



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Askøy kommune gebyr stort kr 1.750.000,- for en ulovlig direkte anskaffelse av oppføring av leiligheter. Klagenemnda fant at unntaket for kunngjøring i forskriftens § 1-3 (2) bokstav b ikke kom til anvendelse, og at innklagede hadde utvist grov uaktsomhet ved å tildele kontrakt direkte uten forutgående konkurranse.

Klagenemndas gebyrvedtak av 10. juni 2009 i sak 2009/1

Klager: Demokratene Askøy

Innklaget: Askøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og illeggelse av overtredelsesgebyr.

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Demokratene Askøy av 19. desember 2008. Klagenemnda er kommet til at Askøy kommune ilegges et gebyr stort kr. 1 750 000,-. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser §§ 7b, jf 7a(1).

Bakgrunn:

- (2) Askøy kommune (heretter kalt innklagede) inngikk den 22. juni 2007 en avtale med Åmodt Eiendom AS (heretter kalt valgte leverandør) om kjøp av gnr 9 bnr 148 i Askøy kommune. Avtalen omfattet oppføring av to bygg med henholdsvis to og tre leiligheter som skulle benyttes som utleieboliger for vanskeligstilte i kommunen.
- (3) Innledningsvis nevnes at innklagede, også før anskaffelsene denne saken gjelder ble gjennomført, vurderte å erverve tomter i det aktuelle området. I brev datert 29. juni 2005, ble innklagede gitt tillatelse til fradeling av parsell av gnr 9 bnr 148.
- (4) I en dom fra Midhordaland tingrett avsagt 21. april 2006 fremgår at området også tidligere var aktuelt for oppføring av boliger for vanskeligstilte:

"Sakens bakgrunn i hovedtrekk:

Saksøker, A, er eier av eiendommen gnr. 9 bnr 195¹ på Juvikflaten i Askøy kommune. A ønsket å bygge på tomten, men fikk ikke byggetillatelse av kommunen. A ønsket derfor å selge tomten og han engasjerte advokat B til å forhandle fram en avtale med Askøy kommune. Askøy kommune hadde i en tid vurdert å tilrettelegge for utbygging av

¹ Saken gjelder gnr 9 bnr 295, i dommen uriktig omtalt som gnr 9 bnr 195

leiligheter for bostedsløse i det området tomten ligger. Planen var at arealet som det ble forhandlet om skulle videreselges fra kommunen til selskapet Åmodt Entreprenør Service AS, som skulle forestå utbyggingen. Årsaken til at det ikke ble forhandlet direkte mellom A og Åmodt Entreprenør Service AS, var at selskapet hadde hatt flere rettskonflikter med A og derfor ikke ønsket å erverve arealet direkte fra ham.”

- (5) Når det gjelder bakgrunnen for anskaffelsen av gnr 9 bnr 148 har innklagede opplyst at innklagede ble kontaktet av valgte leverandør med en forespørsel om prosjektet kunne være interessant for innklagede. Innklagede har videre opplyst at det første møtet om prosjektet ble avholdt 7. juni 2007. Innklagede oppfattet henvendelsen som en naturlig følge av at det nylig hadde vært avisomtale av innklagedes arbeid for å skaffe utleieboliger. Innklagede har opplyst at leilighetsprosjektet ble vurdert som svært interessant ut fra de kriteriene som må tas hensyn til ved kjøp av utleieboliger til vanskeligstilte. Innklagede har videre opplyst at leilighetene ikke ble lagt ut for salg i det åpne markedet ettersom det raskt ble avklart at innklagede var en aktuell kjøper.
- (6) Reguleringsplanen for det aktuelle området tillot oppføring av en- og tomannsboliger med bebygd areal inntil 20 % av tomtens areal. Byggetillatelse for oppføring av byggene ble innvilget 24. mai 2007. For tomannsboligen ble det innvilget dispensasjon i medhold av plan- og bygningsloven § 7 fra reguleringsplan for tillatt grad av utnyttning. For tremannsboligen ble det innvilget dispensasjon fra reguleringsplanen slik at det kunne oppføres en tremannsbolig, og for tillatt grad av utnyttning. Kort tid etter at byggetillatelsen var innvilget innledet innklagede forhandlinger med valgte leverandør. Valgte leverandør driver både som eiendomsselskap og som entreprenører.
- (7) Innklagede vurderte prosjektet på den måten at leilighetene var hensiktsmessige, og at lokaliteten var god. Det var ikke behov for endringer som krevde ny byggetillatelse. Det var imidlertid ønskelig med montering av sprinkleranlegg, samt noe mer arbeid utført i form av utvendig maling og ferdig anlagte utearealer.
- (8) Når det gjaldt prisen mottok innklagede et tilbud fra valgte leverandør. Innklagede har opplyst at tilbudet ble vurdert i forhold til andre byggeprosjekter. Innklagede gjennomførte på dette tidspunktet et prosjekt med bygging av et tilsvarende boligtilbud innenfor psykiatrien et annet sted i kommunen. Dette prosjektet ble gjennomført som et vanlig anbud og prisnivået ble derfor vurdert som et godt sammenligningsgrunnlag.
- (9) Av avtalen mellom innklagede og valgte leverandør datert 22. juni 2007 fremgår følgende:

”Mellom Åmodt Eiendom AS (onr 984 812 981), adresse: Storbotn Næringspark, 5300 Kleppestø – som Selger

og

Askøy kommune (onr 964 338 442), adresse: Postboks 323, 5323 Kleppestø – som Kjøper

er det i dag inngått slik midlertidig kjøpekontrakt:

1. Eiendom

Avtalen gjelder parsell av gnr 9 bnr 148, beliggende nord for reguleringsvei omfattet av reguleringsplan 115. Parsellen utgjør ca 1,4 da. og er markert med gul farge på vedlagte kartkopi.

Hjemmelshaver til eiendommen er Arvid Åmodt og Knut Aasebø. I henhold til tinglyst kjøpekontrakt er eiendommen overdradd til Juvikflaten AS. Det foreligger videre en avtale mellom Juvikflaten AS og Åmodt Eiendom AS om overdragelse av parsellen til sistnevnte.

Parsellen er godkjent utbygd med 5 boligenheter, i henhold til Askøy kommunes vedtak av 24. mai 2007. Utbygging skal i store trekk skje henhold til forprosjekt datert 13. november 2006 samt materialoppsett for innvendige overflater av 20/6-2007, alt utarbeidet av Tveit Arkitektkontor AS på vegne av Åmodt Eiendom AS.

Partene er enige om at Selger skal forestå byggingen av boligene og at disse skal overtas av Kjøper etter ferdigstillelse.

Partene skal senere inngå detaljert avtale som skal erstatte nærværende kontrakt. I den detaljerte avtalen skal også inngå Kjøpers spesifikasjonskrav knyttet til boligene. Videre skal den endelige avtalen også ta stilling til hvorvidt eiendommen skal parselleres ytterligere, slik at hver bolig får eget gårds- og bruksnummer.

Eventuelle tilleggskrav utover det som fremgår av forprosjektet samt evt. kostnader knyttet til ytterligere fradeling m.v. skal dekkes av Kjøper i tillegg til den her avtalte kjøpesum.

Kjøper kan kreve at det oppføres garasjer i tilknytning til prosjektet, slik vist i forprosjektet.

2. Kjøpesum

Kjøpesummen er avtalt til kr 9 700 000 — nio millioner syv hundretusen 00/100.

Kjøpesummen er gjenstand for regulering dersom det skjer endringer i prosjektet i forhold til det som fremgår av forprosjektet.

I tillegg til kjøpesummen skal kjøper betale omkostninger knyttet til tinglysning av kontrakt og skjøte samt øvrige tinglysningsomkostninger.

Dersom det kreves oppført garasjer (5 enheter), vil det medføre et tillegg i den avtalte pris på kr 350 000.

3. Megler

Partene forplikter seg til i felleskap å gi AdvokatPartner ANS ved advokat Alf-Erik Jentoft i oppdrag å skrive kjøpekontrakter og forestå oppgjør av kjøpesum m.v.. Kostnadene til megler vil således bli å dekke av partene med en halvpart på hver. Dette omfatter også megler forsikringskostnader og utlegg i sakens anledning.

4. Ferdigstillelse

Boligene skal leveres ferdigstilte innen fellesferien 2008, forutsatt at endelig kontrakt foreligger innen den frist som er satt i punkt 7.

5. Oppgjør:

Megler skal opprette en særskilt bankkonto (klientkonto) i Nordea for dette eiendomsoppgjøret. Alle innbetalinger forbundet med oppjøret mellom partene skal skje til denne kontoen.

Partene er enige om at innbetalingene skal skje som følger:

- Ved underskrift av endelig kontrakt:	10 % av kjøpesummen
- Ved ferdigstøpt grunnmur:	20 % av kjøpesummen
- Ved tett hus:	30 % av kjøpesummen
- Når husene er klar for maling/overflatebeh:	20 % av kjøpesummen
- Ved overlevering:	20 % av kjøpesummen

Vedrørende prisstigning i perioden fra kontraktsunderskrift og frem til overlevering, er avtalt at denne skal følge SSBs byggekostnadsindeks for boliger.

6. Forholdet til lovgivning

Kjøper innestår for at kontrakten er i samsvar med lov om offentlige anskaffelser, idet det ikke dreier seg om bygge- og anleggsarbeider med kommunen som byggherre, men kjøp av fast eiendom med påstående bygg.

Partene er enige om at så langt ikke annet er avtalt, skal kontraktsforholdet reguleres etter avhendingslovens regler.

7. Endelig avtale

Partene forplikter seg til å inngå endelig avtale innen 30. august 2007. Dersom slik avtale ikke er kommet i stand innen fristen, kan Selger velge om han vil fri seg fra avtalen eller kreve avtalen opprettholdt, mot forlengt frist for ferdigstilling. Dersom Selger velger å fri seg fra avtalen, skal han ha dekket sine kostnader i tilknytning til prosjektet frem til termineringsdato, herunder kostnader til arkitekt, advokat/megler og intern administrasjon hos Selger."

- (10) Innklagede fortsatte sommeren 2007 et samarbeid med valgte leverandør om oppføring av ytterligere boliger for vanskeligstilte. Valgte leverandør kjøpte gnr 9 bnr 295, som var en naboeiendom til gnr 9 bnr 148. Skjøtet vedrørende ervervet ble tinglyst den 19. oktober 2007. Prosjektet ble presentert for innklagedes byggesaksavdeling i et brev datert 29. august 2007 fra Askøy kommunale Foretak KF. Saken ble behandlet og tillatelse ble gitt i januar 2008. Av brevet datert 29. august 2007 fremgikk følgende:

"ETABLERINGA AV SMÅ LEILIGHETER PÅ JUVIKFLATEN- GNR. 9 BNR. 148 OG 295. - MÅLGRUPPE: VANSKELIGSTILTE V/SOSIALKONTORET.

