anleggskontrakt der «*vederlaget består enten utelukkende av retten til å utnytte tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene eller en slik rett sammen med betaling*». I tillegg kreves det at «*driftsrisikoen er overført fra oppdragsgiveren til leverandøren*», jf. konsesjonskontraktforskriften § 1-2 (2).
- (29) Ifølge § 1-2 (2) kan driftsrisikoen gjelde «*etterspørsels- eller leveringsrisikoen eller begge deler*». Driftsrisikoen anses overført «*når leverandøren under normale driftsforhold ikke er garantert å tjene inn sine investeringer eller få dekket kostnader som påløper i driften*». Driftsrisikoen som overføres skal også «*innebære en reell eksponering for svingningene i markedet, slik at det anslåtte potensielle tapet for leverandøren ikke skal være ubetydelig*».
- (30) EU-domstolens avgjørelse i sak C-348/10 (*Norma-A and Dekom*), gjaldt blant annet grensen mellom tjenestekontrakter og tjenestekonsesjonskontrakter. Om dette skillete uttalte domstolen i avsnitt 41 at forskjellen «*bunder i vederlaget for de tjenesteydelser, der skal præsteres*». I samme avsnitt ble det presisert at en tjenestekontrakt «*omfatter et vederlag, som betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen, mens vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres ved en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris*».
- (31) Anskaffelsen i saken gjelder skoleskyss. For at kontraktene skal være tjenestekonsesjonskontrakter, må vederlaget helt eller delvis bestå av en rett til å utnytte tjenesten. En slik utnyttelse av tjenesten vil typisk innebære at driftsleverandøren beholder billettinntektene selv, eventuelt i kombinasjon med betaling fra oppdragsgiver. I et slikt tilfelle vil etterspørselsrisikoen helt eller delvis overføres til driftsleverandøren.
- (32) I denne saken skal imidlertid leverandørene fakturere innklagede for hver tur som gjennomføres i henhold prisene angitt i prisskjemaet. Varslet fravær etter kl. 16.00 vil også faktureres innklagede. Unntaket er turer hvor elevenes foresatte melder om fravær innen kl. 16.00 dagen før.

- (33) Vederlaget for tjenesten betales dermed direkte av innklagede til leverandørene, og det er ingen muligheter for ytterligere inntjening for denne tjenesten ut over det innklagede betaler for. Vederlaget består verken utelukkende av retten til å utnytte tjenesten, eller en slik rett sammen med betaling.
- (34) Ifølge innklagede ble anskaffelsen vurdert å være konsesjonskontrakter, fordi antall skoleelever kan variere fra år til år, da elever kan flytte eller skoler kan legges ned. Det er videre vist til at innklagede har vært tydelig på at estimatet i konkurransegrunnlaget var uforpliktende. Ifølge innklagede ble det derfor vurdert at driftsrisikoen var overført til leverandørene.
- (35) Klagenemnda kan ikke se at det er overført en driftsrisiko til leverandørene slik den er definert i konsesjonskontraktforskriften § 1-2. Risikoen ved en utnyttelse av tjenesten må forstås som risikoen for å bli utsatt for den risikoen som finnes i markedet, jf. EU-domstolens sak C-274/09 (*Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*), avsnitt 37. Denne risikoen kan ifølge EU-domstolen bestå i risikoen for konkurranse fra andre virksomheter, risikoen for at tilbudet av tjenester ikke oppfyller etterspørselen, risikoen for at debitorne ikke vil være i stand til å betale for ytelsene, risikoen for at alle utgifter i forbindelse med driften ikke vil bli dekket ved inntektene, eller risikoen for erstatningsansvar for en skade i forbindelse med en utilstrekkelig prestasjon av tjenesten.
- (36) Det at innklagede har gitt et uforpliktende estimat og at behovet for tjenesten kan variere, er ikke uvanlig for kontrakter som er omfattet av anskaffelsesforskriften. Slik kontraktene er lagt opp, har ikke leverandørene noen risiko for ikke å få dekket kostnadene som påløper i driften. I de tilfellene fravær varsles innen kl. 16.00 dagen før, har leverandørene tid til å ta hensyn til dette ved gjennomføring påfølgende dag. I de tilfellene fravær varsles etter dette tidspunktet, vil leverandøren likevel kunne fakturere innklagede, uavhengig av om turen gjennomføres eller ikke. Verken etterspørsels- eller leveringsrisiko er overført fra oppdragsgiver til leverandør i disse kontraktene.
- (37) Innklagede har vist til at en kontrakt kan være en konsesjonskontrakt selv om risikoen forbundet med den aktuelle formen for virksomhet er liten. I dette tilfellet er det imidlertid ingen driftsrisiko som er overført, slik § 1-2 krever.
- (38) De inngåtte kontraktene gjelder dermed ikke en tjenestekonsesjon, og følger reglene i forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 (anskaffelsesforskriften).
- (39) Spørsmålet for klagenemnda er om anskaffelsens verdi er over kunngjøringspliktig terskelverdi, og om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (40) Ifølge klager er klagen avgrenset til å gjelde delkontrakt 1, 2 og 3. En anførsel om ulovlig direkte anskaffelse kan imidlertid ikke avgrenses til enkelte delkontrakter. Det følger av anskaffelsesforskriften § 5-4 (8), at dersom oppdragsgiveren anskaffer tjenester ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Dersom den samlede verdien av delkontraktene er lik eller overstiger en terskelverdi i § 5-1, jf. § 5-3, skal denne terskelverdien legges til grunn for avgjørelsen av hvilken del av forskriften som gjelder for hver delkontrakt. Samtlige delkontrakter som inngås på bakgrunn av en slik anskaffelse vil derfor omfattes av vurderingen av om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

- (41) Det følger av anskaffelsesforskriften at alle anskaffelser med anslått verdi på minst 1,3 millioner kroner ekskl. mva., skal kunngjøres i Doffin, jf. §§ 5-1 (2), og 8-17 (1). Anskaffelser med en verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen, jf. § 21-1 (1). For perioden det er aktuelt å ilegge gebyr for, var den nasjonale terskelverdien 1,3 millioner kroner ekskl. mva., og EØS-terskelverdien var 2,2 millioner kroner ekskl. mva.
- (42) Basert på de valgte leverandørenes tilbud, er totalprisene for ett skoleår 442 700 kroner for delkontrakt 1, 575 320 kroner for delkontrakt 2, og 304 000 kroner for delkontrakt 3. Klagenemnda legger til grunn at det ikke er påbeløpt noen kostnader for delkontrakt 4.
- (43) Kontraksperioden er opplyst å være 15. august 2022 til 14. juni 2024, altså to skoleår. Totalsummen for de inngåtte delkontraktene 1, 2 og 3 er dermed 2 644 040 kroner ekskl. mva. Dersom innklagede godtgjør at avtalene vil løpe kortere enn det nemnda over har lagt til grunn, vil dette kunne redusere gebyrgrunnlagets størrelse.
- (44) Et unntak fra dette utgangspunktet følger av anskaffelsesforskriften § 5-4 (8). For anskaffelser der *«den samlede verdien av alle delkontraktene overstiger en terskelverdi i § 5-3, gjelder likevel bare del I for delkontrakter om varer og tjenester med en anslått verdi under 800 000 kroner»*. Dette gjelder bare når verdien av delkontraktene ikke overstiger 20 prosent av den samlede verdien av alle delkontraktene som anskaffelsen er delt opp i.
- (45) Delkontrakt 3 hadde en samlet verdi på 608 000 kroner. Verdien av denne delkontrakten utgjør imidlertid 22,9 prosent av den samlede verdien av alle delkontraktene. På denne bakgrunn legger nemnda til grunn at delkontrakt 1, 2 og 3 var kunngjøringspliktige. Innklagede har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

#### *Hvorvidt det skal ilegges gebyr*

- (46) 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»*.
- (47) Skyldkravet gjelder både det faktiske og det rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 26, og klagenemndas nærmere redegjørelse for skyldkravet i dagens lov i sak 2017/147, avsnitt 55 flg.
- (48) Slik saken er opplyst for klagenemnda, kan klagenemnda ikke se at det er holdepunkter for at innklagede visste eller holdt det for overveiende sannsynlig at det ble foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede har derfor ikke forsettlig foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Spørsmålet i det videre er derfor om innklagedes handlemåte kan karakteriseres som grovt uaktsomt.
- (49) Offentlige oppdragsgivere forutsettes generelt å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser. Dette er fremhevet i nevnte forarbeider på side 26, hvor departementet i den forbindelse understreket *«at det derfor ikke vil være noen høy terskel*

*å anse en rettsuvitenhet som grovt uaktsom*». Det må derfor generelt stilles relativt strenge krav til oppdragsgiverens aktsomhet. I denne forbindelse viser klagenemnda til at kunngjøring av anskaffelser er i kjernen av anskaffelsesregelverket, og at oppdragsgivers klassifisering av en kontrakt innenfor regelverket er avgjørende for om det foreligger kunngjøringsplikt.

- (50) Innklagede har forklart at kontraktene ble vurdert å være konsesjonskontrakter fordi antall elever som har behov for og rett til denne typen skoleskyss kan variere fra år til år, ved at elever blir eldre, bytter skole, og skoler kan legges ned. Det er også vist til at det angitte volumet i prisskjemaet kun var et estimat og var uforpliktende. Av relevans for vurderingstemaet etter konsesjonskontraktforskriften § 1-2 har innklagede vist til at en kontrakt kan være en konsesjonskontrakt selv om den risiko som er forbundet med den aktuelle formen for virksomhet er liten.
- (51) Som klagenemnda har konstatert over, er det klart at vilkårene i konsesjonskontraktforskriften § 1-2 ikke er oppfylt. Om driftsrisikoen er stor eller liten, er ikke avgjørende, men en del av en samlet vurdering. Den risikoen innklagede viser til ved å påpeke at volumet i prisskjemaet var et estimat, og at endringer kan forekomme underveis, er ikke en større risiko enn at vinnende leverandør ikke er garantert å få levere tjenesten like mye som anslått. Dette har fremgått tydelig av konkurransegrunnlaget, og er ikke uvanlig for tjenestekontrakter. Innklagede synes også å ha oversett vilkåret om at vederlaget for kontrakten helt eller delvis må bestå av retten til å utnytte tjenestene.
- (52) Terskelverdiene for kunngjøringsplikt i både Doffin og TED etter anskaffelsesforskriften er betydelig lavere enn terskelverdien for kunngjøring etter konsesjonskontraktforskriften. Ved å ha et bevisst forhold til vilkårene for klassifisering av kontrakter, har oppdragsgivere dermed gode muligheter for å unngå å havne i situasjoner hvor kunngjøringsplikten brytes. I dette tilfellet er kontraktsverdiene over EØS-terskelverdi. En feilvurdering av hvilken forskrift som gjelder har derfor ikke bare medført manglende kunngjøring i Doffin, men også i TED.
- (53) Innklagede har i merknadene til forhåndsvarselet argumentert for at klagenemndas vurdering av skyldkravet er for streng. Etter innklagedes syn er det ikke grunnlag for å konstatere grov uaktsomhet i denne saken. Til støtte for dette har innklagede vist til at innklagede er en liten kommune med begrensede ressurser hva gjelder anskaffelser. Da anskaffelsens klassifisering ble vurdert, kom innklagede under tvil til at de aktuelle taxi-tjenestene kunne være en konsesjon, basert på at leverandørene ikke var sikret oppdrag med mindre behovet var der. Ifølge innklagede var det ikke åpenbart hva som var riktig tolkning av regelverket på dette punktet.
- (54) Klagenemnda er ikke enig i innklagedes vurderinger. Selv om innklagede ikke selv innehar den riktige kompetansen, vil det være mulig å få ekstern rådgivning i spørsmål som innklagede finner utfordrende. Etter nemndas syn er det i denne saken ingen rettslig tvil om at anskaffelsen gjelder en tjenestekontrakt og ikke en tjenestekonsesjonskontrakt. Innklagede har feilaktig unnlatt å sørge for å kunngjøre anskaffelsen, og har dermed brutt en klar og sentral forpliktelse. Manglende kompetanse hos innklagede endrer ikke klagenemndas vurdering av at den ulovlige direkte anskaffelsen er grovt uaktsom, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2021/344, avsnitt 33.
- (55) Innklagede mener dessuten at det er sikret konkurranse i anskaffelsen ved at innklagede har latt alle leverandørene innen rimelig avstand til bygdene tjenestene skal utføres i

mulighet til å inngi tilbud, og at dette må få betydning for spørsmålet om innklagede har vært grovt uaktsom. Dette kan ikke innklagede høres med. Vurderingen av om reglene om kunngjøring er brutt, skal foretas uavhengig av om det har vært reell konkurranse om anskaffelsen, se også her klagenemndas avgjørelse i sak 2021/344, avsnitt 33.

- (56) Klagenemnda finner det på denne bakgrunn klart at innklagedes opptreden må karakteriseres som grovt uaktsomt, og at det følgelig skal ilegges et gebyr i denne saken.

#### *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. § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (58) Det endelige gebyrgrunlaget vil bygge på hva som faktisk er betalt og eventuelt vil bli betalt for samtlige kontrakter i anskaffelsen, jf. blant annet klagenemndas gebyrvedtak i sak 2022/922.
- (59) En gjennomgang av klagenemndspraksis viser at gebyret normalt settes til 10 prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det verken finnes særlig formildende eller særlig skjerpene omstendigheter.
- (60) Etter klagenemndas syn er det en formildende omstendighet at konkurransen trolig har vært av interesse for lokale leverandører, da levering av tjenesten krever lokal tilstedeværelse. Innklagede inviterte fem lokale leverandører, og tre av disse leverte tilbud. Det har derfor vært noe konkurranse rundt kontraktene. Innklagede har i merknadene til forhåndsvarselet vist til at innklagede har kjennskap til markedet for anskaffelsen, og at alle leverandørene innen rimelig avstand til bygdene har fått anledning til å inngi tilbud. Videre har innklagede vist til at å utøve denne typen tjenester for innklagede er en stor del av disse lokale aktørenes virksomhet. Ved å ikke kunngjøre konkurransen slik anskaffelsesforskriften krever, har imidlertid innklagede fratatt potensielle andre leverandører muligheten til å delta i konkurransen. Dette kan være både eksisterende og nye konkurrenter. Videre synes ikke innklagede å ha gjort en tilstrekkelig vurdering av hva vilkårene i § 1-2 i konsesjonskontraktforskriften faktisk stiller krav om, noe som har ført til den uriktige klassifiseringen av anskaffelsen og manglende kunngjøring.
- (61) Samlet sett finner derfor klagenemnda det riktig å sette gebyret til 8 prosent av anskaffelsens verdi som er 2 644 040. Gebyrets størrelse blir etter dette avrundet til 211 000 kroner.

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

\*\*\*

*” Tysvær kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 211 000*



*- tohundredeogellevetusen - 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,

Elisabeth Wiik

*Dokumentet er godkjent elektronisk*