



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Drammen kommune et gebyr på 900 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av vintervedlikehold ved endring av en kontrakt. Klagenemnda fant at unntakene fra kunngjøringsplikt ikke kom til anvendelse, og at innklagede hadde utvist grov uaktsomhet ved å tildele kontrakt direkte.

Klagenemndas gebyrvedtak 20. september 2010 i sak 2009/208

Klager: Jørn Bekkevold Gårdsdrift

Innklaget: Drammen kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger og Siri Teigum

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse for vinterdrift av bydelen Konnerud i Drammen kommune og ileggelse av overtredelsesgebyr.

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Jørn Bekkevold Gårdsdrift 22. september 2009. Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at Drammen kommune (heretter kalt innklagede) ilegges et gebyr på 900 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (2) Drammen kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. april 2009 en åpen anbudskonkurranse om drift og vedlikehold med funksjonsansvar av bydelene Strømsø og Bragerne i Drammen. Anskaffelsen ble kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse og av kunngjøringen punkt II.1.5) fremgikk det at avtalene skulle gjelde for perioden 1. oktober 2009 til 30. september 2014. Det fremgikk av kunngjøringen punkt VI.3) at det ikke var et krav om å inngi tilbud på begge bydelene. Konkurranses grunnlagene og kontraktsbestemmelsene var utformet i tråd med dette, slik at det var ett konkurransegrunnlag og ett sett kontraktsbestemmelser for hver bydel. Det var imidlertid store likheter mellom konkurransegrunnlagene, og kontraktsbestemmelsene var i hovedsak likelydende. Kontraktsbestemmelsene henviste til NS 8406 "Forenklet bygge- og anleggskontrakt", og de angitte kontraktsbestemmelser supplerte reguleringen i NS 8406. Av konkurransegrunnlagets punkt 1.5 "Anskaffelsen" fremgikk følgende:

"Oppdraget omfatter drift og vedlikehold med funksjonsansvar av kommunale veier, gater, fortau, gang- og sykkelveier, plasser og torg i Drammen kommune med tilhørende sidearealer, utstyr og installasjoner.

Oppdraget omfatter i hovedsak rutinemessige driftsoppgaver og mindre vedlikeholdsoppgaver på veinettet. Oppdraget omfatter også inspeksjon og registrering, planlegging av virksomheten, beredskap mht. vinterdrift og generell trafikkavvikling, dokumentasjon, rapportering til byggherren, håndtere informasjon til og fra publikum samt andre oppgaver som er nødvendige for drift og vedlikehold av veinettet.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

Arbeidet gjøres, der annet ikke er beskrevet særskilt, opp med rundsum for funksjonsspesifiserte oppgaver, iht. mengder og enhetspriser for mengdebaserte oppgaver og iht. timer og timepriser for mannskap og maskiner.

Kontrakten gjelder for perioden 1.10.2009 – 30.9.2014 for alle drifts- og vedlikeholdsoppgavene som er beskrevet.

Veinettet som omfattes av oppdraget på 'Strømsø-siden' består av omlag 130 km kommunal vei totalt hvorav 32 km kommunal gang- og sykkelvei. Trafikken på det kommunale veinettet varierer fra omlag ÅDT 50 til omlag ÅDT 20.000.

I tillegg, under forutsetning av byggherrens aksept på pristilbud samt endelig utfall og resultat av kommunalreformen vedrørende det fylkeskommunale veinettet, vil anslagsvis 28 km fylkesveger inngå i kontraktsarbeidet med virkning fra 1.10.2010. Kommunale veier og fylkeskommunale veier skal driftes i hht samme vegstandard.

Konkurransen er kunngjort i DOFFIN og TED i henhold til lov om offentlige anskaffelser.”

- (3) Innklagede har et driftsforetak organisert som et kommunalt foretak, Drammen Drift KF, som utfører anleggstekniske tjenester. Innklagede har opplyst at ved utlysningen av konkurransen om drift og vedlikehold av Bragernes og Strømsø besluttet innklagede at en annen bydel, Konnerud, ikke skulle være omfattet av konkurransen. Bakgrunnen var at innklagede ønsket å kunne tilby Drammen Drift KF arbeidsoppgaver dersom Drammen Drift KF ikke ble tildelt kontrakt for Bragernes eller Strømsø.

- (4) I protokoll fra tilbudskonferansen datert 29. april 2009 fremgår følgende:

Spørsmål 2: Hvorfor er Konnerud tatt ut?

Svar: Valg fra byggherre.

(...)

Spørsmål 6: Hvorfor vil det bli etablert en klimastasjon på Konnerud når bydelen ikke er med i kontrakten?”

- (5) Innklagede mottok 4 tilbud i konkurransen, herunder fra Drammen Drift KF og Aktiv Veidrift AS. Drammen Drift KF ble avvist av innklagede grunnet ufullstendig prising. Aktiv Veidrift AS tilbød å utføre arbeidet på Strømsø for kroner (...) ¹ eksklusive fylkeskommunale veier, mens arbeidene på fylkeskommunale veier ble tilbudt utført for kroner (...). Når det gjaldt Bragernes tilbød Aktiv Veidrift AS å utføre arbeidene for kroner (...) eksklusive fylkeskommunale veier, mens arbeidene på fylkeskommunale veier ble tilbudt utført for (...). Innklagede tildelte kontrakt for både Bragernes og Strømsø til Aktiv Veidrift AS (heretter kalt valgte leverandør) og avtale mellom partene ble signert 14. juni 2009.
- (6) Drammen Drift KF ble etter dette tildelt vintervedlikeholdet for Konnerud direkte. Drammen Drift KF hadde imidlertid ikke tilstrekkelig brøytekapasitet, og kunngjorde derfor 6. juli 2009 en åpen anbudskonkurranse om vinterdrift på Konnerud. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at avtalen skulle gjelde fra 1. oktober 2009 til 30. april 2010. Drammen Drift KF hadde videre betinget seg opsjon for ett års forlengelse. Av utlysningens punkt II. 2.1) fremgikk det at anskaffelsens verdi var anslått til å utgjøre mellom kr 1 500 000 og kr 1 800 000. Av utlysningens punkt II.1.2 (c))

¹ Opplysningen er sladdet som forretningshemmelighet, jf. offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr. 2. Tilsvarende gjelder også andre steder hvor opplysninger er sladdet ved bruk av vanlig parentes.

fremgikk det at anskaffelsen var kunngjort som en tjenesteanskaffelse, tjenestekategori 1.

- (7) Drammen Drift KF mottok tilbud fra Jørn Bekkevold Gårdsdrift (heretter kalt klager). Utover dette mottok ikke Drammen Drift KF tilbud i konkurransen.
- (8) Det er utarbeidet et møtereferat fra et møte mellom innklagede og valgte leverandør. Møtereferatet er datert 15. september 2009, men dette er overstrøket med håndskrift, med ny datering 8. september 2009. Fra møtereferatet fremgår følgende:

Avklaringsmøte endring i funksjonskontraktene.

Orientering om prosessen

Konnerud var ikke med i utlysningen av konkurransen Bragernes siden og Strømsø siden. Området Konnerud var direkte tildelt Drammen drift KF, heretter kalt DD. DD har gjennomført en utlysning av brøyte-/strø-tjenester der DD bruker styrt utkalling. Tilbyderne viste liten interesse slik at DD fikk inn kun et tilbud. Drammen drift vil iht offentlig anskaffelser avvise tilbudet til leverandøren da det ikke ble konkurranse. har, etter utlysning av vinterdriften som hadde liten interesse, gitt vinterdrift oppdraget tilbake til veiforvalter. DDkf tar sommervedlikeholdet.

Veiforvalter kan ikke benytte DDkfs ene tilbyder da denne utlysningen ikke samsvarer med oppdraget. Bl.a. med egenutkalling og prising av "snødøgn".

Alternativet for raskest mulig avklaring er å benytte utvidelsesretten i signert Strømsø-Bragerneskontrakt.

Endringer til funksjonskontraktene Strømsø siden og Bragernes siden

Bestillingen innbefatter vinterdrift av Konnerud.4T km vei og 18 km gang-/sykkelvei. Funksjonskontrakt lik Strømsø- og Bragerneskontrakten. Kommunen ønsker priser for prosessene pr vintersesong.

Prosessene er:

o Hovedprosess 9-vinterdrift

o Prosess 78.3 - Trafikkberedskap

o Prosess 48. -Fjerning av snø og is som hindrer vannavrenning

o Prosess 78. -Renhold inkl fjerning av snø og is fra skilt

Vinterperioden er fra 01.okt kl 00.00 til 30.april kl 24.00. Første vintersesong er 2009/2010 og siste er 2010/2014.

Gjennomføring og oppstart

AV øker kapasiteten med flere innleide kontraktører. De benytter tidligere tilbudsgrunnlag og flat prisstruktur. De vil ta i bruk samme trackingsystem for rapportering til byggherren som på inngåtte kontrakter. Utvidelsen medfører en marginal økning administrativt i kontraktperioden.

Tilbud

Aktiv Veidrift oversender bekreftelse på tilbud snarest.

Vedlegg: tilbud fra Aktiv veidrift as.

- (9) Valgte leverandør sendte 8. september 2009 tilbud om vinterdrift på Konnerud på e-post til innklagede:

"Oversender herved bekreftelse på vårt tilbud vedrørende vinterdrift Konnerud.

Kontraktsarbeidet er iht prosess 91-93 ,78.3 og følgende aktiviteter/ansvar:

1. Fjerning av snø og is som hindrer vannavrenning

Prosess 91-93 Vinterdrift kommunale veier Konnerud

Konnerud t.o.m 13 snødøgn kr. 2.300.000,- pr. år

Enhetspris per snødøgn utover 13 snødøgn kr. (...)

Prisene er oppgitt eks. MVA.

Regningsarbeider gjøres opp etter medgåtte timer for mannskap og maskiner iht tilbudte priser i G5 funksjonskontrakt Strømsø.

I tillegg til nevnte kontrakt gjøres gjeldende:

Overtidstillegg hverdager kl. 15:00 - 21:00 = kr. (...)/time (tillegg til ordinær timepris).

Vi håper tilbudet er av interesse og ser frem til å høre fra dere.

Vennlig hilsen

Aktiv Veidrift AS"

- (10) Innklagede sendte 9. september 2009 en e-post til valgte leverandør hvor det fremgikk følgende:

"Hei

Vi aksepterer deres tilbud jfr forhandlingsmøte 08.sept.då"

- (11) Drammen Drift KF sendte 10. september 2009 et brev til klager hvor det fremgikk at konkurransen var avlyst. Av brevet fremgikk følgende:

"Viser til deltagelse i konkurranse om leveranse av Vinterdrift - Konnerud til Drammen Drift KF.

Det informeres herved om at konkurransen er avlyst.

Begrunnelsen for avlysning er følgende:

Det ble innlevert kun ett tilbud. Dette sikrer ikke reell konkurranse om oppdraget, jf. §5 i Lov om offentlige anskaffelser. Konkurransen avlyses derfor med øyeblikkelig virkning, jf. § 22-1 i forskrift om offentlige anskaffelser. Drammen Drift KF og Drammen kommune vil nå vurdere alternative løsninger for vinterdriften av vegnettet på Konnerud.

- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 22. september 2009.
- (13) Innklagede har opplyst at utgiftene for vinterdrift av Konnerud fra oppstart i oktober 2009 til og med mars 2010 utgjør kr 1 990 000, og at april vil koste kr 310.000. Innklagede har videre opplyst at det ikke har vært utbetalt for ekstra snødøgn, og at det ikke har vært noen bestillinger på regningsarbeider for Konnerud.
- (14) Klager har fremlagt klagers tilbudspriser for vinterdrift av Konnerud, og tilbudsprotokollen fra en tidligere konkurranse for vinterdrift for Konnerud som ble avholdt i 2005. Klager har også fremlagt en avisartikkel fra Drammens Tidende hvor det fremgår at "Vei natur og idrett" trenger syv millioner i ekstra bevilgninger i 2010, og at årsaken er at de glemte å justere prisene på brøyting og vedlikehold fra 2005.