Det henvises til informativ og konstruktiv "forhåndsdrøfting" vedr. ovennevnte 29.08.07 på leder av byggesaksavdelingens kontor, der representanter fra kommunens Boligforetak, Åmodt Eiendom AS og arkitekt J. Tveit deltok.

Bakgrunn:

Askøy kommunestyre vedtok i møte 14.12.2006, K-sak 66/06, enstemmig rådmannens utkast til "Boligsosial handlingsplan 2006 — 2009." Planen retter fokus på behov for etablering av 129 boenheter i planperioden for ulike målgrupper — herav:

- 74 omsorgsleiligheter (byggherre: Askøy kommune, drifter: Boligforetaket)
- 22 familieleiligheter (byggherre, evt. kjøper og drifter: Boligforetaket)
- 33 små leiligheter (byggherre, evt. kjøper og drifter: Boligforetaket).

Som del av målsettingen i Boligsosial handlingsplan etablerte Boligforetaket:

I 2006:

- 3 familieleiligheter og 1 liten leilighet = 4 leiligheter

Hittil i 2007:

- 8 familieleiligheter og 1 liten leilighet = 9 leiligheter
I tillegg er under planlegging bygging av 4 familieleiligheter på kommunal tomt på Erdal med forventet ferdigstilling ultimo 2. kvartal 2008.

Det må konstateres som et faktum at boligmarkedet i Askøy ikke har under ordinær omsetning – og/eller har under etablering i tilstrekkelig grad små leiligheter tilpasset en-persons-husholdningsbehov. I erkjennelse av dette ønsker vi - ved foreliggende forespørsel - å etablere 10 små boenheter i kommunal regi på gnr. 9 bnr. 148². Det foreligger pr. dato en inngått intensjonsavtale mellom Boligforetaket og Åmodt Eiendom AS om etablering og kjøp av fem leiligheter på nabotomten gnr. 9 bnr. 295 i tråd med godkjenning i komite for teknikk og miljø i dets møte 24.05.07. Denne vil bli etablert uavhengig av evt. godkjenning på bnr. 148. Ved å se tomtene i en totalsammenheng, vil en dog kunne oppnå en optimal arealutnyttelse samt god fremtidig drift av boenhetene.

Den målgruppen som er tenkt etablert i de ønskede små boenhetene har store individuelle utfordringer — der dagens status er bostedsløshet, rusproblematikk m.m. Personene vil fordre tett oppfølging. Etter en totalvurdering — og for å sikre stedlig nærvær fra personell i Askøy kommune — har Boligforetakets ansatte og sosialkontorets oppfølgingstjeneste sett det som hensiktsmessig å etablere en midlertidig fellesbase for sin virksomhet som del av boligetableringen. Et areal tilsvarende to leiligheter ca. 107 kvm — vil bli tatt i bruk som base for de to virksomhetene med samlet 6 ansatte. Basen vil bli utformet som ordinære leiligheter for å sikre god etterbruk.

Det totale byggeprospektet forutsettes finansiert i sin helhet ved lån og tilskudd fra Husbanken.

Sosialsjefen har følgende kommentarer:

"Sosialtjenesten disponerte totalt 19 kommunale boliger pr.31.12.06. Gjennom bestillinger til boligforetaket, har vi i 2007 fått rekvirert i alt 10 nye enheter. Dette vil si at Sosialtjenesten pr.10.09.07 disponerer totalt 29 enheter. Alle enhetene foruten 2 er store familieleiligheter/hus best egnet for denne gruppen. Sosialtjenesten har

² I dette avsnittet er gnr 9 bnr 148 og gnr 9 bnr 295 ved feilskrift byttet om.

pr.10.09.07 hatt i alt 11 personer boende på hospits i Bergen. De som bor på hospits i Bergen, er personer som trenger et lavterskeltilbud med tilsyn for å kunne komme seg ut av den midlertidige bosituasjonen. Askøy kommune mangler et slikt tilbud, og ved etablering av boenhetene på Juvik, ville en kunne dekke behovet for boliger for denne vanskeligstilte gruppen. Sosialtjenesten vil på bakgrunn av dette tydeliggjøre at vi svært gjerne ser at boligene på Juvik bygges da behovet for denne type boliger er sterkt økende."

Daglig leder i Boligforetaket og sosialsjefen anbefaler på det sterkeste at byggeprospektet på begge tomtene kan la seg realisere. Byggeprospektet vil bli kommunaløkonomisk gunstig — og gi de tiltenkte brukerne et tilbud om en kvalitativ hverdag. Prospektet er fullt ut i tråd med Regjeringens satsing for å motvirke bostedsløshet og midlertidige botilbud på hospits."

- (11) I et brev fra innklagede, kommunalavdeling for stabsenheter, til Askøy kommunale Boligforetak KF datert 18. januar 2008 fremgikk følgende:

"MV - FORESPØRSEL OM ETABLERING AV SMÅ LEILIGHETER PÅ JUVIKFLATEN, GNR.9, BNR.148 OG 295

Fra møtet i Utvalg for Teknikk og miljø den 16.01.2008, saksnr 60107

De underrettes herved om at det er fattet følgende vedtak:

Utvalg for teknikk og miljø viser til de foreløpige skissene for etablering av boliger med spesielle behov på eiendommene gnr.9, bnr.148 og 295. Utvalget ber om at administrasjonens vurderinger blir tatt med i det videre arbeidet med prosjektet. Dersom vurderingene kan innarbeides, mener utvalget at en bør kunne se positivt på en dispensasjon fra reguleringsplanen.

[...]

Vedlegg: Samlet saksfremstilling"

- (12) Vedlagt brevet fulgte en saksutredning datert 20. november 2007 hvor det fremgikk følgende:

FORESPØRSEL OM ETABLERING AV SMÅ LEILIGHETER PÅ JUVIKFLATEN, GNR.9, BNR.148 OG 295

Videre saksgang:

Vedlegg:

- *Brev fra Askøy kommunale Boligforetak KF m/kartvedlegg, mottatt 29.08.07*
- *Utsnitt av Plan 115 — Forretningsområde Juvik, gar.9, bnr.148 m.fl.*

Andre saksdokumenter (ikke vedlagt):

Saksopplysninger:

Det er inngått intensjonsavtale mellom Askøy kommunale Boligforetak og Åmodt Eiendom AS om etablering og kjøp av fem leiligheter på gnr.9, bnr.148 (se vedlagte utsnitt av Plan 115). Byggesøknadene ble godkjent i DS-sak 767/07 (tremannsbolig) og DS-sak 771/07 (tomannsbolig), 24.05.07.

Åmodt Eiendom har nå kjøpt bakenforliggende naboeiendom gnr.9, bnr.195³, og har sammen med Boligforetaket presentert en skisse for utnyttelse på forhåndskonferanse med administrasjonen. På denne eiendommen ønskes det etablert 10 små leiligheter. Den målgruppen som er tenkt etablert har store individuelle utfordringer, der dagens status er bostedsløshet, rusproblematikk med mer.

Personene vil fordre tett oppfølging. Etter en totalvurdering — og for å sikre stedlig nærvær fra personell i Askøy kommune — har boligforetakets ansatte og sosialkontorets oppfølgingstjeneste sett det som hensiktsmessig å etablere en midlertidig fellesbase for sin virksomhet som del av boligetableringen. Basen vil bli utformet som ordinære leiligheter for å sikre god etterbruk. For øvrige opplysninger om prosjektet vises til vedlagte brev fra Boligforetaket m/kartvedlegg.

Det presenterte prosjektet vil ikke være i samsvar med utnyttelsesgraden i plan 115, og reguleringsbestemmelsene har også et krav om bebyggelsesplan før utbygging av området. Det er dispensert fra kravet om bebyggelsesplan i forbindelse med byggesøknadene på gnr.9, bnr.148, da byggesøknaden tok tilstrekkelig hensyn til bl.a. adkomstforholdene til gnr.9, bnr.295.

På forhåndskonferansen ble det bedt om administrasjonens foreløpige vurdering av prosjektet, men på grunn av sakens kompleksitet forespeilte administrasjonen at en så det som mest hensiktsmessig å forelegge saken for UTM. Det er ikke innsendt byggesøknad eller foretatt nabovarsling i saken.

Vurdering:

Administrasjonen vurderer området ved Juvikflaten som en god beliggenhet for boliger for personer med spesielle behov. Det ligger sentralt, med kort avstand til butikk og kollektivtransport. Det ligger heller ikke tett på etablerte boligområder.

Ved en tettere utnyttelse enn hva reguleringsplanen tilsier, er det viktig at prosjektet viser til gode utomhusarealer, både private og felles. Det bør etableres et felles leke-/oppholdsområde som bør ha en minstestørrelse på 250 m². Dette bør ligge godt skjermet. Det må også sikres tilstrekkelig med parkeringsplasser. Dersom dette kan innarbeides mener administrasjonen at en bør kunne se positivt på en dispensasjon fra reguleringsplanen.

RÅDMANNENS KONKLUSJON:

Utvalg for teknikk og miljø viser til de foreløpige skissene for etablering av boliger med spesielle behov på eiendommene gnr.9, bnr.148 og 295. Utvalget ber om at administrasjonens vurderinger blir tatt med i det videre arbeidet med prosjektet.”

³ Henvisningen til gnr 9 bnr 195 er feilskrift for gnr 9 bnr 295.

- (13) Innklagede ved Askøy kommunale Boligforetak KF inngikk den 7. februar 2008 en tilleggsavtale til avtalen datert 22. juni 2007 om overdragelse av gnr 9 bnr 148. Innklagedes kontraktsmotpart som var oppført i denne avtalen var Åmodt Entreprenør AS. For avtalen ble Byggblanket 8406 A, "Formular for kontrakt om utførelse av bygge- og anleggsarbeider", benyttet. Av avtalen fremgikk følgende:

"1. Kontraktsarbeid

*Entreprenøren påtar seg å utføre følgende kontraktarbeid
Oppføring av 5 stk. boligenheter på parsell av 9/148 Askøy. Parsellen er markert med gul farge på vedlagte kartkopi.*

Parsellen skal fradeles som særskilt bnr. og senere seksjoneres. Dette gjøres og belastes av Åmodt Eiendom AS.

