



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda kom til at Storfjord kommune hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse av tjenester til vintervedlikehold av kommunale veier. Nemnda ila et gebyr på 190 000 kroner, som utgjorde syv prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 5. juni 2023 i sak 2022/1384

Klager: Ryeng Anlegg AS

Innklaget: Storfjord kommune

Klagenemndas medlemmer: Karin Fløistad, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

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

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Storfjord kommunes (heretter *innklagedes*) kjøp av tjenester til vintervedlikehold av kommunale veier. Ryeng Anlegg AS (heretter *klager*) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 24. oktober 2022. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede den 11. oktober 2022.
- (2) Klagenemnda er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 190 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede kunngjorde 1. juli 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester som skulle gjelde for perioden 2022 til 2026.
- (4) Klager klaget på anskaffelsen 29. august 2022, og viste blant annet til at konkurransegrunnlaget inneholdt en rekke feil. Det var uklart hvilken anskaffelsesprosedyre som gjaldt, og i tillegg heftet det flere feil ved utformingen av tildelingskriteriene. Klager anførte at feilene medførte avlysningsplikt.
- (5) Innklagede avlyste konkurransen 6. september 2022, som følge av at konkurransegrunnlaget inneholdt feil som medførte avlysningsplikt.
- (6) Innklagede kunngjorde 17. september 2022 en ny åpen anbudskonkurranse for de samme vintervedlikeholdstjenestene. Anskaffelsens verdi var estimert til 10 millioner kroner ekskl. mva. Kontraktens varighet var angitt fra 1. oktober 2022 til 1. mai 2026 med mulighet for opsjon på 2+1+1 år.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (7) Klager klaget på konkurransen i brev av 30. september 2022, og viste til at det ikke var adgang til å benytte minimumsfristene i forskriften § 20-2, ettersom årsaken til at anskaffelsen hastet skyldtes innklagede selv. Denne konkurransen ble avlyst av innklagede 21. oktober 2022.
- (8) Den 18. oktober 2022 sendte innklagede en tilbudsforespørsel til utvalgte leverandører om konkurranse om vintervedlikeholdstjenester for perioden «November og desember 2022 eller til ny kontrakt er etablert».
- (9) I konkurransegrunnlaget var det angitt at innklagede ville inngå kontrakt uten å ha kontakt med leverandører utover å foreta eventuelle mindre avklaringer/dialog av tilbudene. Det var også angitt at «[d]ette er en midlertidig kontrakt i påvente av at kommunen legger ut en mer langsiktig konkurranse for vintervedlikehold».
- (10) Kontrakten for november til desember 2022 hadde en estimert verdi på 1 millioner kroner ekskl. mva. Følgende fremgikk av evalueringsmodellen:

«1. Evalueringsmetode er rent matematisk

2. Modellen legger til grunn følgende parameter

- Sesong er 7 mnd
- 6 snøfall pr måned, totalt 42 snøfall pr sesong
- Estimert antall kjørte km pr måned, jmf tabell under
- Estimert antall timer pr måned, jmf tabell under
- Fast godtgjøring pr mnd

3. Evalueringssum vil være fast godtgjøring + (stipulert x tilbudspris)»

- (11) Følgende tabell var vedlagt dokumentet med evalueringsmodellen:

Rode	Fast godtgjøring pr mnd	Stipulert pr mnd	Km pris	Stipulert pr mnd	Timepris	Evalueringssum
Rode 1A:	Kr 60 000,00	50 km	Kr 30,00			Kr 61 500
Rode 1B:	Kr 76 465,00	22 km	Kr 30,00	12 timer	Kr 700,00	Kr 85 525
Rode 2A:	Kr 35 000,00	28 km	Kr 30,00			Kr 35 840
Rode 2B:	Kr 76 462,00	60 km		24 timer	Kr 700,00	Kr 92 462
Rode 3:	Kr 32 763,60	132 km	Kr 30,00			Kr 36 723
Rode 4:	Kr 65 527,20	300 km	Kr 30,00			Kr 74 527
Rode 5:	Kr 43 684,80	55 km	Kr 30,00			Kr 45 334
Rode 6A:	Kr 10 714,80	44 km	Kr 30,00			Kr 12 034
Rode 6B:	Kr 10 714,80			36 timer	Kr 700,00	Kr 35 914

Sum Kr 479 859

- (12) Kontrakt ville tildeles tilbudet med lavest pris.
- (13) Det var inntatt et prisskjema, hvor det ble bedt om fastpris per måned for hver rode. Det var angitt at fastpris gjaldt all produksjon, også strøsand.

- (14) Tre leverandører leverte tilbud, herunder klager, Baks AS og Koht & Sønner AS.
- (15) Den 3. november 2022 ble klager tildelt delområdene Oteren og Hatteng, Koht & Sønner AS ble tildelt Skibotn og Baks AS ble tildelt Signaldalen.
- (16) Den 8. november 2022 trakk innklagede tildelingen, og det ble gjennomført en ny tildeling dagen etter. Klager ble fremdeles tildelt delområdet Oteren og Hatteng, mens Baks AS ble tildelt Signaldalen og Skibotn.
- (17) Klager møtte innklagede til kontraktsignering den 9. november 2022, men det ble ikke signert kontrakt som følge av uenigheter knyttet til kontraktsvilkår og prising av arbeidet.
- (18) Den 10. november 2022 fikk klager beskjed om at tildelingen var trukket tilbake. Innklagede inngikk deretter kontrakt med Baks AS for samtlige roder. Av kontrakten fremgikk det at det var avtalt fastpris på totalt 1 164 000 kroner ekskl. mva.
- (19) Både klager og Koht & Sønner AS sendte inn flere klager til innklagede om gjennomføringen av konkurransen. Leverandørene anførte blant annet at Baks AS skulle ha vært avvist fra konkurransen. Innklagede avviste samtlige klager fra leverandørene.
- (20) Innklagede kunngjorde den 15. november 2022 en ny konkurranse for anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester. Anskaffelsens verdi var estimert til 30 millioner kroner ekskl. mva. Kontraktens varighet var angitt til 29 måneder, med mulighet til forlengelse frem til 31. mai 2030. I brev av 2. desember 2022 stilte klager flere spørsmål vedrørende uklarheter og motstridende opplysninger i kunngjøringstekst og konkurransegrunnlaget tilknyttet konkurransen. Denne konkurransen ble deretter avlyst den 11. desember 2022.
- (21) Klager og Koht & Sønner AS fremsatte den 23. november 2022 begjæring om midlertidig forføyning for å stanse gjennomføringen av kontraksarbeiderne for november og desember 2022 mellom Baks AS og innklagede. Av kjennelse datert 15. desember 2022 ble begjæringen om midlertidig forføyning avvist. Innklagede hadde inngått kontrakt med Baks AS, og det var derfor ikke lenger mulig å beslutte midlertidig forføyning. At innklagede ikke hadde oppstilt klage- og karensfrister, kunne ikke danne grunnlag for unntak fra anskaffelsesloven § 9.
- (22) Innklagede har opplyst at de innhentet juridisk veiledning for å gjennomføre hastekjøp for januar og februar 2023 i tråd med regelverket. Av juridisk notat datert 13. desember 2022 ble innklagede gjort oppmerksom på at innklagede måtte foreta en forsvarlig vurdering av anskaffelsens anslåtte verdi. Det var tidligere tatt utgangspunkt i at verdien ville være under 1,3 millioner kroner, men at dette ikke lot seg gjennomføre på nåværende tidspunkt. Innklagede ble rådet til å benytte seg av unntakshjemmelen i forskriften § 5-2 (1) bokstav g, såfremt anskaffelsens verdi forsvarlig kunne beregnes til under 2,2 millioner kroner. Vurderingsgrunnlaget som advokaten hadde fått oversendt var ikke tilstrekkelig, da estimatet verken var dokumentert eller tidfestet. Det ble også bemerket at innklagede påtok seg en risiko ved å anvende unntaksbestemmelsen, og dermed risikerte overtredelsesgebyr fra klagenemnda.
- (23) Av eget vurderingsnotat datert 13. desember 2022, fremgikk det at kjøp av vintervedlikeholdstjenester for januar og februar 2023 var vurdert til mellom 1,3 til 1,8 millioner kroner ekskl. mva. Grunnlaget for verddivurderingen var historiske tall og

faktura, og særlig tall fra 2021/2022 sesongen var aktuelle ved vurderingen. Videre fremgikk følgende under notatets konklusjon:

«Tiden fram til 1. januar 2023 er for kort til at anskaffelsen kan gjennomføres helt etter lovens bestemmelser, uansett hvilket alternativ man velger. Kontraktens kompleksitet vurderes til å være liten, da den er av kort varighet og har få krav til utførelsen. Gjennomføres anskaffelsen som Del I, da det ikke finnes annen mulighet, og da med risiko for at anskaffelsen blir innklaget for KOFA.»

- (24) Innklagede sendte den 14. desember 2022 ut en ny tilbudsforespørsel til utvalgte leverandører for vintervedlikeholdstjenester for januar og februar 2023. Kontraktperioden var angitt fra 1. januar til 28. februar 2023. Den anslåtte verdien på anskaffelsen var mellom 1,3 til 1,8 millioner kroner ekskl. mva. Frist til å inngi tilbud var 21. desember 2022.
- (25) I konkurransegrunnlaget var det angitt at innklagede gjennomførte en prisforespørsel for vintervedlikehold av veier og områder i Storfjord kommune. Under punkt 1.3 «Regler og prosedyre» var det angitt følgende:
- «Konkurransen gjennomføres som en prisforespørsel. Da det er tale om et nødvendig dekningskjøp grunnet en tidligere avlyst konkurranse, kommer ikke anskaffelsesforskriften del II til anvendelse, jf. anskaffelsesforskriften § 5-2 (1) bokstav g. Prisforespørselen reguleres etter lov om offentlige anskaffelser LOV-2016-06-17-73 og anskaffelsesforskriftens del I, FOR-2019-08-12-974.»*
- (26) Det var i konkurransegrunnlaget angitt at dette var en midlertidig kontrakt, i påvente av at innklagede fikk kunngjort en langsiktig konkurranse for vintervedlikeholdstjenester.
- (27) I prisskjemaet var det inntatt at det skulle oppgis fastpris for det enkelte området som var skissert i tabellen. Leverandørene kunne inngi tilbud på ett eller begge områdene, eller gi et samlet tilbud for alle områdene.
- (28) Det var tre leverandører som leverte tilbud, herunder klager, Baks AS og Koht & Sønner AS.
- (29) Av tildelingsbeslutning datert 23. desember 2022 ble kontakt tildelt Baks AS og Koht & Sønner AS. Klager ble avvist som følge av manglende økonomisk kapasitet.
- (30) Kontrakt ble inngått med Baks AS og Koht & Sønner AS den 28. desember 2022. Kontraktene gjaldt for januar og februar 2023, og det var angitt at avtalene automatisk opphørte 4. april 2023. Innklagede har opplyst at samlet verdi på inngåtte kontrakter er 1 556 800 kroner ekskl. mva.
- (31) Innklagede kunngjorde den 9. januar 2023 konkurranse «316162: 1 Vintervedlikehold mars og april 2023» for vintervedlikehold av veier og områder for mars og april 2023 i Storfjord kommune. Det var anledning til å inngi tilbud med fastpris for vintervedlikehold på områdene Hatteng og/eller Oteren og Skibotn.
- (32) I konkurransegrunnlaget var det angitt at konkurransen gjaldt nødvendige dekningskjøp grunnet en tidligere avlyst konkurranse, og at anskaffelsesforskriften derfor ikke kom til anvendelse. Det ble her vist til unntaksbestemmelsen i forskriften § 5-2 (1) bokstav g.

- (33) Klager sendte inn flere spørsmål til konkurransen, og viste blant annet til at det flere steder var henvist til at kontrakten gjaldt for perioden «Jan og feb 2023». I tillegg var det i kunngjøringen angitt at kontrakten ikke var delt inn i delkontrakter, mens det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det var adgang til å inngi tilbud på områdene Hatteng/Oteren og/eller Skibotn. Det ble også stilt spørsmål vedrørende hvilken anskaffelsesprosedyre som var valgt i konkurransen, da det både ble henvist til at konkurransen gjaldt nødvendige dekningskjøp og ble gjennomført som en åpen tilbudskonkurranse.
- (34) Innklagede avlyste konkurransen den 20. januar 2023, og viste til at konkurransegrunnlaget inneholdt flere uklarheter. Blant annet var det uklart hvilke prosedyreregler som gjaldt for anskaffelsen, og hvorvidt konkurransen var delt inn i flere delkontrakter. Det ble opplyst om at ny konkurranse ville bli kunngjort om kort tid.
- (35) Innklagede kunngjorde 25. januar 2023 en ny konkurranse for anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester for mars og april 2023. Tilbudsfristen var 13. februar 2023. Det ble inngått kontrakter med Baks AS og klager.
- (36) I brev av 22. februar 2023 trakk klager den inngitte klagen på ulovlig direkte anskaffelser vedrørende innklagedes kjøp av vintervedlikeholdstjenester for sesongen 2022/2023. Klager ønsket i stedet å anføre øvrige brudd på anskaffelsesregelverket ved gjennomføringen og tildeling av kontrakt i en egen rådgivende sak.
- (37) Nemndsmøte for utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 20. mars 2023.
- (38) Klager oversendte kommentarer til forhåndsvarselet i brev datert 13. april og 28. april 2023.
- (39) Innklagede sendte inn merknader til forhåndsvarselet 25. april, 5. mai og 12. mai 2023.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (40) Innklagede har kjøpt vintervedlikeholdstjenester i sesongen 2022/2023 som overstiger kunngjøringspliktig terskelverdi, og det er dermed gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse.
- (41) Det er anskaffet tjenester for november og desember 2022 ved invitert prisforespørsel og direktekjøp fra leverandør. Dette utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (42) Det er anskaffet tjenester for januar og februar 2023 ved invitert prisforespørsel. Dette utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, og faller ikke inn under unntaksbestemmelsen i forskriften § 5-2 bokstav g.
- (43) Innklagede har siden 19. mars 2021 visst at det må gjennomføres en ny konkurranse for anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester. Etter flere forfeilede konkurranser har innklagede i to år inngått kortvarige kontrakter i påvente av kunngjøring av en langvarig kontrakt. Innklagede kan ikke høres med at det ikke har vært tilstrekkelig tid til å gjennomføre en lovlig tilbudskonkurranse. Bakgrunnen for de forfeilede konkurransene skyldes sviktende regelforståelse, og manglende vilje til å følge de grunnleggende prinsippene i regelverket.

- (44) Anskaffelsens anslåtte verdi overstiger EØS-terskelverdi, og er dermed en anskaffelse som skal gjennomføres etter forskriften del I og III. Det er ikke adgang til å dele opp anskaffelsene i flere kortvarige kontrakter for å komme under terskelverdiene i regelverket.
- (45) Det behefter også andre vesentlige feil ved anskaffelsene. Klager viset blant annet til det er satt for kort tilbudsfrist, det er uklart hvor lenge kontraktene skulle vare, og det er ikke angitt hvordan priskriteriet skulle vektas.

Innklagedes anførsler:

- (46) Innklagede måtte avlyse konkurransene som var kunngjort i Doffin og TED, som følge av at disse inneholdt vesentlige feil. Dette medførte at innklagede ikke fikk tid til å gjennomføre en ny anskaffelse, og at innklagede måtte gjennomføre direktekjøp av vintervedlikeholdstjenester for november-desember 2022.
- (47) Begjæringen om midlertidig forføyning for kontraktene som ble inngått for november og desember 2022, førte til at det ikke ble tid til å gjennomføre en ny konkurranse for kjøp av vintervedlikeholdstjenester. Innklagede måtte derfor foreta direktekjøp av vintervedlikeholdstjenester for januar og februar 2023.
- (48) Innklagede anfører at kontraktene som er inngått for periodene november-desember 2022 og januar-februar 2023, oppfyller vilkårene for «*fri konkurranse*». Dette begrunnes i hovedsak med at det kun var lokale leverandører som viste interesse for den kunngjorte konkurransen som hadde en mulig varighet på åtte år, og en verdi på over 30 millioner kroner.
- (49) Innklagede har søkt juridisk veiledning for å få gjennomført hasteanskaffelsene i tråd med anskaffelsesloven. Innklagede fremholder at det har vært vanskelige forutsetninger og begrenset tid til å gjennomføre anskaffelsen.
- (50) Innkjøpskontoret AS har gjennomført en åpen anbudskonkurranse med nasjonal kunngjøring, for anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester for mars og april 2023. Verdien av disse kontraktene er estimert til mellom 1 til 1,3 millioner kroner ekskl. mva.

Klagenemndas vurdering:

- (51) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Fristen for å fremsette en påstand om ulovlig direkte anskaffelse, er to år fra kontrakt er inngått, jf. klagenemndsforordningen § 13 annet ledd. Klagen gjelder kontrakter som er inngått etter 10. november 2022, og klagen er dermed rettidig.
- (52) I merknader fra klager mottatt 21. februar 2023, ønsket klager å trekke klagen på ulovlig direkte anskaffelse vedrørende innklagedes kjøp av vintervedlikeholdstjenester for sesongen 2022/2023. I saker som gjelder ulovlige direkte anskaffelser, kan imidlertid klagenemnda velge å fortsette behandlingen av saken og ilegge overtredelsesgebyr, selv om klagen trekkes, jf. klagenemndsforordningen § 13a femte ledd.
- (53) Klagenemnda tar i det følgende stilling til spørsmålet om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse i denne saken, og om det er grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr. På

bakgrunn av resultatet klagenemnda er kommet til, har nemnda ikke funnet grunn til å vurdere anførselene som retter seg mot andre brudd på anskaffelsesregelverket.

Hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

- (54) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagedes kjøp av vintervedlikeholdstjenester i sesongen 2022/2023 overstiger kunngjøringspliktig terskelverdi, og om det dermed er gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse.
- (55) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (56) Anskaffelsesregelverkets utgangspunkt er at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi skal kunngjøres i Doffin, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 §§ 5-1 andre ledd, og 8-17 første ledd. For perioden det er aktuelt å ilegge gebyr for, var den nasjonale terskelverdien for kommunale myndigheters vare- og tjenestekontrakter på 1,3 millioner kroner ekskl. mva. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen. For perioden det er aktuelt å ilegge gebyr for, var EØS-terskelverdien for vare- og tjenestekontrakter, på 2,2 millioner kroner ekskl. mva.
- (57) I denne saken har innklagede avlyst tre kunngjorte konkurranser for anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester for perioden 2022 til 2026 med mulighet for opsjon på 2+1+1 år. Anskaffelsen hadde en estimert verdi på 30 millioner kroner. Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det feil og uklarheter knyttet til anskaffelsesdokumentene som har medført avlysningsplikt.
- (58) Som følge av de avlyste konkurransene, sendte innklagede en tilbudsforespørsel til utvalgte leverandører for levering av brøytetjenester og annet vintervedlikehold av de kommunale veiene for perioden «*November og desember 2022 eller til ny avtale er etablert*». Kontrakten hadde en estimert verdi på 959 718 kroner ekskl. mva.
- (59) Det ble inngått én brøytekontrakt for perioden november til desember 2022 med Baks AS den 10. november 2022. I kontrakten ble det avtalt en fastpris på totalt 1 164 000 kroner ekskl. mva.
- (60) Innklagede fikk ikke på plass en kunngjort avtale før utløpet av desember 2022. Det ble derfor sendt ut en ny tilbudsforespørsel til utvalgte leverandører for perioden januar og februar 2023. Det ble på bakgrunn av forespørselen inngått kontrakter med Baks AS og Koht & Sønner AS den 28. desember 2022. Innklagede har dokumentert at samlet verdi for disse kontraktene er 1 556 800 kroner ekskl. mva. kroner.
- (61) For å få dekket sitt behov for vintervedlikeholdstjenester for sesongen, har innklagede kjøpt tjenester i fire måneder, uten at kontraktene er basert på en kunngjort konkurranse. Ettersom det er en nær sammenheng mellom de inngåtte kontraktene, og at behovet opprinnelig ble kunngjort samlet, mener klagenemnda at kontraktene må sees i sammenheng. Oppdragsgiver kan ikke dele opp en anskaffelse i den hensikt å komme under forskriftens terskelverdier, jf. forskriften § 5-4 (4).

- (62) Totalt har innklagede for perioden november 2022 til februar 2023 kjøpt vintervedlikeholdstjenester til 2 720 800 kroner ekskl. mva. Dette beløpet overstiger både nasjonal og EØS-terskelverdi, og det foreligger dermed kunngjøringsplikt.
- (63) Klagenemnda kan ikke se at det er forhold som gjør at kjøpene kan unntas kunngjøringsplikt. Det er ikke grunnlag for å benytte unntaksbestemmelsen i forskriften § 5-2 (1) bokstav g, ettersom kontraktene som er inngått overstiger EØS-terskelverdi, se forskriften § 5-2 (2).
- (64) For anskaffelser som følger forskriften del III, gir unntaksbestemmelsen i forskriften § 13-3 første ledd bokstav e) i enkelte tilfeller oppdragsgiver en rett til å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom *«det er umulig å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse»*. I andre setning fremkommer det at *«[k]ontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig»*.
- (65) Bestemmelsen oppstiller fire vilkår som alle må være oppfylt for at anskaffelsen skal være unntatt kunngjøringsplikten. Det må foreligge et forhold som oppdragsgiver ikke selv er skyld i, og som oppdragsgiver heller ikke kunne forutse. Videre må forholdet ha forårsaket et anskaffelsesbehov, som har gjort det umulig for oppdragsgiver å overholde fristene i forskriften kapittel 20. Til sist kan ikke kontraktens omfang være større enn strengt nødvendig.
- (66) Unntaksbestemmelsen skal tolkes restriktivt, og det er oppdragsgiveren som må vise at vilkårene er oppfylt, se eksempelvis EU-domstolens avgjørelse i sak C-385/02 (Kommissjonen mot Italia), avsnitt 19.
- (67) Foranledningen til at det ble gjennomført direktekjøp, var at innklagede måtte avlyse flere kunngjorte konkurranser som følge av feil i anskaffelsesdokumentene. Det er ubestridt at avlysningene skyldes feil og uklarheter knyttet til anskaffelsesdokumentene, som er forhold som er innenfor oppdragsgivers kontroll. Forsinkelsen som følge av de avlyste konkurransene, tilfredsstillende dermed ikke vilkåret i unntaksregelen i § 13-3 bokstav e om at forholdet *«ikke skyldes oppdragsgiveren»*.
- (68) Innklagede har videre vist til at begjæringen om midlertidig forføyning av 23. november 2022, medførte at det ikke ble tid til å gjennomføre en ny konkurranse for kjøp av vintervedlikeholdstjenester for resterende måneder av vintersesongen. Som nevnt er det et vilkår for å benytte unntaksregelen i § 13-3 bokstav e at det er umulig å overholde frister som følge av forhold som *«oppdragsgiveren ikke kunne forutse»*. Klagenemnda forstår dette vilkåret slik at oppdragsgivere må ta høyde for den tiden det tar å avklare midlertidige forføyninger, særlig ved anskaffelser hvor det er behov for varen eller tjenesten til enhver tid, og hvor avbrudd i perioder kan få stor betydning. Den midlertidige forføyningen knyttet seg dessuten til kontraktsinngåelsen for november og desember 2022, som ikke var basert på en kunngjort konkurranse. Klagenemnda kan derfor ikke se at begjæringen om midlertidig forføyning var det som forhindret innklagede fra å gjennomføre en ny kunngjort konkurranse.
- (69) Begjæringen om midlertidig forføyning kan følgelig ikke danne grunnlag for unntak fra kunngjøringsplikten etter forskriften § 13-3 bokstav e.

- (70) Innklagede har gjennomført en kunngjort konkurranse av vintervedlikeholdstjenester for perioden mars og april 2023. Det er inngått kontrakter med klager og Baks AS. Slik saken er opplyst, er det ikke holdepunkter for at innklagedes kjøp av vintervedlikeholdstjenester for mars og april 2023, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (71) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum, at klagenemnda «skal» ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelses verdi dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse». Av andre punktum fremgår det at klagenemnda «kan» ilegge gebyr dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse».
- (72) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7 b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12 viser klagenemnda til klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147, premiss 55 og utover.
- (73) Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha inngående kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser. Det må derfor generelt stilles relativt strenge krav til oppdragsgivers aktsomhet.
- (74) Den ulovlige direkte anskaffelsen skyldes i denne saken at innklagede har foretatt flere direktekjøp for å få dekket sitt behov av vintervedlikeholdstjenester. Dette behovet oppstod på bakgrunn av at innklagede måtte avlyse flere konkurranser som følge av feil og uklarheter i anskaffelsesdokumentene. Slik klagenemnda ser det, skyldes avlysningene i hovedsak manglende kompetanse på innklagedes side.
- (75) I merknadene til forhåndsvarselet opprettholder innklagede sitt syn om at de inngåtte kontraktene oppfyller vilkårene for «fri konkurranse», ettersom det kun var lokale leverandører som viste interesse for de kunngjorte konkurransene. Hvorvidt manglende kunngjøring har hatt betydning for konkurransen, er imidlertid ikke er forhold som kan danne grunnlag for unntak fra kunngjøringsplikten.
- (76) Innklagede fremholder også at det må ses hen til at man ikke hadde noe annet valg enn å inngå kontraktene som beskrevet ovenfor, som følge av hvordan saken utviklet seg. Sett hen til at årsaken til at denne situasjonen oppstod må tilskrives innklagede ved at forsøkene på å gjennomføre kunngjorte anskaffelser ikke var tilstrekkelig forsvarlige, har ikke dette betydning i skyldvurderingen.
- (77) Klagenemndas vurdering er derfor at innklagede har handlet på en måte som må karakteriseres som grovt uaktsomt. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

Gebyrets størrelse

- (78) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 tredje ledd at det ved utmålingen av gebyret særlig skal legges vekt på «bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen», jf.

anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.

- (79) Utmåling av overtredelsesgebyr skal i tråd med praksis fra klagenemnda fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/7, avsnitt 76. Ved fastsettelsen av gebyrgrunnlaget har klagenemnda tatt utgangspunkt i kontraktsverdiene slik disse er fremlagt av innklagede.
- (80) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at anskaffelser som gjelder brøytetjenester og vintervedlikehold, er av meget begrenset interesse for både nasjonale og utenlandske leverandører. Levering av slike tjenester krever lokal tilstedeværelse, noe som tilsier at konkurransen først og fremst er av interesse for lokale leverandører. I saker hvor det er skapt konkurranse blant lokale leverandører som leverer vintervedlikeholdstjenester, har klagenemnda kommet til at gebyret skal settes til fem prosent av anskaffelsens verdi, se gebyrvedtakene i sakene 2021/34 (Sunnfjord kommune) og 2021/1604 (Storfjord kommune).
- (81) Etter klagenemndas syn er det i foreliggende sak, skjerpene at innklagede i over to år har inngått kortvarige kontrakter, i påvente av å få kunngjort en langvarig brøytetkontrakt. Det har vært tilstrekkelig tid til å få gjennomført en lovlig konkurranse, og de forfeilede forsøkene skyldes innklagedes manglende regelforståelse. Det er også skjerpene at innklagede tidligere er blitt ilagt et overtredelsesgebyr for direkte anskaffelser av vintervedlikeholdstjenester, i vedtak av 13. desember 2022 i sak 2021/1604.
- (82) Klagenemnda finner at de skjerpene momentene som foreligger i denne saken, tilsier at gebyret skal settes til syv prosent av anskaffelsens verdi.
- (83) Innklagede har dokumentert å ha kjøpt vedlikeholdstjenester for totalt 2 720 800 kroner ekskl. mva. Gebyrets størrelse blir etter dette avrundet til 190 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Storfjord kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 190 000

- etthundredeognittitusen - 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 § 12 sjette ledd. Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk