



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Andebu kommune et gebyr på 2,4 millioner kroner for ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede inngikk kontrakt om bygging av nytt bygg til bl.a. NAV-kontor. Denne bygge- og anleggsanskaffelsen var ikke kunngjort. Klagenemnda kom til at enerettsunntaket i forskriften § 2-1 annet ledd bokstav a ikke kom til anvendelse. Innklagede hadde ikke dokumentert at det forelå en situasjon der innklagede kun hadde mulighet til å få dekket sitt behov for lokaler på en bestemt tomt. Gebyret utgjorde ca. 8,3 prosent av kontraktens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 14. juni 2010 i sak 2009/170

Klager: Roy Wivestad

Innklaget: Andebu kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Enerettsunntaket.

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Roy Wivestad (heretter kalt klager) datert 4. august 2009. Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at Andebu kommune (heretter kalt innklagede) ilegges et gebyr på 2,4 millioner kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

Saksforløpet

- (2) I forbindelse med NAV-reformen bestemte Stortinget at det skulle etableres NAV-kontorer i alle landets kommuner innen 1. januar 2010. Utforming og dimensjonering av lokalene for NAV-kontorene var standardisert. For at NAV innen fristen skulle kunne ta lokalene i bruk, måtte de være klare senest 1. september 2009.
- (3) Innklagede ønsket å utrede forskjellige alternativer for å skaffe til veie slike lokaler. Saken ble behandlet i kommunestyremøte 13. februar 2007 der det ble fattet slikt vedtak:

"1 a Det gjennomføres et forprosjekt i samsvar med økonomireglementet for Andebu kommune der det utredes NAV kontor under samme tak som virksomhet familie og sosial. Utredningen skal belyse både bruk av eksisterende bygningsmasse og evt. etablering av nytt bygg. Lokaler for politi/lensmann vurderes i utredningen.

1 b. Biblioteket utredes som egen sak. Bibliotek kan som et av utredningsalternativene vurderes i sammenheng med NAV-kontor.

2. Forprosjektrapport framlegges for kommunestyret som egen sak i møte 15.05.07, alternativt 19.06.07."

(4) I forprosjektet ble fem forskjellige alternativer vurdert:

- 1. "Tomt øst for Kodalsveien*
- 2. Tomt vest for Kodalsveien*
- 3. Bruk av eksisterende familiesenter*
- 4. Leie av eksisterende lokaler*
- 5. Leie av nytt bygg"*

(5) Ved kommunestyrevedtak 12. februar 2008 ble det bestemt at lokaler skulle leies for både NAV og noen andre offentlige institusjoner. Fra vedtaket hitsettes:

"1. Det leies lokaler til NAV-kontor, lensmann, familiesenter og bibliotek i Andebu Sentrum

2. Anskaffelsen kunngjøres i hht. lov og forskrifter om offentlige anskaffelser.

3. Lokalene må være klare til innflytting innen 30.11.2009

4. Tilbudene legges fram for politisk behandling i teknisk utvalg og formannskapet.

5. Endelig leieavtale godkjennes av Andebu formannskap

6. Påregnelige utgifter innarbeides i budsjett 2009 og økonomiplan 2009 — 2012."

(6) På bakgrunn av kommunestyrevedtaket, ble konkurranse om leie av lokaler i mars 2008 kunngjort i to lokalaviser og på innklagedes hjemmeside. Det var i konkurransen stilt krav til at lokalene måtte ligge i kommunens sentrum, innenfor et nærmere avgrenset område.

(7) Det ble innen tilbudsfristen 21. april 2008 inngitt tre tilbud på leie av lokaler. Kun ett av tilbudene ble av innklagede ansett aktuelt. Dette var fra JM Byggholt AS (heretter kalt valgte leverandør). Valgte leverandør tilbød seg å oppføre et bygg på en sentrumstomt, gnr. 16 bnr. 134, og leie ut dette til innklagede.

(8) Innklagede forhandlet med valgte leverandør angående leietilbudet, men forhandlingene førte ikke frem. Innklagedes forhandlingsutvalg ba 26. mai 2008 valgte leverandør om et kjøpstilbud, som alternativ til å leie. Forespørselen resulterte i at valgte leverandør fremsatte tilbud til innklagede om å kjøpe det planlagte NAV-bygget, for 29 millioner kroner.

(9) Saken ble behandlet i formannskapsmøte 27. og 28. mai 2008. I forbindelse med behandlingen i formannskapet, innhentet innklagede uttalelse fra advokatfirma Tenden & Co, datert 28. mai 2008, som ble delt ut til formannskapets medlemmer. Det ble også delt ut kopi av en utredning gjort av advokatfirma Hjort for valgte leverandør, datert 28. mai 2008.

(10) Fra uttalelse fra advokatfirma Tenden & Co hitsettes om vurdering av enerettsunntaket i forskriften § 2-1 annet ledd bokstav a:

"[...] Hvor rettighetsforhold til den omkringliggende grunn i sin helhet gjør det klart at kun en eiendomsutvikler er i stand til å imøtekomme kommunens krav til geografisk

nærhet til det eksisterende anlegget, må dette etter det vi kan se likestilles med "teknisk grunn" i forskriftens forstand. Spørsmålet kan imidlertid neppe anses rettslig avklart.