Det skal oppføres en tremannsbolig og en tomannsbolig iht. til spesifisering i forprosjektet fra Tveit Arkitektkontor AS datert 13.11.06 med senere tillegg/endringer - sist revidert 26.10.07, og iht. liste over tilleggsarbeider beskrevet i oppsett fra Åmodt Eiendom AS datert 06.02.08.

Leveransen omfatter ikke garasje.

Boligene skal leveres "nøkkelferdige".

I samsvar med kontraktsdokumentene, jf NS 8406, 4.1, samt følgende øvrige dokumenter tilknyttet kontrakten. Disse dokumentene skal ha følgende prioritet:

- Kjøpekontrakt for fast eiendom mellom partene, datert 22.06.07
- Denne kontrakt med vedlegg
- NS 8406 – så langt den passer (partene er enige om at NS 8406 ikke passer helt ut på dette kontraktsforhold)
 - alle varslingsfrister for entreprenør er forlenget med 2 uker
 - unnlatelse av å overholde varslingsfristen skal ikke medføre bortfall av entreprenørens rett til å kreve vederlag for tilleggsarbeider.
 - NS 8406, punkt 16, 18 og 30 gjelder ikke

2. Kontraktssum

<i>Kontraktarbeidet skal utføres for:</i>	<i>Kr</i>	<i>7 760 000,00</i>
<i>Tilbudsum:</i>		
<i>Eventuelle korreksjoner:</i>		
<i>Tillegg iht. oppstilling av 15.01.08</i>	<i>Kr</i>	<i>467 032,80</i>
<i>Pris for opparbeidelse av uteareal avtales senere.</i>		
<i>Sum eksklusive merverdiavgift</i>	<i>Kr</i>	<i>8 227 032,87</i>
<i>Merverdiavgift</i>	<i>Kr</i>	<i>2 056 758,20</i>
<i>Kontraktssum</i>	<i>Kr</i>	<i>10 283 791,00"</i>

(14) Vedlagt avtalen fulgte også en liste over endringsarbeidene⁴:

**"Boliger på Juvik
3- og 2-mannsboliger**

Priser på endringsarbeider.

06. februar -08

Post	Beskrivelse	Pris inkl. mva
1	Sprinkleranlegg alle boligene inntil 43 hoder	[...]
2	Avregning pr hode [...]	
3	Balansert ventilasjon alle boliger	[...]
3,1	Fratrekk medtatt ventilasjon	-[...]
4	Utvendig maling 2 strøk på grunnet gran med VX-maling	[...]
5	Utvendig mur seis og 2 strøk	[...]
7	Pipe plassert på bjelkelag 2 etg. Medtatt	
8	Luftekanal i bjelkelag til ovn pris pr. enhet [...]	
9	Steniplate med bredde på 30 cm i stf. Nederste bord på inngangssiden pris pr. enhet [...]	
	Sum	[...]
11	Seriekoblede brannvarslere i samme leil. Medtatt	
12	Opparbeide uteareal med plen og grusgang 8-11 rundt huset Avtales senere	
13	Utvendig belysning. Ses i sammenheng med utomhusplan for byggetrinn 1 og 2. Vi legger 50mm trekkør fra el.skap og ut gjennom fund ved siden av inng.	[...]
14	Høytrykkslaminert kjøkken med planlimt vask [...] Pris pr kjøkken	
15	Utvendig vannutkaster med stengekrav i skap Pris pr kran [...]	
	Sum	[...]
16	Ferdig antenneanlegg for canal+, viasat el tilsv. Tilrettelagt for forskjellige kanaler i hver leilighet. Dvs at hver leilighet må ha egen tuner der de velger om de skal ha Viasat eller Canal+. Plasering av fordelere og eventuelle forsterkere må gjøres i nærmeste bod til parabolen. Strøm til event. Antenneforsterker hentes i samme skap som felles	[...]

⁴ I det følgende har klagenemnda tatt ut opplysninger i saksdokumentene som antas å utgjøre forretningshemmeligheter, så som enhetspriser, jf. forskriftens § 3-6.

	<i>utelys. Parabol plasseres på huset.</i>	
<i>Sum inkl. mva.</i>		583 791
<i>Sum ekskl. Mva. (for kontrakt)</i>	467 032,80	

- (15) Vedlagt avtalen fulgte også et dokument benevnt "Åmodt Eiendom AS Boliger Juvikflaten Forprosjekt 13.11.06." Innklagede har også fremlagt de opprinnelige tegningene for forprosjektet, som samsvarer med de tegningene som det ble inngått kontrakt på bakgrunn av. Innklagede har også bekreftet at prosjektet i sin helhet er gjennomført basert på valgte leverandørs forprosjekt datert 13. november 2006 med følgende endringsarbeider: "Etablert brannsprinkling i alle leiligheter. Etablert balansert ventilasjon i alle leiligheter. Utvendig maling 2 strøk. Utvendig behandling av murte flater. Utvendig vannutkaster i hver leilighet med stengekran i skap. Spredenett for antenneanlegg (elektro)."
- (16) Den 24. juni 2008 sendte valgte leverandørs advokat et brev til innklagede ved Askøy kommunale Boligforetak KF hvor det fremgikk følgende:

ÅMODT EIENDOM AS – KONTRAKT OM OPPFØRING AV 5 STK. BOLIGHETER PÅ PARSELL AV GNR 9, BNR. 148 I ASKØY - JUVIKFLATEN

Det vises til kontrakt mellom Dem og Åmodt Eiendom AS datert 07.02., inngått på byggeblankett nr. 8406 A.

I forbindelse med årsrevisjonen av Åmodt Eiendom AS er man blitt oppmerksom på to forhold som med dette korrigeres:

På side 1 i kontrakten er rubrikken "Entreprenør" utfylt feil. Korrekt navn skal være Åmodt Eiendom AS. Det er også dette selskapet som har organisasjonsnr. 984 812 981. Det vises for så vidt også til den opprinnelige (midlertidige) kjøpekontrakten mellom partene datert 22. 06.2007.

For det annet har man i kontraktens punkt 2 oppgitt en kontraktssum basert på nettopriser pluss mva. I realiteten er ikke dette en entreprisekontrakt, men en kontrakt om salg av ferdigstilt fast eiendom, hvilket ligger utenfor avgiftsområdet. I en slik situasjon vil Åmodt Eiendom AS på vanlig måte svare inngående mva, mens prisen til kjøper (Askøy kommune) skulle være oppgitt som en bruttosum på kr 10 283 791. Dette gjenspeiler seg også i de fakturaene som til nå er sendt Dem fra Åmodt Eiendom AS i saken. Også disse skulle kun vært fylt ut med et bruttobeløp. Tidligere tilsendte fakturaer vil således nå bli kreditert Dem og erstattet av nye, korrekte fakturaer.

For øvrig er dette brev kun til Deres orientering, idet forholdene ikke gjør reelle endringer i kontrakten."

- (17) Som nevnt tidligere har innklagede opplyst at innklagede vurderte muligheten for å erverve flere leiligheter i samme område etter at den første avtalen med valgte leverandør ble inngått den 22. juni 2007. Ut over våren og sommeren 2008 var det flere samtaler mellom innklagede og valgte leverandør vedrørende utbygging av gnr 9 bnr 295. Innklagede gav klart uttrykk for at prosjektet skulle gjennomføres, og partene var enige om prinsippene for verdiberegningen. Det ble imidlertid ikke inngått noen formell kjøpekontrakt. Den 27. juni 2008 sendte valgte leverandørs advokat et brev til

innklagede ved Askøy kommunale Boligforetak KF som blant annet hadde til hensikt å dokumentere at det var inngått en bindende avtale om kjøp av gnr 9 bnr 295. Av brevet fremgikk følgende:

”ÅMODT EIENDOM AS – KONTRAKT OM OPPFØRING AV INNTIL 10 BOLIGENHETER PLUSS BASESTASJON PÅ EIENDOMMEN GNR 9 BNR 295 I ASKØY – JUVIKFLATEN

Jeg viser til tidligere kontakt i saken.

Som kjent foreligger der en muntlig intensjonsavtale mellom Dem og Åmodt Eiendom AS v/Arvid Åmodt om bygging av ytterligere boliger i området på Juvik, forutsatt godkjenning av kompetent organ.

Når det gjelder utbyggingen på gnr 9 bnr 295 er det søkt om å få bygge inntil 10 boligenheter med tillegg av basestasjon. Søknaden er ikke ferdigbehandlet av kommunen.

Partene er så vidt jeg forstår enige om å nedfelle intensjonene i en midlertidig kontrakt. Jeg vedlegger derfor utkast til slik kontrakt. Evt. justeringer tas over ferien.

Det er noe spesielt at det inngås en avtale uten at det er fiksert pris. Her legger jeg imidlertid til grunn at partenes gode samarbeid tilsier at dette er en forutsetning for endelig avtale. På samme måte som for nabotomten, vil det av praktiske hensyn – forutsatt endelig enighet – bli inngått en entrepriseavtale basert på NS8406 som regulerer de forskjellige detaljene i avtalen, uten at det skal endre det som er realiteten mellom partene, nemlig at det er tale om kjøp av fast eiendom med påstående, ferdigstilte bygninger, basert på kommunens spesifikasjoner.

Jeg legger til grunn at De er kjent med forprosjektet.

Parsell av gnr 9 bnr 20

Jeg vedlegger også kopi av kartutsnitt som viser et tilstøtende område vest/søsvest for bnr 295, som Åmodt Eiendom AS nå har ervervet fra hjemmelshaver, søsknene Raad. Så snart alle dokumenter er i orden, vil parsellen bli fradelt. Det vil med det første også bli påbegynt masseutskiftninger på denne tomten.

Det har vært samtaler mellom Kjell Ove Helland og Arvid Åmodt om bygging av boliger for vanskeligstilte boligsøkere også på denne tomten. Det har vært indikert bygging av 6 boliger her.

Jeg ber dem bekrefte at De ønsker at Åmodt skal gå videre også med dette prosjektet med tanke på bygging av boliger for Askøy kommunale Boligforetak KF. Dette vil i så fall innebære at de utrednings- og utviklingskostnader som påløper må dekkes av Dem, selv om endelig kontrakt om bygging av boliger på tomten ikke kommer i stand. (Tilsvarende som for bnr 295)

Det er for så vidt tilstrekkelig bekreftelse, dersom De gir en påtegning om dette på en kopi av dette brev, som deretter returneres hit.”

