



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede inngikk tre kontrakter om utførelse av elektriker-, tømrer- og rørleggerarbeid i forbindelse med ombygging av Sveio Skole – Vigdartun, uten å kunngjøre kontraktene enkeltvis eller samlet. Klagenemnda fant at arbeidene var et bygge- og anleggsarbeid etter forskriften § 4-1 bokstav c, slik at beregningen av anskaffelses verdi måtte vurderes samlet for de tre kontraktene jf. forskriften § 2-3 (7). Verdien oversteg terskelverdien og skulle vært kunngjort i medhold av forskriften del II. Innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at arbeidet ikke var kunngjort, jf. forskriften § 9-1, jf. § 2-1 (2). Innklagede ble ilagt et gebyr på 10 % av kontraktens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 5. mai 2014 i sak 2013/123

Klager: Frøvik Elektro AS

Innklaget: Sveio kommune

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

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Frøvik Elektro AS (heretter kalt klager) mottatt 23. oktober 2013. Saken gjelder kjøp av arbeider i forbindelse med ombygging av Sveio skole- Vigdartun i Sveio kommune.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 161 397 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede kontaktet Bjelland Elektro AS, Frøvik Elektro AS (heretter kalt klager) og Persson Elektro AS per e-post datert 21. mars 2012 vedrørende forespørsel om tilbud på elektrisk arbeid i forbindelse med ombygging av Sveio skole - Vigdartun. Det er opplyst at forespørsel også ble sendt til Apply TB. Innklagede skulle bygge om tre baserom til seks klasserom, og tre små grupperom skulle rives på skolen. I forbindelse med dette ville det bli "*noko riving, flytting og nye kursar + data*". Innklagede ville ha timepris på elektriker, servicebil, materialpris (% påslag netto) og vurdering av tidsbruk. Det skulle gjennomføres felles befaring 26. mars 2012, og frist for å levere tilbud var opplyst å være 10. april 2012. Bjelland Elektro AS og Apply TB leverte tilbud innen fristen.
- (4) I følge innklagede ble tilsvarende e-post vedrørende forespørsel om tilbud på tømrerarbeid sendt til Mesterbygg AS, Valvatne Bygg AS og Multi vedlikehold Drift AS. Alle de forespurte leverandørene leverte tilbud innen fristen 10. april 2012.

- (5) I et dokument benevnt "*Sveio skule, Ombygging Sveio skule –Vigdartun, tømrerarbeidet/elektrikerarbeider*", merket mars 2012, var tømrer- og elektrikerarbeidet beskrevet nærmere. Dokumentet skulle gis ut til oppdragsgivere som var med på den felles befaringen. Det fremgikk at innklagede ønsket tilbud på timepris elektriker, lærling og servicebil. I tillegg skulle det opplyses om antatt antall timer for rivningsarbeidet/montering og om påslag for materiell på netto innpris for entreprenøren.
- (6) Kontrakt om tømrerarbeid ble inngått mellom innklagede og Mesterbygg AS 7. mai 2012. I kontrakten fremgikk det at Mesterbygg AS påtok seg tømrerarbeidet i forbindelse med ombyggingen av skolen etter beskrivelsen i dokumentet "*Sveio skule, Ombygging Sveio skule –Vigdartun, tømrerarbeidet/elektrikerarbeider*". Arbeidet skulle i hovedtrekk være ferdig innen 1. juli 2012. Det fremgikk at vederlaget gjaldt riving- og byggearbeid. Eventuelle ekstra arbeider skulle avtales på forhånd, og materiell som ble brukt i bygget kom i tillegg til summen for arbeidet. Innklagede estimerte verdien av tømrerarbeidet til om lag 490. 000 kroner eks. mva.
- (7) Kontrakt om elektrikerarbeid ble inngått mellom innklagede og Bjelland Elektro AS 10. mai 2012. I kontrakten fremgikk det at Bjelland Elektro AS tok på seg elektrikerarbeidet i forbindelse med ombyggingen av skolen etter beskrivelsen i dokumentet "*Sveio skule, Ombygging Sveio skule – Vigdartun, tømrerarbeidet/elektrikerarbeider*". Arbeidet skulle i hovedtrekk være ferdig innen 1. juli 2012. Det fremgikk at vederlaget gjaldt riving- og byggearbeid. Eventuelle ekstra arbeider skulle avtales på forhånd og materiell som ble brukt i bygget kom i tillegg til den angitte summen. Innklagede estimerte verdien av denne kontrakten til om lag 380.000 kroner eks. mva.
- (8) For rørleggerarbeid i forbindelse med ombyggingen benyttet innklagede en avtale inngått med Thuestad Rør AS benevnt "***Rammeavtale for innkjøp og tjenester frå vår rørleggervirksomhet for Sveio kommune. Avtalen gjelder for 2 år med opsjon på 2 nye år. Avtalen vil bli indeksregulert etter SSB sine lønns og prisvekst beregninger, 1 gang januar 2013***". Dokumentet er signert av innklagede og Thuestad Drift AS 30. januar 2012. Innklagede estimerte verdien av dette arbeidet til om lag 100 000 kroner eks. mva.
- (9) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev datert 22. oktober 2013.
- (10) Innklagede har på forespørsel fra klagenemndas sekretariat fremlagt opplysninger om de faktiske kostnadene for prosjektet, per e-post av 25. mars 2014. Det er opplyst at oversikten gjelder "*pengebruken i prosjektet slik det ble til slutt*". I oversikten fremgår også utgifter blant annet til arkitekt, ventilasjon, boning, sparkling- og malerarbeid, samt søppel. Disse er ført under andre leverandører enn de nevnte kontraktspartene. Det er også inntatt utgifter til diverse materialer. Totalt har innklagede betalt 2 191 130 kroner inkl. mva. Eksklusive mva. utgjør dette 1 643 347 kroner.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. april 2014.
- (12) Ved brev av 8. april 2014 ble innklagede sendt forhåndsvarsel om illeggelse av gebyr. Klagenemndas varsel var basert på at de tre kontraktene om utførelse av elektriker-, tømrer- og rørleggerarbeid måtte anses som et bygge- og anleggsarbeid etter forskriften § 4-1 bokstav c, slik at beregningen av anskaffelses verdi måtte vurderes samlet for de tre kontraktene jf. forskriften § 2-3 (7). Verdien oversteg dermed terskelverdien og skulle vært kunngjort i medhold av forskriften del II. Innklagede hadde foretatt en ulovlig

direkte anskaffelse ved at arbeidet ikke var kunngjort, jf. forskriften § 9-1, jf. § 2-1 (2). Innklagede har kommentert forhåndsvarselet og har kommet med noen utfyllende opplysninger.

- (13) Basert på innklagedes kommentarer til forhåndsvarselet ba klagenemndas sekretariat om at innklagede dokumenterte at avtalen benevnt ***"Rammeavtale for innkjøp og tjenester frå vår rørleggervirksomhet for Sveio kommune. Avtalen gjelder for 2 år med opsjon på 2 nye år. Avtalen vil bli indeksregulert etter SSB sine lønns og prisvekst beregninger, 1 gang januar 2013"***, var kunngjort i henhold til regelverket. Innklagede kunne ikke dokumentere dette.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse ved kjøp av elektro-, rørlegger- og snekkerarbeid i forbindelse med ombygging av Sveio skole - Vigdartun.

Innklagedes anførsler:

- (15) Klagers anførsel bestrides. For elektro- og tømrerarbeid er det gjennomført konkurranse. For rørleggerarbeid er det benyttet rammeavtale. Det er dermed ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (16) Etter mottak av forhåndsvarselet har innklagede gjort gjeldende at gebyrsatsen er for høy. Det er vist til at det var en knapp tidsfrist til å gjennomføre et politisk vedtak om ombygging av skolen, og til at det ble gjennomført en begrenset anbudskonkurranse i den tro at det var tilstrekkelig til å oppfylle lovens krav. Prosjektet ble dyrere enn forutsatt. I tillegg anføres det at verdien av rørleggerarbeidet burde holdes utenfor gebyrgrunnlaget, da dette var omfattet av en rammeavtale om rørleggerarbeid.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt anskaffelser uten forutgående kunngjøring i tråd med regelverket i forbindelse med ombygging av Sveio skole – Vigdartun, og om det skal ilegges gebyr for dette.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

- (18) 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.
- (19) 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.
- (20) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Er anskaffelsen gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere.

- (21) I foreliggende sak inngikk innklagede kontrakter om tømrer- og elektroarbeid 7. og 10. mai 2012. For rørleggerarbeid ble det benyttet en "rammeavtale" datert 30. januar 2012, uten at det er opplyst når bestillingen i medhold av avtalen er skjedd. Innklagede har ikke gitt opplysninger om hvorvidt det er inngått øvrige kontakter i forbindelse med ombyggingsprosjektet, men nemnda legger til grunn at samtlige kontrakter er inngått før 1. juli 2012. Ettersom de nevnte kontraktene er inngått før 1. juli 2012 kan klagenemnda ta stilling til om kjøpene representerer en ulovlig direkte anskaffelse, og eventuelt ilegge gebyr.
- (22) 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.
- (23) Innklagede ble orientert om at det i saken var påstand om ulovlig direkte anskaffelse ved klagenemndas brev av 28. oktober 2013. Kontrakter ble i hvert fall ikke inngått tidligere enn 30. januar 2012. Klagen er derfor rettidig.
- (24) 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

- (25) 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. § 7b første ledd slik den lød før 1. juli 2012.
- (26) Innklagede inngikk tre separate kontrakter om elektriker, tømrer- og rørleggerarbeid i forbindelse med ombygging av Sveio skole. Dette er kontrakter om utførelse av arbeid som er omfattet av aktiviteter angitt i forskriften vedlegg 1, og må derfor anses som "*bygge- og anleggskontrakt[er]*", jf. definisjonen i forskriften § 4-1 bokstav c. Kunngjøringsplikten følger da av forskriften del II, jf. § 9-1, jf. § 2-1 (2). Oppdragsgiver har etter dette plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi over terskelverdien på 500.000,- kroner.
- (27) De tre kontraktene var enkeltvis estimert til verdier under terskelverdien. Den første problemstillingen blir derfor om de tre kontraktene skal ses i sammenheng i relasjon til terskelverdien.
- (28) I forskriften § 2-3 er det gitt regler om beregningen av anskaffelsers anslåtte verdi. Av forskriften § 2-3 (7) følger det at når "*et bygge- og anleggsarbeid er inndelt i flere delarbeider som det skal inngås særskilte kontrakter for samtidig, skal den anslåtte verdien av hvert delarbeid tas med i beregningen*". Et bygge- og anleggsarbeid er i forskriften § 4-1 bokstav c definert som et "*resultat av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon*".
- (29) Innklagede skulle bygge om deler av Sveio skole. For å gjennomføre dette inngikk innklagede i alle fall tre kontrakter om utførelse av elektriker-, tømrer- og rørleggerarbeid. Det er ikke tvilsomt at de ulike arbeidene utgjorde ett samlet prosjekt.

Ombyggingsarbeidene oppfylte til sammen en økonomisk og teknisk funksjon, som en integrert del av den eksisterende skolebygningen. Det er ikke tvilsomt at dette er et bygge- og anleggsarbeid etter forskriften § 4-1 bokstav c, jf. for øvrig EU-domstolens avgjørelse i sak C-16/98, hvor domstolen også fant at lavspentnettene i de 282 kommunene i det franske departementet (området) Vendée i regionen Pays de la Loire, utgjorde en "økonomisk og teknisk funksjon" ved at de ulike lavspentnettene innbyrdes kunne bindes sammen. Flere delkontrakter om elforsyningsarbeid på disse nettene, som var kunngjort samtidig, med samme innhold, og med felles geografisk ramme, måtte dermed vurderes samlet.

- (30) Det er ikke noen holdepunkter i foreliggende sak for at kontraktene ikke skal ses i sammenheng. Beregning av anskaffelsens verdi skal da gjennomføres etter forskriften § 2-3 (7), og verdien av arbeidene skal vurderes samlet.
- (31) Det er ubestridt at verdien av kontraktene samlet, uavhengig av om estimert beløp eller faktiske kostnader legges til grunn, oversteg terskelverdien for kunngjøring i medhold av forskriften del II. Innklagede skulle dermed ha kunngjort kontraktene i henhold til regelverket. Innklagede har på denne bakgrunn foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at arbeidet ikke ble kunngjort jf. forskriften jf. § 9-1, jf. § 2-1 (2).

Skyldkravet - loven § 7b første ledd

- (32) 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.
- (33) 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."

- (34) Innklagede inngikk tre ulike kontrakter, som i medhold av beregningsreglene skulle vært sett i sammenheng og kunngjort. Innklagede har, etter mottak av forhåndsvarselet, forklart at kontraktene ble inngått på den beskrevne måten fordi man hadde liten tid til rådighet, og i den tro at fremgangsmåten var tilstrekkelig til å oppfylle regelverket. I foreliggende sak kan dette ikke anses unnskyldelig. Når det i tillegg viser seg at de faktiske kostnadene, jf. premiss (10), ble betydelig høyere enn de estimerte kostnadene, tyder det også på at det ikke ble foretatt en forsvarlig vurdering av kontraktens anslåtte verdi, jf. forskriften § 2-3 (1). Innklagede skulle ha vurdert kontraktene samlet og kunngjort konkurransen etter regelverket. At innklagede unnlot å gjøre dette, må etter nemndas vurdering anses grovt uaktsomt. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (35) 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*".
- (36) 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 med reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas sak 2010/24 premiss (42) med videre henvisninger.
- (37) 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."*
- (38) Det er ikke tvilsomt at de tre kontraktene skulle vært sett i sammenheng og kunngjort etter regelverket. Innklagedes kommentar til forhåndsvarselet om hvorfor kontraktene ikke ble sett i sammenheng, kan ikke vektlegges. Det er heller ikke forklart hvordan verdien av kjøpene er estimert. Etter mottak av forhåndsvarselet har innklagede forklart at den totale kostnaden ble betydelig større fordi elektroarbeidet ble en del mer omfattende enn antatt, og at dette var upåregnelig. Etter klagenemndas vurdering, foreligger det ikke omstendigheter i denne saken som tilsier at gebyr ikke bør ilegges. Nemnda er derfor kommet til at overtredelsesgebyr bør ilegges i dette tilfellet.

Gebyrets størrelse

- (39) I følge innklagede er det betalt 2 191 130 kroner inkl. mva. totalt for prosjektet. Eksklusive mva. utgjør dette 1 643 347 kroner. Av postene som er oppgitt i oversikten fra innklagede, inkluderer totalbeløpet også utgifter til andre leverandører enn de som omfattes av de nevnte kontraktene, og som ikke har karakter av å være bygge- og anleggsarbeider. Innklagede har ikke gitt opplysninger om det er inngått øvrige kontakter i forbindelse med ombyggingsprosjektet. Klagers anførsler er for øvrig begrenset til å gjelde tømrer-, elektriker- og rørleggerarbeider.
- (40) Innklagede har etter mottak av forhåndsvarselet anført at verdien av rørleggerarbeidet burde holdes utenfor gebyrgrunnlaget, da dette var omfattet av rammeavtale om rørleggerarbeid. Innklagede har imidlertid ikke dokumentert at rammeavtalen er kunngjort i medhold av regelverket, selv etter anmodning om dette. Det legges derfor til grunn at rammeavtalen ikke er kunngjort i henhold til regelverket, og det gjøres derfor ikke fradrag for rørleggerarbeidet som ble anskaffet i medhold av rammeavtalen. Ved fastsettelsen av gebyrgrunnlaget tar klagenemnda på denne bakgrunn utgangspunkt i

totalbeløpet for ombyggingsprosjektet eks. mva. Dette utgjør 1 643 347 kroner. Fra dette beløpet trekkes utgiftene som er ført opp i kostnadsoversikten, og som ikke har karakter av å være bygge- og anleggsarbeider. Gebyrgrunnlaget utgjør da 1 613 979.

- (41) Ved utmålingen av gebyret skal det, som ved 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.
- (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 noe formildende retning tas hensyn til at innklagede tok kontakt med noen leverandører for å be om tilbud på arbeidene, og at anskaffelsens verdi ikke var særlig høy.
- (43) Det må likevel forventes at oppdragsgivere i planleggingen av anskaffelser gjør en reell vurdering av det som skal anskaffes, både i omfang og verdi. Ved fastsettelsen av gebyret viser klagenemnda til sak 2012/44, hvor det ble ilagt et gebyr på 10 % for anskaffelse av flere kontrakter om brøytetjenester, som til sammen var av tilsvarende verdi som i foreliggende sak.
- (44) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 10 % av anskaffelsens verdi. Gebyret avrundes da til kroner 161 397.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

”Sveio kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 161 397

- etthundreogsekstientusentrehundreognitteogsyv - 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, 5. mai 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn