



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Nordland fylkeskommune et gebyr på 350 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av varmepumpe/energianlegg til Bodin videregående skole. Gebyret utgjorde ca. ni prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 18. april 2012 i sak 2011/181

Klager: Multi Kulde AS

Innklaget: Nordland fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Multi Kulde AS datert 20. juni 2011. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av varmepumpe/energianlegg til Bodin videregående skole.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 350 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Nordland fylkeskommune kunngjorde 11. desember 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av VVS-utstyr, kjøkken, garderobe og bad til innklagedes institusjoner, og til de offentlige etater som var omfattet av fylkeskommunens innkjøps samarbeid.
- (4) Følgende var opplyst om anskaffelsens omfang i konkurransegrunnlaget punkt 1.1:

"Nordland fylkeskommune innbyr herved til skriftlig tilbud på VVS-utstyr, Kjøkken, Garderobe og Bad. Tilbudet gjelder for materiell for den daglige drift av Nordland fylkeskommunes etater/institusjoner, samt kommuner og private institusjoner som til enhver tid er tilknyttet fylkeskommunens innkjøpsordning. Jfr. vedlegg III. I de tilfeller innkjøpet defineres som egne prosjekter står etatene/institusjonene fritt til å gå ut til andre leverandører."

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var det opplyst at avtalen skulle gjelde i perioden 1. mai 2009 til 30. april 2012, med mulighet for forlengelse i ytterligere ett år.

- (6) Videre fremgikk følgende av konkurransegrunnlaget punkt 2.2 "Forbrukstall":

"Et estimat på bruk av VVS-utstyr, kjøkken, garderobe og bad med tjeneste vil ligge på et årlig volum på ca. kr. 4.000.000,-. Vi gjør oppmerksom på at det materiale som forbruksoppgavene bygger på for noen varegrupper kan være mangelfullt, men det forutsettes at de mengder som er oppgitt vil bli oppfylt. Forbrukstall utgjør ca. forbruk for ett år og er oppgitt totalt for alle etater/institusjoner som er tilknyttet fylkeskommunens innkjøpsordning."

- (7) Konkurransegrunnlaget vedlegg 1 bestod av et prisutfyllingsskjema. Innledningsvis i skjemaet var det opplyst følgende:

"Pris skal oppføres i henhold til prisskjemaet:

Det skal oppgis pris pr. enhet eks. mva.

Timepriser på arbeid skal oppføres i henhold til prisskjemaet.

I den grad det utføres arbeid i forbindelse med leveransen gjelder Norsk Standard NS 8406. Utførelser skal være i samsvar med NS 3420 toleranseklasse II med mindre annet avtales i forbindelse med den enkelte bestilling.

Generell rabatt i %: _____ (Utfylles)

Det skal i tillegg oppgis en generell rabatt i % på hele varespektret eller de enkelte varegrupper

Datert prisliste med benevnelse og navn: _____ (Utfylles)

Prislisten skal vedlegges tilbudet."

- (8) Brødrene Dahl AS leverte inn tilbud i konkurransen, og i vedlegg 3 i selskapets pristilbud ble det på side 5 angitt en "[g]enerell rabatt" på "VARMEPUMPER".
- (9) Innklagede tildelte Brødrene Dahl AS kontrakt, og denne ble undertegnet av partene 8. april 2009 og 27. april 2009. Følgende fremgikk av punkt 1 om avtalens omfang:

"1. Avtalen gjelder for den daglige drift av kundens institusjoner. I de tilfeller kunden definerer innkjøpene som egne prosjekter står kunden fritt til å gå ut til andre leverandører.

*2. Leverandøren skal i henhold til tilbud av 15. juli 2008, levere følgende produktgrupper i region **Lofoten, Vesterålen, Ofoten, Salten, Rana Vefsn og Ytre-Helgeland**: VVS-utstyr, Kjøkken, Garderobe og Bad, og arbeide i regionene **Rana og Ytre-Helgeland**."*

- (10) Klagenemnda har fått fremlagt en startmelding for et prosjekt kalt "Bodin vgs – Ny varmepumpe" av 31. mai 2010 utformet av innklagedes eiendomsavdeling. Fylkesrådslederen underskrev på at "[p]rosjektet godkjennes og iverksettes" 21. juni 2010. Av startmeldingen fremgikk blant annet følgende:

"Det henvises til FT-144/09 hvor det er avsatt inntil 18,4 mill. kr. på investeringsbudsjettet for 2010 som brukes til å innvilge lån til de institusjoner som anskaffer varmepumper.

Bodin er valgt som det første prosjektet. Dette med bakgrunn i at dette er det største enkeltstående varmepumpeprosjektet på våre skoler og vil gi de største energibesparelsene. Etter konvertering av en del av det elektriske oppvarmingssystemet til vannbåren varme samt installering av varmepumpe kan vi forvente oss en besparelse på ca. 1 100 000 Kwh pr år.

Dette prosjektet inneholder en del ekstra investeringer i konvertering til vannbårent anlegg. Dvs. at elektriske panelovner demonteres til fordel for radiatorer. En slik konvertering fordyrer prosjektet ca. 100 %. Eiendomsavdelingen har vurdert denne konverteringen å være miljømessig hensiktsmessig og økonomisk besparende for fremtiden. Det forventes en nedbetalingstid på investeringen på 5 år. Til sammenligning er levetiden på et nytt vannbårent anlegg minst 30 år.

Eiendomsavdelingen har inngått et samarbeid med Brødrene Dahl AS (som vi har rammeavtale med) om utvikling og gjennomføring av prosjektet. BDAS tar seg av hele prosessen med prosjektering, leveranser, utførsel og nødvendige søknader deriblant til Enova. Det forventes en støtte på ca. 500.000,- kr. fra Enova på dette prosjektet.

2. Prosjektbeskrivelse

Installering av en stk. varmepumpe på 420 KW samt konvertering til vannbårent anlegg

3. Kostnader

Utredning

Ark., rådgivere, byggeleder og PL

Entreprenører Brødrene Dahl AS 3.800.000,-

Bygningsmessig arbeid 175.000

Leverandører

Sum 3.975.000,-

25 % mva 993.750,-

Sum inkl. mva. 4.968.750,-

Tilskudd Enova - 500 000,-

Reserve 200.000,-

Prosjektkostnad inkl. mva. 4.668.750,-

[...]

5. Budsjettramme

Det avsettes et lån på 4.700.000,- som belastes investeringsbudsjettet i.h.h.t. FT 144/09. Skolen betaler tilbake på lånet tilsvarende den årlige energibesparelsen. Se vedlagt bekreftelse fra rektor på Bodin vgs."

- (11) Klagenemnda har videre fått fremlagt kontrakt mellom innklagede og Brødrene Dahl AS undertegnet 2. og 25. juni 2010 "vedrørende Bodin vgs ENTREPRISE Varmepumpe". Av kontrakten fremgikk blant annet følgende:

"1. Kontraktsarbeidet (NS 8405, 2.6)

Entreprenøren påtar seg å utføre følgende kontraktsarbeid:

Bodin vgs – Ny varmpumpe

2. Kontraktssum (NS 8405, 2.8)

Kontraktsarbeidet skal utføres for:

<i>Anbudssum</i>	<i>kr.</i>	<i>3.585.258,90</i>
<i>Korrigeringer</i>	<i>kr.</i>	<i>0</i>
<i>Sum eksklusive mva.</i>	<i>kr.</i>	<i>3.585.258,90</i>
<i>Merverdiavgift 25 %</i>	<i>kr.</i>	<i>896.314,72</i>
<i>Kontraktssum</i>	<i>kr.</i>	<i>4.481.573,60"</i>

- (12) I brev til innklagede av 12. mai 2011 fra fylkesrevisjonen ble det opplyst at fylkesrevisjonen hadde mottatt et anonymt varsel om mulig brudd på loven om offentlige anskaffelser i forbindelse med innkjøp av varmpumpe til Bodin videregående skole.

- (13) Fylkesrevisjonens henvendelse ble besvart i brev fra innklagede av 1. juni 2011:

"I fylkestingssak 144/09, Enøktiltak i fylkeskommunale bygg – investering i varmpumper, ble det vedtatt å avsette 18,4 mill. kr. på investeringsbudsjettet til anskaffelse av varmpumper til 11 fylkeskommunale bygg for å redusere energiforbruk og klimautslipp. Etableringen av varmpumpene er beregnet utført i en periode på 3-5 år. Finansieringen er innarbeidet i fylkeskommunens årsbudsjett for 2010, fylkestingssak 136/09.

Den sentrale innkjøpstjenesten utlyser og inngår en rekke rammeavtaler på vegne av fylkeskommunen. Rammeavtalene inngås for 3+1 år og lyses ut på nytt innen avtaleperiodens utløp. Rammeavtalen av 08.04.2009 gjelder kjøp av VVS, kjøkken, garderobe og bad. Varmepumpe er eksplisitt nevnt i tilbudet fra Brødrene Dahl AS, som for øvrig var eneste tilbyder. Det ble vurdert om eget anbud var nødvendig ved anskaffelse av varmpumpen til Bodin videregående skole og det ble innhentet råd fra intern og ekstern jurist. Konklusjonen var at vi ikke hadde noen plikt til å lyse ut anskaffelsen, men kunne forholde oss til den inngåtte rammeavtalen.

Det vises for øvrig til fylkesrevisjonens forvaltningsrevisjonsprosjekt "Rammeavtaler og innkjøpspraksis" fra juni 2008 hvor det presiseres at fylkeskommunen skal benytte leverandører som det er inngått innkjøpsavtaler med.

I rammeavtalen som er inngått med Brødrene Dahl ble innkjøpsvolumet anslått til 4 mill. kr./år ekskl. mva. Dette er et anslag som innkjøpstjenesten har gjort ved utlysning

av anbudet. Det faktiske beløpet kan bli både større og mindre enn anslaget. Beløpet på 4 mill. kr. pr. år er altså ikke bindende.

Startmelding på prosjektet ved Bodin videregående skole ble undertegnet av fylkesrådslederen den 21.06.2010. Bakgrunnen for startmeldingen var et fylkesrådsnotat (unntatt offentlighet) av 05.06.2009, hvor fylkesrådet ble orientert om saken, og senere fylkestingssak 144/09. Det ble lagt til grunn en kostnadsramme på prosjektet på kr. 4.968.750,- inkl. mva. Som kvalitetssikring av avropet på rammeavtalen med Brødrene Dahl ble det opprettet en avtale som ble undertegnet av fylkesrådslederen 25.06.2010. Beløpet for gjennomføringen av varmepumpeprosjektet ble avtalt til kr. 4.481.573,60 inkl. mva. Avtalen omfatter levering og montering av pumpen og kontraktssummen skulle faktureres over to regnskapsår, 2010 og 2011.

I perioden 2009-2011 har fylkeskommunen så langt kjøpt varer og tjenester på rammeavtalen med Brødrene Dahl for henholdsvis 1,1 mill. kr. i 2009, 7,8 mill. kr. i 2010 og 1,6 mill. kr. i 2011, til sammen 10,5 mill. kr. ekskl. mva. I dette beløpet inngår også 1,2 mill. kr. til kjøp av varmepumpe til fylkeshuset.

[...]

I henhold til prosjektrengskapet har Brødrene Dahl pr 23.05.2011 fakturert prosjektet med kr. 3.529.068 ekskl. mva. Prosjektet er ikke regnskapsmessig avsluttet og sluttnota er ennå ikke mottatt. Det er avsatt en reserve i prosjektet på kr. 200.000 som forventes å være tilstrekkelig. Bodin videregående skole har for egen regning bestilt flytting av en oljekjele, elektrikerarbeider og kjøp av 3 stk. mindre luft-til-luft varmepumper gjennom Brødrene Dahl. Regningen på dette er ennå ikke mottatt, utgiftene blir fakturert i henhold til eksisterende rammeavtale.

Pr dags dato har eiendomsseksjonen ikke mottatt noen endringsmeldinger fra Brødrene Dahl som utløser ekstrakrav ut over kontrakt. Eiendomsseksjonen stiller seg uforstående til påstandene om et ekstrakrav på kr. 900.000. Varmepumpen ble formelt overlevert til skolen den 05.05.2011.

Etter den korte driftstiden vi har hatt på varmepumpen på Bodin videregående skole indikerer de foreløpige resultatene at pumpen fungerer over forventning. Den leverer mer energi enn antatt på grunn av gode valg ved implementering i det eksisterende varmesystemet ved skolen.

Til informasjon har Nordland fylkeskommune mottatt støtte fra ENOVA på kr. 439.048 som kommer skolen til gode. Dette beløpet skal trekkes fra den totale prosjektkostnaden."

(14) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 20. juni 2011. Innklagede ble varslet ved klagenemndas brev av 24. juni 2011.

(15) I e-post av 30. januar 2012 opplyste innklagede følgende:

"Sluttnotaen med Brødrene Dahl kom på 4.897.237 inkl. mva. Beløpet inneholder kontraktsbeløpet og ekstrabestillinger som ble foretatt."

- (16) I e-post av 23. februar 2012 opplyste innklagede at det ovennevnte beløpet utgjorde 3 917 779 kroner eks. mva.
- (17) Klagenemnda sendte 6. mars 2012 et forhåndsvarsel til innklagede om illeggelse av gebyr pålydende 350 000 kroner, noe som utgjorde ca. ni prosent av anskaffelsens verdi. Innklagede ble gitt en frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. I e-post fra innklagede av 29. mars 2012 ble det bekreftet at innklagede ikke hadde kommentarer til forhåndsvarselet.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Det anføres at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av energianlegg/varmepumpe til 3,6 millioner kroner til Bodin videregående skole. Det vises til at anskaffelsen ble foretatt uten forutgående kunngjort konkurranse, og uten hjemmel i rammeavtalen av 27. april 2009 med Brødrene Dahl AS. Rammeavtalen dekker bare materiell til daglig drift, dvs. utstyr som ligger innenfor de vanlige driftsbudsjetter, mens dette ikke var tilfellet for energianlegget/varmepumpen.
- (19) Varmepumpen som ble bestilt var ikke priset i tilbudet på rammeavtalen. En varmepumpe på 420 kW er ikke en standard handelsvare. Den ble priset i ettertid helt spesifikt for dette prosjektet og det ble også utarbeidet egen kontrakt spesifikt for dette prosjektet. Når det nevnes varmepumper i rammeavtalen, oppfatter klager det slik at dette gjelder vanlige varmepumper av typen Panasonic eller tilsvarende. Dette er produkter som er vanlig handelsvare, som normalt er lagervare hos de fleste grossister.
- (20) Innklagede har opplyst at Brødrene Dahl AS var eneste tilbyder til rammeavtalen. Det virker merkelig at man da velger å inngå en avtale, når man ikke vet om dette er en økonomisk god avtale for innklagede. Når man da også velger å kjøpe inn varmepumper for ca. 18 millioner kroner fra bare én tilbyder, må innklagedes sies å ha opptrådt grovt uaktsomt. Innklagede bør etter klagers syn ilegges et gebyr av betydelig størrelse.

Innklagedes anførsler:

- (21) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelse av varmepumpe med installasjon må regnes som en vare- og tjenesteanskaffelse, som normalt faller inn under anskaffelse av VVS-utstyr. Varmepumper er også omfattet av det aktuelle tilbud, se side 5 i artikkeloversikten vedlagt tilbudet. Det kan således ikke hefte noen tvil om at det er anledning til å benytte rammeavtalen for anskaffelse av varmepumper. Når det gjelder formuleringen om at avtalen gjelder for den daglige drift av kundens institusjoner, må dette begrepet ses i sammenheng med både avtalen og konkurransegrunnlaget, hvor anskaffelsen avgrenses mot det oppdragsgiver konkretiserer som egne prosjekter. Som egne prosjekter regnes normalt egne entrepriser som det er hensiktsmessig å lyse ut særskilt, for eksempel ombyggingsprosjekter, nybygg og lignende. Det er derfor ikke grunn til å anvende en for snever tolking av begrepet "daglig drift". For eksempel er det utvilsomt adgang til å benytte rammeavtalen til å skifte ut toaletter, vasker, kjøkken osv., selv om de færreste vil betegne dette som "daglig drift". Man bør videre vise varsomhet med å tolke et begrep i en rammeavtale snevert all den tid man i saken står overfor et spørsmål om illeggelse av gebyr på grunn av påstand om en ulovlig anskaffelse. En slik vurdering bør basere seg

på en klar fortolking av sentrale begreper av betydning for spørsmålet, og tvil bør ikke gå ut over oppdragsgiver.

- (22) Anskaffelsen av varmepumpen omfattet både levering og montering, det vil si både en vare- og en tjenesteleveranse. I den aktuelle sak viser volumet oppdragsgiver har handlet for innenfor rammeavtalen at det var fornuftig å benytte seg av rammeavtalen for å oppfylle det estimerte volum. Innklagede har handlet for ca. 10,5 millioner kroner på de om lag to og et halvt årene rammeavtalen har løpt, inkludert den aktuelle varmepumpen. Leveransen av varmepumpen gikk over to år slik at det samlede beløp på til sammen noe over 3,5 millioner kroner eks. mva. er fakturert over to regnskapsår.
- (23) Det er for øvrig ikke riktig når klager hevder at innklagede har valgt å kjøpe inn varmepumper for ca. 18 millioner kroner fra Brødrene Dahl AS. Det er kjøpt inn to varmepumper fra dette firmaet over en toårsperiode, én til Bodø VGS og én til Fylkeshuset.
- (24) Subsidiært, dersom klagenemnda kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, taler sterke grunner mot ileggelse av gebyr. Det er ikke tale om noen grov overtredelse av regelverket. En eventuell konklusjon om ulovlig direkte anskaffelse vil måtte bero på en fortolking av et anbudsgrunnlag og en kontrakt som det må kunne sies å være delte meninger om. Kjøpet av varmepumpen til Bodø VGS ble håndtert av eiendomsavdelingen i Nordland fylkeskommune. Eiendomsavdelingen vurderte om man skulle utlyse konkurranse om kjøpet eller om eksisterende rammeavtale for VVS-utstyr kunne benyttes. Eiendomsavdelingen kontaktet ekstern jurist og fylkesadvokatens kontor for rådgivning i saken. Tilbakemeldingen var at det var anledning til å benytte rammeavtalen. Det foreligger ikke noe skriftlig notat eller korrespondanse om den nevnte kontrakten, men dette er omtalt i skriv av 1. juni 2011 til fylkesrevisjonen som er svar på fylkesrevisors henvendelse av 12. mai 2011. Innklagede har således aktivt undersøkt hvorvidt det kunne være tale om plikt til kunngjøring og fått avkreftet dette. Det er dermed ikke bevisst foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og det kan heller ikke sies å foreligge grov uaktsomhet.

Klagenemndas vurdering:

Om klagefrist og foreldelsesfristen for å ilegge overtredelsesgebyr

- (25) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd.
- (26) Av klagenemndsforskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Av bestemmelsen fremgår det at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Den foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved brev av 20. juni 2011, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev av 24. juni 2011. Klagen i herværende sak gjelder anskaffelse av energianlegg/varmepumpe under kontrakt undertegnet 2./25. juni 2010. Klagen er dermed rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (27) Nemnda finner innledningsvis grunn til å påpeke at innklagede benevner skolen hvor den aktuelle varmepumpe er installert som Bodø videregående skole, mens det av klagen og de øvrige saksdokumenter fremgår at varmepumpen er installert på Bodin videregående skole. Nemnda legger det sistnevnte til grunn.
- (28) Av loven § 7b første ledd følger det at med en ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven. Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 9-1/§18-1, jf. § 2-1 andre ledd jf. § 2-2 første ledd.
- (29) Kontrakten om levering og installasjon av varmepumpen må anses som en varekontrakt jf. forskriften § 2-4 første ledd. Ettersom anskaffelsens anslåtte verdi overstiger EØS-terskelverdien på 1,6 millioner kroner eks. mva., følger anskaffelsen etter sin art og anslåtte verdi lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser del I og del III, jf. forskriften § 2-1 første ledd jf. § 2-2 første ledd. Anskaffelsen skulle dermed som utgangspunkt vært kunngjort i henhold til forskriften § 18-1.
- (30) I foreliggende sak er det imidlertid klart at anskaffelsen av varmepumpen til Bodin videregående skole ikke ble kunngjort. Innklagede har vist til at anskaffelsen ble foretatt som et avrop under en lovlig inngått rammeavtale, og at det derfor ikke var plikt til kunngjøring.
- (31) Et avrop som foretas med hjemmel i en rammeavtale som er kunngjort i henhold til regelverket, er ikke en ulovlig direkte anskaffelse etter loven § 7b, jf. blant annet klagenemndas saker 2004/310 premiss (36) og 2007/142 premiss (32). Dette følger også forutsetningsvis av forskriften § 6-1 jf. §§ 6-2 og 6-3, og § 15-1 jf. §§ 15-2 og 15-3. I klagenemndas sak 2004/310 premiss (32) oppstilte nemnda følgende vurderingstema for spørsmålet om et avrop var omfattet av en allerede kunngjort rammeavtale:

"Vilkårene for avrop uten ny kunngjøring er at uttakene er fastsatt i rammeavtalen, at den konkrete anskaffelsen etter sin art er omfattet av avtalen, og at avrop foretas innenfor de tidsrammene rammeavtalen fastsetter."

- (32) Spørsmålet blir etter dette om varmepumpen til Bodin videregående skole lovlig kunne anskaffes med hjemmel i innklagedes rammeavtale med Brødrene Dahl AS.
- (33) Av punkt 1.1 i konkurransegrunnlaget til rammeavtalen og i selve rammeavtalens punkt 1 fremgår det at avtalen omfatter VVS-utstyr, kjøkken, garderobe og bad til *"den daglige drift"*. Nemnda forstår ordlyden *"den daglige drift"* slik at rammeavtalen omfatter VVS-utstyr som det er påregnelig å anskaffe i forbindelse med normalt vedlikehold av oppdragsgivernes institusjoner. Nemnda finner det ikke nødvendig å ta stilling til om varmepumper i utgangspunktet kan anses som VVS-utstyr. Dette fordi anskaffelsen av varmepumpe til Bodin videregående skole uansett var av en karakter som langt oversteg det som kan anses å falle inn under ordlyden *"den daglige drift"*. På bakgrunn av den dokumentasjon som foreligger, fremstod anskaffelsen av varmepumpe etter nemndas syn som en større investering for å oppnå energisparing, og ikke som en

anskaffelse foretatt i forbindelse med *"den daglige drift"* av Bodin videregående skole. Det vises til startmeldingen for prosjektet inntatt i premiss (10), hvor det blant annet fremgikk at det var avsatt penger på *"investeringsbudsjettet"* for å innvilge lån til de institusjoner som anskaffet varmepumper, og til opplysningen om at Bodin videregående skole var valgt som det første prosjektet fordi *"dette er det største enkeltstående varmepumpeprosjektet på våre skoler og vil gi de største energibesparelsene"*. Det vises videre til at kontraktssummen for varmepumpen var 3 585 258,90 kroner eks. mva., dvs. at denne ene anskaffelsen nesten utgjorde 90 prosent av rammeavtalens estimerte årlige verdi på fire millioner kroner. Klagenemnda kan ikke se at det forhold at Brødrene Dahl AS har oppgitt en rabatt på *"VARMEPUMPER"* i tilbudet som ligger til grunn for rammeavtalen, kan endre dette. Det vises til at ordlyden i rammeavtalen begrenser dens rekkevidde uavhengig av den enkelte leverandørs vareutvalg.

- (34) Ettersom varmepumpen til Bodin videregående skole ikke lovlig kunne anskaffes med hjemmel i rammeavtalen med Brødrene Dahl AS, skulle anskaffelsen i utgangspunktet vært kunngjort i henhold til forskriften § 18-1. For anskaffelser som er omfattet av forskriften del III, er unntak fra kunngjøringsplikten uttømmende regulert i forskriften § 14-4. Klagenemnda kan ikke se at noen av disse unntakene er aktuelle i herværende sak, og finner at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av varmepumpe til Bodin videregående skole.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (35) Skyldkravet for å kunne ilegge overtredelsesgebyr er at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*, jf. loven § 7b første ledd.
- (36) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) er det nærmere redegjort for skyldkravet, og det fremgår følgende på 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 rettsuvitenhet som grovt uaktsomt. 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."

- (37) Som grunnlag for at innklagedes handlemåte ikke kan karakteriseres som forsettlig eller grovt uaktsom, har innklagede vist til at det foreligger delte meninger om fortolkningen av anbudsgrunnlaget og kontrakten, og til at eiendomsavdelingen i forkant av anskaffelsen konsulterte juridisk ekspertise og fikk tilbakemelding om at varmepumpen lovlig kunne anskaffes under rammeavtalen med Brødrene Dahl AS.
- (38) Når det gjelder de juridiske vurderingene innklagede viser til, så foreligger disse etter det opplyste ikke i skriftlig form. Klagenemnda har således ingen mulighet for å vurdere disse, herunder hvilken informasjon de var basert på og hvordan konklusjonene var

utformet. Klagenemnda kan ikke se at det var nærliggende å tolke den foreliggende rammeavtalen med Brødrene Dahl AS slik at denne omfattet anskaffelse av den aktuelle varmepumpe til Bodin videregående skole. Etter klagenemndas syn er det klart at anskaffelsen ikke hadde hjemmel i den aktuelle rammeavtalen.

- (39) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagedes handlemåte ved tildelingen av kontrakt for anskaffelse av varmepumpe til Bodin videregående skole var grovt uaktsom. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (40) 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 blant annet skal legges vekt på *”overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning”*, jf. § 7b andre ledd.

- (41) 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.

- (42) I klagenemndas 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.”

- (43) I denne saken inngikk innklagede kontrakt med Brødrene Dahl AS om levering av varmepumpe til Bodin videregående skole helt uten konkurranse. Anskaffelsen er videre av ikke ubetydelig verdi, og det kan etter nemndas syn ikke anses særlig tvilsomt at den aktuelle anskaffelsen ikke kunne foretas som et avrop under innklagedes rammeavtale med Brødrene Dahl AS. Hensynet til gebyrets preventive virkning gjør seg derfor etter nemndas syn gjeldende. Nemnda viser videre til at plikten til å kunngjøre konkurranse for anskaffelser over terskelverdi er absolutt, med mindre noen av unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse. Kunngjøring av anskaffelser skal også ivareta flere hensyn enn de rent økonomiske, blant annet hensynet til allmennhetens tillit til at offentlige tjenesteoppdrag tildeles på en objektiv og nøytral måte, og hensynet til fremme av likebehandling mellom private leverandører, jf. loven § 1 og § 5.

- (44) På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at det skal ilegges overtredelsesgebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (45) Innklagede har opplyst at sluttnotaen fra Brødrene Dahl AS for varmepumpen til Bodin videregående skole kom på 3 917 779 kroner eks. mva., og dette legges til grunn som anskaffelsens verdi.
- (46) Ved utmålingen av gebyret skal det legges vekt på de samme momenter som nevnt ovenfor; overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser og den 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. loven § 7b andre ledd andre punktum.
- (47) 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 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."

- (48) I den nevnte sak ila klagenemnda et gebyr på ca. 12,3 prosent av kontraktssummen. Skjerpingen av gebyrsatsen er blant annet fulgt opp i sakene 2010/222, 2010/305, 2010/306, 2011/13, 2011/19 og 2011/20, hvor det ble ilagt gebyrer for mellom 12 og 14 prosent av kontraktssummene/anskaffelsens anslåtte verdi for avtaleperioden.
- (49) I herværende sak viser nemnda til vurderingen av skyldkravet og av spørsmålet om det bør ilegges overtredelsesgebyr. Som det fremgår over, taler preventive hensyn og manglende konkurranse for at gebyret settes relativt høyt. Som argument for at overtredelsen av regelverket ikke kan anses som grov, har innklagede på sin side blant annet vist til at det ble innhentet juridiske vurderinger i forkant av anskaffelsen som konkluderte med at den aktuelle varmepumpen lovlig kunne anskaffes under rammeavtalen med Brødrene Dahl AS. Nemnda er enig med innklagede i at eventuelle juridiske vurderinger innhentet på forhånd, hvor det konkluderes med at den aktuelle anskaffelse lovlig kan foretas uten kunngjøring, vil kunne ha formildende vekt ved utmålingen av gebyr, jf. klagenemndas saker 2008/56 premiss (49) og 2009/39 premiss (49). For at slike vurderinger skal kunne vektlegges i formildende retning, må de

imidlertid dokumenteres, jf. klagenemndas sak 2009/131 premiss (53). I herværende sak har innklagede ikke dokumentert de juridiske vurderingene det vises til, og klagenemnda kan derfor ikke ta disse med i vurderingen.

- (50) Ved gebyrfastsettelsen kan det etter nemndas syn være relevant å se hen til klagenemndas sak 2011/12. Innklagede ble i den saken ilagt et gebyr på 400 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av VA-materiell, noe som utgjorde ca. 9,4 prosent av anskaffelsens verdi på ca. 4,2 millioner kroner eks. mva. I den saken hadde VA-materiellet vært unntatt fra konkurranse over en periode på flere år, noe som talte for et relativt høyt gebyr. Klagenemnda vektla i formildende retning at innklagede tidligere hadde gjennomført en mislykket konkurranse om delvis det samme VA-materiellet som nå var inkludert i den ulovlige rammeavtalen, og videre at den ulovlige avtalen var sagt opp og at innklagede forhåpentligvis ville få på plass en lovlig inngått avtale innen kort tid.
- (51) Klagenemnda kan ikke se at den ulovlige direkte anskaffelsen i herværende sak fremstår som noen grovere overtredelse av regelverket enn det som var tilfelle i sak 2011/12, snarere tvert imot ettersom anskaffelsens verdi er noe lavere i herværende sak.
- (52) Klagenemnda finner etter dette at gebyret i foreliggende sak skjønnsmessig kan settes til 350 000 kroner. Dette utgjør ca. ni prosent av anskaffelsens verdi på 3 917 779 kroner eks. mva.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Nordland fylkeskommune ilegges et overtredelsesgebyr på 350 000 –

trehundreogfemtitusen – kroner

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

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

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

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

18. april 2012

Tone Kleven