- (18) Innklagede har opplyst at også ulike andre alternativer ble vurdert som egnet for oppføring av ytterligere boliger for vanskeligstilte, blant annet et prosjekt fra Anjo Eiendom AS. Anjo Eiendom AS tilbød fire leiligheter ved et tilbud datert 3. juli 2008. Den 25. august 2008 sendte innklagede en e-post til Anjo Eiendom AS hvor det fremgikk at innklagede vurderte tilbudt salgssum å være betydelig i overkant av hva som var realistisk i dagens boligmarked. Ved e-post datert 9. september 2008 sendte Anjo Eiendom AS et revidert tilbud hvor prisen var redusert.
- (19) Innklagede har opplyst at innklagede valgte å ikke kjøpe leiligheter fra Anjo Eiendom AS etter å ha foretatt en prisvurdering mellom valgte leverandørs tilbud og Anjo Eiendom AS sitt tilbud.
- (20) Ved brev fra innklagede til valgte leverandør datert 12. november 2008 gav innklagede valgte leverandør rett til å planlegge tiltak på kommunens eiendommer. Av brevet fremgår følgende:

"ERKLÆRING OM RETT TIL BRUK AV EIENDOM GNR. 9 BNR 148 OG GNR 9 BNR 372

Askøy kommune ved Askøy kommunale foretak KF gir Åmodt Entreprenør anledning til å planlegge tiltak på eiendommene gnr 9 bnr 148 og gnr 9 bnr 372 i samarbeid med Askøy kommunale boligforetak KF.

Dersom samarbeidet med Askøy kommunale foretak KF om å få bygget boliger for vanskeligstilte skulle strande bortfaller retten til å planlegge ethvert tiltak på eiendommene."

- (21) Ved brev datert 2. desember 2008 søkte Tveit Arkitektkontor AS om endring av søknad for oppføring av boligbygg med leiligheter for gnr 9. bnr 295. Av søknaden fremgikk følgende:

"GNR 9 BNR 295 JUVIK – BOLIGBYGG MED LEILIGHETER. ENDRING AV SØKNAD – NYTT UTSENDT NABOVARSEL MED LEILIGHETER I STEDET FOR BASER.

Vi viser til møte om innsendt søknad om tillatelse til tiltak for overnevnte prosjekt, som opprettholdes samt egen søknad om sprenging og planering som er godkjent og arbeidet med dette er igangsatt.

I opprinnelig nabovarsel var der opplyst at der var 10 leiligheter, men de to baser var ikke nevnt, kun vist med base på den plantegningen som lå på situasjonsplan.

Ut fra dette og konklusjon på drøftingsmøte med Byggesaksavd. har vi sendt ut nytt nabovarsel med opplysning om der er nå endret til 12 leiligheter ved at de to opprinnelige basene er omgjort til leiligheter.

Om noen av leilighetene blir nyttet til base er ikke klart, da Askøy kommunale Boligstiftelse som skal eie anlegget ikke har tatt avgjørelse om dette.

Det er ikke kommet merknader til utsendt nabovarsel.

Bygget for øvrig har ikke endret form eller plassering. Vi har likevel valgt å sende inn endringsskjema, da to leiligheter som tidligere var forutsatt brukt til baser nå er omgjort til leiligheter og innredning i garasjekjeller nå er endret og der er vist en del biloppstillingsplasser utenfor.

Ang. parkering forutsettes der at tre ekstra parkeringsplasser på tomt for Juvik III skal benyttes og situasjonsplan som viser både Juvik I, II og III er derfor vedlagt. Juvik III er innsendt egen ett-trinns søkand for der dette er nevnt, saksnr. 08/3048.

Disse tre prosjektene skal alle eies av Askøy kommunale Boligstiftelse og skal sees under ett. Av den grunn er lokal lekeplass som er krevd opparbeidet i forbindelse med Juvik II nå plassert og anmeldt på tomt for Juvik III, saksnr. 08/3048.

I tillegg er vedlagt søknad om ansvarsrett for utførelse og prosjektering av heis samt kontrollerklæring for PRO/KPR av denne.”

- (22) Ved brev datert 8. desember 2008 sendte valgte leverandørs advokat inn en søknad om deling av eiendommen gnr 9 bnr 20. Av søknaden fremgikk følgende:

Jeg nevner for øvrig at parsellen etter intensjonsavtale mellom Åmodt Eiendom AS og Askøy kommune skal bygges ut med boliger som skal tildeles personer i kommunen ut fra boligsosiale kriterier.

- (23) I midten av desember 2008 ble avtalen om erverv av gnr 9 bnr 148 gjenstand for en del omtale i media hvor det ble reist spørsmål ved hvorvidt avtalen var i samsvar med regelverket om offentlige anskaffelser. Etter disse oppslagene, den 18. desember 2008, inngikk innklagede og valgte leverandør en skriftlig kontrakt om kjøp av gnr 9 bnr 295. Av avtalen fremgikk følgende:

”Mellom Åmodt Eiendom AS (onr 984 812 981), adresse: Storbøtn Næringspark, 5300 Kleppestø – som Selger

og

Askøy kommune (onr 964 338 442), adresse: Postboks 323, 5323 Kleppestø – som Kjøper

er det i dag inngått slik midlertidig kjøpekontrakt:

1. Eiendom

Avtalen gjelder eiendommen gnr 9 bnr 295 i Askøy, beliggende i område regulert for boliger på Juvikflaten. Parsellen utgjør ca 1,2 da., og er markert med gul farge på vedlagte kartkopi.

Det er søkt om byggetillatelse for utbygging av eiendommen med i alt 12 boligenheter. Utbygging skal skje i henhold til forprosjekt datert 15/5-2008 senest korrigert pr 13/11-2008, utarbeidet av Tveit Arkitektkontor AS på vegne av Åmodt Eiendom AS.

Eiendommen og prosjektet, som innebærer bygging av omsorgboliger til fordeling av kommunen etter boligsosiale kriterier, er utviklet og prosjektert av Åmodt Eiendom AS

og tilbudt kommunen som ferdige boliger. Partene er enige om at Selger skal forestå utbyggingen av boligene og at disse skal overtas av Kjøper etter ferdigstillelse.

Skulle kommunen godta et mindre antall boligenheter enn det man har søkt om, skal det godkjente antall boliger legges til grunn for hva som skal ytes etter denne avtale.

Partene skal senere inngå detaljert avtale som skal erstatte nærværende kontrakt. I den detaljerte avtalen skal også inngå evt. spesifikasjonskrav knyttet til boligene som Kjøper måtte ha utover det som følger av spesifikasjonene i forprosjektet.

Eventuelle tilleggskrav utover det som fremgår av forprosjektet samt evt. kostnader knyttet til ytterligere fradeling m.v. skal dekkes av Kjøper i tillegg til den her avtalte kjøpesum.

2. Kjøpesum

Kjøpesummen er avtalt til kr 23 358 000 — tjuetremillionertrehundreogfemtiåttetusen 00/100.

Kjøpesummen er gjenstand for regulering dersom det skjer endringer i prosjektet i forhold til det som fremgår av forprosjektet.

I tillegg til kjøpesummen skal kjøper betale omkostninger knyttet til tinglysning av kontrakt og skjøte samt øvrige tinglysningsomkostninger.

3. Megler

Partene forplikter seg til i felleskap å gi AdvokatPartner ANS ved advokat Alf-Erik Jentoft i oppdrag å skrive kjøpekontrakter og forestå oppgjør av kjøpesum m.v.. Kostnadene til megler vil således bli å dekke av partene med en halvpart på hver. Dette omfatter også megler forsikringskostnader og utlegg i sakens anledning. Det skal inngås særskilt oppdragsavtale med megler, hvor både Selger og Kjøper står som oppdragsgiver.

4. Ferdigstillelse

Boligene skal leveres ferdigstilte innen 11 måneder etter at endelig igangsettingsavtale foreligger, forutsatt at endelig kontrakt foreligger i h t punkt 7.

5. Oppgjør:

Megler skal opprette en særskilt bankkonto (klientkonto) i Nordea for dette eiendomsoppgjøret. Alle innbetalinger forbundet med oppjøret mellom partene skal skje til denne kontoen.

Partene er enige om at innbetalingene skal skje som følger:

- | | |
|---|---------------------|
| - Ved underskrift av endelig kontrakt: | 10 % av kjøpesummen |
| - Ved ferdigstøpt grunnmur: | 20 % av kjøpesummen |
| - Ved tett hus: | 30 % av kjøpesummen |
| - Når husene er klar for maling/overflatebeh: | 20 % av kjøpesummen |
| - Ved overlevering: | 20 % av kjøpesummen |

Vedrørende prisstigning i perioden fra kontraktsunderskrift og frem til

overlevering, er avtalt at denne skal følge SSBs byggekostnadsindeks for boliger.

6. Forholdet til lovgivning

Partene er enige om at så langt avtalen kommer til gjennomføring og ikke annet er avtalt, skal kontraktsforholdet reguleres etter avhendingslovens regler."

- (24) Innklagede innvilget 27. januar 2009 byggetillatelse for oppføringen av leilighetsbygget med tolv boligenheter på gnr 9 bnr 295.
- (25) Klager har fremlagt fotografi som viser at tomten gnr 9 bnr 20 er utsprengt og ferdig planert, og at ledninger og rør er nedgravd ved og like innenfor tomtegrensen. Innklagede har fremlagt kopi av kjøpekontrakt for gnr 9 bnr 148 og kopi av skjøte for gnr 9 bnr 295 hvor kjøpesummen for valgte leverandørs erverv av eiendommene fremgår, kr 800 000 og kr 950 000.
- (26) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 19. desember 2008.
- (27) Fylkesmannen omgjorde 7. mai 2009 innklagedes vedtak om byggetillatelse for gnr 9 bnr 295.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (28) Kontraktene med valgte leverandør ble inngått uten at anskaffelsene ble kunngjort. Dette utgjør en ulovlig direkteanskaffelse. Dette gjelder avtalen vedrørende gnr 9 bnr 148, samt avtalen vedrørende gnr 9 bnr 295. Også i forhold til gnr 9 bnr 20 er det inngått en avtale som utgjør en ulovlig direkteanskaffelse.
- (29) Når det gjelder gnr 9 bnr 148 bestrides den forståelse Kofa har lagt til grunn i forhåndsvarelet. Det vises i denne forbindelse til Nærings- og Handelsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser fra 2001, hvor det fremgår følgende:

"EF-domstolen har i en avgjørelse som gjaldt bygging og drift av et kasino lagt til grunn som et prinsipp at hovedformålet med kontrakten vil være avgjørende dersom en kontrakt inneholder elementer både fra definisjonen av en bygge- og anleggskontrakt og av tjenesteforskriften

Dersom hovedformålet er å anskaffe tomten, vil unntaket for fast eiendom være anvendelig. Dersom hovedformålet er å anskaffe selve bygget, vil derimot hele kontrakten anses for en bygge- og anleggskontrakt."

- (30) Ettersom innklagede formål med ervervet av gnr 9 bnr 148 var å anskaffe selve bygget er det etter departementets fortolking av eget regelverk ikke noe unntak for kunngjøringsplikt for innklagedes erverv av gnr 9 bnr 148. Departementets tolking av regelverket må legges til grunn.
- (31) Innklagede har anført at dommen fra Midhordaland Tingrett avsagt 21. april 2006 ikke er en direkte forløper for ervervene i denne saken. Dette er ikke riktig, og i dommen er forretningsideen mellom partene beskrevet. Åmodt Eiendom AS kjøper tomt, og bygger det innklagede spesifiserer. At dette blir realisert som et prosjekt i 2007 ved avtalen om

kjøp og utbygging av gnr 9 bnr 148 er forventet, og ikke et prosjekt som innklagede plutselig oppdager.

- (32) Innklagede hadde mulighet i 2006 til å kjøpe gnr 9 bnr 295, men avsto. Innklagede kjøpte gnr 9 bnr 120 i 2004, som grenser til gnr 9 bnr 295 og gnr 9 bnr 20, men solgte eiendommen i 2008. Innklagede hadde også anledning til å innlede samarbeid med andre. Det er mer enn nok av regulerte boligfelt og entreprenører som ivrer etter å bebygge dem. Innklagede har hatt mulighet til å kjøpe andre ubebygde og bebygde tomter i området. Innklagede kunne eventuelt ha eksproprietert tomtene med hjemmel i plan- og bygningsloven § 35 dersom stedsvalget var det viktigste for nettopp denne typen boliger. Dersom innklagede hadde kjøpt tomtene, kunne byggeprosjektene vært lagt ut på anbud. Under like vilkår ville konkurranse ha presset prisene ytterligere.
- (33) Valgte leverandørs søknader om byggetillatelse er godkjent selv om de er vesentlig i strid med reguleringsplanen. Andre søkere har fått avslag på sine søknader. Det er mulig at det her er snakk om en gjensidig bebyrdende avtale hvor innklagede får avslag i prisen desto flere dispensasjoner fra reguleringsplanen valgte leverandør innvilges.
- (34) Tilbudet fra Anjo Eiendom AS er heller ikke sammenlignbart med tilbudet fra valgte leverandør. Tilbudet fra Anjo Eiendom AS gjelder en 4-mannsbolig, mens tilbudet fra valgte leverandør gjelder en blokk med 12 leiligheter.
- (35) Det bestrides også at innklagede har oppnådd en fordelaktig pris på prosjektene.
- (36) Klager bestrider innklagedes oppfatning om at innklagede ikke var med i detaljplanleggingen av Juvik II. Det vises til saksdokumentene tilknyttet behandlingen og vedtaket fra 16. april 2008 som viser at både Juvik I, II og III er detaljplanlagt av selger og bestiller i felleskap. Utvidelsen fra 10 til 12 leiligheter (personellbasen) er en bekreftelse på det.
- (37) Når det gjelder gnr 9 bnr 20 har valgte leverandør gjort nødvendige terrenginngrep og tomtene er ferdig planert og planlagt for utbygging. Entreprenører påtar seg ikke slike kostnader uten rimelig sikkerhet for avsetning. Det er altså inngått en bindende avtale også i forhold til denne eiendommen. Erklæringen fra innklagede datert 12. november 2008 bekrefter samarbeidet mellom partene. Det vises i denne forbindelse også til søknaden fra valgte leverandørs advokat datert 8. desember 2008 hvor det fremgår at det er inngått intensjonsavtale mellom valgte leverandør og innklagede om utbygging av tomten. Også i brevet fra arkitektfirmaet Tveit datert 2. desember 2008 fremgår det at alle tre eiendommene skal eies av innklagede og må ses under ett. En annen indikator for at det foreligger en bindende avtale fremgår av brevet datert 29. juni 2005 og erklæringen fra innklagede datert 12. november 2008 der Askøy kommune forteller at tomten Gnr 9, bnr 372 blir fradelt (kjøpt) fra Åmodt for så senere bli tilbakelevert til Åmodt i form av rett til å disponere arealet i forbindelse med prosjektet Juvik III. Antakelig er kjøpesummen for tomten beskrevet som fradragspost for den endelige kontraktssum. Avtaleslutningen følger samme fremgangsmåte som var tilfellet for de øvrige to eiendommene.

Innklagedes anførsler:

- (38) Innklagede bestrider at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse som kan møtes med gebyr.

- (39) Det nevnes innledningsvis at den skriftlige kontrakten om erverv av gnr 9. bnr 295 først ble inngått 18. desember 2008. Det var imidlertid enighet mellom partene at bindende avtale var inngått tidligere, i løpet av sommeren 2008, og at den skriftlige avtalen kun var en skriftlig bekreftelse på en tidligere inngått avtale.
- (40) Når det gjelder dommen fra 2006 er den prosess som er beskrevet i denne dommen ikke noen direkte forløper for den avtaleprosessen som har foregått i denne saken. Det presiseres at innklagede ikke var i en posisjon til å erverve gnr 9 bnr 295. Innklagede fikk aldri tilbud om å kjøpe eiendommen og man er kjent med at dette skyldes et uttrykt ønske fra selgeren om å ikke selge eiendommen til innklagede.
- (41) Når det gjelder avtalen om kjøp av gnr 9 bnr 148, samt avtalen vedrørende gnr 9. bnr 295 erkjennes det at bygningene ikke eksisterte på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Det bemerkes imidlertid at det her gjelder kjøp av bygg hvor spesifikasjonene allerede er oppstilt av den private utbygger. Her dreier det seg altså om å kjøpe leiligheter som i de fleste tilfeller kommer til salg rett etter byggetillatelse er gitt. På dette tidspunktet er prosjektet så klart at det kan selges og selgeren vil ønske å få sikre kontrakter i havn – ikke minst for å finansiere sitt prosjekt. Samtidig er dette et tidspunkt der mange kjøpere vil ønske å inngå kontrakt – blant annet fordi de da vil ha mulighet til å påvirke innredning og andre detaljer ved leiligheten. Realiteten er derfor at den offentlige oppdragsgiver ofte vil ha relativt kort tid på å vurdere et slikt tilbud når det kommer, og det er ikke noen løsning for den offentlige oppdragsgiver å vente til leilighetene er ferdig bygget. Selgeren vil da naturligvis foretrekke salg til andre som er villige til å inngå kontrakt før byggingen starter.
- (42) Reglene om offentlige anskaffelser bør fortolkes på den måten at de ikke forhindrer at oppdragsgivere kan ta del i slike utbyggingsprosjekter. Offentlige oppdragsgivere vil kunne ha behov for å kjøpe boliger av denne typen som i stor grad selges i markedet som prosjekter for oppføring. Dersom offentlige oppdragsgivere skal kunne delta i dette markedet er det viktig at de kan være konkurransedyktige som kjøpere slik at de er i stand til å bli foretrukket fremfor private leilighetskjøpere. I et godt marked vil boligselgere antakelig foretrekke kjøpere som kan bestemme seg og binde seg til en kontrakt hurtig. Samtidig vil konkurransen mellom kjøperne sikre at man i en slik situasjon uansett ikke betaler mer enn markedspris for leilighetene.
- (43) Bakgrunnen for at innklagede vurderte muligheten for å erverve flere leiligheter i samme område etter at den første avtalen med valgte leverandør ble inngått den 22. juni 2007, var at dette ble vurdert som fordelaktig ettersom plasseringen av leilighetene ble vurdert som velegnet, og innklagede ønsket flere leiligheter i samme området. Det var også sannsynlig at beboerne i leilighetene ville ha behov for en del oppfølging, og det var derfor praktisk med en geografisk samlokalisering. Når det ble flere leiligheter ønsket innklagede også å etablere en base med kontorer og fellesarealer i en eller flere av leilighetene, på grunn av målgruppen som beboere.
- (44) Forskriftens § 2-1 bokstav a gir unntak for kunngjøringsplikt hvor anskaffelsen bare kan *”foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett.”* De aktuelle leilighetene kunne kun anskaffes av valgte leverandør – som eide tomtene. På den andre siden kunne det vært gjennomført en konkurranse for å undersøke om det var andre eiendomsutviklere som kunne tilbydd et alternativt prosjekt for å dekke innklagedes behov. Overstående momenter om at det ble

tilbudt ferdige leilighetsprosjekter tilsier imidlertid at unntaksregelen i forskriftens § 2-1 (2) ledd bokstav a er anvendelig.

- (45) Når det gjelder gnr 9 bnr 20 er det for øvrig ikke inngått en rettslig bindende avtale. Valgte leverandør har også bekreftet dette. Det foreligger heller ikke noen intensjonsavtale mellom partene. Når det gjelder brevet fra valgte leverandørs advokat datert 27. juni 2008 ble det ikke gitt en påtegning på dette. Innklagede har heller ikke på annen måte har akseptert utgiftsdekning i forbindelse med dette prosjektet, eller betalt noe vederlag i forbindelse med arbeid utført på gnr 9 bnr 20.
- (46) Når det gjelder spørsmålet om grov uaktsomhet erkjennes det at innklagede burde ha håndtert spørsmålet om reglene om offentlige anskaffelser på en annen måte. Saksbehandlerne hos innklagede var imidlertid overbevist om at regelverket ikke kom til anvendelse. Saksbehandlerne hos innklagede bygget dette på en praktisk forståelse av den virkelighet der de utfører sitt arbeid. Sett på en slik bakgrunn er det forståelig at de har kommet til den konklusjon at regelverket ikke gjelder. For saksbehandlerne har dette fremstått som et kjøp av eiendom i et marked der prisene bestemmes av konkurransen mellom kjøperne. Det har i utgangspunktet fremstått som helt upraktisk og derfor helt usannsynlig at det kunne være påkrevet med noen konkurranse etter reglene om offentlige anskaffelser. På denne bakgrunn anføres det at innklagede ikke har opptrådt grovt uaktsomt.
- (47) Dersom klagenemnda kommer til at innklagede har opptrådt grovt uaktsomt anføres det at det foreligger flere omstendigheter som tilsier at en eventuell overtredelse av reglene om offentlige anskaffelser ikke kan anses å være spesielt grov. Det vises i denne forbindelse til de forhold som er fremhevet tidligere om at det her gjelder kjøp av leilighetsprosjekter. Innklagede gjorde forsvarlige vurderinger av selve leilighetsprosjektet, og av spørsmålet om hvorvidt den pris som skulle betales for leilighetene var akseptabel. Innklagede har opptrådt som en forsvarlig kjøper i dette spesielle markedet. Ut fra en generell forståelse av kjøpers stilling i et godt boligmarked er det også lite sannsynlig at innklagede hadde oppnådd et bedre økonomisk resultat gjennom en konkurranse. Det er også mulig at valgte leverandør ville foretrukket å selge leilighetene i det private markedet der kjøperne raskt kunne inngå kontrakt. Innklagede har opptrådt rasjonelt i markedet og arbeidet målrettet og over tid for å oppnå optimale løsninger for innklagede. På denne bakgrunn bør ikke en eventuell overtredelse av reglene oppfattes som spesielt grov.
- (48) Dersom det skal utmåles gebyr skal denne utmåling skje i forhold til kontraktssummens størrelse. Ved beregningen av gebyr bør det gis fradrag for den delen av kontrakten som gjelder innkjøp av grunneiendom. For verdsettelse av disse eiendommene bør det tas utgangspunkt i prisen som er betalt av valgte leverandør – da dette er dokumenterbare priser. Kontraktssummen for innklagedes avtale vedrørende gnr 9 bnr 148 skal derfor reduseres med kr 800 000. For innklagedes avtale vedrørende gnr 9 bnr 295 skal kontraktssummen reduseres med kr 950 000.
- (49) Etter forhåndsvarselet om ileggelse av overtredelsesgebyr har innklagede opplyst at Fylkesmannen den 7. mai 2009 omgjorde innklagedes vedtak om byggetillatelse for gnr 9 bnr 295. Innklagede har anmodet Kofa om å vurdere betydningen av dette vedtaket, og hvilken betydning en eventuell reduksjon i vederlaget etter avtalen vil ha for vedtaket om overtredelsesgebyr.

- (50) Innklagede har videre bestridt Kofas fremstilling av de faktiske forhold i forhåndsvarselet om overtredelsesgebyr. Dette gjelder innklagedes innflytelse på utformingen av bygget som skulle oppføres på gnr 9 bnr 295. Innklagede har fremholdt at detaljplanleggingen av bygget er foretatt av valgte leverandør, og at valgte leverandør, før kommunen hadde kjennskap til prosjektet, innledningsvis utarbeidet et prosjekt med 10 små leiligheter på tomten. Innklagede har videre fremholdt at innklagedes engasjement i planleggingsfasen særlig har vært knyttet til to forhold. Dette gjelder beskrivelse av prosjektet generelt ovenfor plan- og bygningsmyndighetene, og bidrag i forbindelse med dialog og avklaring med Husbanken som premissleverandør og finansieringskilde ved innklagedes kjøp av leilighetene. Det var også Husbanken som stilte krav om basestasjon i tillegg til 10 leiligheter, hvilket medførte at det opprinnelige prosjektet ble endret fra 10 til 12 leiligheter. Innklagede har også vedtatt som en generell premiss at innklagedes boligforetaks leilighetskjøp skal finansieres i sin helhet i Husbanken gjennom lån og tilskudd.
- (51) Når det gjelder spørsmålet om grov uaktsomhet bestrider innklagede at det er grunnlag for å legge avgjørende vekt på at ordlyden forskriftens § 1-3 (2) b gir uttrykk for at unntaket som utgangspunkt er begrenset til eksisterende bygg. Det rettslige utgangspunktet er at også erverv av bygg som ikke er oppført på avtaletiden kan omfattes av unntaket. Innklagede hadde altså rett i forhold at ervervet av gnr 9 bnr 148 var omfattet av unntaket i forskriftens § 1-3 (2) b. Innklagedes konklusjon er riktig enten den baseres på en juridisk vurdering, eller en mer praktisk vurdering slik som innklagede gjorde i denne saken. Det relevante spørsmålet er da hvorvidt det forelå en slik grad av ulikheter mellom innklagedes erverv av gnr 9 bnr 295, sammenliknet med innklagedes erverv av gnr 9 bnr 148, at det fremstår som grovt uaktsomt av innklagede å behandle de to de to anskaffelsene likt.
- (52) I denne forbindelse understrekes det at det er store likheter mellom de to anskaffelsene. Ved begge anskaffelsene er det tale om kjøp av ferdige leiligheter som oppføres på tomter eid av valgte leverandør. I begge tilfellene er det også tale om leiligheter som kan selges på boligmarkedet. Det er disse forholdene som gjorde det lite naturlig å kreve en utlyst konkurranse, og også disse forhold som begrunner unntaket i forskriftens § 1-3 (2) b. Forskjellen mellom ervervene er at det før innklagedes erverv av gnr 9 bnr 295 i større grad var samtaler mellom innklagede og valgte leverandør, sammenliknet med innklagedes erverv av gnr 9 bnr 148. Også leilighetene som er bygget på gnr 295 er imidlertid utviklet av valgte leverandør, og det forelå ingen detaljert bestilling fra innklagedes side.
- (53) Ut fra overstående forhold er uansett det varslede gebyret for høyt.

Klagenemndas vurdering:

- (54) Etter klagenemndeforskriftens § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse

- (55) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf lovens § 7b og forskriftens §§ 9-1/18-1. Klager har anført at tre kontrakter vedrørende kjøp av boliger

må anses som ulovlige direkteanskaffelser. Klagenemnda vil først behandle avtalen vedrørende gnr 9 bnr 148.

Gnr 9 bnr 148

- (56) Innklagede har opplyst at forprosjektet ble utarbeidet av valgte leverandør, som kontaktet innklagede med forespørsel om hvorvidt prosjektet var av interesse. Innklagede har videre opplyst at det første møtet om prosjektet ble avholdt 7. juni 2007, og at prosjektet i sin helhet er realisert basert på valgte leverandørs forprosjekt datert 13. november 2006, med unntak for enkelte endringsarbeider. Basert på saksfremstillingen for klagenemnda legges dette til grunn.
- (57) Forskriften oppstiller en hovedregel om kunngjøringsplikt for alle anskaffelser som overstiger kr 500 000, jf forskriftens § 9-1 og 2-1. Etter forskriftens § 1-3 (1) fremgår det at forskriften får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider. Det følger imidlertid av forskriftens § 1-3 (2) bokstav b, at forskriften likevel ikke får anvendelse ved erverv av "eksisterende bygninger". Avtaler om erverv av bygninger som ikke er oppført, omfattes således ikke direkte av ordlyden i bestemmelsen, og klagenemnda har heller ikke tidligere tatt stilling til hvorvidt unntaket er anvendelig i et slikt tilfelle. I forhold til leieavtaler har imidlertid klagenemnda i tidligere saker lagt til grunn at unntaket ikke er begrenset til leieavtaler som gjelder lokaliteter som eksisterer på avtaletiden, jf klagenemndas avgjørelser i sak i sak 2007/124, 2007/20 og 2007/112. Etter klagenemndas vurdering må unntaket for erverv forstås på tilsvarende måte som unntaket for leie. Dette innebærer at unntaket i forskriftens § 1-3 (2) bokstav b ikke prinsipielt er begrenset til erverv av bygninger som eksisterer på avtaletidspunktet.
- (58) Ved avtaler om erverv av bygninger som ikke eksisterer på avtaletidspunktet vil avtalen likevel lett kunne måtte kategoriseres som en bygge- og anleggskontrakt, jf forskriftens § 4-1 bokstav a, hvor en bygge- og anleggskontrakt defineres på følgende måte:

"bygge- og anleggskontrakt: kontrakt som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i vedlegg 1 (liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid) eller et bygge- og anleggsarbeid, eller utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver. Med bygge- og anleggsarbeid menes resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon,"

- (59) Når det gjelder avtalen vedrørende gnr 9 bnr 148 var spesifikasjonene til bygningen som skulle oppføres fastsatt av valgte leverandør. Det var også valgte leverandør som kontaktet innklagede med forespørsel om hvorvidt prosjektet var av interesse. Sue Arrowsmith omtaler problemstillingen om hvorvidt en slik avtale må anses som en avtale om erverv av fast eiendom, og ikke som en bygge- og anleggskontrakt, i "*The Law of Public and Utilities Procurement*" (2. utgave 2005) på side side 305, hvor det fremgår følgende:

"A second issue is whether the provision applies at all when it is expected that the proposal for the work and its specifications will be initiated and developed by the provider rather than the procuring entity. The most extreme case of this kind is one involving the procuring entity in the purchase of land and buildings that do not exist at the time of the contract, but will exist at the time of the transfer, to specifications

already set by the developer. This could occur, for example, in a PFI arrangement in which a procuring entity identifies an existing planned development as suitable for its accommodation requirements, or where a developer with an existing plan approaches a procuring entity to suggest use of its development. In some cases the procuring entity may simply accept the proposed specification; in others there may be adaptation or negotiation. The Works Regulations, referring simply to a "specified requirement" without mentioning the authority's input, appear to take a broad view, whereby if the procuring entity expects a detailed building specification to be included in the contract then it may be a contract for a work, even if the initial project description does not include any specific work. This might include even the case in which the procuring entity makes a contract to purchase a building to be built to specifications already established by the developer, but where the building has not been completed at the time of the contract. If such a case is not, on the other hand, within the works Regulations, it appears that it is not regulated, but is simply an (excluded) contract for the sale of land.

Another, distinct, question concerns the level of detail that needs to be specified under this provision. For example, what is the provision if the authority requires the construction of a new hospital on the authority's land but only a few detailed requirements are set out? Or if it is made clear that a new prison with a certain capacity is required, but the detailed requirements for the building are not laid down? This is not clear, but presumably the test is one of degree."

- (60) *"Works Regulations" er det engelske regelverket om offentlige anskaffelser. I motsetning til "Works Regulations" refererer forskriftens definisjon av "bygge- og anleggskontrakt" i § 4-1 bokstav a til "utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver". Dette tilsvarende direktiv 2004/18 EF artikkel 1 som referer til "the realisation, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority." Denne delen av definisjonen av en "bygge- og anleggskontrakt" tilsier altså at forskriften ikke får anvendelse i en situasjon som den foreliggende, hvor spesifikasjonene er fastsatt av oppdragsgivers medkontrahent, som deretter er presentert for oppdragsgiver. Det vises i denne forbindelse også til kommisjonens veileder til direktiv 93/37 EF, "Guide to the community rules on public works contracts", kapittel II punkt 1.4 hvor det fremgår følgende:*

"As far as the subject of the contract is concerned, the Directive states that it consists not only in the execution, or both the execution and design, of works, but also in "the execution by whatever means of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority".

By these new definitions of the subject of the contract, and particularly the latter one, the Community legislature has made it clear that all contracts relating to the execution of building and/or civil engineering works, whether or not accompanied by other tasks, are public works contracts. All the new forms of contract in which the contracting authority chooses to entrust to the contractor a fairly large number of tasks – for example arranging finance, purchasing land and devising projects – thus alleviating the workload involved in the authority's traditional role in the public works sector, are covered by the Directive.

Economic statistics show that contracting authorities very frequently choose to rely on a general contractor who designs the works according to their requirements and coordinates execution of the entire project, or else prefer to conclude a project development or management contract whereby the work is financed and executed entirely by the contractor, whom they then of course reimburse.

The scope of the Directive is thus as wide as possible in order to take in the whole gamut of contractual relationships that could be contemplated by contracting authorities to meet their specific needs.

It is worth noting that the Directive does not cover the mere purchase of existing property, unless of course the property was built to the requirements of the contracting authority, which had previously given an undertaking to purchase it after completion." Such an agreement would constitute a property development contract and would be subject to the Directive.

- (61) Denne delen av definisjonen av en "bygge- og anleggskontrakt" tar altså sikte på å omfatte avtaler hvor den offentlige oppdragsgiver overlater til medkontrahenten å utføre et bygge- og anleggsarbeid, basert på oppdragsgivers spesifikasjoner. Dette var ikke situasjonen for innklagedes erverv av gnr 9 bnr 148, hvor innklagede kjøpte et ferdig prosjekt, utarbeidet av valgte leverandør. Etter klagenemndas oppfatning er en slik avtale mer nærliggende å karakterisere som en avtale om erverv av fast eiendom, enn som en "bygge- og anleggskontrakt".
- (62) Heller ikke de endringsarbeider som er bestilt av innklagede kan etter klagenemndas oppfatning innebære at anskaffelsen må anses som en "bygge- og anleggskontrakt". Endringsbestillingene gjaldt brannsprinkling, ventilasjon, utvendig maling med to strøk, utvendig behandling av murte flater, utvendig vannutkaster og spredenett for antenneanlegg. Kostnaden for endringsbestillingene utgjorde kr 583 791. De bestilte endringsarbeider gjaldt mindre tilpassinger til innklagedes behov, og utgjorde en mindre vesentlig del av anskaffelsens omfang. Endringsarbeidene må også anses som ordinære endringsbestillinger i forhold til den typen kontrakt som er inngått. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagedes erverv av gnr 9 bnr 148 er omfattet av unntaket i forskriftens § 1-3 (2) bokstav b. Innklagedes erverv av gnr 9 bnr 148 utgjør på denne bakgrunn ikke en ulovlig direkteanskaffelse.

Gnr 9 bnr 295

- (63) Innklagede og valgte leverandør er enige om at bindende avtale ble inngått i løpet av sommeren 2008. Dette støttes også av brevet fra valgte leverandørs advokat datert 27. juni 2008, og klagenemnda legger dette til grunn.
- (64) Som nevnt tidligere vil avtaler om erverv av bygninger som ikke eksisterer på avtaletidspunktet lett måtte kategoriseres som en "bygge- og anleggskontrakt". Innklagedes erverv av gnr 9 bnr 295 skiller seg fra ervervet av gnr 9 bnr 148 på flere punkter. Innklagede har opplyst at innklagede etter at den første avtalen med valgte leverandør ble inngått den 22. juni 2007, vurderte muligheten for å erverve flere leiligheter i samme område. Også en annen potensiell utbygger ble kontaktet. På tidspunktet hvor anskaffelsesprosessen ble initiert var det også klart at innklagedes anskaffelsesbehov ville måtte dekkes ved nyoppføring av bygg, og at det altså var en "bygge- og anleggskontrakt" som skulle kontraheres, jf brevet fra byggesaksavdelingen

datert 29. august 2007 fra Askøy kommunale Foretak KF hvor det fremgikk *"at boligmarkedet i Askøy ikke har under ordinær omsetning – og/eller har under etablering i tilstrekkelig grad små leiligheter tilpasset en-persons-husholdningsbehov."*

- (65) Innklagede har også opplyst at partene samarbeidet om utviklingen av et nytt prosjekt på stedet, og at forutsetningen var at prosjektet skulle utvikles av valgte leverandør. Forutsetningen var videre at innklagede skulle kjøpe ferdige leiligheter. Det fremgår av saksfremstillingen ovenfor at det opprinnelig var planen å bygge en basestasjon i tillegg til 10 leiligheter, men at dette senere ble endret til at det skulle oppføres 12 leiligheter. Det vises også til brevet fra valgte leverandørs advokat datert 27. juni 2008 hvor det fremgikk *"at det er tale om kjøp av fast eiendom med påstående, ferdigstilte bygninger, basert på kommunens spesifikasjoner."*
- (66) Ved forhåndsvarselet la klagenemnda til grunn at utformingen av bygget var utviklet i samarbeid mellom partene, basert på innklagedes spesifikasjoner. Innklagede har bestridt at dette gir en dekkende beskrivelse av de faktiske forhold. Det er imidlertid på det rene at endringen av prosjektet til først å omfatte basestasjon, og deretter til å omfatte 12 i stedet for 10 leiligheter var basert på et ønske fra innklagedes side. Dette gjelder uavhengig av hvorvidt endringen var et resultat av et krav som Husbanken stilte. Som nevnt tidligere fremgår det av kommisjonens veileder at den delen av definisjonen av *"bygge- og anleggskontrakt"* i § 4-1 bokstav a som referer til *"utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver"* tar sikte på å omfatte avtaler hvor den offentlige oppdragsgiver overlater til medkontrahenten å utføre et bygge- og anleggsarbeid, basert på oppdragsgivers spesifikasjoner. At innklagede overlot detaljplanleggingen til valgte leverandør endrer ikke avtalens karakter av å være en bygge- og anleggskontrakt. Avtalen mellom innklagede og valgte leverandør vedrørende ervervet av gnr 9 bnr 295 omfattes på denne bakgrunn av forskriften som en *"bygge- og anleggskontrakt"*.
- (67) Innklagede har imidlertid anført at unntaket i forskriftens § 2-1 bokstav a er anvendelig. Forskriftens § 2-1 bokstav a gir unntak for kunngjøringsplikt hvor anskaffelsen bare kan *"foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett."*
- (68) Når det gjelder den konkrete kontrakten som er inngått, er det klart at gnr 9 bnr 295 ikke kunne vært ervervet av andre enn valgte leverandør, som eide eiendommen. Innklagedes anskaffelsesbehov kunne imidlertid vært dekket av andre. Av saksutredningen datert 29. august 2007 er det fremhevet enkelte samlokaliseringsfordeler ved at bygget ble oppført nært gnr 9 bnr 148. Innklagede har imidlertid ikke bestridt at det var andre lokaliteter som kunne være egnede. Innklagede kontaktet også en annen leverandør som inngav tilbud. De samlokaliseringsfordeler som er fremhevet av innklagede kan heller ikke anses tilstrekkelige til å begrunne unntak fra kunngjøringsplikten. Når det gjelder innklagedes anførsler om at offentlige oppdragsgivere bør ha mulighet til å kunne kontrahere på bakgrunn av forprosjekter som er utarbeidet av leverandører, er dette ikke tilfellet i forhold til innklagedes erverv av gnr 9 bnr 295. Som nevnt tidligere er utformingen av bygget utviklet i samarbeid mellom partene, Innklagedes avtale vedrørende ervervet av gnr 9 bnr 295 utgjør på denne bakgrunn en ulovlig direkteanskaffelse.

- (69) Klager har anført at det også foreligger en avtale vedrørende gnr 9 bnr 20 som utgjør en ulovlig direkteanskaffelse. Klagenemnda finner det imidlertid ikke sannsynliggjort at det er inngått en bindende avtale i forhold til gnr 9 bnr 20 mellom innklagede og valgte leverandør. Klagenemnda viser i denne forbindelse til at både innklagede og valgte leverandør har bekreftet at det ikke er inngått en avtale, og at innklagede har bekreftet at det ikke er betalt noe vederlag i forbindelse med prosjektet. Innklagede har også bekreftet at det ikke ble gitt en påtegning på brevet fra valgte leverandør datert 27. juni 2008. På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn at det ikke foreligger noen avtale, og derfor heller ikke en ulovlig direkteanskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (70) Klagenemnda har ovenfor konkludert med at avtalen vedrørende erverv av gnr 9 bnr 295 utgjorde en ulovlig direkteanskaffelse. Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda må ta stilling til om innklagede opptrådte forsettlig eller grovt uaktsomt ved inngåelsen av avtalen om erverv av gnr 9 bnr 295.
- (71) Klagenemnda har ut fra en skjønnsmessig vurdering, jf ordet "kan", myndighet til å avgjøre om det skal ilegges gebyr, og i tilfellet hvor stort gebyret skal være. Etter anskaffelsesloven § 7 b annet ledd skal det legges særlig vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, samt overtredelsesgebyrets preventive virkning. Opplistingen av hva det kan legges vekt på i vurderingen er ikke uttømmende.
- (72) Klagenemnda har så langt ilagt overtredelsesgebyr i fire tilfeller, jf klagenemndas saker 2007/19, 2008/5, 2008/56 og 2008/63. I sak 2007/19 ila klagenemnda et gebyr på en million kroner for avrop under en rammeavtale som ikke var gyldig. I sak 2008/5 ble det ilagt et gebyr på kr 950 000 for inngåelse av en kontrakt da det ikke lenger forelå gyldige tilbud etter totalforkastelse, og fordi kontrakten ble vesentlig endret slik at det i realiteten forelå en ny anskaffelse. I sak 2008/56 ble det ilagt et gebyr på 1,5 millioner for anskaffelse av fjernvarme til Halden fengsel. I sak 2008/63 ble det ilagt et gebyr på 250.000 for en inngåelse av kontrakt etter at det forelå en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget og ved at kontrakt ble inngått etter at vedståelsesfristen var løpt ut.
- (73) Om skyldkravet fremgår det følgende i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser side 26:

"Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og – innsikt."

- (74) Klagenemnda har ovenfor lagt til grunn at innklagedes anskaffelsesbehov ville måtte dekkes ved nyoppføring av bygg, og at det derfor var en bygge- og anleggskontrakt som skulle kontraheres. Selv om rekkevidden av unntaket i forskriftens § 1-3 (2) bokstav b er

skulle kontraheres. Selv om rekkevidden av unntaket i forskriftens § 1-3 (2) bokstav b er relativt rettslig komplisert å kartlegge, finner klagenemnda at dette likevel ikke kan unnskylde innklagede, da ordlyden i § 1-3 (2) bokstav b gir unntak for "eksisterende bygg". Innklagede burde derfor som et utgangspunkt lagt til grunn at anskaffelsesprosessen var regulert av forskriften om offentlige anskaffelser. At det forelå flere likheter mellom innklagedes erverv av gnr 9 bnr 295, sammenliknet med innklagedes erverv av gnr 9 bnr 148, som klagenemnda fant var omfattet av unntaket i forskriftens § 1-3 (2) bokstav b, kan heller ikke unnskylde innklagede. Innklagede burde uansett forstått at ervervet av gnr 9 bnr 295 var tvilsomt i forhold til regelverket om offentlige anskaffelser. Det var heller ikke noen rettslig uklarhet om at den kontrakten innklagede faktisk inngikk med valgte leverandør ville måtte klassifiseres som en "bygge- og anleggskontrakt". Dette taler for at skyldkravet er oppfylt, jf også klagenemndas avgjørelse i sak 2008/5 premiss (65) og klagenemndas avgjørelse i sak 2008/63 premiss (59). Det vises i denne forbindelse også til forarbeidene sitert ovenfor i premiss (62) om at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god kunnskap i regelverket. Innklagede har heller ikke anført at det ble foretatt tiltak for å sikre at regelverket om offentlige anskaffelser ble etterlevd.

(75) Videre skjerper det kravet til innklagedes aktsomhet at det her var snakk om en stor kontraktssum (23 358 000 kroner), jf også klagenemndas avgjørelse i sak 2008/56 i premiss (42). I slike tilfeller bør offentlige oppdragsgivere være særskilt aktsom mht. at anskaffelsen er i samsvar med regelverket. Hensynet til konkurranse er mer tungtveiende desto større summer som blir unntatt fra konkurranse. Klagenemnda finner derfor at det etter en totalvurdering var grovt uaktsomt av innklagede å inngå avtale med valgte leverandør. Skyldkravet i lovens § 7b er dermed oppfylt.

(76) Klagenemnda har kommet til at det bør ilegges gebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

(77) Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 % av anskaffelsens verdi, jf lovens § 7b annet ledd.

(78) Klagenemnda har etter innføringen av lovens § 7b ilagt overtredelsesgebyr i fire tilfeller, se premiss (69). I sak 2007/19, ble blant annet gebyrets preventive virkning vektlagt, se sakens premisser (50) og (51) hvorfra siteres:

(50) Det må også legges vekt på gebyrets preventive virkning. Avrop under et leverandørmonopol som har vart i fem år, er ensbetydende med ulovlig direktekjøp. Problemet med ulovlige direktekjøp ble tatt opp i en departemental utredning ("AUDA" 2003), og denne er senere omtalt i forarbeidene til lovendringen i 2006 – Ot prp nr 62 (2005-2006) avgitt i april 2006, der ulovlige direktekjøp er en hovedsak, jf. proposisjonens på s 5:

"I Norge foretar offentlig sektor innkjøp for godt over 200 milliarder kroner hvert år. Regelverket for offentlige anskaffelser skal sikre at disse midlene utnyttes best mulig gjennom kostnadseffektive innkjøp, samtidig som offentlig sektor gjennom sine anskaffelser bidrar til utvikling av et konkurransedyktig norsk næringsliv. Riksrevisjonen har imidlertid avdekket at en rekke kjøp av varer og tjenester skjer uten konkurranse, i strid med regelverket."

lovendringer. Kommisjonens utkast til skjerpelser i håndhevelsesdirektivet 89/665 - COM(2006)195 – siterer fra premiss (37) i EF-domstolens dom 18.11.2004 C-26/03 ("Stadt Halle") om at tildeling av kontrakter uten påbudt kunngjøring

"...could lead to the most serious breach of Community law in the field of public procurement on the part of a contracting authority. It would substantially reduce the effective and rapid judicial protection aimed at by Directive 89/665, and would interfere with the objectives pursued by Directive 92/50, namely the objectives of free movement of services and open and undistorted competition in this field in all the Member States."

- (79) Preventive grunner er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr. I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) s 6 henviser departementet til AUDA-rapporten og konkurransemeldingen St meld nr 15 (2004-2005), hvor det fremgår at:

"Bevisste og overlagte brudd på et regelverk som er overkommelig å forstå og praktisere, kan ikke tillates. Regjeringen vil innføre egnede sanksjoner mot dette i det reviderte regelverket. Dette vil ha en klar preventiv virkning som sikrer større etterlevelse."

- (80) Foreliggende anskaffelse er foretatt uten at innklagede synes å ha foretatt en reell vurdering av hvorvidt regelverket kommer til anvendelse. Preventive hensyn tilsier at gebyret skal settes relativt høyt i et slikt tilfelle.
- (81) I klagenemndas sak 2008/5 og ble gebyret satt til omlag 7 % av avtalens verdi. I klagenemndas sak 2008/56 ble gebyret satt til omlag 7,4 % av kontraktssummen. Klagenemnda mener at gebyret i nærværende sak bør fastsettes i nærheten av disse sakene. Disse sakene skiller seg imidlertid i en viss grad fra foreliggende. Saksforholdet i klagenemndas sak 2008/5 bar preg av at innklagede forsøkte å omgå regelverket, og i klagenemndas avgjørelse i sak 2008/56 av at innklagede bevisst tok en risiko i forhold til om en unntaksbestemmelse kom til anvendelse. På den annen side var det flere formildende omstendigheter i disse sakene. I sak 2008/5 var anskaffelsen opprinnelig kunngjort på lovlig måte. Videre ble det også lagt en viss vekt på at oppdragsgivers handlinger delvis var motivert av frykten for å miste plassen i NAV køen og dermed muligheten for statlige fjernarbeidsplasser. I sak 2008/56 ble det vektlagt i formildende retning at innklagede innhentet juridisk bistand før beslutningen om å foreta en direktetildeling ble tatt.
- (82) Innklagede har fremhevet at det taler i formildende retning at det fremstod rasjonelt å løse oppdragsgivers anskaffelsesbehov ved å kjøpe ferdige leilighetsprosjekter. Innklagede har også anført at en anbudskonkurranse ville kunne medført at valgte leverandør ville foretrukket å selge leilighetene i det private markedet der kjøperne raskt kunne inngå kontrakt. Klagenemnda har imidlertid tidligere lagt til grunn at utformingen av bygget er utviklet i samarbeid mellom partene, basert på innklagedes spesifikasjoner. Det var altså ikke tale om å kjøpe ferdige leilighetsprosjekter. Innklagede har anført at det taler i formildende retning at innklagede gjorde forsvarlige vurderinger av leilighetsprosjektet, og den pris som skulle betales. Klagenemnda er ikke enig i at dette bør tillegges vekt som et formildende moment. Prisen for oppføringen av bygget har ikke vært gjenstand for konkurranse med et sammenlignbart prosjekt. Tilbudet fra Anjo Eiendom AS gjaldt oppføring av fire leiligheter mens valgte leverandørs tilbud gjaldt oppføring av tolv leiligheter. At oppdragsgiver foretar en prisvurdering før avtale inngås er formodentlig normalttilfellet, og bør derfor ikke tillegges vekt i formildende retning.

Klagenemnda finner heller ikke grunn til å legge vekt på at innklagedes erverv av gnr 9 bnr 295 hadde flere likheter med innklagedes erverv av gnr 9 bnr 148, eller at fylkesmannen har opphevet innklagedes vedtak om å innvilge byggetillatelse for oppføring av bygget på gnr 9 bnr 295.

- (83) Innklagede har videre anført at det ut fra en generell forståelse av kjøpers stilling i et godt boligmarked er lite sannsynlig at innklagede hadde oppnådd et bedre økonomisk resultat gjennom en anbudskonkurranse. Heller ikke dette kan etter klagenemndas oppfatning tillegges vekt som et formildende moment. Dersom anskaffelsen hadde blitt utlyst ville andre tilbydere hatt anledning til å inngi tilbud, og anskaffelsen ville vært gjenstand for konkurranse. Det vises i denne forbindelse også til klagenemndas avgjørelse i sak 2008/56 hvor innklagede anførte at fjernvarmemarkedet hadde endret seg dramatisk siden anskaffelsesprosessen ble igangsatt, og at en anbudskonkurranse på det tidspunktet med stor sannsynlighet ikke ville gitt flere tilbud. Klagenemnda kom til at det ikke kunne legges til grunn som sannsynlig at en anbudskonkurranse med stor sannsynlighet ikke ville ha gitt flere tilbud.
- (84) I klagenemndas avgjørelse i sak 2008/56 premiss (47) ble det fremhevet at preventive hensyn tilsier at det reageres strengt når anskaffelsen helt har vært unntatt fra konkurranse. Etter klagenemndas oppfatning er dette også tilfellet her. Selv om innklagede har sammenlignet tilbudet fra valgte leverandør med tilbudet fra Anjo Eiendom AS, er disse tilbudene etter klagenemndas vurdering ikke sammenlignbare.
- (85) Ved utmålingen av gebyret gjøres fratrukk for tomtens verdi, kr 950 000. Gebyret skal da utmåles ut fra en kontraktssum på kr 22 408 000.
- (86) Gebyrets størrelse settes etter dette til kr 1 750 000. Dette utgjør ca 7,8 % av kontraktssummen.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

*"Askøy Kommune ilegges et overtredelsesgebyr stort kr 1 750.000,-
enmillionsyvhundreogfemtusen-.*

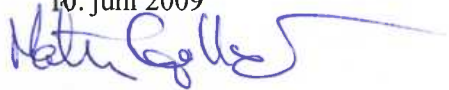
Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtaks dato."

*Vedtaket om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av
tvangsfullbyrdelsesloven § 1-2.*

*Vedtaket om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til
overprøving, jf anskaffelsesloven § 7b.*

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser

10. juni 2009



Morten Goller