Vår konklusjon vil derfor være at anskaffelsen i dette tilfelle omfattes av unntaket. Jeg legger da avgjørende vekt på opplysningen om at kommunen også har undersøkt med andre aktuelle tomteeiere, men at det er uaktuelt med tilsvarende avtaleforhold med andre grunneiere i området, idet ingen av disse vil kunne tilfredsstille de krav kommunen i dette tilfelle stiller. Forøvrig må det også tillegges vekt at det allerede er avholdt konkurranse vedrørende leie, og at denne konkurransen også viser at det ikke er andre aktuelle tilbydere."

- (11) I referatet fra kommunestyrets sak 081/08 fremkommer følgende om behandlingen i formannskapet 28. mai 2008:

"Med bakgrunn i foreliggende uttalelser fra advokatfirmaene, meddelte rådmannen i formannskapets møte 28.05.08:

- Det kan argumenteres for at inngåelse av kontrakt basert på foreliggende kjøpstilbud ikke vil være i strid med regelverket vedrørende offentlige anskaffelser.*
- Det er risiko for at kommunen kan bli innklaget til KOFA for ulovlig direkte anskaffelse.*
- Evt. sak vil virke negativt på kommunens omdømme.*
- Evt. tapt sak vil i tillegg til omdømmesvekkelse kunne påføre kommunen store økonomiske utgifter.*
- Som følge av at NAV-Vestfold muntlig har tilkjennegitt at NAV-Andebu midlertidig kan etableres og bli i Sentrumsbygget utover 01.01.2010, er konsekvensene ved ny utlysning ikke spesielt store.*
- Ved vurdering om lovligheten av inngåelse av kontrakt uten ny utlysning, vil det være vesentlig om det finnes andre plasseringsalternativer enn jordet på østsiden av Kodalveien.*
- Kommunestyrets vedtak innebærer plassering på østsiden av Kodalveien. Det er et politisk spørsmål om andre plasseringsalternativer er aktuelle.*

Basert på en helhetsvurdering fremmet rådmannen slik innstilling:

- 1. Konkurranse om leie av lokaler avlyses. Det inngås ikke leiekontrakt med JM Byggholt AS*
- 2. Som en kortsiktig løsning for en tidsbegrenset periode, etableres NAV-kontor i Andebu i tilknytning til NAV-kontorets nåværende lokaler i Sentrumsbygget.*

Gjenstående del av virksomhet Familie og sosial og biblioteket blir i samme tidsbegrensede periode, værende i nåværende lokaler.

- 3. Alternative langsiktige løsninger utredes i egen sak som framlegges for kommunestyret etter sommerferien 2008.*

Den løsning som kommunestyret vedtar, legges til grunn for utlysning av ny konkurranse om Bygge- og anleggskontrakt.

Viggo Holmen (H) fremmet slikt forslag til nytt punkt 2 som alternativ til rådmannens punkt 2 og 3 i rådmannens innstilling:

Det inngås kjøpsavtale med JM Byggholt AS basert på foreliggende tilbud.

Votering:

Punkt 1 i rådmannens innstilling ble enstemmig vedtatt.

Viggo Holmens forslag til punkt 2 ble vedtatt med 5 (Ap, H, Krf, SV og V) mot 2 stemmer (Frp og Sp) som ble avgitt for rådmannens innstilling.

Formannskapetets vedtak:

1. Konkurransen om leie av lokaler avlyses. Det inngås ikke leieavtale med JM Byggholt AS.

2. Det inngås kjøpsavtale med JM Byggholt AS basert på foreliggende ”

(12) I kommunestyrets møte 17. juni 2008, sak 081/08, ble det fattet slikt vedtak:

”1. Konkurransen om leie av lokaler avlyses. Det inngås ikke leiekontrakt med Byggholt.

2. Det inngås kjøpsavtale med JM Byggholt NS basert på foreliggende tilbud”.

3. Det anbefales at finansieringen ved kjøp dekkes ved låneopptak og at husleieinntektene benyttes til å dekke økte rente- og avdragsutgifter. Dette begrunnes med utviklingen som belyses i alt. 1 og 2, samt modell for framtidig verdi. Avviket mellom rente- og avdragsutgiftene minus husleieinntekter må dekkes ved andre utgiftsreducerende tiltak eller økte inntekter.”

(13) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 25. juni 2008. Fra kontrakten hitsettes:

”Avtaledokument

Basert på:

NS 3438 Formular for entreprenørens sikkerhetsstillelse i utførelsestiden og i reklamasjonstiden.

NS 3431 Almennelike kontraktsbestemmelser om utførelse av totalentreprise.

*Mellom **Andebu kommune** som byggherre*

[...]

*og **JM Byggholt AS** som entreprenør*

er det inngått følgende avtale:

1. Kontraktsarbeidet (NS 3431 PUNKT 2.11)

Entreprenøren påtar seg å levere kontraktsarbeidet:

Nytt bygg for familie og sosial, bibliotek, lensmann og NAV Andebu

Bestående av:

1 stk kontorbygg i tre etasjer på kommunens feste tomt på parsell utskilt fra g/bnr. 16/134 øst for Kodalveien i Andebu sentrum.

[...]

2. Kontraktssummen (NS 3431 PUNKT 2.10)

Kontraktsarbeidene skal leveres for:

<i>Byggearbeider kr</i>	<i>29.000.000,-</i>
<i>Merverdiavgift 25% kr</i>	<i>7.250.000,-</i>
<i>Kontraktssum kr</i>	<i>36.250.000,-</i>
<i>[...]"</i>	

- (14) I kartgrunnlag over Andebu sentrum, fremlagt av innklagede, er NAV-bygget tegnet inn på gnr. 16 bnr. 134.

Om råderetten til gnr. 16 bnr. 134

- (15) Karin Dahl Myhre og Sigbjørn Myhre (heretter kalt grunneierne) er grunneiere av en rekke tomter i Andebu sentrum, herunder alle de tomter som vedkommer denne sak. Sigbjørn Myhre er ansatt som regionsdirektør hos valgte leverandør.
- (16) Ved avtale datert 25. februar 1988 mellom grunneierne og innklagede, festet innklagede deler av tomt gnr. 16 bnr. 7 i 99 år, regnet fra 1. januar 1988 av grunneierne. Avtalen er dagbokført 29. februar 1988. Det er fra den festede del av tomt gnr. 16, bnr 7, at gnr. 16 bnr. 134 i etterkant ble utskilt, der NAV-bygget siden er oppført.
- (17) Grunneierne og innklagede inngikk 10. mars 2005 en avtale vedrørende gnr. 16 bnr. 134. Fra avtalen hitsettes:

"Opsjonsavtale for eiendommen gnr.16 bnr.134 i Andebu kommune — regulert til næringsvirksomhet.

Mellom Karin Dahl Myhre, Sigbjørn Myhre og Andebu kommune er det inngått følgende avtale:

- 1. Karin D. og Sigbjørn Myhre gis opsjon/fortrinnsrett til en tomt på ca. 8da mellom Andebu Varesenter og Klokkerveien, som er regulert til forretninger, kontorer og lignende. Tomta er vist på vedlagte kartutsnitt i målestokk 1:2000.*
- 2. Tomta eies av Karin D. og Sigbjørn Myhre men kommunen har en utbyggingsavtale med grunneierne dat. 25.02.88 som gir kommunen festerett til tomta. Ved en mulig utbygging av området finner partene det naturlig at nevnte utbyggingsavtale blir revurdert."*

[...]

- (18) Innklagede ved Teknisk utvalg fattet 31. januar 2006 vedtak om at grunneierne fikk forlenget sin opsjon på gnr. 16 bnr. 134, frem til 1. juli 2006.
- (19) Grunneierne og innklagede inngikk 19. november 2006 ny avtale vedrørende gnr. 16 bnr. 134. Fra avtalen hitsettes:

"Avtale vedrørende utbygging av eiendommen gnr.16 bnr.134 i Andebu

Det vises til utbyggingsavtale av 25.02.1988 og opsjonsavtale av 09.03/10.03.05 med vedtak i teknisk utvalg og kommunestyre.

Mellom Karin D. Myhre, Sigbjørn Myhre og Andebu kommune er det inngått slik avtale:

- 3. Fra eiendommen gbnr.16/134 fradeles en parsell til Barlindkollen AS. Parsellen framgår av kartutsnitt (1:500) dat.10.11.2006. Som tillegg til parsellen følger avmerket trekant på 295m² som kommunen har festet siden 1992, jfr. tillegg til festekontrakt fra gbnr.16/7 av 18.08.1992. Det forutsettes at det anskaffes ny plass til glasscontainere i området som erstatning for dagens plassering på nevnte trekant.*
- 4. Karin og Sigbjørn Myhre vil på grunnlag av sin godkjente situasjonsplan av 01.09.06, fortsatt ha opsjon på det resterende areal av eiendommen gbnr.16/134. Kommunen vil likevel ha rett til å sikre seg hele eller deler av det gjenværende areal til utbygging i privat eller kommunal regi etter bestemmelsene i punkt 3.*
- 5. Andebu kommune har rett til å varsle Karin og Sigbjørn Myhre om at de vurderer å feste bort arealet til bygg 2 og bygg 3 til annen interessent. Dette varslat må være begrunnet i passivitet fra Karin og Sigbjørn Myhres side, sett i lys av markedsutsikter og byggekostnader. Andebu kommune skal i så tilfelle gi et rimelig varsel på minimum 6 måneder før kommunen eventuelt kan feste bort til andre. Andebu kommune kan først benytte seg av denne retten etter 5 år fra dags dato for bygg 2 og ytterligere 5 år for bygg 3, jfr. godkjent situasjonsplan. Hvis slikt varsel uteblir fortsetter denne avtale.*
- 6. Hvis retten etter punkt 3 blir benyttet, er Andebu kommune på vegne av den aktuelle nye utbygger ansvarlig for å dekke andelsmessig kostnad av forprosjekt til den samlede situasjonsplanen og de kostnader til infrastruktur som er forskuttert i forbindelse med bygg 1. Dette gjelder ikke ledningsanlegg nevnt i punkt 6 etter at dette er overtatt av kommunen. Andebu kommune vil ut over dette forholde seg til den opprinnelige utbyggingsavtale for utparsellering av enkelttomter av 25.02.1988.*
- 7. Grunneier stiller seg positiv til en nærmere avtale med kommunen om oppføring av bygg 2 og/eller bygg 3 til offentlig formål. Grunneier stiller seg også positiv til et mulig ønske fra kommunen om tomt og utbygging i egen regi på det arealet som i kommuneplanens arealdel er foreslått som utvidelse av eksisterende sentrumsområde, etter nærmere avtale og utarbeidelse av reguleringsplan.*

[...]"

- (20) Innklagede har i sitt prosesskriv 8. mars 2010 opplyst at grunneierne senere har overført sine rettigheter etter avtalen av 19. november 2006 til valgte leverandør.
- (21) Innklagede har fremlagt festekontrakter gjeldende gnr. 16 bnr. 134. Den første, datert 16. desember 2008, opplyser at grunneierne fester bort tomten til innklagede i 99 år, regnet fra 1. januar 1988. Avtalen er dagbokført 19. januar 2009.
- (22) I den andre, datert 10. og 16. desember 2008, opplyses det at innklagede fremfester bort tomten til valgte leverandør i 99 år regnet fra dato 1. januar 1988. Også denne er dagbokført 19. januar 2009.
- (23) Klagenemnda sendte 30. april 2010 forhåndsvarsel om illeggelse av gebyr pålydende 2,6 millioner kroner, noe som utgjør cirka 9 prosent av kontraktens verdi. Innklagede ble gitt frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda

mottok kommentarer ved innklagedes e-post 25. mai 2010. Det er nærmere redegjort for disse kommentarene under innklagedes anførsler.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (24) Klager anfører at tildeling av kontrakt til valgte leverandør om oppføring av NAV-bygg utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

- (25) Innklagede bestrider at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (26) Innklagede anfører at det var valgte leverandør som hadde råderetten over den aktuelle tomten, gnr. 16 bnr. 134, på tidspunktet for anskaffelsen.
- (27) Innklagede viser til at kommunen fikk festeråderett over den aktuelle tomten ved avtale med grunneier 25. februar 1988. Formålet med avtalen var at kommunen ville sikre seg kontroll over utviklingen av området, ved å kunne fremfeste areal til interesserte eiendomsutviklere eller til utbygging i egenregi.
- (28) Innklagede anfører imidlertid at råderetten over tomten ble tilbakeført grunneierne ved avtale av 10. mars 2005 betegnet "*Opsjonsavtale for eiendommen gnr.16 bnr.134 i Andebu kommune — regulert til næringsvirksomhet.*" Innklagede viser til avtalens punkt 1 og 6, som gir grunneierne opsjon/fortrinnsrett til utbygging av et areal som utgjør 8 daa, på bestemte vilkår.
- (29) Innklagede viser videre til at innklagede og grunneierne 19. november 2006 inngikk en ny avtale betegnet "*Avtale vedrørende utbygging av eiendommen gnr.16 bnr.134 i Andebu*", som var forankret i avtalene fra 1988 og 2005. Det vises til at det følger av denne avtalens punkt 2 at grunneier fortsatt har opsjon på det resterende areal av tomten etter at en parsell er utskilt. Det er på dette resterende areal at NAV-bygget i ettertid er oppført.
- (30) Innklagede anfører at grunneierne har overdratt sine rettigheter etter 2006-avtalen til valgte leverandør. Innklagede anfører at valgte leverandør med dette fikk råderett over tomten.
- (31) Innklagede anfører at den fremlagte festeavtale mellom grunneierne og innklagede, og fremfesteavtalen mellom innklagede og valgte leverandør, kun er en ren formalisering av de underliggende avtalerettslige forhold som forelå forut for avtale 25. juni 2008 om oppføring av NAV-bygget. Det er avtalepartenes forståelse som skal legges til grunn ved tolking av avtalene. For disse var det klart at råderetten over tomten var overført fra innklagede, og således ikke grunnlag for å stille spørsmål ved dette.
- (32) Innklagede viser til at kommunestyret tidligere hadde fattet vedtak om at kommunens arealer på vestsiden av Kodalsveien ikke skulle disponeres til bygg for NAV-kontor m.m., men ligge i reserve til fremtidige offentlige formål. Da kommunestyret hadde valgt å ikke benytte egen grunn til formålet, forelå det ikke andre alternativer i kommunens sentrum enn gnr. 16 bnr 134.
- (33) Innklagede anfører at når det kun var én aktuell tomt for oppføringen av NAV-bygget, nemlig gnr. 16 bnr. 134, var det lovlig å foreta en direkte anskaffelse av bygge- og anleggsarbeidet hos valgte leverandør, ettersom de hadde råderett over tomten, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 annet ledd bokstav a.

- (34) Bestemmelsens ordlyd, om at markedssituasjonen må ha sin årsak i *"for eksempel"* tekniske eller kunstneriske grunner eller for å beskytte en enerett, taler for at det ikke er en uttømmende oppstilling av tilfeller. I denne saken er krav til sentral beliggenhet i kommunens sentrum, sett sammen med eiendomsforholdene i kommunen, årsaken til manglende konkurranse. De samme hensyn som ligger bak at erverv av fast eiendom er unntatt forskriften, gjør seg gjeldende i denne sak.
- (35) Innklagede anfører at det ble foretatt en forsvarlig vurdering av hvor NAV-bygget kunne ligge, innenfor det begrensede området det var aktuelt å ha slike kontorer. Innklagede konkluderte med at det ikke fantes andre aktuelle tomter eller bygg.

Subsidiært – formildende omstendigheter

- (36) Dersom klagenemnda likevel kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, anfører innklagede subsidiært at skyldkravet for å ilegge gebyr ikke er oppfylt. Innklagede viser til at de gjennomførte en konkurranse om leie av lokaler. Når denne konkurransen likevel ikke førte frem, stod innklagede uten tilbud.
- (37) Innklagede viser til at de rådførte seg med advokat for å få vurdert lovligheten av den videre fremgangsmåte. Den mest parallelle saken til denne som klagenemnda tidligere har behandlet, klagenemnda sak 2009/1, ble avsagt etter at kontrakt ble inngått i denne sak. Rettstilstanden var således fortsatt uavklart på tidspunktet for kommunens vurdering av enerettsunntaket og kontraktsinngåelse.
- (38) Kommunens rådgiver, advokatfirmaet Tenden & Co ANS, konkluderte med at fremgangsmåten var lovlig, fordi vilkårene i forskriften § 2-1 annet ledd bokstav a var oppfylt. Det vises videre til at også advokatfirmaet Hjort DA konkluderte med at mye talte for at den planlagte fremgangsmåte ikke var i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede anfører at de prøvde å følge regelverket for offentlige anskaffelser, og at det derfor ikke foreligger grov uaktsomhet eller forsett.
- (39) Innklagede anfører videre at preventive hensyn tilsier at gebyr uansett ikke bør ilegges, eventuelt at gebyret settes lavt. Innklagede viser til at det var avholdt konkurranse i forkant vedrørende leie av lokaler. Selv om leie av lokaler og kjøp av fast eiendom er kontrakter av ulik karakter, avdekket forutgående konkurranse at det aktuelle markedet ikke kunne tilby lokaler i henhold til kommunes fastsatte krav.
- (40) Innklagede viser videre til at det rettslige spørsmålet i saken dreier seg om et vanskelig tolkingsspørsmål vedrørende omfanget av unntaksreglene. Måten kommunen har håndtert saken på, viser at kommunen har høy intern bevissthet på eksistensen og etterlevelsen av anskaffelsesregelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (41) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klagen er rettidig.

Om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (42) I lov om offentlige anskaffelser § 7b første ledd er en ulovlig direkte anskaffelse definert som *"en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*.
- (43) Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser *"får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter om levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og*

anleggsarbeider", jf. § 1-3 første ledd. Unntak fra dette er fastsatt i samme paragraf andre og tredje ledd.

- (44) Det følger av § 1-3 annet ledd bokstav b at forskriften ikke kommer til anvendelse på *"kontrakter om erverv eller leie [...] av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom."* Klagenemnda har i sak 2009/1 premiss (57) utalt at dette *"ikke prinsipielt er begrenset til erverv av bygninger som eksisterer på avtaletidspunktet."*
- (45) Kontrakten 25. juni 2008 er en ren entreprisekontrakt. Den viser innledningsvis til to standardkontrakter i entrepriseforhold, NS 3438 og NS 3431. Videre omtaler kontrakten innklagede som *"byggherre"* og valgte leverandør som *"entreprenør"*. Kontraktens gjenstand er beskrevet som *"Nytt bygg for familie og sosial, bibliotek, lensmann og NAV Andebu"*. Kontraktens øvrige punkter regulerer forskjellige forhold mellom byggherre og entreprenør. Alle kontraktens punkter viser til tilsvarende bestemmelser i NS 3438 og NS 3431. Ingen steder i kontrakten er det tale om erverv av fast eiendom, eller referanse til andre dokumenter som kan omhandle dette.
- (46) Kontrakten blir etter dette å anse som en bygge- og anleggskontrakt. Kontraktens verdi er 29 millioner kroner, og følger da lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlig anskaffelser del I og II, jf. forskriften § 2-1 annet ledd, jf. § 2-2 første ledd. Plikten til å kunngjøre slike kontrakter følger av § 9-1.
- (47) Innklagede anfører at det var valgte leverandør som hadde råderett over tomten på tidspunktet for kontraktsinngåelse, og at anskaffelsen derfor ikke var kunngjøringspliktig på grunn av unntaket i forskriften § 2-1 annet ledd bokstav a
- (48) Det første spørsmålet er på denne bakgrunn hvorvidt det var innklagede selv, eller valgte leverandør, som hadde råderetten over tomten på tidspunktet for kontraktsinngåelse. Dersom det var innklagede som hadde råderett til tomten på tidspunktet for kontraktsinngåelse er det opplagt at unntaket i § 2-1 annet ledd bokstav a ikke kommer til anvendelse. Det ville i så fall vært tale om en regulær bygge- og anleggsanskaffelse på egen tomt.
- (49) Ut fra sakens faktum, og forholdene som skal behandles i det følgende, finner klagenemnda det ikke nødvendig å ta stilling til dette.
- (50) Dersom det forutsettes at det var valgte leverandør som, på tidspunktet for kontraktsinngåelse 25. juni 2008, hadde råderetten over tomten, gjenstår fremdeles spørsmålet om unntaket i forskriften § 2-1 annet ledd bokstav a kommer til anvendelse. Bestemmelsen er et unntak for anskaffelser som i utgangspunktet følger forskriften del I og II. I følge § 2-1 annet ledd bokstav a gjelder kun forskriften del I, og dermed ikke kunngjøringsplikten, dersom:
- "anskaffelsen bare [kan] foretas hos én leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv."*
- (51) Bestemmelsen er noe åpnere enn den tilsvarende bestemmelsen over EØS-terskelverdiene, jf forskriften § 14-4 bokstav c, som igjen er basert på EU-direktivene, da denne ikke inneholder angivelsen *"for eksempel"*. Ordlyden i forskriften § 14-4 bokstav c er: *"Oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring [...] dersom ytelsen av tekniske eller kunstneriske grunner eller for å beskytte en enerett, bare kan presteres av en bestemt leverandør."*
- (52) Hensynet bak unntakene er at det er unødvendig å avholde en konkurranse, når det uansett kun er én mulig leverandør som kan inngi tilbud.

- (53) Om direktivbestemmelsen som motsvarer forskriften § 14-4 bokstav c, har EU-domstolen uttalt at unntaksbestemmelser i EU-direktivet skal tolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene er oppfylte, jf. klagenemndas sak 2008/56 premiss (23) med videre henvisning og EU-domstolens sak C-337/05 premiss 57 – 58 med videre henvisning.
- (54) EU-domstolen har i samme sak, C-337/05, også uttalt at unntakene fra kunngjøringsplikten skal tolkes innskrenkende, jf. premiss 57. Dette, sammenholdt med loven § 5 om at anskaffelser *”så langt det er mulig [skal] være basert på konkurranse”* taler for å tolke forskriften § 2-1 annet ledd bokstav a innskrenkende, eller i hvert fall ikke utvidende. Det er riktig, som påpekt av innklagede, at når det står *”for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker”* viser dette at opplistingen ikke er uttømmende. Andre alternativer må imidlertid ha en viss tilknytning til de opplistede eksemplene som er *”... tekniske eller kunstneriske årsaker”*.
- (55) Om kjernen i enerettsunntaket i § 2-1 annet ledd bokstav a står det i Fornynings- og administrasjonsdepartementets *”Veileder til reglene om offentlige anskaffelser”* 2006, side 82 flg:
- ”Med enerett siktes det typisk til immaterielle rettigheter som patenter, varemerker, mønsterbeskyttelse mv. Det er antatt at det ikke er tilstrekkelig at leverandøren har enerett i juridisk forstand, det kreves også at det faktisk ikke er andre leverandører som kan tilby ytelsen. Unntaket gjelder ikke dersom den som har enerett har gitt andre lisens til å tilby ytelsen, siden det da vil være flere leverandører som kan tilby ytelsen.”*
- (56) At innklagede kun kan anskaffe bygg- og anleggsarbeidene hos valgte leverandør fordi det er valgte leverandør som har råderetten over eiendommen, er ikke et tilfelle som ligger i kjernen av ordlyden av bestemmelsen. Det må i så fall foreligge særlig sterke grunner for at kun denne ene tomten kan benyttes, og at andre muligheter er undersøkt og uttømt. Det foreligger heller ikke EU-domstolspraksis eller nasjonal domstolspraksis som har åpnet for at unntaket kan benyttes i slike tilfeller.
- (57) I sak 2009/1 premiss (68) uttalte nemnda om en tilsvarende situasjon:
- ”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.”*
- (58) I foreliggende sak ble det innledningsvis gjennomført et forprosjekt der fem alternative løsninger for NAV-kontor ble vurdert. Kommunestyret bestemte i første omgang, ved vedtak 12. februar 2008, at *”Det leies lokaler til NAV-kontor, lensmann, familiesenter og bibliotek i Andebu Sentrum”*. Når slik leieavtale ikke kom i stand, oppstod spørsmålet om å kjøpe lokaler i stedet for å leie. I den forbindelse meddelte kommunens rådmann i

formannskapsmøte 28. mai 2008: *"Kommunestyrets vedtak innebærer plassering på østsiden av Kodalveien. Det er et politisk spørsmål om andre plasseringsalternativer er aktuelle."*

(59) Rådmannen fremmet slik innstilling:

"1. Konkurransen om leie av lokaler avlyses. Det inngås ikke leiekontrakt med JM Byggholt AS

2. Som en kortsiktig løsning for en tidsbegrenset periode, etableres NAV-kontor i Andebu i tilknytning til NAV-kontorets nåværende lokaler i Sentrumsbygget.

Gjenværende del av virksomhet Familie og sosial og biblioteket blir i samme tidsbegrensede periode, værende i nåværende lokaler.

3. Alternative langsiktige løsninger utredes i egen sak som framlegges for kommunestyret etter sommerferien 2008.

Den løsning som kommunestyret vedtar, legges til grunn for utlysning av ny konkurranse om Bygge- og anleggskontrakt."

(60) På tross av rådmannens innstilling, besluttet kommunestyret 17. juni 2008 å inngå kontrakt med valgte leverandør.

(61) Det er ikke holdepunkter i sakens faktum for å konkludere med at innklagede reelt sett ikke hadde andre muligheter for å få dekket sitt behov for NAV-kontor m.m., enn ved å velge å bygge på tomten gnr. 16 bnr. 134. I hvilken grad det faktisk kunne finnes slike muligheter ble ikke utredet, i strid med rådmannens innstilling.

(62) Klagenemnda vil bemerke at i utgangspunktet kan en oppdragsgiver ikke peke seg ut en ønsket vare, tjenesteyter eller entreprenør, og dermed argumentere for at kun denne kan levere den ønskede anskaffelsen. Oppdragsgiver må i stedet beskrive sitt behov i en kunngjøring, og derigjennom skaffe seg kjennskap til i hvilken grad markedet kan tilby en løsning som møter disse behov. Innklagede kan således ikke høres med at det ble gjort et politisk valg om ikke å benytte kommunens egen grunn, og med det i realiteten peke ut gnr. 16 bnr 134 som eneste alternativ, for deretter å påberope enerettsunntaket.

(63) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagede har dokumentert at det forelå en situasjon der innklagede kun hadde mulighet til å få dekket sitt behov for lokaler på en bestemt tomt, som innklagede ikke hadde råderett over. Innklagedes inngåelse av kontrakt med valgte leverandør 25. juni 2008 utgjør da en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

(64) Skyldkravet ved spørsmål om illeggelse av overtredelsesgebyr, er i loven § 7b første ledd forsett eller grov uaktsomhet. I lovforarbeidet Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 er dette slik kommentert:

"Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettelig 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."

(65) Spørsmålet er om innklagede, ved å unnlate å kunngjøre konkurranse om bygging av NAV-bygget, opptrådte forsettlig eller grov uaktsomt.

- (66) Innklagede hadde i forkant av kontraktsinngåelsen fått seg forelagt to juridiske vurderinger, fra henholdsvis advokatfirmaet Tenden & Co ANS og advokatfirmaet Hjord DA. Den første konkluderte med at enerettsunntaket, på gitte betingelser, ville være anvendelig. Det er imidlertid tilføyd at spørsmålet neppe kan anses rettslig avklart.
- (67) De juridiske vurderingene fra advokatfirmaene lå til grunn for rådmannens redegjørelse i formannskapsmøtet 28. mai 2008. Det følger av saksreferatet i sak 081/08 at rådmannen på dette møtet advarte mot at *"Det kan argumenteres for at inngåelse av kontrakt basert på foreliggende kjøpstilbud ikke vil være i strid med regelverket vedrørende offentlige anskaffelser"* og *"Det er risiko for at kommunen kan bli innklaget til KOFA for ulovlig direkte anskaffelse"*.
- (68) På tross av rådmannens advarsel om at dette muligens utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse, valgte innklagede å inngå kontrakt med valgte leverandør. Innklagede tok da en bevisst risiko, hvilket trekker i retning av at de har handlet forsettlig.
- (69) Videre må det bemerkes at innklagede ikke synes å ha undersøkt hvorvidt det var mulig å sikre disposisjon over tomten for kommunen, slik at en konkurranse kunne gjennomføres.
- (70) Samlet må innklagedes handlinger i forbindelse med kontraktsinngåelsen anses for å oppfylle skyldkravet etter loven § 7b.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (71) Av loven § 7b første ledd fremgår det at oppdragsgiver *"kan"* ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, *"forsettlig eller grovt uaktsomt"* foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det særlig skal legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*.
- (72) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *"for å sikre større etterlevelse av regelverket"*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas saker 2008/221 premiss (38) og 2009/8 premiss (21).
- (73) I klagenemndas sak 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å illegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:
- "Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre konkurranse og mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser."*
- (74) I denne saken er det tale om en bygg- og anleggsanskaffelse av betydelig verdi, 29 millioner kroner. I slike tilfeller bør offentlige oppdragsgivere være særskilt aktsomme med hensyn til det faktiske og rettslige grunnlag de bygger sine vurderinger på. Hensynet til konkurranse er mer tungtveiende desto større verdien av anskaffelsen er.

- (75) Det må videre understrekes at innklagede tok en bevisst risiko da kommunen valgte å inngå kontrakt, på tross av advarsler fra rådmannen om at dette muligens var i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.
- (76) Klagenemnda er etter en helhetsvurdering kommet til at det skal ilegges gebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (77) Ved avgjørelsen av gebyrets størrelse skal det, i likhet med ved spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*, jf. loven § 7b andre ledd. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. lovens § 7b andre ledd.
- (78) Ved utmåling av gebyrets størrelse er det naturlig å ta utgangspunkt i klagenemndas sak 2009/1, som har klarer paralleller til denne sak. I den saken ble gebyret satt til 1 750 000 kroner, hvilket utgjorde ca 7,8 % av kontraktssummen på 22 408 000 kroner. I denne saken er kontraktssummen omtrent 6,5 millioner kroner høyere, hvilket isolert sett tilsier et høyere gebyrnivå.
- (79) Etter klagenemndas syn er imidlertid forholdet i denne sak mindre graverende enn hva forholdet var i sak nr. 2009/1. Det vises til at det i den saken ikke var gjort forundersøkelse av andre aktuelle tomter, og at oppdragsgiver også erkjente at det fantes alternative tomter å bygge på. Oppdragsgiver hadde dessuten mottatt tilbud fra en annen leverandør.
- (80) Foreliggende sak reiser mer kompliserte spørsmål vedrørende rekkevidden av enerettsunntaket i forskriften § 2-1 annet ledd bokstav a. Selv om innklagede har søkt å avklare dette, har nemnda over kommet til både at skyldkravet er oppfylt, og at gebyr skal ilegges. Likevel har innklagedes handlinger i denne sak vært mer aktsomme enn hva som var tilfellet for oppdragsgiver i sak 2009/1. Dette taler for en noe lavere gebyrsats i denne sak.
- (81) På den annen side har klagenemnda siden sak 2009/1 skjerpet gebyrsatsene. I klagenemndas sak 2009/120 premiss (36) uttalte nemnda følgende om gebyrets størrelse:

"Siden klagenemnda 1. januar 2007 fikk myndighet til å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser, er det ilagt overtredelsesgebyr i elleve saker. I den første saken, 2007/19, la klagenemnda i formildende retning vekt på at ordningen med overtredelsesgebyr var ny. I sak 2008/5 og 2008/56 uttalte nemnda at reglene om overtredelsesgebyr nå måtte forutsettes kjent blant oppdragsgiverne. Siden disse sakene, som ble avgjort i juni og oktober 2008, er det ikke blitt færre saker om ulovlige direkte anskaffelser. Både antall saker som klages inn for KOFA, og generell medieomtale viser at ulovlige direkte anskaffelser foretas i et ikke ubetydelig omfang. De preventive hensyn bak overtredelsesgebyrene synes dermed ikke fullt ut å ha hatt ønsket effekt. På denne bakgrunn finner klagenemnda at gebyrpraksis bør skjerpes, og at satsene gradvis bør bli høyere. De høyeste prosentsatsene, opp mot 15 prosent, bør likevel reserveres for særlig grove tilfeller, der de skjerpende omstendigheter er iøynefallende, og det ikke foreligger formildende omstendigheter."

- (82) I den foreliggende sak har kontrakten en nettoverdi på 29 millioner kroner. Å bli tildelt en bygge- og anleggskontrakt av et slikt omfang er et stort konkurransefortrinn for

valgte leverandør, da det utvilsomt er andre entreprenører som ville deltatt i en konkurranse om kontrakten.

- (83) Innklagede anfører som et formildende moment at det ble avholdt en konkurranse om leie av lokaler. I utgangspunktet kan dette være et formildende element. I foreliggende sak var det imidlertid kunngjort en konkurranse om leie av lokaler, der det var stillet krav om sentral plassering i kommunen, noe som vanskelig kan anses som signal om at oppdragsgiver potensielt ville inngå kontrakt om en bygge- og anleggsanskaffelse. Andre entreprenørselskaper fikk ved en slik konkurranse ingen oppfordring til å inngi tilbud om bygge- og anleggskontrakt, og ble heller ikke på annen måte gjort oppmerksom på at en bygge- og anleggskontrakt ville bli inngått.
- (84) Innklagede anfører videre som et formildende moment at det ble innhentet juridiske vurderinger vedrørende problemstillingen, hvilket viser at kommunen søkte å overholde reglene om offentlige anskaffelser. Klagenemnda er enig i at dette, isolert sett, kan tale i retning av et noe lavere gebyr. De juridiske vurderingene var imidlertid ikke klare i sine konklusjoner. Klagenemnda viser videre til at rådmannen på bakgrunn av disse juridiske vurderingene presiserte for kommunestyret at det stadig var knyttet usikkerhet til hvorvidt kontraktsinngåelsen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.
- (85) Ved utmålingen av gebyret skal kontraktssummen eksklusiv merverdiavgift, 29 millioner kroner, legges til grunn. Klagenemnda har ut fra ovenstående etter en samlet vurdering kommet til at gebyret bør settes til 2,4 millioner kroner. Dette utgjør cirka 8,3 prosent av kontraktens verdi.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

"Andebu kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 2,4 millioner kroner kroner – tomillionerfirehundretusen – kroner.

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

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b femte ledd.

Oslo, 14. juni 2010

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,



Morten Goller