



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Meløy kommune et gebyr på 110 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av slamtømmingstjenester. Kommunen hadde ikke kunngjort konkurransen i tråd med reglene i forskriften del III.

Klagenemndas gebyrvedtak 12. oktober 2022 i sak 2022/922

Klager: Myrvang Maskin AS

Innklaget: Meløy kommune

Klagenemndas medlemmer: Karin Fløistad, Kjersti Holum Karlstrøm og Elisabeth Wiik

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

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Meløy kommunes (heretter *innklagede*) kjøp av slamtømmingstjenester. Myrvang Maskin AS (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. juni 2022.
- (2) Klagenemnda er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 110 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede kunngjorde 2. september 2021 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av slamtømmingstjenester. Tilbudsfrist var 15. oktober 2021. Kontraktens varighet var fem år, med opsjon på ytterligere ett år. Tømmesesongen var angitt fra ca. 15. april til ca. 15. oktober. Konkurransen ble kunngjort i Doffin som en nasjonal konkurranse. Anskaffelsens verdi ble ikke oppgitt i kunngjøringen, men innklagede har opplyst at man i forkant av anskaffelsen hadde beregnet kontraktens verdi til 8 millioner kroner.
- (4) Innklagede mottok to tilbud i konkurransen, herunder fra klager. Kontrakten ble tildelt Stoklands AS (heretter *valgte leverandør*). Kontrakt ble inngått 9. desember 2021. Kontraktens verdi for fem sesonger var 8 470 000 kroner.
- (5) Våren 2022 ble innklagede gjort oppmerksom på at konkurransen skulle vært kunngjort etter forskriften del III. Innklagede sendte oppsigelsesbrev til Stoklands AS 11. juli 2022, med virkning fra avslutningen av sesongen 2022, omkring 15. oktober 2022.
- (6) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. juni 2022. Fristavbrytende brev ble sendt 23. juni 2022, jf. anskaffelsesloven § 12 fjerde ledd.
- (7) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. august 2022.

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

- (8) Klagenemnda sendte 30. august 2022 varsel om ileggelse av gebyr på 5 prosent av anskaffelsens verdi.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Konkurransen skulle vært kunngjort etter forskriften del III, og kontraktsinngåelsen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (10) Teknisk løsning og miljøhensyn er angitt som tildelingskriterier, men er ikke vektet under evalueringen. Disse kriteriene er i stedet underlagt en skjønnsvurdering dersom to eller flere leverandører har oppnådd lik score på de andre kriteriene.
- (11) Tørrstoffinnhold kan ikke vektlegges som tildelingskriterium, da dette ikke kan etterprøves utover minstekrav.
- (12) Forskrift som nekter andre firma enn anbudsvinner å utføre tømning av anlegg i kommunen er ulovlig.

Innklagedes anførsler:

- (13) Innklagede erkjenner at konkurransen skulle vært kunngjort etter forskriften del III. Innklagede har kun opptrådt uaktsomt, og ber klagenemnda om å benytte muligheten til ikke å ilegge gebyr. Det vises blant annet til at kommunen relativt raskt reagerte da feilen ble oppdaget, og sa opp kontrakten for å gjennomføre en ny konkurranse i tråd med regelverket.
- (14) Dersom klagenemnda kommer til at gebyr skal ilegges, bes det om at gebyret settes lavest mulig. Det vises til at konkurransen ble kunngjort i Doffin, og at det dermed var konkurranse om kontrakten. Kontrakten var trolig kun aktuell for lokale leverandører, og feilen har trolig ikke medført at aktuelle leverandører ikke har fått konkurransen med seg. Videre har kommunen satt i verk tiltak for å rette feilen, og har sagt opp kontrakten ved første mulige tidspunkt. Gebyret vil således ikke ha preventiv effekt, og hensynene bak gebyret slår ikke til. I alle tilfelle må gebyret kun beregnes ut fra det som blir betalt for den sesongen kontrakten var virksom.
- (15) Innklagede opplyser at faktisk verdi for kontrakten frem til oppsigelse er beregnet til 2,2 millioner kroner ekskl. mva.
- (16) De øvrige anførslene er fremsatt for sent, da klagefristen for disse anførslene er seks måneder fra kontraktsinngåelsen, jf. klagenemndsforordningen § 6 annet ledd.

Klagenemndas vurdering:

- (17) 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 § 13a første ledd.
- (18) Klagen er rettidig for anførselen om ulovlig direkte anskaffelse, jf. klagenemndsforordningen § 13a. De øvrige anførslene er fremsatt utenfor seks månedersfristen i klagenemndsforordningen § 6 andre ledd, og klagenemnda tar derfor ikke stilling til disse.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (19) 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).
- (20) Innklagede kunngjorde konkurransen i Doffin som en åpen tilbudskonkurranse etter forskriften del II. Innklagede hadde imidlertid estimert kontraktens verdi til 8 millioner kroner. Terskelverdi på kunngjøringstidspunktet var 2,4 millioner kroner ekskl. mva., jf. forskriften § 5-3 (1) bokstav b. Kontrakten skulle derfor vært kunngjort også i EU-databasen «*TED*» etter forskriften del III. Dette innebærer at anskaffelsen ikke er kunngjort i tråd med kunngjøringsplikten for del III-anskaffelser. Innklagede har derfor foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (21) 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*».
- (22) Skyldkravet gjelder både det faktiske og det rettslige grunnlaget for overtredelsen, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2020/119 premiss 88 med videre henvisninger.
- (23) Kunnskap om terskelverdiene for hvilken del av forskriften som kommer til anvendelse, er en grunnleggende del av anskaffelsesretten, som det forventes at offentlige oppdragsgivere har kjennskap til. Innklagede la på tidspunktet for kunngjøringen til grunn at kontraktens verdi var på over 8 millioner kroner. Dette er langt over terskelverdi, og etter nemndas vurdering må den uriktige kunngjøringen karakteriseres som «*grovt uaktsomt*». Nemnda «*skal*» derfor ilegge overtredelsesgebyr.

Gebyrets størrelse

- (24) I tråd med tidligere praksis legger klagenemnda til grunn at gebyret skal fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. blant annet klagenemndas gebyrvedtak i sak 2021/1439 premiss 28. Innklagede har opplyst at faktisk verdi for kontrakten frem til oppsigelse er beregnet til 2,2 millioner kroner ekskl. mva. Det gir et gebyrgrunnlag på 2,2 millioner kroner.
- (25) Ved utmålingen av gebyret skal det særlig 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.
- (26) Det følger av klagenemndas praksis at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpene omstendigheter, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2019/102 premiss 41.
- (27) Klagenemnda vektlegger at innklagede kunngjorde konkurransen nasjonalt, og at det var konkurranse om kontrakten. Anskaffelsen var sannsynligvis kun aktuell for lokale leverandører, selv om det ikke kan utelukkes at den uriktige kunngjøringen har hatt

betydning for konkurransen, jf. blant annet klagenemndas gebyrvedtak i sak 2021/34. Videre ser nemnda hen til at innklagede hevet avtalen med eksisterende leverandør og lyste ut ny konkurranse så snart de ble kjent med den uriktige kunngjøringen.

- (28) På denne bakgrunn finner klagenemnda det riktig å sette gebyret til fem prosent av verdien av den gjennomførte delen av kontrakten. Det gir et gebyr på 110 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Meløy kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 110 000 – hundreogtitusen – 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 godkjent elektronisk