



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede inngikk kontrakt om bygging av ny gang- og sykkelsti. Asfaltarbeidene knyttet til denne gang- og sykkelstiene ble utført som et endringsarbeid til en gjeldende asfaltkontrakt, mens det resterende arbeidet ble utført som endringsarbeider til en eksisterende drifts- og vedlikeholdskontrakt. Klagenemnda fant at det var i tråd med regelverket og den inngåtte asfaltkontrakten og utføre asfalteringen av gang og sykkelstien som et endringsarbeid til asfaltkontrakten. Når det gjaldt det resterende arbeidet fant klagenemnda at dette ikke kunne utføres som et endringsarbeid til gjeldende drifts- og vedlikeholdskontrakt. Basert på kontraktens verdi skulle kontrakten om bygging av ny gang- og sykkelsti vært kunngjort. Klagenemnda ila et gebyr på 10 % av kontraktenes verdi, dette utgjorde 230 000 kroner.

Klagenemndas gebyrvedtak 18. november 2013 i sak 2011/349

Klager: AS Forskaling

Innklaget: Rogaland Fylkeskommune v/Statens Vegvesen

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Tone Kleven, Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra AS Forskaling (heretter kalt klager) mottatt 6. desember 2011. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med bygging av en ny gang- og sykkelsti på Saunes i Sauda kommune.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilægges et gebyr på 230 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Statens Vegvesen (heretter kalt innklagede) kunngjorde 8. oktober 2009 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om drift og vedlikehold av riksveger, fylkesveger og gang- og sykkelveger langs riks- og fylkesveger i flere kommuner, deriblant Sauda. Den 24. januar 2012 kunngjorde innklagede en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om asfaltarbeider i Rogaland, Hordaland og Sogn og Fjordane.
- (4) Kontrakt om drift og vedlikehold ble inngått med Risa AS 27. april 2010, og for asfaltarbeidene ble kontrakt inngått 16. april 2012 med NCC Roads.
- (5) Innklagede inngikk 19. oktober 2011 en kontrakt med selskapet Autovernmonasje AS om rekkverksarbeider i Nord-Rogaland.

- (6) I kontrakten om drift og vedlikehold med Risa AS fremgikk det i punkt A2 "Avtaledokument" følgende:

"Entreprenøren påtar seg å utføre drifts- og vedlikeholdsoppgaver knyttet til riksveger, riks-g/s-veger, fylkesveger Rogaland, fylkesveger Hordaland og fylkes- g/s-veger Rogaland med tilhørende sidearealer, utstyr og installasjoner i kommunene Vindafjord, Suldal, Sauda, Etne vest for Fjære, Hjelmeland nord for Jøsenfjorden, Odda sør for E134 og deler av Tysvær i perioden 1.9.2010 – 31.8.2015 i samsvar med sitt tilbud av 7.12.2009."

- (7) I punkt A3 fremgikk det at *"Oppdraget omfatter i hovedsak rutinemessige driftsoppgaver og mindre vedlikeholdsoppgaver på vegnettet. Oppdraget omfatter også inspeksjon og registrering, planlegging av virksomheten, beredskap mht. vinterdrift og generell trafikkavvikling, dokumentasjon, rapportering til byggherren, informasjon til publikum og håndtering av andre oppgaver som er nødvendig for drift og vedlikehold av vegnettet"*.

- (8) Av kontraktdokumentene kapittel C fremgikk det at som kontraktsbestemmelser skulle NS 3430 *"Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider"* gjelde.

- (9) Fra kontraktdokumentene kapittel D2 *"spesielle kontraktsbestemmelser"* punkt 35.1 *"Endringer (jf. kontraktsbestemmelser, kap. C pkt. 28 og pkt. 29)"* hitsettes:

"Ved mindre endringer, dvs. økning eller reduksjon i kontraktarbeidet innen +/- 15 % av årlig avtalt sum iht. G6 Tilbudsskjema (før eventuell justering pga. endret prisnivå), skal endret oppgjør normalt fastsettes lineært på basis av enhetspriser og rundsumpriser for de aktuelle arbeidene knyttet til standard inndeling av vegnettet samt aktuelle volum og mengder som berører av endringene. Justeringen skal ta utgangspunkt i og reflektere både avtalt prisnivå og omfang på de opprinnelige aktuelle drifts- og vedlikeholdsarbeidene. Justeringen skal gjelde fra samme tid som endringen innføres."

- (10) I prisskjemaet inntatt i kapittel E, som var en del av kontrakten, fremgikk det i punkt 62.1 *"Faste dekker"* følgende:

"a) omfatter drift og vedlikehold av faste dekker i asfalt, betong eller stein. Prosessen omfatter også avretting av telehiv."

Prosessen omfatter også arealer med fast dekke utenom kjørebanearealet, eksempelvis trafikkøyer, skuldre, gang- og sykkelveger, fortau, plasser og lommer."

- (11) Tilbyderne skulle i prisskjemaet føre inn tilbudte priser på ulike drift- og vedlikeholdsoppgaver og arbeider. I punkt 62.1 *"Faste dekker"* skulle tilbyderne gi en pris på en grunnpakke som skulle omfatte inspeksjon, reparasjon av mindre skader, strøing og etterfuging av steindekker. Videre var det gitt en nærmere beskrivelse på hvilken kvalitet vegdekkene skulle ha, og hvordan hull i asfaltdekker skulle lappes. I tillegg skulle tilbyderne oppgi timepriser på diverse maskiner og mannskap.

- (12) Av asfaltkontrakten som ble inngått med NCC Roads 16. april 2012 fremgikk det i konkurransegrunnlagets dokument C i punkt C1 at NS 8406:2009 *"Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt"* gjaldt som alminnelige kontraktsbestemmelser.

- (13) I konkurransegrunnlaget til anskaffelsen av asfaltarbeider var det inntatt en liste over hvilke konkrete vegstrekninger det skulle utføres arbeid på, og hvilket arbeid som skulle gjøres på de ulike vegene.
- (14) Innklagede inngikk en kontrakt med Risa AS 29. mai 2012 om flytting av fylkes veg og ny sykkelsti på Saunes i Sauda kommune. I denne kontrakten fremgikk det i punkt 1 at avtalen var utarbeidet på grunnlag av "*byggeplan, utviding av veg og gang/sykkelsti Saunes Sauda kommune*" som ble godkjent 14. mai 2012. Videre fremgikk det i punkt 6 at Risa AS skulle få betalt etter avtalte priser i funksjonskontrakt for Indre Ryfylke. Asfalteringen ble utført av NCC Roads. Innklagede har opplyst at selve rekkverksarbeidet ble utført av selskapet Autovernmontasje AS, men arbeidet ble administrert og koordinert av Risa AS og utført som en del av endringsarbeidene til drifts- og vedlikeholdskontrakten med Risa AS.
- (15) Innklagede har i brev datert 7. mars 2013 opplyst at kostnadene for arbeidet med flytting av fylkesveg og ny sykkelsti kom på totalt 2,9 millioner kroner. Av dette utgjorde gravearbeidet 2 millioner kroner (inkludert 100 000 kroner til erstatning for en mur), rekkverksarbeidet utgjorde 0,4 millioner kroner og asfalteringen 0,52 millioner kroner.
- (16) Klager brakte saken inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. desember 2011.
- (17) Ved brev av 22. oktober 2013 ble innklagede sendt forhåndsvarsel om illeggelse av gebyr. Klagenemndas varsel var basert på at arbeidet knyttet til ny gang- og sykkelvei ikke kunne utføres som et lovlig tilleggsarbeid til gjeldende drift- og vedlikeholdsavtale. Innklagede har kommentert forhåndsvarselet, og aksepterer konklusjonen. Innklagede har likevel kommentert gebyrets størrelse.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre kontrakten om bygging av ny gang- og sykkelveg på Saunes i Sauda kommune. Det var her var tale om bygging av en ny gang- og sykkelsti, ikke vedlikeholdsarbeider slik kontrakten mellom innklagede og Risa AS gjaldt.

Innklagedes anførsler:

- (19) Innklagede bestrider at det ble utført en ulovlig direkte anskaffelse ved byggingen av gang- og sykkelstien. Det vises til at grave- og rekkverksarbeidene kunne inngås i medhold av kontraktsbestemte endringsarbeider i gjeldende driftskontrakt for området, og i gjeldende asfaltavtale for området.
- (20) Etter mottak av forhåndsvarsel har innklagede aksepterer konklusjonen, men påpekt at det ved utmålingen av gebyrets størrelse må sees hen til at rekkverksarbeidet ble utført av en leverandør som innklagede har en kontrakt om rekkverksarbeider med.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Saken gjelder anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, hvor det ikke er krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a. Klagen er rettidig.

- (22) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (23) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere.
- (24) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom foreliggende sak gjelder kontrakt inngått 29. mai 2012, er det klagenemnda som skal behandle saken.
- (25) Etter loven § 7b tredje ledd bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt en klage med påstand om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (26) Innklagede ble orientert om at det i saken var påstand om ulovlig direkte anskaffelse ved klagenemndas fristavbrytende brev av 9. desember 2011, jf. loven § 7b (3). Med utgangspunkt i denne datoen, regnet to år tilbake, vil starttidspunktet for foreldelsesfristen være 9. desember 2009, jf. loven § 7b. Avtalene om bygging av gang og sykkelveg langs fylkesveg 520 i Saunes i Sauda kommune er inngått etter dette tidspunktet.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (27) Av loven § 7b, 1. ledd følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (28) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med NCC Roads og Risa AS om bygging av gang- og sykkelveg langs fylkesveg 520 i Saunes i Sauda kommune.
- (29) Det er ubestridt at arbeidet med å bygge en ny gang og sykkelveg ikke er blitt kunngjort. Det er også på det rene at bygging av ny sykkelsti på Saunes i Sauda kommune ikke direkte var omfattet av verken den gjeldende drifts- og vedlikeholdskontrakten med Risa AS, eller i asfaltkontrakten med NCC Roads. Det utførte arbeidet er et bygge- og anleggsarbeid. Verdien av anskaffelsen oversteg terskelverdien i forskriften § 2-1, og skulle derfor i utgangspunktet ha vært kunngjort.
- (30) Innklagede hevder at arbeidet ble utført som lovlig tilleggsarbeid til gjeldende asfaltavtale med NCC Roads og drifts- og vedlikeholdsavtale med Risa AS, og det kan derfor reises spørsmål ved hvorvidt dette forhold utgjør et grunnlag for unntak fra kunngjøringsplikt.
- (31) Innklagede har for det utførte asfaltarbeidet vist til bestemmelser om endrings- og tilleggsarbeider i NS 8406:2009 punkt 19.1, og basert seg på at det var adgang til å

asfaltere den aktuelle sykkelvegen i medhold av den inngåtte avtalen om asfaltering. For det utførte gravearbeidet og rekkverksarbeidet har innklagede vist til bestemmelser om endringsarbeider i NS 3430:1994 kapittel C punkt 28, og basert seg på at disse bestemmelsene ga hjemmel til grave- og rekkverksarbeidet i forbindelse med den nye sykkelvegen. Både NS 3430 og NS 8406 åpner for endringer og tillegg som kan gjennomføres som opsjon (endrings- og tilleggsarbeid) under en inngått entrepriser. Dersom et arbeid kan utføres innenfor de rammene for lovlige tilleggsarbeider som er oppstilt i en NS-kontrakt, vil det være en presumsjon for at tilleggsarbeidet må anses å inngå i den kunngjorte kontrakten, og at det således ikke er pålagt å kunngjøre tilleggsarbeidet på nytt.

- (32) Reguleringene i NS 3430 og 8406 er imidlertid ikke alene avgjørende for spørsmålet om hvilke endringer og tillegg som etter regelverket om offentlige anskaffelser kan gjennomføres innenfor rammen av en kunngjort kontrakt, jf. klagenemndas gebyrvedtak i sak 2009/232 premiss (23). En hjemmel til å inngå kontrakter om tilleggsarbeider, uten forutgående kunngjøring, følger også av forskriften § 14-4 bokstav j. Bestemmelsen gir adgang til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for utførelsen av tilleggsarbeider på fem nærmere vilkår. Innklagede har imidlertid ikke anført at denne bestemmelsen ga hjemmel til å inngå de aktuelle kontraktene. Det er for øvrig klart at bestemmelsens anvendelse for foreliggende kontrakter er utelukket allerede ved vilkår nr. 1, om at *"forhold oppdragsgiver ikke kunne forutse gjør det nødvendig å utføre tilleggstjenesten eller tilleggsarbeidet for å utføre de tjenestene som opprinnelig ble beskrevet"*.

Asfaltkontrakten

- (33) I konkurransegrunnlaget for asfaltkontrakten, som ble kunngjort 24. januar 2012, var det inntatt en liste over hvilke konkrete vegstreknings det skulle utføres arbeid på, og hvilket arbeid som skulle gjøres. Det er på det rene at den aktuelle gang- og sykkelvegen i Saunes i Sauda kommune ikke var omfattet av denne kontrakten.
- (34) I NS 8406:2009, som skulle gjelde for asfaltkontrakten, fremkommer det i punkt 19.1 *"retten til å pålegge entreprenøren endringer"* at:

"Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer.

En endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå."

En endring må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeid. Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge entreprenøren endringer ut over 15 % netto tillegg til kontraktssummen."

- (35) Bestemmelsen i NS 8406:2009 punkt 19.1 åpner altså for at byggherren kan pålegge entreprenøren tilleggsarbeider, så lenge disse står i sammenheng med det kontrakten omfatter og ikke er av en vesentlig annen art enn det den opprinnelige kontrakten gjelder. Asfaltkontrakten inngått med NCC Roads AS omfattet asfaltarbeider på en rekke veger i kommunene Vindafjord, Hjelmeland, Suldal og Sauda, og må antas å ha som formål å dekke oppdragsgivers behov for asfaltering i det aktuelle området. Det

arbeidet NCC Roads utførte på gang- og sykkelvegen var å asfaltere vegen. Dette er arbeid av samme art som det arbeidet som inngikk i asfaltkontrakten.

- (36) Ved vurderingen av om et arbeid kan utføres som et lovlig tilleggsarbeid til en inngått kontrakt ligger det noen geografiske begrensninger. Dersom tilleggsarbeidet utføres et annet sted enn den kunngjorte konkurransen, tilsier dette at det er tale om en ny anskaffelse, som skulle vært kunngjort, jf. i denne retning sak 2009/232. Asfalteringsarbeidet som skulle utføres i forbindelse med byggingen av ny gang- og sykkelveg skulle utføres på en annen vegstrekning enn de vegstrekningene som inngikk i den kunngjorte kontrakten om asfaltarbeider. Asfalteringsarbeidene skulle imidlertid utføres i samme område som arbeidene som var omfattet av asfaltkontrakten. Ettersom den kunngjorte kontrakten gjaldt en rekke asfaltarbeider i området, og må antas å skulle dekke oppdragsgivers behov for asfaltarbeider i dette området, kan ikke den geografiske avstanden utelukke at asfalteringen av gang- og sykkelvegen kunne utføres som et tilleggsarbeid. Asfalteringen av gang- og sykkelvegen stod dermed i nær sammenheng med den inngåtte asfaltkontrakten, og var dermed innenfor hvilke arbeider som lovlig kunne utføres som tilleggsarbeider til den kunngjorte asfaltkontrakten.
- (37) Den inngåtte kontrakten var på vel 11 millioner kroner, mens asfalteringsarbeidet på gang og sykkelvegen er opplyst å være på rundt 520 000 kroner. Arbeidene med å asfaltere gang- og sykkelvegen utgjorde altså ca. 4,7 % av verdien på den inngåtte kontrakten om asfaltarbeider, og var dermed innenfor grensen for lovlige tilleggsarbeider i kontraktsbestemmelsene. Asfalteringsarbeidene på den nye vegen faller på dette grunnlag innenfor rammen av tillatte endringsarbeider i den kunngjorte kontrakten som var basert på NS 8406:2009. Muligheten for at oppdrag som de aktuelle asfaltarbeidene ville omfattes av kontrakten i form av ordinære endringsbestillinger til denne, var dermed synlig for tilbyderne i den kunngjorte konkurransen.
- (38) Det foreligger ikke andre holdepunkter for at inkluderingen av sykkelvegen utgjorde en vesentlig endring av kontrakten. Klagenemnda er på dette grunnlag kommet til at asfaltarbeidene kunne utføres som et lovlig tilleggsarbeid til den kunngjorte kontrakten om asfaltarbeider.

Drift- og vedlikeholdskontrakten

- (39) Det fremgikk klart av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget at konkurransen innklagede kunngjorde 8. oktober 2009 gjaldt drift og vedlikehold av eksisterende riksveger, fylkesveger i Rogaland og Hordaland og gang- og sykkelveger langs disse.
- (40) Av NS 3430, som skulle gjelde for denne kontrakten, fremkommer det i punkt 28 "endringer" at:

"Byggherrens rett til å pålegge entreprenørenendringer

Byggherren har rett til i overensstemmelse med 28.2 å pålegge entreprenøren endringer i utførelsen. Endringen må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art. Endringen kan blant annet gå ut på så vel pålegg om tilleggsarbeid som reduksjon av arbeidets omfang.

A Med endret utførelse forstås et arbeid som dekkes av kontrakten, men der utførelsen blir endret i forhold til anbudsbeskrivelsen.

[..]

- (41) Det følger altså av punkt 28 i NS3430 at byggherren kan pålegge entreprenøren endringer i utførelsen, herunder tilleggsarbeider, dersom disse står i sammenheng med det kontrakten omfatter og ikke er av en vesentlig annen art.
- (42) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt A3 at avtalen om drift- og vedlikehold skulle omfatte rutinemessige driftsoppgaver og mindre vedlikeholdsoppgaver på vegnettet samt inspeksjon og registrering, planlegging av virksomheten, beredskap mht. vinterdrift og generell trafikkavvikling, dokumentasjon, rapportering til byggherren og informasjon til publikum. Det fremkom ikke noe om at avtalen også skulle omfatte bygging av nye veger, eller annet arbeid som ikke var tilknyttet de allerede eksisterende vegene i området. Den påklagete avtalen gjaldt nybygging av en gang- og sykkelveg. Det fremgår ikke av kontrakten om den kun omfatter utførelse eller også planlegging og prosjektering.
- (43) I sak 2009/232 hadde oppdragiver kunngjort utbedring av en vegparsell. Dette arbeidet ble utvidet, som et endringsarbeid til den opprinnelige kontrakten, til å gjelde også en annen vegparsell. Klagenemnda konkluderte i denne saken med at dette ikke var et lovlig tilleggsarbeid, ettersom avtalen om utbedring av en annen vegparsell falt utenfor formålet og virkeområdet til den kunngjorte kontrakten.
- (44) Kontrakt om bygging av en ny veg er et selvstendig bygge- og anleggsarbeid, og av en helt annen art enn drift og vedlikehold av et eksisterende vegnett. Kontrakten om bygging av gang- og sykkelveg kan dermed vanskelig sies å stå i sammenheng med det drift- og vedlikeholdskontrakten omfatter, og faller heller ikke innenfor innklagedes kommuniserte behov. Selv om det i drifts- og vedlikeholdskontrakten var avtalt priser på lignende aktiviteter som aktivitetene som skulle foretas for graving og tilrettelegging av den nye vegen, og som derfor ble lagt til grunn for gang- og sykkelvegkontrakten, endrer ikke dette at et slikt bygge- og anleggsarbeid faller utenfor formålet og virkeområdet til den kunngjorte kontrakten. Selv om arbeidene med den nye vegen beløpsmessig ikke oversteg begrensningene i NS 3430, faller prosjektet dermed utenfor rammene for endringer i den kunngjorte kontrakten, jf. også bestemmelsen i NS 3430.
- (45) I motsetning til asfaltarbeidene, er det på denne bakgrunn ikke holdepunkter for at arbeidene kunne anses som omfattet av den kunngjorte kontrakten. Arbeidene utgjør dermed en bygge- og anleggsanskaffelse som skulle ha vært kunngjort, jf. § 9-1.
- (46) Klagenemnda kan ikke se at unntaksbestemmelsene i forskriften § 14-4 kommer til anvendelse på dette forholdet, og det er heller ikke anført av innklagede. Avtalen om gravearbeider og rekkverksarbeider i forbindelse med byggingen av ny gang- og sykkelveg utgjør på denne bakgrunn en ulovlig direkteanskaffelse.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (47) For at det skal kunne ilegges overtredelsesgebyr, kreves det at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*, jf. loven § 7b første ledd.
- (48) Det fremgår av forarbeidene i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 at:

"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. "

- (49) Det forutsettes i forarbeidene at offentlige oppdragsgivere har god oversikt over regelverket om offentlige anskaffelser. Det er ikke tvilsomt at kontrakten som ble inngått 29. mai 2012 var omfattet av kunngjøringsplikten. Det er ikke tvil om at den nye gang- og sykkelvegen var et nytt og annet prosjekt enn det som var kunngjort. Arbeidet falt videre utenfor rammene for tillatte endringsarbeider etter NS 3430 og representerer et selvstendig nytt bygg- og anleggsarbeid etter regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede har heller ikke vist at det ble foretatt en vurdering av om arbeidet i forbindelse med gang- og sykkelvegen inngikk i den kunngjorte kontrakten. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede i det minste har opptrådt *"grovt uaktsomt"* ved å inngå kontrakt med Risa AS om gravearbeider og rekkverksarbeider i forbindelse med bygging av ny gang- og sykkelveg uten kunngjøring i Doffin, jf. loven § 7b.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (50) Det følger av loven § 7b første ledd at oppdragsgiver *"kan"* ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren 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 skal legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*.
- (51) I Ot.prp.nr.62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 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 sak 2010/24 premiss (42) med videre henvisninger.
- (52) I en av de første gebyrsakene klagenemnda behandlet, sak 2007/90 premiss (52), uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge 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 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."

- (53) I det foreliggende tilfellet skulle innklagede kunngjort anskaffelsen da bygging av veien oversteg kunngjøringsgrensen på kroner 500 000, jf. forskriften § 2-3 (7). Arbeidene

kunne heller ikke utføres som endringsarbeider til gjeldende drift- og vedlikeholdskontrakt. Klagenemnda kan ikke se at det er andre omstendigheter som gir grunnlag for å unnlate å ilegge gebyr i denne saken. Klagenemnda finner etter dette at det bør ilegges gebyr i saken.

Gebyrets størrelse

- (54) Ved utmålingen av gebyret skal det, i likhet med spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser og gebyrets preventive virkning, jf. loven § 7b annet ledd, første setning. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b annet ledd, annen setning.

- (55) 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."

- (56) I sak 2009/120 ila klagenemnda et gebyr på cirka 12,3 prosent av kontraktssummen og skjerpingen av gebyrsatsen ble fulgt opp i nemndas etterfølgende saker. Gebyrsatsen har i de siste sakene, jf. sakene 2011/230, 2011/229, 2011/256, 2011/165 ligget på mellom 7,5 % og 10 %.
- (57) Når det gjelder gebyrets størrelse vises det til de vurderinger som er gjort om skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. Preventive hensyn taler for at gebyret settes høyt.
- (58) I foreliggende sak er det noe formildende at timeprisene som ble anvendt for grave- og rekkverksarbeidene har vært gjenstand for konkurranse, ved at det utførte arbeidet er gjennomført som et tilleggsarbeid til en kunngjort konkurranse hvor tilbyderne måtte oppgi timepriser. På denne måten var i hvert fall enhetsprisene som ble lagt til grunn for avtalen, delvis eksponert for konkurranse i det åpne markedet. Innklagede har opplyst å ha betalt tilsammen 2,4 millioner kroner for det utførte grave- og rekkverksarbeidet. Denne summen inkluderte 100 000 kroner i ekspropriasjonserstatning. Ved beregningen av anskaffelsens verdi må det sees bort fra utgiftene knyttet til ekspropriasjon, slik at verdien på grave- og rekkverksarbeidet samlet var på 2,3 millioner kroner.

- (59) Klagenemnda anser det ikke som formildende at rekkverksarbeidene ble utført av Autovernmontasje AS, som klager hadde en avtale om rekkverksarbeider med. Rekkverksarbeidene som ble utført i foreliggende sak ble utført som et endringsarbeid til drifts- og vedlikeholdskontrakten med Risa AS. Det var altså Risa AS som stod som kontraktspart, ikke Autovernmontasje AS. Det faktum at innklagede muligens kunne ha utført rekkverksarbeidet innenfor rammene av en eksisterende rekkverkskontrakt med Autovernmontasje AS tillegges ikke betydning all den tid innklagede ikke benyttet denne kontrakten, men heller inngikk en kontrakt om rekkverksarbeider med Risa AS.
- (60) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 10 prosent av anskaffelsens verdi. Dette utgjør 230 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Statens Vegvesen ilegges et overtredelsesgebyr på kroner 230 000 – Tohundreogtrettitusen – kroner.

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

Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b femte ledd. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å begjære en sak prøvd for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

Bergen, 18. november 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver