



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjaldt påstand om ulovlig direkte anskaffelse av vintervedlikehold for en rode i kommunen. Klagenemnda kom til at Nord-Fron kommune hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Nemnda ila et gebyr på 64 838 kroner, som utgjorde 7,5 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 18. mars 2025 i sak 2024/1791

Klager: Jan Tore Pedersen (ENK)

Innklaget: Nord-Fron kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Kjersti Holum Karlstrøm og Hanne S. Torkelsen

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Jan Tore Pedersen (heretter kalt *klager*) mottatt 19. november 2024. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Nord-Fron kommune (heretter kalt *innklagede*) sin anskaffelse av vintervedlikehold.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 64 838 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede kunngjorde 18. juli 2024 en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for vintervedlikehold for Nord-Fron kommune med varighet fra høst 2024 til vår 2028, fordelt på 19 roder etter anskaffelsesforskriften del II. Delkontrakt 1 i konkurransen gjaldt vintervedlikehold for rode Kvam. Det ble underveis i konkurransen påpekt at anskaffelsen var over EØS-terskelverdi, og skulle vært kunngjort etter forskriftens del III. Konkurransen ble på bakgrunn av dette avlyst 27. september 2024.
- (4) Den 1. oktober 2024 sendte innklagede en henvendelse til primært de leverandørene som tidligere hadde brøytet rodene, med forespørsel om midlertidig kontrakt for brøyting ut 2024.
- (5) Bortsett fra Brødrene Lium AS var det ingen av leverandørene som ønsket å påta seg oppdragene med mindre kontrakten skulle gjelde for hele vintersesongen.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (6) For alle rodene bortsett fra rode Kvam ble kommunens eksisterende dynamiske innkjøpsordning for maskinentreprenører benyttet for å dekke behovet for vintervedlikehold for sesongen 2024/2025. Entreprenører som hadde deltatt i forutgående konkurranse eller som tidligere hadde hatt kontrakt med kommunen, ble varslet og invitert til å delta i konkurransen. Anskaffelsen ble delt opp i syv delkontrakter og evalueringsmetoden var laveste pris. Anskaffelsens verdi var estimert til 5,2 millioner kroner ifølge anskaffelsesprotokollen.
- (7) For roden Kvam, anså innklagede seg avtalerettslig bundet ut 2024 av Brødrene Lium AS' aksept på henvendelsen 1. oktober 2024.
- (8) Innklagede inngikk avtale med Brødrene Lium AS (heretter *valgte leverandør*) om vintervedlikehold for rode Kvam 29. oktober 2024. Avtalen gjelder fra oktober 2024 til juni 2025, og vilkårene for kontrakten er basert på avlyst konkurranse. Kontraktens verdi var 864 500 kroner ekskl. mva.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. februar 2025.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Den inngåtte kontrakten om brøyting i Kvam sentrum innebærer en ulovlig direkte anskaffelse. Valgte leverandør har fått tildelt kontrakt om brøyting av denne roden uten noen form for kunngjøring eller konkurranse.
- (11) Subsidiært anføres det at innklagede har brutt konkurranseprinsippet i anskaffelsesloven § 4 ved å ikke gjennomføre konkurranse om oppdraget i henhold til anskaffelsesforskriften del I.
- (12) Klager er ikke enig i at det foreligger formildende omstendigheter. Siste rammeavtale gikk ut etter sesongen 2023/2024. Behovet for brøytetjenester er åpenbar og forutsigbart. At kommunen valgte å kunngjøre ny konkurranse først den 18. juli 2024 er dårlig planlegging fra kommunens side. Det er ikke uvanlig at offentlige anskaffelsesprosesser blir litt forsinket, og dette er en risiko som oppdragsgiver må bære og planlegge for. I denne saken var tilfellet i tillegg at kommunen selv hadde bommet på sin beregning av anslått verdi. Kommunen hadde uansett selv kapasitet til å brøyte den aktuelle roden i det aktuelle tidsrommet. Det stemmer at kommunen tok kontakt med tidligere leverandører med forespørsel om de ville brøyte ut 2024. Tilbakemeldingene var at det ikke var aktuelt å påta seg dette med mindre kontrakten gjaldt hele vintersesongen 2024/2025. Dette ble avslått fra kommunen, men valgte leverandør fikk likevel kontrakt for hele vintersesongen 2024/2025. Dette er åpenbart i strid med likebehandlingsprinsippet, og skjerpene omstendigheter.

Innklagedes anførsler:

- (13) I praksis ble situasjonen rundt kontrakt for sesongen 2024/2025 oppfattet som umulig å løse innenfor de prosedyrekrav som gjelder for anskaffelser etter del III, jf. her

forskriften § 13-4 bokstav a. Det ble med det utgangspunktet sikret kontrakter for vinteren, så langt det lot seg gjøre med hensyn til effektivitet, konkurranse og likebehandling. Kommunen forstår likevel at den påklagede kontrakten etter regelverket skulle vært kunngjort og at det således foreligger en ulovlig direkte anskaffelse etter anskaffelsesloven § 12.

- (14) I den grad klagenemnda finner at det skal vedtas overtredelsesgebyr, viser kommunen til at anskaffelsen ble gjort i etterkant av en anskaffelse som var kunngjort, men som måtte avlyses. Det vises ellers til at det ikke var mulig å komme i mål med ny kunngjøring og gjennomføring av konkurransen før vintersesongen, at flere leverandører ble kontaktet og at de resterende rodene ble dekket gjennom kommunens eksisterende dynamiske innkjøpsordning for maskinentreprenører. Kommunen mener at det her foreligger en rekke formildende omstendigheter, slik situasjonen ble.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke et krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften) § 13a første ledd. Klagen er rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (16) Klagenemnda skal ta stilling til om avtalen mellom innklagede og valgte leverandør innebærer en ulovlig direkte anskaffelse.
- (17) 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).
- (18) Utgangspunktet for anskaffelser over nasjonal terskelverdi er at de skal kunngjøres i Doffin, jf. anskaffelsesforskriften § 5-1 (2) og § 8-17 (1). Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen, jf. § 21-1. På tidspunktet avtalen ble inngått, var den nasjonale terskelverdien 1,3 millioner kroner ekskl. mva. og EØS-terskelverdien 2,3 millioner kroner ekskl. mva.
- (19) Det følger av anskaffelsesforskriften § 5-4 (1) at «*Oppdragsgiver skal beregne kontraktens verdi på grunnlag av et anslag over den samlede betalingen ekskl. mva, inkludert enhver form for opsjon som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene*».
- (20) Videre følger det av § 5-4 (8) at «*Dersom oppdragsgiveren planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Dersom den samlede verdien av delkontraktene er lik eller overstiger en terskelverdi i § 5-1, jf. § 5-3, skal denne terskelverdien legges til grunn ved avgjørelsen av hvilken del av forskriften som gjelder for hver enkelt delkontrakt*». For anskaffelser der den samlede verdien av alle delkontraktene overstiger en terskelverdi i § 5-3, gjelder

likevel bare del I for «delkontrakter om varer og tjenester med en anslått verdi under 836 000 kroner».

- (21) Klagenemnda har flere ganger lagt til grunn at delkontrakter om vintervedlikehold for samme oppdragsgiver med felles formål om å oppfylle lovpålagt plikt om vedlikehold av kommunal vei i utgangspunktet må anses som en og samme anskaffelse, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2021/967 og sak 2021/1604.
- (22) Den aktuelle kontrakten for røde Kvam hadde en estimert verdi på 864 500 kroner ekskl. mva. Det fremgår av anskaffelsesprotokollen for rodene som ble tildelt gjennom den dynamiske innkjøpsordningen at den estimerte verdien for disse var 5,2 millioner kroner. Den samlede verdien for anskaffelse av vintervedlikehold var dermed over EØS-terskelverdi, og konkurransen skulle i utgangspunktet vært kunngjort jf. § 21-1. Innklagede har også erkjent dette.
- (23) Innklagede viser til at situasjonen for vintervedlikehold for sesongen 2024/2025 ble ansett umulig å løse i tråd med forskriftens del III, jf. anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav a.
- (24) Det følger av § 13-4 bokstav a at oppdragsgiveren kan gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom *«det er umulig å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3»*.
- (25) Ordlyden *«umulig»* tilsier en svært høy terskel. EU-domstolen har også lagt til grunn en høy terskel for unntak fra kunngjøringsplikt, se blant annet sak C-26/03 (Stadt Halle) avsnitt 46 og C-458/02 (Parking Brixen). Ifølge Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser P-2017-933 punkt 18.3.2 er et aktuelt eksempel der oppdragsgiver ikke har tid til å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring på grunn av uforutsette forhold som naturulykker, epidemier og lignende som gjør det nødvendig å anskaffe uten konkurranse fordi enhver forsinkelse kan være til skade for liv og helse.
- (26) Praksis fra klagenemnda viser også at det typisk må foreligge slike hasteelement for at terskelen i § 13-4 bokstav a skal anses oppfylt. Se for eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2020/388. Saken gjaldt anskaffelse av nødføring av reinsdyr, og nemnda kom til at det for to av oppdragene var umulig å gjennomføre en konkurranse etter § 13-4 bokstav a fordi reinsdyrene var uten mat og innklagede var i en situasjon hvor hvert minutt talte.
- (27) Innklagede har ikke vist til forhold som tilsier at det var umulig å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3. Innklagede har vist til at de anså seg avtalerettslig bundet etter henvendelsen til valgte leverandør. Dette er en omstendighet som innklagede hadde kontroll over og kunne forutse, som derfor ikke gjorde det umulig å gjennomføre en konkurranse med forhandling. For de øvrige rodene klarte også innklagede å få til en konkurranse

gjennom kommunens eksisterende dynamiske innkjøpsordning. Innklagede synes også å ha erkjent å ha foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

- (28) Etter dette er klagenemnda kommet til at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre konkurransen, jf. anskaffelsesloven § 12.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (29) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning at klagenemnda «skal» ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse». Av annet punktum fremgår det at klagenemnda «kan» ilegge gebyr dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse».

- (30) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov, jf. også klagenemndas avgjørelse 2017/147 avsnitt 55 flg. I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) s. 26 uttalte man videre følgende om terskelen for grov uaktsomhet:

«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 uaktsomt. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og -innsikt. Det presiseres for øvrig at det ikke er et krav om at en enkelt person har handlet forsettlig eller grovt uaktsomt, men at det også kan være feil begått på forskjellige plan i oppdragsgiverens organisasjon, og som hver for seg ikke kan karakteriseres som grovt uaktsomme, men som samlet sett gjør at oppdragsgiveren må sies å ha opptrådt grovt uaktsomt.»

- (31) Kunngjøringsplikten og forbudet mot ulovlige direkte anskaffelser, befinner seg i kjernen av regelverket, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2021/1604 avsnitt 54.

- (32) Det er innklagede sitt ansvar å planlegge anskaffelser i god nok tid, beregne verdien og ha oversikt over hvilke regler som kommer til anvendelse og hvilke muligheter de har. Det er behov for vintervedlikehold hvert år, og kommunen anskaffer jevnlig slike kontrakter. Selv om innklagede var klar over at tidligere rammeavtale utløp, kunngjorde de ikke ny konkurranse for vintervedlikehold før 18. juli 2024. Denne konkurransen var kunngjort etter feil regelverk, men ble ikke avlyst før 27. september 2024. Nemnda er derfor av den oppfatning at det er innklagede som selv har satt seg i en slik situasjon at det ble krevende å få gjennomført en anskaffelse innenfor fristene i anskaffelsesregelverket. Det kreves at en oppdragsgiver planlegger sine anskaffelser så godt at konkurranser kan gjennomføres innenfor regelverkets frister. Nemnda oppfatter også at innklagede selv har satt seg i en situasjon der de anså seg

som avtalerettslig bundet, og derved inngikk kontrakt som følge av det. Nemnda bemerker at forespørselen som innklagede sendte ut til alle tilbydere bare gjaldt brøyting frem til årsskiftet, mens de likevel inngikk en midlertidig avtale med varighet frem til sommeren 2025. Nemnda mener på bakgrunn av disse forhold at innklagede har handlet grovt uaktsomt ved å direkte tildele kontrakt til valgte leverandør. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd.

Gebyrets størrelse

- (33) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 (3) 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 (3) første punktum. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. § 12 (3) andre punktum.
- (34) Nemndspraksis viser at gebyret normalt settes til 10 prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det verken finnes særlige formildende omstendigheter eller særlig skjerpende omstendigheter. Dette utgangspunktet er også fulgt opp i lagmannsrettens avgjørelse i LB-2021-36870.
- (35) Etter klagenemndas syn er det noen formildende omstendigheter i saken. Innklagede har forsøkt å kunngjøre og skape konkurranse, og det er ikke holdepunkter for at innklagede har hatt en intensjon om å omgå regelverket. Anskaffelsen gjelder vintervedlikehold av kommunale veier, som klagenemnda flere ganger har lagt til grunn at er av meget begrenset interesser for nasjonale og utenlandske leverandører da levering krever lokal tilstedeværelse, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2023/1023 avsnitt 60. Nemnda viser til at Nord-Fron kommune i Gudbrandsdalen ligger i Innlandet fylke. Samtidig gjaldt den opprinnelige forespørselen til valgte leverandør bare ut 2024, men kontrakten de inngikk varte til juni 2025. Innklagede kunne dermed begrenset omfanget av den ulovlige anskaffelsen.
- (36) Basert på en samlet vurdering, finner klagenemnda det passende at gebyret settes til syv og en halv prosent av anskaffelsens verdi.
- (37) 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 2021/1604 avsnitt 58. Ved fastsettelsen av gebyrgrunnlaget har klagenemnda tatt utgangspunkt i kontraktsverdien slik denne er fremlagt av innklagede på 864 500 kroner ekskl. mva.
- (38) Gebyret blir etter dette 64 838 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Nord-Fron kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 64 838

- sekstifiretusenåttehundreogtrettiåtte - 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,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur