



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemnda ila gebyr på 1,5 millioner for en ulovlig direkteanskaffelse av fjernvarme til Halden fengsel. Klagenemnda fant at unntaket for kunngjøring i forskriftens § 14-4 c ikke kom til anvendelse, og at innklagede hadde utvist grov uaktsomhet ved å tildele kontrakt direkte uten forutgående konkurranse.

Klagenemndas gebyrvedtak av 31.oktober 2008 i sak 2008/56

Klager: Daimyo Rindi Energi AS

Innklaget: Kriminalomsorg region øst

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Per Christiansen, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Ulovlig direkteanskaffelse, unntaket i forskriftens § 14-4 c.

Bakgrunn:

- (1) Kriminalomsorg region øst (heretter kalt innklagede) inngikk kontrakt vedrørende kjøp av fjernvarme fra Østfold Energi AS (heretter kalt ØE) den 8. november 2007. Den inngåtte avtalen innebærer at ØE skal bygge en fjernvarmesentral på en kommunal tomt nær Halden fengsel. Med biobrensel som varmekilde skal vannbåren varme distribueres i røranlegg frem til Halden fengsel.
- (2) Det fremgår av avtalens § 1 at varmesentralen skal bygges, eies og driftes av ØE. Varmesentral er det sted der ØE produserer sirkulerende varmtvann, jf. avtalens § 4 b. Videre fremgår det av avtalens § 6 at primærnett og varmeveksler eies av ØE. Sekundærnett og sentralvarmeanlegg eies av Halden fengsel. Sentralvarmeanlegg er i følge avtalens § 4 h rørinstallasjoner og varmfordelingsutstyr i kundens bygning/bygninger.
- (3) Etter avtalens § 14 skal avtalen gjelde i 15 år fra leveransen av fjernvarme starter.
- (4) Innklagende fikk utredet av Statsbygg om det var adgang til å tildele kontrakt direkte til Østfold energi uten forutgående konkurranse. Det hitsettes følgende fra brev av 12. oktober 2008 fra Statsbygg til innklagede:

"Innledning

Valg av energibærer for Halden fengsel ble i utgangspunktet (ved revidert forprosjekt februar 2005) vurdert i samråd med Justisdepartementet, med konklusjon at olje-og elektrokjeler skal installeres og at det skal tilrettelegges for eventuell fremtidig tilknytning til ekstern fjernvarme.

I Halden fengsel har Statsbygg lagt sterk fokus på å redusere energiforbruket og også hvilken energiformer som er tilgjengelig og mest mulig miljøvennlig. Både gass og biobrensel er vurdert som energiform. Naturgass er kommet til østlandsområde og utbygging forventes å fortsette. Energisentralen for Halden fengsel tilrettelegges for å kunne ta i bruk naturgass med enkle rimelige tiltak.

Det er vist interesse fra leverandører i nærområdet til å tilby alternativ energi til Halden fengsel i form av biobrensel -og fjernvarmeløsninger. Prosjektet har hatt vurderinger av biogassanlegg til oppvarmingsformål som vil kunne dekke opp til 33% av effektbehovet.

[...]

Kjøp av fjernvarme

Statsbygg har gjort en vurdering på om det er adgang til å inngå avtale (direktekjøp) med en leverandør om levering av fjernvarme til Halden fengsel, eller om anskaffelsesregelverket krever at avtalen annonseres og konkurranseutsettes på vanlig måte.

Kostnadsrammen for avtalen overstiger terskelen for EØS-regelverket hvor den ordinære anskaffelsesprosedyre er anbudskonkurranse. Det kreves hjemmel for å inngå avtalen direkte med en leverandør.

Avtaler om fjernvarmeleveranser har etter det Statsbygg kjenner til vært annonsert og konkurranseutsatt etter prosedyrereglene i anskaffelsesregelverket. Det finnes et meget begrenset antall fjernvarmeanlegg i landet, og normalt bare ett anlegg i et distrikt som det kan være aktuelt å knytte seg til. Fjernvarmeanlegg over en viss størrelse drives på konsesjon fra NVE. Slike anlegg har eksklusiv leveringsrett i et geografisk område. Mindre anlegg kan drives uten konsesjon. Anskaffelsesforskriften hjemler i § 4-3 c. en rett til å kjøpe en leveranse direkte fra én leverandør dersom ytelsen av tekniske grunner bare kan presteres av en bestemt leverandør. Denne bestemmelsen hjemler rett til direkte kjøp av fjernvarme, trolig også i de tilfeller der en fjernvarmeleverandør driver uten konsesjon og enerett på levering. Det skyldes altså at et begrenset antall fjernvarmeanlegg, fjernvarmeleverandører vil rent faktisk befinne seg i en eksklusiv posisjon.

Det finnes i dag ingen fjernvarmeleverandører nær Halden fengsel. En lokale leverandør er imidlertid villig til å bygge et fjernvarmeanlegg som i første omgang skal betjene Halden fengsel og senere bygges ut og levere fjernvarme til flere bygg i regionen. Vilkåret er at Halden fengsel i dag binder seg til å bruke fjernvarme i bygget, og nå inngår en avtale. I og med at leverandøren i dag ikke er leverandør av fjernvarme, faller ikke forholdet direkte inn under ordlyden i § 4-3 c. De er ikke i en eksklusiv posisjon i dag. Vi mener imidlertid at reelle hensyn taler for å tolke bestemmelsen til å omfatte en rett til å inngå avtalen med leverandøren.

Å konkurranseutsette avtalen om levering av fjernvarme til Halden fengsel vil innebære inngåelse av avtale med en leverandør som binder seg til å bygge et fjernvarmeanlegg i området. For å kunne gi et godt tilbud vil vi anta at leverandøren må basere seg på å anlegge et fjernvarmeanlegg som overstiger størrelsen for konsesjonsplikt, og som da

senere vi trenge konsesjon fra NVE. Vi har pr. telefon forhørt oss med NVE om prosessen rundt konsesjonstildeling for fjernvarmeanlegg. Vi får opplyst at konkurranseaspektet er lite fremtredende ved denne type konsesjonstildelinger. Det er få aktører i markedet, og sjelden flere aktører som konkurrerer om én konsesjon for fjernvarmeanlegg. Det er altså ikke vanlig med en konkurranse om etablering av fjernvarmeanlegg. Ved en konsesjonstildeling vurderer NVE en rekke forhold som oppdragsgiver ikke har mulighet til å ta hensyn til i en anbudskonkurranse.

Dette at anbudsinstituttet er helt uegnet for å finne frem til den som skal etablere fjernvarmeanlegg i regionen, og at det vanligvis ikke er konkurranse om slik etablering, er sterke argumenter for at forholdet faller inn under § 4-3 c. slik at det altså er anledning til å inngå avtalen med om levering av fjernvarme som et direktekjøp”

[...]

- (5) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 7. april 2008 fra Daimyo Rindi Energi AS (heretter kalt klager).
- (6) Klagenemnda sendte den 23. september 2008 forhåndsvarsel om gebyr på 2 millioner. Innklagede inngav merknader til forhåndsvarselet, innen en utvidet frist for kommentarer, den 15. oktober 2008.
- (7) Innklagede hevder at klagenemnda legger til grunn en altfor streng aktsomhetsnorm i forhåndsvarselet, og bestrider at det er utvist grov uaktsomhet. Klagenemnda kan ikke legge til grunn at innklagede bevisst gjennomførte en ulovlig anskaffelse. Fengselet var opprinnelig oppvarmet med konvensjonelle energikilder, elektrisitet og olje. Innklagede ba Statsbygg vurdere om det var anledning til å inngå avtale om fjernvarme med ØE direkte. Innklagede ville ikke inngått avtale med ØE dersom konklusjonen hadde vært at direkteanskaffelse var ulovlig. Det hadde vært fullt mulig å gå tilbake til den opprinnelige planen om konvensjonell energiforsyning uten stor ulempe for innklagede.
- (8) Innklagede kan ikke se at innklagede burde skjönt at vi ikke kunne stole på konklusjon fra rådgiverne i Statsbygg. Som stor innkjøpsbedrift skulle Statsbygg være kompetente til å foreta de aktuelle vurderinger, og det fremstod på ingen måte som uklart for innklagede at de aktuelle vurderinger var uholdbare. Innklagede var kjent med at unntaksbestemmelser i anskaffelsesregelverket skulle tolkes restriktivt, og innklagede var i tvil om unntaket i forskriftens § 4-3 c kom til anvendelse. Innklagede mente likevel det bare var én aktør som kunne etablere anlegget til Halden fengsel, og innklagede utelukket ikke at man var dekket av bestemmelsen etter en ren ordlydsmessig fortolkning.
- (9) Slik innklagede oppfattet markedet for fjernvarme høsten 2006 var det en forutsetning for vilje til å bygge anlegget for fengselet at utbygger var en aktør som ville satse på fjernvarme i et større område i regionen, og som på et senere tidspunkt måtte få konsesjon fra Norges vassdrag- og energidirektorat (NVE). Statsbygg kontaktet NVE i forbindelse med vurderingen av om det var anledning til å inngå avtalen med ØE. Innklagede oppfattet det slik at det ville være NVE som skulle treffe den endelige avgjørelsen om hvem som skulle bli fjernvarmeleverandør. At fjernvarmeforsyning er regulert av et eget regelverk som også er basert på helt andre prinsipper og vurderingstemaer enn anskaffelsesregelverket, anså vi som et argument for at fjernvarmeleveransen ikke var omfattet av anskaffelsesregelverket. NVE vurderer

forhold som oppdragsgiver ikke kan vurdere innenfor rammene for kvalifikasjons- og tildelingskriterier. Skulle anskaffelsen samtidig være underlagt anskaffelsesregelverket, ville man risikere at oppdragsgiver kåret en vinner i anbudskonkurransen som senere ikke ville bli godkjent av NVE. Det ville i så tilfelle ha uheldige konsekvenser av bl.a fremdriftsmessig og økonomisk karakter.

- (10) Fjernvarme var et relativt nytt produkt i markedet, som verken Statsbygg eller innklagede kan forventes å ha omfattende kunnskaper om. Vi kan ikke se at det forhold at forskriftens bestemmelser om å unnta fra konkurranse skal fortolkes restriktivt måtte bety at reelle hensyn og betraktninger om sammenhenger med regelverket ikke kunne vektlegges ved tolkningen. Innklagede anså det også som mulig at man var innenfor alternativet *"av tekniske grunner bare kan presteres av én leverandør"* etter en ordlydsmessig fortolkning. Det var et begrenset rettskildemateriale om regelen da innklagede vurderte spørsmålet. At regelen måtte fremstå som klar, slik klagenemnda synes å mene, kan ikke innklagede se er tilfellet.
- (11) Dersom klagenemnda finner at gebyr skal ilegges, må gebyrets størrelse reduseres betraktelig. Det må vektlegges sterkere at innklagede utredet spørsmålet, var i god tro om anskaffelsen var lovlig, og at rekkevidden av bestemmelsen var uklar. Begge de to tidligere gebyrsakene fremstår som langt klarere tilfeller av ulovlig direkteanskaffelse. I 2007/19 legges det vekt på i formildende retning at overtredelsen gjaldt regler som nylig var trådt i kraft. Tilsvarende må gjelde i denne saken i det anskaffelsen var påbegynt høsten 2006. I formildende retning bør det også vektlegges at fjernvarmemarkedet har endret seg dramatisk siden 2006, og at en anbudskonkurranse på det tidspunkt ikke ville ha gitt flere tilbud.
- (12) Innklagede hevder videre at det er feil slik klagenemnda har gjort å legge til grunn et skjæringstidspunkt for anvendelse av reglene basert på avtaleundertegnelse, dvs 8. november 2007. Hvis dette legges til grunn som skjæringstidspunkt i saken vil det innebære at gebyrbestemmelsen gis tilbakevirkende kraft. Innklagede mener at overtredelsesgebyret er knyttet til unnlatelse av å kunngjøre anskaffelsen. Kunngjøringen skal skje tidlig i anskaffelsesprosessen, og innklagede mener unnlatelseshandlingen må anses å ha funnet sted før man innledet forhandlingene med ØE med sikte på å etablere avtalen, dvs lenge før ikrafttredelsen av bestemmelsen. Det vises til Fornyings- og administrasjonsdepartementets melding fra desember 2006 der departementet uttaler hva de anser som skjæringstidspunktet for nytt og gammelt regelverk. Det fremgår at oppdragsgiver som har påbegynt arbeidet med en anskaffelse før 1. januar 2007 vil være underlagt det gamle regelverket.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Avtalen om levering av fjernvarme er inngått uten at det er avholdt konkurranse om leveransen, og det foreligger dermed brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Klager er av den oppfatning at unntaksbestemmelsen i forskriftens § 4-3 c ikke kan komme til anvendelse for denne anskaffelsen. Det foreligger ikke tekniske eller kunstneriske grunner for å tildele avtale om fjernvarme uten konkurranse. Leveranse av varme baserer seg på velkjent teknologi, og Østfold Energi besitter ikke unik teknisk kompetanse som skulle tilsi at leveransen kan tildeles uten konkurranse.

- (14) Fjernvarmekonsesjon i Halden er ikke tildelt noen aktør. Det foreligger p.t to søknader om konsesjon, fra hhv. Østfold Energi AS og DRE. Statsbyggs tildeling av kontrakt til Østfold Energi har således ikke tatt hensyn til at NVE ikke har tildelt noen aktør konsesjon ennå. Dette er meget uheldig, da slik uhjemlet tildeling kan legge føringer på konsesjonstildelingen. De økonomiske konsekvensene av ikke å kunne konkurrere om kontrakt om å levere varme til Halden fengsel kan dermed bli langt større enn verdien av kontrakten med Halden fengsel.
- (15) Det er feil som innklagede hevder at det ikke finnes noen aktuelle leverandører av fjernvarme. Det var høsten 2006 flere leverandører som drev, og som fortsatt driver, utvikling av fjernvarmenett, og som potensielt kunne være interessert i å levere varme til Halden fengsel. Flere større multinasjonale selskaper opererer i dag i det norske fjernvarmemarkedet (Fortum og Dalkia), og andre har i lengre tid fulgt den norske markedet (Rindi Energi AB). At det i dag er flere aktører som vil kunne være interessert enn for drøyt et år siden, kan ikke utgjøre tilstrekkelig begrunnelse for å foreta et direktekjøp.
- (16) Statsbygg viser til at NVE i 2006 opplyste at de *"fikk inntrykk av"* at det ikke finnes noen formell konkurranse ved tildeling av fjernvarmekonsesjoner, og at det ikke var vanlig med mer enn en interessent. Det er korrekt at NVE har hatt liten erfaring med konkurranse på fjernvarmekonsesjoner. Det er imidlertid like klart at slik konkurranse oppstår når flere søker på samme konsesjon. At konkurranse om fjernvarmekonsesjoner er blitt vanligere i dag skyldes først og fremst at de kommersielle betingelsene knyttet til utviklingen av fjernvarmenett er blitt bedret, blant annet gjennom offentlige støtteordninger.

Innklagedes anførsler:

- (17) Innklagede har adgang til å tildele kontrakt direkte til ØE med hjemmel i forskriftens § 4-3 c. Det var for det første bare én aktuell leverandør. Ut fra den kunnskapen innklagede og Statsbygg hadde om energimarkedet regnet innklagede det som usannsynlig at man ved å kunngjøre en anbudskonkurranse ville finne frem til andre aktuelle leverandører. Innklagede tok kontakt med Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) som opplyste av de meget sjelden erfarte at det var mer enn en aktør som var interessert i å anlegge fjernvarme anlegg i en region, og at de hadde liten erfaring med konkurranse ved konsesjonstildelinger. Fjernvarme var bygget ut i enkelte distrikter, men det var mange ledige konsesjoner. Dersom det bare finnes én leverandør vil det å kunngjøre en konkurranse innebære spill av tid og ressurser, noe som ikke samsvarer med regelverkets grunnleggende syn om effektive anskaffelser.
- (18) Siden høsten 2006 har markedet for fjernvarme endret seg kraftig. Skiftet kom høsten 2007 ifølge NVE. Det er imidlertid høsten 2006 at innklagede valgte anskaffelsesprosedyre, og spørsmålet om det er brudd på regelverket for offentlige anskaffelser må vurderes ut i fra forholdene på dette tidspunktet.
- (19) Det er også vektlagt i vurderingen av om avtalen kunne tildeles direkte at konkurranse ikke er et alminnelig instrument for å etablere avtaler om fjernvarme. Myndighetene driver en rekke tiltak for å stimulere til miljøvennlig omlegging av energiproduksjon. Fjernvarmeleverandører over grensen for konsesjonsplikt får enerett på å levere fjernvarme i bestemte geografiske områder. Konsesjonsmyndighet er NVE, som tildeler konsesjoner etter andre vurderingstemaer enn de anskaffelsesrettslige, og der

konkurransselementet, i hvert fall tidligere, er fraværende. Innklagede gikk ut i fra at den som kunne levere fjernvarme til fengselet ville være en aktør som ønsket å bygge ut fjernvarmeanlegg i regionen, og som dermed senere ville få konsesjon. Denne leverandøren ville komme i en eksklusiv leveringsposisjon uten å ha deltatt i en formell konkurranse. Innklagede antok at det for spørsmålet om direktekjøp var tillatt var relevant å legge vekt på at kjøpet ikke krenket rettigheter som vanligvis lå til leverandører av fjernvarme.

- (20) Dersom klagenemnda skulle komme til at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, vil innklagede hevde at innkjøpet har skjedd i god tro om at kjøpet var lovlig. Innklagede var opptatt av å ikke foreta innkjøpet i strid med anskaffelsesregelverket, og ba Statsbygg uttrykkelig vurdere dette. Innklagede kontaktet også NVE i saken. At man eventuelt har trådt feil i denne saken, som etter innklagedes vurdering reiser usikre rettslige og faktiske spørsmål, kan ikke karakteriseres som grovt uaktsomt. Avgjørelsen om direktekjøp ble fattet og forhandlinger med ØE ble innledet før bestemmelsen om overtredelsesgebyr trådte i kraft, selv om avtalen først ble inngått i 2007.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klagen er rettidig. Kravet til saklig klageinteresse gjelder ikke ved påstand om ulovlig direkteanskaffelse, jf. klagenemndsforordningens § 13 a (1). Anskaffelsen er omfattet av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og del III, jf. §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse

- (22) Anskaffelsen gjelder leveranse av fjernvarme som i likhet med elektrisitet og vannforsyning må anses som en vare etter forordningens § 1-3 (1). Anskaffelse av fjernvarme må derfor som utgangspunkt kunngjøres og gjennomføres i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede inngikk avtale med ØE om levering av fjernvarme den 8. november 2007, og har anført at anskaffelsen er unntatt fra konkurranse med hjemmel i forordningen av 2001 § 4-3 c. Siden kontrakten ble inngått etter at forordningen av 2006 trådte i kraft den 1. januar 2007 er det denne forordningen som gjelder for denne saken. Bestemmelsen i gjeldende forordning fra 2006 § 14-4 c er likelydende, og har følgende ordlyd:

” Oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i følgende tilfeller:

[...]

c. dersom ytelsen av tekniske eller kunstneriske grunner eller for å beskytte en enerett, bare kan presteres av en bestemt leverandør.”

- (23) EF-domstolen har i en rekke dommer lagt til grunn at unntaksbestemmelser i EU-direktivet for offentlige anskaffelser skal tolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene er oppfylte. Selv om det ikke er plikt til å kunngjøre konkurransen er ikke oppdragsgiveren fritatt fra de grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket, herunder kravet til konkurranse og likebehandling av leverandørene, se Veileder FAD 2006 s 93.

- (24) Innklagede må dokumentere at det i hele EØS-området ikke fantes andre leverandører enn ØE som kunne levere fjernvarme høsten 2007, enten på grunn av tekniske grunner eller for å beskytte en enerett.
- (25) Når det gjelder innholdet i bestemmelsen fremgår det av veilederen at:
- "Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiveren mener at bare én leverandør kan oppfylle behovet, eller at oppdragsgiveren bare vet om én leverandør fordi han har manglende kunnskap om markedet. Det er oppdragsgiveren som må vise at vilkårene i bestemmelsen er oppfylte. Det må foreligge objektive årsaker, for eksempel rettslige skranker, til at bare én kan oppfylle ytelsen."*
- (26) Innklagede anfører at innklagede anser det *"som usannsynlig at man ved å kunngjøre en anbudskonkurranse ville finne frem til andre aktuelle leverandører"*. Innklagede tok forut for kontraktinngåelse kontakt med Norges vassdrag- og energidirektorat (NVE), som i e-post av 15. september 2008 har bekreftet at *"de meget sjelden erfarte at det var mer enn én aktør som var interessert i å anlegge fjernvarmeanlegg i en region, og at de hadde svært lite erfaring med konkurranse ved konsesjonstildelinger. Fjernvarme var bygget ut i enkelte distrikter, men det var mange "ledige" konsesjoner. Den lave interessen skyldtes formodentlig bransjens vurderinger av lønnsomhet ved fjernvarmeanlegg"*.
- (27) Videre blir det uttalt at *"markedet for fjernvarme har endret seg kraftig i den senere tid. At det nå er langt flere interessenter og aktuelle leverandører av fjernvarme. NVE karakteriserer økningen som nærmest "eksplosiv". Skiftet kom høsten 2007."*
- (28) Utover dette har innklagede ikke dokumentert at andre leverandører av tekniske grunner ikke kunne levere fjernvarme eller at det er behov for å verne en enerett.
- (29) I EF-domstolens sak C-79/94 var det anført at leveransen bare kunne leveres av de leverandørene det ble inngått avtale med. Begrunnelsen var at ingen andre hadde vist interesse for den type innkjøp konkurransen gjaldt. Domstolen kom til at dette ikke var tilstrekkelig for anvendelse av denne unntaksbestemmelsen. Klagenemnda oppfatter innklagede slik at også i denne saken er hovedbegrunnelsen for at kunngjøring ble unnlatt, den antatt lave interessen i markedet for leveransen av fjernvarme.
- (30) Klagenemnda finner ikke innklagedes dokumentasjon tilstrekkelig for å anse vilkåret om at det bare var én leverandør som kunne levere fjernvarme av tekniske grunner i § 14- 4 bokstav c for oppfylt. At det ble ansett for å være liten interesse for konsesjoner for fjernvarme på tidspunktet for kontraktsinngåelse er åpenbart ikke tilstrekkelig for å tildele kontrakt direkte til ØE.
- (31) Klagenemnda kan heller ikke se at ØE måtte tildeles kontrakt for å beskytte en enerett til å levere fjernvarme i det geografiske området som Halden fengsel befinner seg i. Innklagede har opplyst at ØE ikke hadde konsesjon til å levere fjernvarme på det tidspunkt kontrakten ble inngått, og klagenemnda tar derfor ikke stilling til om konsesjon for levering av fjernvarme vil være tilstrekkelig for å oppfylle kravet til enerett i hht. § 14- 4 bokstav c.
- (32) Innklagede har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse i strid med forskriftens § 18-1.

Hvorvidt det er grunnlag for illeggelse av overtredelsesgebyr

- (33) Klagenemnda har skjønnsmessig adgang til å illegge overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noe som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkteanskaffelse, jf. lovens § 7 b.
- (34) Klagenemnda tar først stilling til innklagedes anførsel om at klagenemnda ikke kan illegge gebyr siden overtredelsesgebyret er knyttet til unnlatelse av å kunngjøre anskaffelsen, ikke tidspunktet for kontraktsinngåelse slik klagenemnda legger til grunn. Siden unnlatelsen fant sted før reglene om overtredelsesgebyr trådte i kraft vil klagenemnda, etter innklagedes oppfatning, ikke kunne illegge gebyr med tilbakevirkende kraft.
- (35) Overtredelsesgebyret er knyttet til tidspunktet for når den ulovlige direkteanskaffelsen finner sted, dvs når kontrakt signeres uten forutgående konkurranse. Dette følger av en tolkning av ordlyden og indirekte av Ot.prp. nr. 62 på side 27 hvor det fremgår at *"hjemmelen til å illegge overtredelsesgebyr gjelder kun overfor ulovlige direkte anskaffelser foretatt etter lovens ikrafttredelse"*. Det har derfor ingen betydning i forhold til anvendelse av gebyrregelen på hvilket tidspunkt innklagede faktisk unnlot å kunngjøre anskaffelsen. Kontrakten ble undertegnet 8. november 2007. Innklagede henviser til FADs orientering av 21. desember 2006 om skjæringstidspunkt, som gjelder for innføringen av nye forskrifter for offentlige anskaffelser fra 1. januar 2007. Normalt vil kunngjøring av konkurranse måtte legges til grunn når virkeområdet for regelendringer skal legges til grunn, men dette kan ikke utvides til å gjelde tidspunkt for en tenkt unnlatelse av lovpålagt kunngjøring. Anskaffelse uten kunngjøring var lovstridig både før og etter 1. januar 2007, og innklagede var derfor etter dette skjæringspunktet klar over at anskaffelsen heretter kunne medføre illeggelse av gebyr, siden gebyrreglene i lovens § 7b trådte i kraft fra samme tidspunkt som forskriftsendringene, dvs 1. januar 2007. Spørsmålet om tilbakevirkende kraft kan da ikke reises, og klagenemnda vurderer om gebyr skal ilegges i saken.
- (36) Etter lovens § 7b annet ledd skal det legges særlig vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, samt overtredelsesgebyrets preventive virkning. Opplistingen av hva det kan legges vekt på i vurderingen er ikke uttømmende
- (37) Klagenemnda har så langt ilagt overtredelsesgebyr i to tilfeller, jf. klagenemndas saker 2007/19 og 2008/5. I sak 2007/19 ila klagenemnda et gebyr på kr 1 million for avrop under en rammeavtale som ikke var gyldig. I sak 2008/5 ble det ilagt et gebyr på kr 950 000 for inngåelse av en kontrakt når det ikke lenger forelå gyldige tilbud etter totalforkastelse, og fordi kontrakten ble vesentlig endret slik at det i realiteten forelå en ny anskaffelse.
- (38) Spørsmålet er om innklagede har opptrådt forsettlig eller grovt uaktsomt ved å tildele kontrakt direkte til ØE. Klagenemnda tar utgangspunkt i hva innklagede visste eller burde vite rundt tidspunktet for kontraktsinngåelse den 8. november 2007, da det er dette som må være det relevante tidspunkt for skyldvurderingen.
- (39) Om skyldkravet fremgår det følgende i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser side 26:

”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.”

- (40) Innklagede innhentet en juridisk vurdering fra Statsbygg vedrørende adgangen til å bruke unntaksbestemmelsen i daværende forskrifts § 4 - 3 c. At innklagede ba om en slik vurdering viser at innklagede var opptatt av å etterleve regelverket. Statsbygg konkluderte med at det var adgang til å benytte unntaksbestemmelsen ved anskaffelse av fjernvarme. Det fremgår imidlertid av vurderingen at forholdet ikke falt direkte inn under bestemmelsen fordi ØE ikke leverte fjernvarme på det tidspunktet og dermed ikke hadde en eksklusiv rett til å levere fjernvarme i dette området. Når Statsbygg likevel falt ned på at det var mulig å benytte unntaksbestemmelsen var det ut fra en vurdering av at reelle hensyn talte for å unnta leveranse fra konkurranse. Reelle hensyn omfattet både at det var lite konkurranse om slike leveranser og at anbudsinstituttet var helt uegnet for å finne frem til den som skal etablere fjernvarmeanlegg i regionen.
- (41) Etter klagenemndas oppfatning burde innklagede, ut fra ovennevnte vurderinger, skjønt at beslutningen om å tildele kontrakt direkte ikke kunne være hjemlet i § 4-3 c, og at innklagde tok en risiko ved å forholde seg til Statsbyggs konklusjoner. Klagenemnda kan ikke se at vilkårene i unntaksbestemmelsen er så uklar at det skulle være vanskelig for innklagede å forstå at den faktiske situasjonen ikke berettiget bruk av unntaksbestemmelsen. I tillegg burde innklagede som offentlig oppdragsgiver vært oppmerksom på at unntakene for kunngjøringskravene er svært snevre, og at det skal mye til før et slikt unntak hjemler en direkteanskaffelse. Innklagede hevder i etterkant av forhåndsvarselet at man var oppmerksom på at unntaket måtte fortolkes restriktivt, men at reelle hensyn og betraktninger om sammenheng i regelverket måtte kunne vektlegges i vurderingen av om unntaket kom til anvendelse. Det vises til forarbeidene sitert ovenfor i premiss (39) om at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god kunnskap i regelverket. Dersom innklagede var oppmerksom på at dette var en snever unntaksbestemmelse er det desto mer betenkelig at innklagede ut fra Statsbyggs vurdering likevel bestemte seg for å unnlate å kunngjøre anskaffelsen.
- (42) Videre skjerper det kravet til innklagedes aktsomhet at det her var snakk om en stor kontraktssum (20,4 mill kroner) og en kontrakt av spesielt lang varighet (15 år). I slike tilfeller bør offentlige oppdragsgivere være særskilt aktsom mht. at anskaffelsen er i samsvar med regelverket. Hensynet til konkurranse er mer tungtveiende jo større summer som blir unntatt fra konkurranse, og jo lenger kontrakten blir unndratt fra markedet. Klagenemnda finner derfor at det etter en totalvurdering var grovt uaktsomt av innklagede å inngå kontrakt direkte på grunnlag av de vurderinger som Statsbygg gjorde i forkant.
- (43) Klagenemnda har kommet til at det er grunnlag for å illegge gebyr i dette tilfellet.

Gebyrets størrelse

- (44) Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 % av anskaffelsens verdi, jf lovens § 7b annet ledd. Verdien på denne anskaffelsen er etter det opplyste, som nevnt 20 400 000 eks. mva. fordelt over en kontraktsperiode på 15 år.
- (45) I sak 2007/19 ble det (premiss (46)) tatt hensyn til at ordningen med overtredelsesgebyr var ny, og at det var tale om første gangs anvendelse for klagenemnda. Gebyret ble satt til ca 1 % av kontraktens verdi. Siden da er ordningen blitt kjent, er mye omtalt i media – og må forutsettes kjent blant oppdragsgiverne og dermed for innklagede. Innklagede hevder i etterkant av forhåndsvarselet at det må legges vekt på i formildende retning at overtredelsen gjaldt regler som nylig var trådt i kraft. Den ulovlige direkteanskaffelsen fant i dette tilfellet sted den 8. november 2007, og bestemmelsen om gebyr må ha vært kjent for innklagede på dette tidspunkt. Klagenemnda finner derfor ikke å kunne vektlegge dette i formildende retning.
- (46) Klagenemnda ila i sak 2008/5 et gebyr på ca 7 % av kontraktsverdien. Innklagede hadde i denne saken tatt en risiko, og klagenemnda uttalte at *"Innklagedes valg om å tildele uten kunngjøring fremstår som et forsøk på å omgå regelverket for offentlige anskaffelser"*. I foreliggende sak fremstår det som om innklagede har tatt en risiko til om unntaksbestemmelsen faktisk kom til anvendelse, og har således likhetstrekk med sak 2008/5.
- (47) Preventive hensyn tilsier at det bør reageres strengt i tilfeller der offentlige oppdragsgivere hjemler en ulovlig direkteanskaffelse i en unntaksbestemmelse som åpenbart ikke kommer til anvendelse. Dette gjelder spesielt siden anskaffelsen i dette tilfellet helt har vært unndratt fra konkurranse. Videre gjelder dette en kontrakt med høy verdi og av lang varighet, noe som taler for at konkurransehensynet er mer tungtveiende enn ellers, jf. premiss (42). Anskaffelsen er over EØS-verdi, jf. forskriftens § 2-2, og dette innebærer at anskaffelsen av fjernvarme har blitt unndratt fra hele EU markedet. Dette er i seg selv et forhold som taler for at gebyret bør settes høyt.
- (48) Klagenemnda legger videre vekt på i utmålingen at kontraktstildelingen vil kunne legge føringer på tildeling av konsesjon for levering av fjernvarme i dette området.
- (49) Det er en formildende omstendighet ved gebyrfastsettelsen at innklagede innhentet juridisk bistand før beslutningen om å foreta en direktetildeling ble tatt, og at Statsbygg gav innklagede råd om at det var juridisk holdbart å unnta anskaffelsen av fjernvarme fra konkurranse.
- (50) Videre tillegges det vekt i formildende retning at det kunne virke problematisk å gjennomføre en anskaffelse av fjernvarme i et marked hvor det kreves konsesjon for å levere ytelsen, og som forutsetter bygging av et fjernvarmeanlegg, spesielt når dette er anskaffelse av en vare som er relativt ny på markedet. Innklagede mener at det bør tillegges vekt i formildende retning at fjernvarmemarkedet har endret seg dramatisk siden 2006, og at en anbudskonkurranse på det tidspunktet med stor sannsynlighet ikke ville gitt flere tilbud. Det er mulig at fjernvarmemarkedet har endret seg, men klagenemnda kan ikke legge til grunn som sannsynlig at en anbudskonkurranse med stor sannsynlighet ikke ville ha gitt flere tilbud. Nemnda vil derfor ikke vektlegge dette i formildende retning i vurderingen av gebyrets størrelse.

(51) Klagenemnda har funnet at et gebyr på 1.5 millioner av en kontraktssum på 20.4 millioner skal ilegges oppdragsgiver i denne saken. Det utgjør 7.4% av kontraktssummen.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

*"Kriminalomsorgen region øst ilegges et overtredelsesgebyr stort kr 1 500 000,-
enogenhalvmillion-.*

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 tvangsfullbyrdsloven § 1-2.*

*Vedtaket om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten
til overprøving, jf anskaffelsesloven § 7b.*

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

31. oktober 2008


Kai Krüger