Klager har forklart at prisene viser at hans tilbud for Konnerud var kroner 1 989 920, og at enhetspris per snødøgn etter 13 snødøgn ville være kroner (...).

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse ved å inngå avtale med valgte leverandør om vinterdrift av Konnerud Bydel.
- (16) Innklagede har selv opplyst i sitt tilsvare for Kofa at innklagede foretok et valg om å holde bydelen Konnerud utenfor avtalen om drift og vedlikehold av bydelene Bragernes og Strømsø. At Konnerud ble holdt utenfor ble også klart kommunisert til tilbyderne, jf referat fra tilbudskonferansen. Avtalen kan da ikke senere endres til å omfatte Konnerud.
- (17) Det er heller ikke riktig at klagers tilbud om vinterdrift av Konnerud var uforholdsmessig høyt. Det har riktignok vært en økning i prisen fra prisene for konkurransen om vinterdrift av Konnerud i 2005, men denne konkurransen ble avlyst og utlyst på nytt, hvilket fikk som følge at prisene gikk ned 15 - 20 %. Av avisartikkel i Drammens Tidende fremgår det også at innklagede i budsjettet har glemt å justere prisene på brøyting og vedlikehold fra 2005. For øvrig, selv om det er uklart hvilket påslag Drammen Drift har betinget seg, var prisene i klagers tilbud uansett lavere enn de som ble oppnådd med valgte leverandør.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede bestrider å ha inngått en ulovlig direkteanskaffelse. I avtalene med valgte leverandør, NS 8406 punkt 19, er det hjemmel for å endre kontraktsvolumet med inntil 15 prosent utover opprinnelig avtalt arbeid. Ordlyden i denne bestemmelsen, som har vært gjenstand for konkurranse, tilsier klart at det var mulig å benytte endringsbestemmelsen. Selv om verdien for avtalen om vinterdrift av Konnerud overstiger 15 prosent når den sammenlignes med hver enkelt kontrakt for Bragernes og Strømsø isolert sett, er omfanget mindre enn 15 prosent når kontraktene ses samlet. Det er også det samme arbeidet som utføres, også anskaffelsen av drift og vedlikehold for bydelene Bragernes og Strømsø må også anses som en tjenestearsjaffelse. Ved et arbeid som gjelder drift og vedlikehold av veier kan endringsbestemmelsen vanskelig tenkes benyttet på annen måte enn utvidelse til også å omfatte andre veier.
- (19) Innlemmelsen av Konnerud førte heller ikke til at kontrakten fikk et annet geografisk virkeområde. Avgrensningen om at avtalen gjaldt drift og vedlikehold av bydelene Bragernes og Strømsø er ikke helt presis. Innklagede ønsket å gi en overordnet angivelse av det geografiske området for leveransen. Det er imidlertid ikke hensiktsmessig å operere med bydelsgrenser, ettersom veier ofte henger fysisk sammen gjennom flere ulike områder. Avtalen gjaldt også enkelte veier i Konnerud. For eksempel inngikk Fylkesvei 36 i kunngjøringen om drift og vedlikehold av bydelene Bragernes og Strømsø. Denne fylkesveien går gjennom Konnerud.
- (20) Når det gjelder overtidstillegget på kr (...) for hverdager mellom kl 15 og 21 er dette et tillegg som ikke var med i avtalene om Bragernes og Strømsø. Overtidstillegget er imidlertid til nå ikke benyttet, og valgte leverandør har akseptert å stryke overtidstillegget fra avtalen med virkning fra 8. mars 2010.
- (21) Uansett har ikke innklagede opptrådt grovt uaktsomt. Innklagede mottok et tilbud fra klager om vinterdrift av Konnerud, men dette var uakseptabelt høy priset. Det kan ikke

være grovt uaktsomt av innklagede å benytte endringsbestemmelsen som etter ordlyden åpnet for endringen, særlig sett i forhold til den situasjon som oppstod, hvor innklagede hadde fått inn et uakseptabelt høyt tilbud, og behovet for snørydding måtte dekkes før vinteren. Andre offentlige oppdragsgivere har også brukt endringsbestemmelser i kontrakter i sammenlignbare tilfeller. Disse forhold tilsier også at et eventuelt gebyr settes lavt. Det bør heller ikke tillegges betydning at klager fikk beskjed om at konkurransen var avlyst etter at avtale med valgte leverandør var inngått. Dette var et resultat av forsinkelser i kommunikasjonen, og er beklagelig, men har ikke fått betydning for fremgangsmåten som ble valgt. Overstående tilsier også at et eventuelt gebyr settes så lavt som mulig.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klagen er rettidig. Vintervedlikeholdet av Konnerud ble av Drammen Drift KF kunngjort som en prioritert tjenesteanskaffelse omfattet av forskriften Vedlegg 5 tjenestekategori (1), hvilket innebærer at anskaffelsen etter sin opplyste verdi følger lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (23) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf lovens § 7b og forskriftens §§ 9-1/18-1. Klager har anført at innklagede har utført en ulovlig direkteanskaffelse ved å inngå avtale med valgte leverandør om vinterdrift av Konnerud bydel. Problemstillingen er hvorvidt endringene av kontraktene for Bragernes og Strømsø til også å omfatte vinterdriften av Konnerud må anses som en vesentlig endring av kontraktene.
- (24) Det er på det rene i denne saken at bydelen Konnerud ikke var en del av kunngjøringen av konkurransen som innklagede gjennomførte om drift og vedlikehold av bydelene Strømsø og Bragernes. Det er opplyst av innklagede selv at dette var en bevisst beslutning, slik at oppdraget for dette området eventuelt skulle kunne tildeles Drammen Drift KS. Innklagede har vist til bestemmelser om endrings- og tilleggsarbeider i NS 8406 ("Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt") punkt 19.1 og basert seg på at det etter kontrakten dermed var adgang til å legge Konnerud inn under avtalen med valgte leverandør uten ny kunngjøring.
- (25) Hjemmel for konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er for kontrakter på EØS nivå gitt i forskriften § 14-4, der tilleggstjenester i forhold til opprinnelig kunngjøring eller kontrakt under bokstav j er listet opp i pkt 1-5;
- "1. forhold oppdragsgiver ikke kunne forutse gjør det nødvendig å utføre tilleggstjenesten eller tilleggsarbeidet for å utføre de tjenestene som opprinnelig ble beskrevet,*
- 2. forhold oppdragsgiver ikke kunne forutse gjør det nødvendig å utføre tilleggstjenesten eller tilleggsarbeidet,*
- 3. tilleggsarbeidene eller tilleggstjenestene tildeles samme leverandør,*

4. den samlede verdi av kontrakter som inngås om tilleggsarbeider eller tilleggstjenester ikke overstiger 50 prosent av verdien av den opprinnelige kontrakt, og

5. tilleggstjenestene eller tilleggsarbeidene ikke teknisk eller økonomisk kan skilles fra den opprinnelige kontrakt uten vesentlige ulemper for oppdragsgiver eller, dersom de kan skilles fra den opprinnelige kontrakt, likevel er strengt nødvendig for fullføring av denne, eller

k. ved tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter for nye arbeider, som er en gjentakelse av lignende arbeider utført i forbindelse med en tidligere kontrakt inngått i samsvar med hovedregelen i § 14-1 (tillatte anskaffelsesprosedyrer). Forutsetningen er at kontrakten tildeles til den opprinnelige leverandør og at arbeidene er i samsvar med det prosjekt som dannet utgangspunktet for tildelingen av den første kontrakten. Muligheten for at denne fremgangsmåte kan bli brukt, skal angis første gang det innhentes tilbud for prosjektet. Mulige senere arbeider skal tas med i beregningen av anskaffelsens verdi i forhold til terskelverdiene i kapittel 2 (anvendelsesområde for de ulike bestemmelsene i forskriften). Fremgangsmåten kan bare anvendes inntil tre år etter at den opprinnelige kontrakt ble sluttet.”

- (26) Forskriften gjennomfører EU Dir 2004/18 artikkel 31. Spørsmålet om utvidelse av kontrakt uten kunngjøring til nye arbeider har vært oppe for EU-domstolen fra tiden før de nye direktiver i 2004. En dom av 14. oktober 2004 i sak C-340/02 gjaldt del to i et planlagt prosjekt om oppføring av et renseanlegg. I utlysningen av prosjektkonkurransen vedrørende oppføringen av anlegget fremgikk det at den av tilbyderne hvis løsningsforslag ble valgt ville kunne bli invitert til å delta ved gjennomføringen av del to i prosjektet. Senere ble del to i prosjektet tildelt vinneren av prosjektkonkurransen uten at anskaffelsen ble kunngjort. EU-domstolen uttalte:

(34) “ [...] The principle of equal treatment of service providers, laid down in Article 3(2) of the Directive, and the principle of transparency which flows from it (see, by analogy, Case C-87/94 Commission v Belgium [1996] ECR I-2043, paragraphs 51 to 53 [51, 52, 53], and Case C-324/98 Telaustria and Telefonadress [2000] ECR I-10745, paragraph 61) require the subject-matter of each contract and the criteria governing its award to be clearly defined.

(35) That obligation exists where the subject-matter of a contract and the criteria selected for its award must be regarded as decisive for the purposes of determining which of the procedures provided for in the Directive is to be implemented and assessing whether the requirements related to that procedure have been observed.

(36) It follows that in the present case the mere option of awarding the contract relating to the second phase according to criteria laid down in respect of a different contract, that is the one related to the first phase, does not amount to awarding the contract in accordance with one of the procedures laid down in the Directive.”

- (27) Avgjørelsen viser at innlemming av en anskaffelse i en kontrakt som ikke omfatter den aktuelle anskaffelsen, kan bryte med kunngjøringskravet. Avgjørelsen må nå leses i lys av de mer detaljerte regler om fritak fra kunngjøringsplikt i Dir 2004/18 artikkel 31.
- (28) Den utlyste kontrakten om drift og vedlikehold gjaldt bydelene Bragernes og Strømsø, og selv om også enkelte veier i Konnerud var omfattet, var bydelen Konnerud holdt utenfor som følge av et valg fra innklagedes side. Dette ble også klart kommunisert til potensielle tilbydere, hvilket må tillegges meget stor betydning. Bydelen Konnerud er et annet geografisk område, og faller utenfor formålet og virkeområde til den kunngjorte kontrakten om drift og vedlikehold av bydelene Bragernes og Strømsø.

- (29) Klagenemnda tilføyer at avtalen for Konnerud gjelder vinterdrift av kommunale veier i perioden 1. oktober til 1. mai hvert år, og at denne ble korrekt kunngjort som en prioritert tjenesteanskaffelse omfattet av forskriften Vedlegg 5 tjenestekategori (1), mens drifts- og vedlikeholdsavtalene for Bragernes og Strømsø er langt mer omfattende, og gjelder helårs vedlikeholds- og driftavtaler for veier og andre offentlige områder og plasser. Avtalene om drift og vedlikehold av bydelene Bragernes og Strømsø er kunngjort som bygge- og anleggskontrakter, jfr CPV-ref 45233141-9 som omfatter "Road-maintenance works".
- (30) Endringene av avtalen med valgte leverandør ved innlemmelse av Konnerud må på denne bakgrunn anses som vesentlig, enten forholdet vurderes etter NS 8406 eller etter forskriften § 14-4 bokstav j og k. Innklagede har ikke anført andre bestemmelser i forskriften som hjemmel for å unnlate kunngjøring. Innlemmelsen av vinterdrift for Konnerud under kontraktene som gjelder Bragernes og Strømsø utgjør på denne bakgrunn en ulovlig direkteanskaffelse.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (31) Skyldkravet for illeggelse av overtredelsesgebyr er forsett eller grov uaktsomhet, jf loven § 7b første ledd. I lovforarbeidet Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 er dette kommentert på følgende måte:

"Det er et vilkår for å ilegge 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."

- (32) Endringen av drifts og vedlikeholdskontraktene om Bragernes og Strømsø til også å omfatte Konnerud ble av innklagede begrunnet med at endringen var bestilling av tilleggsarbeider med hjemmel i NS 8406 punkt 19.1. Som nevnt mener Klagenemnda at Konnerud-kontrakten ikke kan ses som et naturlig tilleggsarbeid i forhold til oppdragene for Strømsø og Bragernes, hva enten forholdet vurderes etter forskriften eller etter standardvilkårene. Forholdet er at innklagede tok et valg om å ikke inkludere Konnerud i den kunngjorte konkurransen for Strømsø og Bragernes. Innklagede burde da innsett at endringen ville kunne være problematisk i relasjon til regelverket om offentlige anskaffelser. Innklagedes rettsvillfarelse må etter omstendighetene i saken karakteriseres som grovt uaktsom. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (33) Av loven § 7b første ledd fremgår det at oppdragsgiver kan ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver 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 særlig skal legges vekt på "overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning".
- (34) Klagenemnda bemerker at anskaffelsen gjelder et relativt betydelig beløp, og at innklagede ved inngåelsen av avtalen ikke synes å ha gjort andre vurderinger av forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser enn å konkludere med at NS 8406

gav hjemmel for å unnlate kunngjøring. Forholdet til anskaffelsesforskriften synes ikke å være vurdert. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at det bør ilegges overtredelsesgebyr for den ulovlige direkteanskaffelsen.

Gebyrets størrelse

- (35) Ved avgjørelsen av gebyrets størrelse skal det, i likhet med ved spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*, jf. loven § 7b andre ledd. 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.
- (36) Klagenemnda skjerpet i sak 2009/120 gebyrpraksisen, en praksis som er fulgt opp i senere praksis, jf klagenemndas avgjørelser i sak 2009/40, sak 2009/229, 2009/144.
- (37) I foreliggende sak er det skjerpende at det dreier seg om en høy kontraktsverdi. På den annen side merker Klagenemnda seg at Konnerud-kontrakten ble forsøkt konkurranseutsatt uten akseptabelt resultat. Innklagede må også høres med at man var under et visst tidspress siden behovet for veidrift og snørydding måtte ordnes før vinteren. Praktiske hensyn tilsa at man lot Konnerud-oppgdraget gå til den allerede valgte leverandør for oppdraget om drift og vedlikehold av Bragernes og Strømsø.
- (38) Det fremgår av e-post fra valgte leverandør datert 8. september 2009 at kontraktssummen er 2 300 000 kroner for hvert år med tillegg av (...) kroner for hvert snødøgn utover tretten snødøgn. Av møtereferatet fra møtet datert 8. (15) september 2009 fremgår det at avtalt kontraktstid er fem år. Ved en kontraktssum på 2 300 000 kroner for hvert år utgjør dette 11 500 000 over fem år. Innklagede har opplyst at utgiftene for vinterdrift av Konnerud fra oppstart i oktober 2009 til og med mars 2010 utgjør kr 1 990 000, og at april vil koste kr 310 000. Innklagede har videre opplyst at det i år ikke er betalt for ekstra snødøgn, og at det ikke har vært noen bestillinger på regningsarbeider for Konnerud.
- (39) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan beregnes ut fra en anskaffelsesverdi anslått til kr 11 500 000 og settes til 900.000 som utgjør ca 7,8 % av den anslåtte kontraktsverdi.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Drammen kommune ilegges et overtredelsesgebyr stort kroner 900.000 nihundretusen.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b femte ledd.

Bergen, 20. september 2010
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger