



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har anskaffet byggherreombudstjenester, prosjektering og rådgivning i forbindelse med prosjektet flerbrukshus i Vardø, uten forutgående kunngjøring. I kontrakten var honoraret til valgte leverandør angitt til 5,5 millioner kroner. Innklagedes anførsel om at kontrakten var lovlig inngått, fordi den trådte "i stedet for" en kunngjort avtale med valgte leverandør fra 2006 førte ikke frem, og klagenemnda fant at kontrakten utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede hadde i det minste opptrådt grov uaktsomt i denne forbindelse, og ble ilagt et gebyr på ca. 12,5 % av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 5. mai 2014 i sak 2013/28

Klager: Rambøll Norge AS

Innklaget: Vardø kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Andreas Wahl og Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Rambøll Norge AS (heretter klager) av 15. mars 2013. Saken gjelder påstand om at Vardø kommune (heretter innklagede) har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av byggherreombud til prosjektet flerbrukshus i Vardø.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 685 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede har opplyst at kommunen den 14. mars 2012 inngikk en avtale med FAK Prokuria AS (heretter valgte leverandør) for anskaffelse av byggherreombud til prosjektet flerbrukshus i Vardø. Komplette honorar for oppdraget var i avtalen satt til 5,5 millioner kroner eksklusiv merverdiavgift.
- (4) Av kontrakten fremgikk at det var inngått avtale om prosjektering og rådgivning i forbindelse med prosjektet flerbrukshus i Vardø. Under avtalens punkt 1 var følgende angitt:

"1 For denne kontrakten gjelder NS 8401 Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag, med mindre annet følger av bestemmelsene nedenfor.

For denne kontrakt gjelder dessuten:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no

Nettside: www.kofa.no

Avtalen er i stede for avtale om prosjektering av basseng som ble inngått i 2006. Avtalen omhandlet komplett prosjektering og oppfølging i byggefasen for alle fag og var basert på hovedentreprisemodell.

2 Beskrivelse av oppdraget

Avtalen omfatter byggherreombud for gjennomføringen av samspillkontrakten med Bjørn Bygg AS. Byggherreombudet skal ivareta byggherrens interesser i alle deler som omhandler økonomi, kvalitet og fremdrift."

- (5) Det ble videre opplyst at oppdraget på avtaletidspunktet var påbegynt, og at antatt ferdigstillelse var i 2013. I avtalens punkt 6 fremgikk priser for oppdraget:

"Pris for oppdraget beregnes på følgende måte:

Honorar i kontraheringsfasen av entreprenør kr. 1.250.000,-

Byggherreombud fase 1 kr. 500.000,-

Byggherreombud fase 2 kr. 3.750.000,-

Honorar komplett: kr. 5.500.000,- eks.mva."

- (6) Innklagede har forklart at avtalen inngikk i et større avtalekompleks for oppføring av flerbrukshus i Vardø. I dokumentet "*Kostnadsoverslag*" fra skisseprosjektfasen, datert 6. februar 2011, var kostnader for prosjektet basseng og flerbrukshus i Vardø¹ angitt til totalt kroner 144 135 000. Kostnader for posten "*Administrasjon, 3. parts kontroll*" var angitt til kroner 5 450 000.

- (7) Forut for avtalen om byggherreombud av 14. mars 2012 ble det gjennomført en beslutningsprosess i Vardø kommune. I saksfremlegg "*Anskaffelse av tjenester – Byggherreombud Flerbrukshus*", rådmannens forslag til vedtak, saksnummer 10/122, ble blant annet følgende angitt:

"Bystyret fattet i møte 12.01.2012 sak 1/12, som del av vedtak;

Prosjektet løses i en samspillskontrakt mellom byggherre, planleggere og entreprenører, hvor økninger eller reduksjoner i fht måltall fordeles etter avtalt faktor(er). Management (byggeledelse, oppfølging etc) godkjennes tatt inn i samspillskontrakt med Bjørn Bygg AS.

Med bakgrunn i bystyrets vedtak ble det gjennomført forhandlinger med Bjørn Bygg AS om management, heretter benevnt byggherreombud. [...]

[...] I prosjektets kostnadsramme er byggherreombud beregnet til kr. 5 500 000,- eks mva, noe som vil være mulig å kunne oppnå dersom dette tas ut av samspillkontrakt, men direkte kontraheres av Vardø kommune. [...]

¹ Av nettsiden <http://www.peab.no/Prosjekter/Offentlige-bygg/Vardo-flerbrukshus/> fremgår det følgende om byggeprosjektet Vardø flerbrukshus: "Bygget blir totalt 5.500 m2. Det vil inneholde bassengdel med 25 meters basseng, sklie, stupetårn, barnebasseng, boblebad, garderøber og badstuer. I flerbrukshuset blir det også kultursal med skyveamfi, brytearena og en foaje som forbinder flerbrukshuset med eksisterende rådhus."

Ut fra anslåtte kostnader basert på erfaringstall og begrenset markedskonkurranse er det ikke overveiende sannsynlig at forespørsel i markedet vil gi lavere pris.

FAK Prokuria er i avtaleforslag for samspillskontrakt gitt rollen som byggherreombud. [...]

Totalt er 4 konsultentselskap engasjert av Bjørn Bygg AS til prosjekteringsoppgaver, herunder arkitekt Lorentz Kielland, Barlindhaug Consult, Norconsult og Rambøll. Funksjonen som byggherreombud består i oppfølging- og kontroll av entreprenørens arbeid i gjennomføringsfasen for byggeprosjektet.

Tjenesteleverandører som utfører oppgaver for entreprenør vil derfor ikke nødvendigvis bli oppfattet som objektive.

Med kjennskap til regionalt marked vil det kunne bli få tilbydere for tjenester som er aktuelle.

Lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter setter krav til konkurranse på kjøp av tjenester når terskelverdier overstiges, slik som i gjeldende tilfelle. Brudd på regelverket kan medføre foretaksstraff i form av gebyr, anslagsvis 15 % av anskaffelseskostnad.

Med bakgrunn i de ulike oppståtte problemstillinger kunne og fortsatt kan oppstart av byggefasen bli påvirket med utsettelse til 2013.

Prosjektet ble derfor delt opp i 2 trinn hvor trinn 1 er planlegging fram til utførelse. Trinn 1 ble iverksatt nov 2011 og foruten entreprenørens planleggingsutgifter er påbeløpt vel kr. 500 000,- som inngår i rollen som byggherreombud."

- (8) Av møteprotokoll fra Vardø kommunes formannskap, datert 13. mars 2012, fremgikk at det ble vedtatt å behandle en tilleggssak; Sak 14/12: "Anskaffelse av tjenester – Byggherreombud - Flerbrukshuset", og følgende vedtak ble fattet:

"Det opptas forhandlinger, med sikte på endelig kontrakt for tjeneste byggherreombud for flerbrukshuset med FAK Prokuria AS. Kostnadsramme er gitt i skisseprosjekt. Framforhandlet avtale signeres av rådmannen på vegne av Vardø kommune som oppdragsgiver."

- (9) I protokoll for anskaffelse av basseng og flerbrukshus i Vardø – Byggherreombud, datert 13. mars 2012 ble det opplyst at den anslåtte verdien av kontrakten var på fem millioner kroner. Videre fremgikk følgende under punkt 1.5 "Hvilke forhold tillater oppdragsgiver å gjøre bruk av prosedyrer som krever særskilt begrunnelse":

"Ved utlysning av byggeprosjektet innkom ingen tilbud. Byggherre måtte opptre aktivt i markedet for å få entreprenører til å gi tilbud og fikk etter hvert 2 tilbud. Til et så omfattende prosjekt er man avhengig av større entreprenører.

Påbeløpte planleggingsutgifter er vesentlige og kommet så langt i prosessen at en utsettelse av byggestart vil medføre betydelige kostnader.

Begrunnet i klimatiske forhold med forutsetning om byggestart i 2012 bør byggestart i mai opprettholdes. Overholdes ikke planlagt oppstart må prosjektet vurderes utsatt til våren 2013. Uansett vil utvendig vinterarbeid føre til økte kostnader ved gjennomføring.

I regionalt marked er tjenesteytere som ville vært aktuelle til funksjonen byggherreombud vurdert ikke å være aktuelle ut fra objektivitetskriteriet, da disse deltar i prosjekteringsoppgaver hos entreprenør. Markedet anses derfor som svært begrenset.

FAK Prokuria har etter å ha vunnet anbudskonkurranse for prosjektering -fram til kontrahering i opprinnelig prosjekt etter modell hovedentreprise vært inne i og har inngående kunnskap i prosjektet.

Gitt forannevnte og for å unngå utsettelse av byggestart har Vardø kommune valgt å foreta direkteanskaffelse av tjeneste for byggherreombud."

- (10) Innklagede har fremlagt en avtale mellom innklagede og FAK Arkitekter AS (valgte leverandørs tidligere navn), datert 12. september 2006, som gjaldt prosjektering og rådgivning i forbindelse med prosjektet "*Basseng i Vardø*". Innklagede har forklart at dette dreide seg om rehabilitering av svømmeanlegg i eksisterende velferdsbygg, hvor det var planlagt en 25 meter svømmehall som nybygg. Under avtalens punkt 1 fremgikk følgende:

"1 For denne kontrakten gjelder NS 8401 Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag, med mindre annet følger av bestemmelsene nedenfor.

For denne kontrakt gjelder dessuten:

- Anbud fra prosjekteringsgruppen*
- Anbudsgrunnlaget*

2 Beskrivelse av oppdraget:

"Forprosjektering, detaljprosjektering, kontrahering, oppfølging i utførelses- og reklamasjonstiden i henhold til anbudsgrunnlaget datert 17.06.05. I tillegg inngår prosjektering av renseanlegg (honorar er justert for dette).

Pr. i dag er kun forprosjekt vedtatt igangsatt. Tiltakshaver har derfor rett til å stoppe videre prosjektering etter forprosjekt."

- (11) Det ble videre i avtalens punkt 4 "*Tidsfrister*" opplyst at forprosjektet skulle være ferdig innen utgangen av 2006, og at oppdraget skulle være ferdig ved "*utløp av garantiperiode*". I avtalens punkt 6 fremgikk priser for oppdraget:

"Pris for oppdraget, beregnes på følgende måte:

Honorar forprosjekt: kr. 457.000,- eks. mva.

Honorar detaljprosjektering: kr. 1.899.000,- eks. mva.

Honorar komplett: kr. 2.356.000,- eks. mva."

- (12) Innklagede har opplyst at rehabiliteringsprosjektet fra 2006 ble stoppet grunnet velferdsbyggets totale tekniske tilstand, og at velferdsbygget ble besluttet sanert.
- (13) Saken ble brakt inn for klagenemnda 15. mars 2013.

- (14) Innklagede har i brev 27. mars 2014, etter henvendelse fra klagenemndas sekretariat, gitt tilbakemelding på hva som ligger i avtalen av 14. mars 2012 punkt 6 *"Priser for oppdraget, utgifter"*. I relasjon til punkt 6 og underpunktet *"Honorar i kontraheringsfasen av entreprenør"* har innklagede vist til følgende: *"[K]ontrahering var avtalt tidligere og i hovedsak slutført 26. januar 2012, selv om samspillsavtalen fordrer oppfølgende kontrahering også i byggeperioden."* Videre har innklagede vist til følgende om samspillskontraktens ulike faser: *"Samspillskontraktens fase 1 er formulert slik – utarbeidelse av revidert tegningsforslag ut fra foreslåtte endringer i kontraheringsfasen med et tilhørende prosjektforslag."*

Etterfølgende detaljprosjektering og utførelse utgjør fase 2. [...] Vardø kommunes oppfatning er at i samspillskontrakt er det overlapping av de ulike faser."

- (15) Innklagede har også opplyst følgende om flerbrukshus prosjektet ulike faser:

"I innledende fase, seneste kontraktsforhandlinger 25.01.2012 var intensjon om at byggherreombud skulle inngå i samspillkontrakt. Dette ble senere fraveket. Det ble da tatt opp forhandlinger med Bjørn Bygg A/S og kontraktsforhandlinger ble gjennomført 25.01.2012. Oppfulgt av samspillskontrakter for fase 1 og fase 2 den 26.01.2012."

26.01.2012 var kontraheringsfasen i hovedsak slutført.

Prosjektets fase 1 var i tidsrommet 26.01- 15.05.2012, avløst av eget kontraktsformular 3466, datert 15.05.2012, først signert 09.08.2012. [...]"

- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 31. mars 2014.
- (17) Ved brev av 2. april 2014 ble innklagede sendt forhåndsvarsel om illeggelse av gebyr på kroner 685 000. Innklagede innga kommentarer til forhåndsvarselet ved brev av 25. april 2014.
- (18) Saken er etter dette ferdigbehandlet i nemnda.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre anskaffelse av byggherreombud i forbindelse med byggingen av Vardø flerbrukshus. Kontraktssummen var på 5, 5 millioner kroner, og mange aktører i markedet er fratatt muligheten til å konkurrere om oppdraget. Innklagedes avtale med valgte leverandør av 14. mars 2012 har ikke tilknytning til avtalen med valgte leverandør fra 2006. Valgte leverandør har videre ikke levert tilbud på oppdraget, og kontraktssummen er hentet fra skisseprosjektet til Vardø flerbrukshall, som er utarbeidet av valgte leverandør i 2011. Det gjøres oppmerksom på at også oppdraget med prosjektering av basseng og flerbrukshus i Vardø i 2010, ble tildelt valgte leverandør ved en ulovlig direkte anskaffelse, men at dette forhold er foreldet.

Innklagedes anførsler:

- (20) Det bestrides at det er gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved avtalen om byggevernombud av 14. mars 2012, da avtalen trer *"i stedet for"* kontrakten med FAK Arkitekter AS av 12. september 2006, som var inngått etter forutgående anbudskonkurranse.
- (21) Avtalen fra 2006 gjaldt rehabilitering av eksisterende svømmeanlegg i et velferdsbygg fra 1960-tallet. Kommunen ønsket å bygge om svømmeanlegget til sanitæranlegg, samt å bygge en ny 25 meter lang svømmehall i tilknytning til det eksisterende velferdsbygget. Da velferdsbyggets totale tekniske tilstand ble klarlagt, valgte innklagede imidlertid å stoppe prosjektet før alle ytelser i inngått avtale av 12. september 2006 var utført. Velferdsbygget ble senere besluttet sanert.
- (22) Innklagede vurderte likevel ikke avtaleforholdet som opphørt, og valgte å benytte tjenester i medhold av 2006-avtalen til prosjektering av et nytt og justert prosjekt, som gjaldt byggingen av flerbrukshus i Vardø. Innklagedes intensjon var å gjennomføre en bygge- og anleggsanskaffelse som et totalprosjekt, og dette prosjektet ble lyst ut på Doffin. Ingen leverandører leverte imidlertid inn tilbud, og innklagede tok dermed kontakt med ulike entreprenører med det resultat at to entreprenører leverte inn tilbud. Det ble så inngått samhandlingsavtale med Bjørn Bygg AS for oppføringen av flerbrukshuset. Utgangspunktet var at "management" (byggeledelse, oppfølging etc.) skulle leveres i medhold av samspillskontrakten med Bjørn Bygg AS, men etter forhandlinger ble det valgt å holde "management" utenfor samspillskontrakten. Det var dermed behov for et eksternt firma for funksjonen byggherreombud i prosjektet.
- (23) Prosjektet har pågått i nærmere 10 år, og det har vært vanskelig både å finne løsninger og entreprenør til oppføring av flerbrukshuset, samt tilbydere for de aktuelle byggherreombudstjenester. Av hensyn til planlagt oppstart av bygge- og anleggsarbeidene og avtalen med Bjørn Bygg AS var innklagede under tidspress. En mulig kontraktsinngåelse med valgte leverandør ble dermed på kort varsel fremmet for formannskapet, og etter grundige vurderinger i formannskapet ble anskaffelsen foretatt med begrunnelse gitt i protokoll.
- (24) I sine kommentarer til forhåndsvarselet har innklagede vist til at kontraktsposten *"Byggherreombud fase 1"* ikke nødvendigvis er betegnende for arbeidene som i denne forbindelse ble utført, fordi det normalt kun er utførelsesfasen som regnes som byggherreombudstjenester. Innklagede viser til at prisposten *"Honorar i kontraheringsfasen av entreprenør"* ikke er en del av byggherreombudleveransen, og at *"Byggherreombud fase 1"* kan betraktes tilsvarende. Det er for øvrig bekreftet at fase 1 i prosjektet ble igangsatt i november 2011, og pågikk parallelt med kontraheringsarbeidet.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre konkurranse om byggherreombud til prosjektet flerbrukshus i Vardø kommune. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke et krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (26) 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.

- (27) 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.
- (28) 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 lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69 § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom foreliggende sak gjelder kontrakt inngått 14. mars 2012, er det klagenemnda som skal behandle saken.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (29) Av loven § 7b første 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.
- (30) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre anskaffelse av byggherreombud til Vardø flerbrukshus.
- (31) Innklagede inngikk 14. mars 2012 kontrakt med valgte leverandør for oppdrag om byggherreombud i tilknytning til oppføringen av Vardø flerbrukshus. Det er ubestridt at anskaffelsen ikke ble kunngjort, og at verdien av anskaffelsen oversteg terskelverdien i forskriften § 2-2 for tjenestekontrakter.
- (32) Innklagede har fremholdt at avtalen om kjøp av byggherreombud trer i stedet for avtale inngått med valgte leverandør 12. september 2006 om prosjektering av basseng i Vardø. Spørsmålet for klagenemnda blir om kontrakten av 14. mars 2012 må anses som en lovlig endring av kontrakten fra 2006, og derfor ikke er kunngjøringspliktig.
- (33) Avtalen fra 2006 gjaldt ifølge innklagede prosjektering og rådgivning i forbindelse med rehabilitering av svømmeanlegg med en 25 meter svømmehall som nybygg. Av kontrakten fremgår det at realytelsene som omfattes er: Forprosjektering, detaljprosjektering, kontrahering, samt oppfølging i utførelses- og reklamasjonstiden, i henhold til anbudsgrunnlag datert 17. juni 2005. I tillegg inngikk prosjektering av renseanlegg. Innklagede har forklart at dette prosjektet ble stoppet og velferdsbygget besluttet sanert.
- (34) Avtalen fra 2012 gjelder anskaffelse av byggherreombud for gjennomføring av samspillskontrakten med totalentreprenør Bjørn Bygg AS i forbindelse med oppføringen av Vardø flerbrukshus. Selv om avtalene fra 2006 og 2012 omfatter delvis samme type tjenester, gjelder avtalene to atskilte og svært ulike prosjekter. Prosjektet Vardø flerbrukshus gjelder et nytt bygg under oppføring, og er et stort og omfattende prosjekt budsjettert til 144 millioner kroner. Byggherreombudtjenester til dette prosjektet er således av vesentlig større omfang, noe som også gjenspeiles i at prisen på tjenestene nesten er doblet fra 2,35 til 5,5 millioner kroner. Avtalen av 14. mars 2012 er således både kvalitativt og kvantitativt noe annet enn avtalen knyttet til rehabiliteringsprosjektet fra 2006. Etter klagenemndas syn må avtalen fra 2006 for alle tilfeller anses bortfalt når

rehabiliteringsprosjektet ble stoppet. Basert på dette utgjør kontrakten av 14. mars 2012 en ny separat kontrakt som krever kunngjøring etter forskriften, og er dermed ingen endring av tidligere inngått avtale fra 2006. Dersom 2012-kontrakten likevel betraktes som en endring, er denne endringen vesentlig, og kontrakten skulle vært kunngjort også på dette grunnlag, jf. blant andre EU-domstolens sak C-454/06 (Pressetext) premiss (34), og blant andre klagenemndas saker 2011/349, 2012/119 og 2012/127.

- (35) Innklagede har i kommentar til forhåndsvarsel uttalt at prispostene "*Honorar i kontraheringsfasen av entreprenør*" og "*Byggherreombud fase 1*" ikke er en del av byggherreombudleveransen. Det er uklart for nemnda om innklagede med dette mener at tjenestene som ble utført under disse postene ikke utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, og eventuelt på hvilket grunnlag.
- (36) Det fremstår ikke tvilsomt at de tjenestene innklagede har kjøpt av valgte leverandør i forbindelse med oppføringen av Vardø flerbrukshus skal ses samlet. Av forskriften § 2-3 (1) følger det at anskaffelsens anslåtte verdi beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av "*det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, ekskl. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen*". Av § 2-3 (7) følger det at når en tjeneste er inndelt i flere delarbeider som det skal inngås særskilte kontrakter for samtidig, "*skal den anslåtte verdien av hvert delarbeid tas med i beregningen*". Verdien av prispostene i kontrakten overstiger uansett også enkeltvis terskelverdiene for kunngjøring av kontrakten.
- (37) Innklagede har også begrunnet anskaffelsen med at kommunen var under tidspress med hensyn til planlagt oppstart med entreprenør Bjørn Bygg AS, samt at det har vært vanskelig både å finne løsninger og tilbydere for de aktuelle tjenester. Innklagede har imidlertid ikke anført at noen av unntakene fra kunngjøringsplikten i forskriften kommer til anvendelse, og klagenemnda tar derfor ikke stilling til dette. På denne bakgrunn har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b.

Hvorvidt anskaffelsen er foreldet

- (38) Av klagenemndeforskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter loven § 7b tredje ledd. 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 klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I foreliggende sak ble klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse oversendt innklagede ved klagenemndas brev av 4. april 2013.
- (39) Innklagede har vist til at avtalen om byggherreombud ble inngått med valgte leverandør allerede i 2006. Klagenemnda har imidlertid ovenfor konkludert med at avtalene med valgte leverandør fra 2006 og 2012 utgjør ulike kontrakter, og starttidspunktet for foreldelse er dermed ikke 12. september 2006. Den aktuelle kontrakten ble inngått skriftlig den 14. mars 2012. Det fremgår imidlertid av avtalens punkt 6 at kontrakten omfatter tre deler, herunder "*Honorar i kontraheringsfase av entreprenør*", "*Byggherreombud fase 1*" og "*Byggherreombud fase 2*". Ut fra sakens opplysning ble disse tre deler utført på ulike tidspunkt i prosjektet, og delvis før kontraktsignering. Innklagede har vist til at kontraktsforhandlinger med Bjørn Bygg AS ble gjennomført 25. januar 2012, og at kontraheringsfasen var sluttført 26. januar 2012. Innklagede har videre forklart at prosjektets fase 1 ble gjennomført i tidsrommet 26. januar – 15. mai 2012, mens det i saksfremlegg "*Anskaffelse av tjenester – Byggherreombud*"

Flerbrukshus" fremgår at Trinn 1 ble iverksatt i november 2011. Innklagede har i kommentar til forhåndsvarsel bekreftet at dette er riktig. Det er ikke holdepunkter for at deler av kontraktarbeidene er foreldet, jf. loven § 7b tredje ledd. Klagen er rettidig.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (40) 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.

- (41) 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."

- (42) Det forutsettes i forarbeidene at offentlige oppdragsgivere har god oversikt over regelverket om offentlige anskaffelser. Innklagede begrunner den manglende kunngjøringen av avtalen om byggherreombud med at det var ønskelig å opprettholde fremdriftsplanen med byggestart i 2012, samt at markedet for tjenesten ble vurdert som begrenset. I følge protokoll for anskaffelsen av 13. mars 2012 synes innklagede imidlertid bevisst på at det på grunn av forannevnte forhold gjennomføres en ulovlig direkte anskaffelse. Det måtte fremstå som forholdsvis klart at innklagedes begrunnelse for å kontrahere med valgte leverandør ikke var tilstrekkelig til å begrunne unntak fra kunngjøringsreglene. Det er ikke tvilsomt at avtalen om kjøp av byggherreombud skulle ha vært kunngjort.
- (43) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede i det minste har opptrådt *"grovt uaktsomt"* ved å inngå kontrakt med valgte leverandør om anskaffelse av byggherreombud til prosjektet Vardø flerbrukshus uten kunngjøring, jf. loven § 7b.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (44) 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"*.
- (45) 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.

- (46) 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."

- (47) Det foreligger i denne saken en klar overtredelse av kunngjøringsplikten, og innklagede har opptrådt grovt uaktsomt. Anskaffelsens verdi er ikke ubetydelig, og nemnda kan ikke se at det foreligger særskilte formildende omstendigheter i saken. Klagenemnda er derfor kommet til at det bør ilegges gebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (48) 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 andre ledd, første setning. Opplistingen av hva som kan vektlegges, er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. lovens § 7b andre ledd, annen setning.
- (49) Når det gjelder gebyrets størrelse, vises det til de vurderinger som er gjort ovenfor om skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. Preventive hensyn taler for at gebyret settes høyt. Klagenemndas avgjørelse i sak 2011/349 har visse likhetstrekk med foreliggende sak. I denne saken hadde innklagede inngått en avtale om bygging av ny gang- og sykkelvei uten forutgående kunngjøring, og kontrakten kunne ikke anses omfattet av kunngjort avtale om drift og vedlikehold av eksisterende riksveier og gang- og sykkelveier langs disse. Innklagede ble ilagt et gebyr på 10 prosent av anskaffelsens verdi, for å ha anskaffet tjenester til en verdi av 2,3 millioner kroner. I formildende retning ble vektlagt at timeprisene som ble anvendt for grave- og rekkverksarbeidet hadde vært gjenstand for konkurranse. I nærværende sak har innklagede ikke gjort noe for å sikre konkurranse om den aktuelle kontrakten. Selv om innklagede viser til at det var få aktuelle tilbydere, har innklagede ikke vist til at kommunen konkret har vurdert eller forespurt andre leverandører. Dette taler for et høyere gebyr enn i sak 2011/349. Hva gjelder de grunner innklagede viste til ved beslutningen om å kontrahere direkte med valgte leverandør, utgjorde disse åpenbart ikke unntak fra kunngjøringsreglene. Anskaffelsen fremstår som et bevisst valg som primært var forårsaket av interne vurderinger og manglende planlegging hos innklagede.
- (50) Av kontrakten datert 14. mars 2012 fremgår at honoraret for oppdraget komplett påbeløper seg til 5,5 millioner kroner. Prisen for oppdraget er imidlertid delt opp i tre kategorier som er knyttet til henholdsvis kontrahering av entreprenør og byggherreombudstjenester i to faser. Uavhengig av om det ble inngått avtale om de ulike tjenester på ulike tidspunkt, jf. premiss (34) over, må dette anses som en samlet anskaffelse. Ved beregningen av anskaffelsens verdi skal man legge til grunn

"oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, eks. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen", jf. forskriften § 2-3 første ledd.

- (51) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til ca. 12,5 prosent av anskaffelsens verdi, avrundet til kroner 685 000,-.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

*Vardø kommune ilegges et overtredelsesgebyr på kroner 685 000 –
sekshundreogåttifemtusen – 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 prøvet for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

Bergen, 5. mai 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl