



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede hadde kjøpt tjenester for utførelse av skisseprosjekt/forprosjekt, samt forberedelse av totalentreprisegrunnlag i forbindelse med ny ungdomsskole i Lenvik kommune, uten å kunngjøre dette i EØS-området, jf. forskriften § 2-2 (1). Klagenemnda fant at dette utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på 7 % av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 30. april 2014 i sak 2012/243

Klager: Gunnar Johnsen v/ Lenviklista

Innklaget: Lenvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Gunnar Johnsen, Lenviklista, (heretter kalt klager) mottatt ved brev av 17. desember 2012. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Lenvik kommunes (heretter kalt innklagede) anskaffelse av tjenester for utførelse av skisseprosjekt/forprosjekt, samt forberedelse av totalentreprisegrunnlag i forbindelse med ny ungdomsskole i Lenvik kommune.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 245 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede foretok 19. juli 2011 en nasjonal kunngjøring av en åpen anbudskonkurranse benevnt "*Tilbudsforespørsel skisseprosjekt/forprosjekt ny ungdomsskole Lenvik kommune*". I kunngjøringen punkt II.1.2 (a) var det krysset av for "*prosjektering og utførelse*" under "*Type Bygge- og Anleggsanskaffelse*". CPV-klassifisering var i kunngjøringen punkt II.1.6, angitt til 7132000. Det fremgikk ingen opplysninger under kunngjøringen punkt II.2 om kontraktens mengde, omfang eller opsjoner. I bilag A til kunngjøringen var "*Arkitekttjenester*" oppgitt som en undergruppe av produktkategoriene. Konkurranses grunnlaget varslet om det ville ligge opsjon på utarbeidelse av totalentreprisegrunnlag, men heller ikke med noen nærmere beskrivelse av omfanget.
- (4) Av konkurransegrunnlaget benevnt "*Tilbudsforespørsel skisseprosjekt/forprosjekt ny ungdomsskole på Finnsnes i Lenvik kommune*" datert 18. juli 2011, fremgikk det under "*Prosjektbeskrivelse*" at tilbudet gjaldt "*utarbeidelse av skisseprosjekt med tilhørende forprosjekt for ny ungdomsskole på Finnsnes*". Under "*Generelt*" fremgikk det blant annet at "*Skisseprosjektet skal være ferdigstilt i løpet av høsten 2011. Forprosjektet skal*

ferdigstilles i løpet av vinter/vår 2012. I forbindelse med utarbeidelse av forprosjektet vil det ligge en opsjon på utarbeidelse av totalentreprisegrunnlag".

- (5) Av tilbud datert 11. august 2011 fra Sørli arkitekter AS (heretter kalt valgte leverandør) fremgikk det at det var gitt tilbud *"i henhold til konkurransegrunnlaget, samlet ex. mva. (jfr. vedlegg 1) kr. 990. 000,-"*. Av vedlegg 1 til tilbudet fremgikk delpriser for skisseprosjekt, forprosjekt, generelt og eventuelt. Sum inklusive mva. var 1 237 500 kroner. Opsjonen på utarbeidelse av totalentreprisegrunnlag var ikke omtalt.
- (6) Av anskaffelsesprotokollen, under *"Valg av anskaffelsesmetode"* var det krysset av for åpen anbudskonkurranse under overskriften *"Over EØS-terskelverdier"*. Det fremgikk at 11 leverandører hadde levert tilbud, herunder valgte leverandør. Øvrige tilbydere var Naustvoll og Aursand Arkitekter AS, Trollvegg Arkitektstudio AS, Rojo Arkitekter AS, Hus Arkitekter AS, Sweco Norge, Barlindhaug Consult AS, A3 Arkitekter AS, Haldde Arkitekter AS, Arkiplan AS og Rambøll Norge. Kontrakt ble inngått med valgte leverandør og signert av partene 28. og 30. oktober 2011.
- (7) Av et saksfremlegg til innklagedes kommunestyre datert 27. august 2012 om *"Forprosjekt Finnsnes ungdomsskole"* fremgikk det under *"Kort sammendrag"* at *"Rådmannen anbefaler at forprosjektet godkjennes og legges til grunn i den videre prosess mot realisering av byggeprosjektet ny ungdomsskole for Finnsnes og Silsand ungdomsskolekretser. Materialet anses å være meget grundig og detaljert og det anbefales på den grunn at anskaffelsen gjennomføres som totalprosjekt"*. Under *"Fremdrift"* var det opplyst at *"Når det gjelder videre fremdrift i prosjektet vil valg av entrepriseform være av stor betydning. De to hovedalternativene som foreligger er totalentreprise eller ulike varianter av beskrevet entreprise. Lenvik kommune hadde i utlysning av oppdraget for utarbeidelse av skisseprosjekt og forprosjekt tatt forbehold om opsjon på utarbeidelse av totalentreprisegrunnlag. Det betyr at man kan gå videre med samme arkitekt uten at arbeidet med entreprisegrunnlag må lyses ut på nytt. Hvis man derimot velger beskrevet entreprise vil man være nødt til å lage en tilbudsforespørsel på utarbeidelse av en beskrevet entreprise. Arbeidet med å lage et slikt entreprisegrunnlag tar mye lenger tid og vil skyve ferdigstillelsen ut i ti[d]"*.
- (8) Saksfremleggets innstilling var at forprosjektet utarbeidet av valgte leverandør ble godkjent som grunnlag for videre prosess mot realisering av prosjektet, og at byggeprosjektet skulle gjennomføres som en totalentreprise med antatt ferdigstillelse august 2015. Dette ble godkjent, og kontrakt om utarbeidelse av totalentreprisegrunnlag ble inngått med valgte leverandør, signert av partene 25. september og 1. oktober 2012.
- (9) I *"Økonomirapport III"* for innklagede datert 25. oktober 2012, fremgikk det under *"Nye Finnsnes ungdomsskole"* at *"Skisseprosjektet og forprosjektet [er] ferdig og kostnadene vedrørende dette vil bli ca. 2 mill. kroner for 2012. Vedtatt å gå videre med prosjektet i kommunestyresak 129/12. I konkurransen som Sørli arkitekter vant i forbindelse med skisseprosjektet var det også med en opsjon på utarbeidelse av detaljprosjekt og konkurransegrunnlag. Forventet kostnad for detaljert prosjekt og utarbeidelse av konkurransegrunnlag er på ca. 1,5 mill. kroner, forventes ferdig i desember og prosjektet er da klart for utlysning på DOFFIN. Investeringsrammen foreslås derfor utvidet med 1,5 mill. kroner for 2012. Resten av prosjektet er det tatt høyde for i økonomiplanen"*.
- (10) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 17. desember 2012. Innklagede ble varslet om klagen ved klagenemndas brev av 19. desember 2012.

- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. april 2014.
- (12) Ved brev av 26. mars 2014 ble innklagede sendt forhåndsvarsel om ileggelse av gebyr. Klagenemndas varsel var basert på at verdien av kontrakten inkludert opsjonen samlet oversteg terskelverdien for kunngjøring i medhold av forskriften del III, og at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at konkurransen ikke ble kunngjort i EØS-området, jf. forskriften § 2-2 (1). Innklagede har i kommentar til forhåndsvarselet bedt om at nemnda frafaller/reducerer det varslede overtredelsesgebyret. Det er blant annet henvist til at størrelsen på gebyret er for stort.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Opsjonen på detaljering og utarbeidelse av konkurransegrunnlag for totalentreprise utgjorde en del av den kunngjorte kontrakten av 19. juli 2011. Verdien av opsjonen må også regnes med i kontraktsverdien og den totale kontraktssummen overstiger EØS-terskelverdien på 1,6 millioner kroner. Innklagede har utført en ulovlig direkte anskaffelse ved at konkurransen kun er kunngjort nasjonalt. Konkurransen skulle også vært kunngjort i TED - databasen.
- (14) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, gjengis ikke klagers øvrige anførsel.

Innklagedes anførsler:

- (15) Det erkjennes at kunngjøringen feilaktig kun er foretatt i Doffin-databasen og ikke også i TED-databasen. Det bestrides ikke at anskaffelsens verdi inkludert opsjon er over EØS-terskelverdien for tjenester. Det var en feil at det ved kunngjøringen ble valgt å benytte et kunngjøringsskjema for nasjonale kunngjøringer. Anskaffelsen er likevel behandlet som en konkurranse over EØS-terskelverdiene i anskaffelsesprotokollen.
- (16) Det foreligger ikke grunnlag for å ilegge gebyr. Det er ikke grovt uaktsomt at det ved en feiltakelse ble benyttet feil kunngjøringsskjema. Det bør uansett ikke ilegges gebyr i dette tilfellet. Det er ikke begått tilsvarende feil tidligere, konkurransen er kunngjort og oppdragets karakter og verdi tilsier at dersom konkurransen hadde blitt kunngjort også i TED-databasen, ville det mest sannsynlig ikke ha kommet inn tilbud fra andre aktører i EØS-området.
- (17) Etter mottak av forhåndsvarselet har innklagede gjort gjeldende at det varslede overtredelsesgebyret må frafalles eller reduseres.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med kunngjøringen 19. juli 2011 av anskaffelsen benevnt "*Tilbudsforespørsel skisseprosjekt/forprosjekt ny ungdomsskole Lenvik kommune*", ved at konkurransen ikke ble kunngjort i EØS-området.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

- (19) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (20) 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.
- (21) 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.
- (22) I foreliggende sak ble anskaffelsen kunngjort 19. juli 2011. Ettersom dette er før 1. juli 2012 kan klagenemnda ta stilling til om den kunngjorte konkurransen var beheftet med feil som gjør at den representerte en ulovlig direkte anskaffelse, og eventuelt ilegge gebyr.
- (23) 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.
- (24) Innklagede ble orientert om at det i saken var påstand om ulovlig direkte anskaffelse ved klagenemndas brev av 19. desember 2012. Kontrakt ble signert av partene 28. og 30. oktober 2011. Klagen anses derfor som rettidig.
- (25) 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.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (26) Av loven § 7b, 1. ledd, slik den lød før 1. juli 2012, 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.
- (27) Prioriterte tjenester skal kunngjøres i henhold til forskriften § 18-1 dersom den anslåtte verdien overstiger 1,6 millioner kroner ekskl. mva. jf. forskriften § 2-2 (1).
- (28) Tjenestene som var omfattet av den kunngjorte konkurransen var utarbeidelse av skisse- og forprosjekt for ny ungdomsskole, samt opsjonen på utarbeidelse av totalentreprisgrunnlaget. Det var altså forberedende rådgivnings- og planleggingstjenester i forbindelse med planlegging av bygging av ny ungdomsskole. Slik nemnda ser det kan tjenestene henføres både under CPV-koden 71240000 (arkitekt-, ingeniør og planleggingstjenester) og under koden 71310000 (rådgivning ingeniør- og byggetekniske tjenester) I henhold til forskriften § 4-1 d) og forskriften vedlegg 5, er begge CPV-kodene omfattet av kategori 12, som er prioriterte tjenester. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at anskaffelsen var en prioritert tjenestekontrakt i kategori 12.

- (29) Innklagede er pliktig til å oppgi opsjoner under angivelse av kontraktens mengde eller omfang i kunngjøringen, jf. forskriften § 18-1 (1), og direktiv 2004/18 vedlegg VII A, 6 (c), hvor det fremgår at "*Quantity of services to be provided*" skal fremgå av kunngjøringen, herunder skal oppdragsgiver "*Indicate in particular options concerning supplementary purchase[s]*", slik at tilsvarende plikt til å oppgi opsjoner gjelder. Dette er også lagt til grunn i EU-domstolen avgjørelse i sak C-241/06, som gjaldt det tidligere direktiv 93/36, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2011/209. Det måtte fremstå som klart at opsjonen på totalentrepriseprosjektet ville utgjøre en vesentlig del av det samlede prosjektet. I henhold til forskriften § 2-3 (5) skulle denne opsjonen vært hensyntatt ved fastsettelsen av verdien av kontrakten. I tillegg er den CPV-kode som var oppgitt i kunngjøringen, 7132000, en kode som gjelder Prosjektering, og som vanskelig kan anses dekkende for de ytelser som skulle presteres.
- (30) Innklagede mottok 11 tilbud som i sum varierte fra under en halv million til 4.7 millioner kroner. Det er ubestridt at verdien av kontrakten inkludert opsjonen samlet oversteg terskelverdien for kunngjøring i medhold av forskriften del III. På denne bakgrunn har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at konkurransen ikke ble kunngjort i EØS-området, jf. forskriften § 2-2 (1).

Skyldkravet - loven § 7b første ledd

- (31) 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.
- (32) Det fremgår av forarbeidene i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 at:

"Det er et vilkår for å illegge 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."

- (33) Det forutsettes i forarbeidene at offentlige oppdragsgivere har god oversikt over regelverket om offentlige anskaffelser. Det er ikke tvilsomt at kjøp av tjenestene med opsjoner i foreliggende sak var kunngjøringspliktig i EØS-området. Regelverket forutsetter at oppdragsgivere kjenner til de grunnleggende reglene for kunngjøring, både i det som gjelder verdiansettelse av tjenesten og i det som gjelder oppdragets omfang så som opsjoner. At innklagede unnlot å kunngjøre konkurransen i henhold til regelverket må under sakens omstendigheter anses grovt uaktsomt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (34) 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".

- (35) 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.

- (36) 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."

- (37) Innklagede har vist til at det ikke bør ilegges gebyr i dette tilfellet fordi det ikke er begått tilsvarende feil tidligere, fordi konkurransen er kunngjort og fordi oppdragets karakter og verdi tilsier at dersom konkurransen hadde blitt kunngjort i TED-databasen, ville det mest sannsynlig ikke ha kommet inn tilbud fra andre aktører i EØS-området.
- (38) Hvorvidt en kunngjøring ville medført grenseoverskridende konkurranse om tjenesten vites ikke, men kan i foreliggende sak uansett ikke tillegges avgjørende betydning. Selv om det er noe uklart hvor mye innklagede har betalt for de ulike ytelsene, er det helt klart at opsjonen representerte en betydelig økning i det totale vederlaget. Opsjonen gjaldt også en noe annen tjeneste enn skisse- og forprosjektet, nemlig utarbeidelse totalentreprisegrunnlag. Det synes heller ikke å være slik at det har vært konkurranse om betingelsene som skulle ligge til grunn for utarbeidelsen av totalentreprisegrunnlaget.
- (39) Klagenemnda viser ellers til at innklagede i sakene 2012/72 og 2012/113 ble ansett for å ha gjort ulovlige direkte anskaffelser, men der nemnda etter en konkret vurdering kom til at gebyr ikke skulle ilegges. Klagenemnda er kommet til at det bør ilegges overtredelsesgebyr i dette tilfellet. Innklagedes kommentarer til forhåndsvarselet endrer ikke dette.

Gebyrets størrelse

- (40) 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. Opplistingen 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.
- (41) I henhold til økonomirapporten var det i 2012 utbetalt ca. 2 millioner kroner for skisse- og forprosjektet, og det skulle settes av 1,5 millioner for utarbeidelse av

totalentreprisgrunnlaget. Ut fra sammenhengen legger klagenemnda til grunn at beløpene er eksklusive merverdiavgift. Ved fastsettelsen av gebyrgrunnlaget tar klagenemnda på denne bakgrunn utgangspunkt i at disse beløpene gjenspeiler anskaffelsens faktiske verdi. Gebyrgrunnlaget utgjør da 3,5 millioner kroner eks. mva. Dette er ikke bestridt av innklagede.

- (42) Når det gjelder gebyrets størrelse i foreliggende sak, vises det til de vurderinger som er gjort om skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. I formildende retning vektlegges at innklagede etter alt å bedømme ikke på forhånd har unnlatt å kunngjøre anskaffelsen i EØS-området i den hensikt å unngå at bestemmelser i forskriften får anvendelse på kontrakten, eller for å bevisst unngå konkurranse. I samme retning trekker det faktum at innklagede har kunngjort konkurransen nasjonalt, og at det har vært konkurranse om deler av tjenestene som skulle anskaffes.
- (43) Preventive hensyn og det faktum at oppdraget har vært unntatt fra konkurranse i EØS-området, taler for at det likevel må ilegges et gebyr av en viss størrelse. Det må forventes at oppdragsgivere sørger for å bruke riktig kunngjøringsskjema og følger de riktige kunngjøringsprosedyrene i forskriften.
- (44) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 7 % av anskaffelsens verdi. Gebyret settes da til 245 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

”Lenvik kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 245 000

- tohundreogførtifemtusen - 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 prøvet for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

Bergen, 30. april 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger