



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Tjeldsund kommune et gebyr på 100 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av brøyting og sandstrøing. Klagenemnda fant at unntakene fra kunngjøringsplikt ikke kom til anvendelse, og at innklagede hadde utvist grov uaktsomhet ved å unnlate å kunngjøre anskaffelsen.

Klagenemndas gebyrvedtak 1. februar i sak 2010/187

Klager: Kongsviktoppen AS

Innklaget: Tjeldsund kommune

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Jakob Wahl og Kai Krüger

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Kongsviktoppen AS av 11. juni 2010. Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at Tjeldsund kommune (heretter kalt innklagede) ilegges et gebyr på 100 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (2) Innklagede sendte 22. juni 2009 en forespørsel til Harstad Tidende om å sette inn følgende annonse:

"Maskineiere inviteres til å gi tilbud på brøyting/sandstrøing av kommunale veier i Tjeldsund fra Høsten 2009. Avtale vil bli inngått for en periode på 3 til 5 år. For nærmere opplysninger bes det tatt kontakt med plan- og utviklingsavdelingen på tlf. 76 91 91 00 eller mobil 992 95 475. Frist for å gi tilbud er 22.07.09.

Plan og utviklingsavdelingen"

- (3) Følgende annonse stod på trykk i Harstad Tidende i uke 25 i 2009:

"Tilbud Snøbrøyting og sandstrøing fra sesongen 2009/2012

Det inviteres herved til å gi tilbud på brøyting av kommunale veier og plasser. Hvilke veier og plasser som skal brøytes i hvert enkelt brøyteområde fremgår av vedlagte oversikt.

*Den enkelte tilbyder må påregne å inngå avtale på mellom 3 år. Har man ønske om andre tidsperioder må dette spesifiseres. Det bes oppgitt hvilket utstyr som disponeres. Vi anmoder om pris på både brøyting og sandstrøing. **Vi minner om hovedutvalgets vedtak om at det ikke skal brøytes før det er falt 5 cm vår snø – eller 10 cm tørr snø. Skoleplasser og områder i barnehager skal ikke brøytes i helger og på helgedager, uten at dette er særskilt avtalt.** Utover dette gis rom for individuell vurdering ved snøfokk, værerslag etc. Behov for sandstrøing skjer av brøyteren, ved tvil kan kommunen kontaktes. Som tidligere skal det sendes månedlige regninger som bekreftes*

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

ved brøytekort. Regninger stiles og sendes til kommunen v/plan- utviklingsavdelingen. Eventuelle forhold som har betydning for gjennomføringen av brøyteavtalen bes tatt med i tilbudet.

Tilbyder bestemmer selv hvordan arbeidet skal prises. Det gis fast pris og det kan gis timepris. Prisene skal inneholde alle redskaper som holdes. Hvis sand kjøpes utenfra oppgis hvor den skal kjøpes med tilhørende pris kommunen faktureres pr. m³.

Det må oppgis for hvilket /hvilke områder det gis pris. Kommunen forbeholder seg retten til å anta det tilbudet man finner mest økonomisk for kommunen. Kommunen kan også velge å forkaste samtlige tilbud.

Tilbudet sendes Tjeldsund kommune, Plan- og utviklingsavdelingen, 9444 Hol i Tjeldsund innen 22. juli d.å.”

- (4) Innklagede mottok tre tilbud, herunder fra Kongsvikstoppen AS (heretter kalt klager) og Jarle Vinje (heretter kalt valgte leverandør). Valgte leverandørs tilbud var basert på en fast pris på kr 375 000 per sesong, og inkluderte strøsand, brøyting og strøing, samt bortkjøring av snø ved store snømengder. Av valgte leverandørs tilbud fremgikk det:

”Pris er bindende over 5 sesonger frem til 1. mai 2014.

Pga. investeringens kostnad må pris og kontrakt være bindende i 5 år fra evt. kontraktsinngåelse.”

- (5) For å gjøre tilbudene sammenlignbare gjorde innklagede enkelte avklaringer med tilbyderne. Valgte leverandør ble forespurt om å gi tilbud uten at strøsand var inkludert, og gav da et tilbud på kr 315 000 pr sesong eksklusive mva. Ved brev datert 7. september 2009 ble klager informert om at valgte leverandør hadde lavest pris, og derfor ville bli tilbudt oppdraget. Videre fremgikk det av brevet at avtaleperioden ville være 5 sesonger.

- (6) Innklagede har opplyst at avtale ble inngått med valgte leverandør den 23. september 2009, samme dag som innklagede sendte følgende e-post til valgte leverandør:

”VINTERVEDLIKEHOLD VEIER – Tilbud i perioden 2009/2012

Vi viser til tilbud registrert hos oss 21.07.09 og 10.09.09.

Tjeldsund kommune inngår avtale som gjelder frem sesongen 2011/2012 for brøyteroden Hinnøy og i henhold til tilbudet og liste over veier og plasser.

Det inngås 3 års avtale og ikke 5 års avtale fordi de andre tilbyderne har gitt tilbud på 3 års avtale og for at alle tilbyderne blir vurdert etter samme kriterier.

Vi ønsker deg lykke til med jobben.”

- (7) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 1. oktober 2009.
- (8) Klagenemnda sendte 11. november 2010 et forhåndsvarsel om illeggelse av gebyr pålydende 100 000 kroner. Klagenemnda har mottatt kommentarer fra innklagede som er nærmere redegjort for under innklagedes anførsler.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå avtale med valgte leverandør. I strid med de føringene innklagede gav i annonsen har også innklagede inngått en avtale på fem sesonger.

Innklagedes anførsler:

- (10) Det bestrides også at det er inngått en avtale på 5 år. Avtalen med valgte leverandør er inngått for en periode på 3 år.
- (11) Etter mottak av forhåndsvarsel har innklagede erkjent at tilbudsforespørselen ikke er kunngjort tilstrekkelig. Innklagede har imidlertid fremholdt dette er et engangstilfelle som skyldtes flere forhold, og at kommunen i fremtiden vil følge regelverket om offentlige anskaffelser. Når det gjelder bakgrunnen for at den konkrete anskaffelsen ikke ble kunngjort har innklagede har vist til at kommunen har gjennomgått en større omorganisering ved at Plan og utviklingsetaten ble sammenslått med PLU-avdeling i Elvenes kommune. I denne forbindelse har det vært en krevende situasjon med vakanse i stillinger, bla lederstilling ved avdelingen. Dette har vært en medvirkende årsak til at anskaffelsen ikke ble kunngjort som regelverket foreskriver.
- (12) I lys av den situasjonen som innklagede har vært i, bør ikke overtredelsen anses som grovt uaktsom – det er tross alt foretatt en begrenset annonsering, og ingen tilbydere er forfordelt. Selve behandlingen av innkomne tilbud, og valg av leverandør har skjedd i overensstemmelse med regelverket. Gebyret er også fastsatt for høyt. Innklagede er i en presset økonomisk situasjon, og gebyret vil måtte dekkes inn på et allerede lavt veibudsjett.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Saken gjelder påstand 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. Klagenemnda bemerker innledningsvis at det utover det forhold at valgte leverandørs tilbud i utgangspunktet var betinget av en avtaleperiode på 5 år, og at det i brevet av 7. september 2009 fremgikk at avtaleperioden skulle være 5 år, ikke er holdepunkter for at den avtalen som faktisk ble inngått hadde en annen varighet enn tre år. I brevet som ble sendt til valgte leverandør sies det uttrykkelig at det blir inngått en avtale på 3 år, og innklagede har også opplyst at dette er tilfellet. Klagenemnda legger derfor til grunn at det er inngått en avtale på 3 år.
- (14) Anskaffelsen gjelder snøbrøyting og sandstrøing, og dette er tjenesteanskaffelse som er omfattet av CPC-kode 9403 94030 "*Sanitation and similar services*" og CPV-kode 90620000-9 "*Snow-clearing services*". Anskaffelsen er følgelig en prioritert tjeneste omfattet av forskriften vedlegg 5, tjenestekategori (16). Anskaffelsens verdi utgjør kroner 945 000 eksklusive merverdiavgift (når det ses bort fra strøsand, som klagenemnda på bakgrunn av prisen i valgte leverandørs tilbud legger til grunn utgjør en relativt beskjeden verdi).

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (15) 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.
- (16) Anskaffelsens verdi utgjør som nevnt minimum kroner 945 000 eksklusive merverdiavgift, hvilket beløpsmessig overstiger grensen for kunngjøringspliktige anskaffelser i forskriften § 2-1 (2). Anskaffelsen overstiger imidlertid ikke EØS-terskelverdien på 1,6 millioner kroner i forskriften § 2-1 (1), og anskaffelsen følger dermed forskriften del I og II. Kunngjøringsplikten i forskriften del II følger av forskriften § 9-1. Det er ikke tilstrekkelig for å oppfylle kravet om kunngjøring i

forskriften § 9-1 at anskaffelsen averteres i lokalpressen, bestemmelsen krever kunngjøring i Doffin-databasen, forutsatt at unntak fra kunngjøringsplikten ikke er anvendelige. Innklagede har ikke bestridt at avtalen om brøyting og sandstrøing ikke er blitt kunngjort i Doffin-databasen. Klagenemnda kan ikke se at det foreligger grunnlag for unntak fra kunngjøringsplikten, og dette er heller ikke anført av innklagede. Avtalen mellom innklagede og valgte leverandør utgjør på denne bakgrunn en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (17) 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 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.”

- (18) Som fremhevet i forarbeidene forutsettes offentlige oppdragsgivere å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser. Ut fra anskaffelsens verdi er det helt klart at anskaffelsen skulle vært kunngjort i Doffin. Klagenemnda kan ikke se at det forhold at det har foregått en omorganisering i kommunen, og at stillinger har vært ubesatte, kan innebære at unnlatt kunngjøring har vært unnskyldelig. Det forhold at innklagede sørget for en viss konkurranse om anskaffelsen ved å offentliggjøre den i lokalavisen kan i foreliggende tilfelle heller ikke tillegges noen betydning for spørsmålet om vilkåret om grov uaktsomhet er oppfylt - det var ikke tvilsomt at anskaffelsen skulle vært kunngjort i Doffin. Klagenemnda finner at vilkåret om grov uaktsomhet er oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (19) 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”*.
- (20) Klagenemnda bemerker at anskaffelsen gjelder et relativt beskjedent beløp, og at innklagede har sørget for en viss konkurranse om anskaffelsen ved å offentliggjøre den i lokalavisen. På den andre siden foreligger det en klar overtredelse av kunngjøringsplikten, uten at det er opplyst andre unnskyldende momenter. Klagenemnda finner ikke grunn til å legge vekt på at kommunen opplyser å være i en presset økonomisk situasjon. Ettersom det foreligger en så kvalifisert overtredelse av kunngjøringsplikten er det heller ikke grunn til å legge avgjørende vekt på at kommunen fremholder at overtredelsen er et engangstilfelle i vurderingen av om gebyr skal pålegges. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at det bør ilegges overtredelsesgebyr.

Gebyrets størrelse

- (21) Ved avgjørelsen av gebyrets størrelse skal det, som 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.
- (22) Klagenemnda skjerpet i sak 2009/120 gebyrpraksisen, en praksis som er fulgt opp i senere saker, jf eksempelvis klagenemndas avgjørelser i sak 2009/229, 2009/144 og 2009/232.
- (23) I foreliggende sak er det skjerpende at det foreligger en klar overtredelse av kunngjøringsplikten. Innklagede har imidlertid sørget for en viss konkurranse om anskaffelsen, og anskaffelsens verdi er ikke særlig høy. Ved fastsettelsen av gebyrets størrelse viser klagenemnda til avgjørelse i sak 2009/229, hvor klagenemnda ila et gebyr på kr. 400 000, hvilket utgjorde cirka 12,2 prosent av kontraktssummen (3 285 084,40 kroner). Saken gjaldt en ulovlig direkte anskaffelse av revisjonstjenester, og klagenemnda konkluderte med at innklagede hadde handlet grovt uaktsomt. I likhet med foreliggende sak forelå det en klar overtredelse av kunngjøringsplikten. Verdien av foreliggende anskaffelse imidlertid lavere enn det som var situasjonen i sak 2009/229, og det er også formildende at innklagede har sørget for en viss konkurranse om anskaffelsen.
- (24) Klagenemnda finner at gebyret passende kan fastsettes til kr 100 000 kroner. Dette utgjør ca 10 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

*Tjeldsund kommune ilegges et overtredelsesgebyr stort kroner 100 000 - hundretusen.
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, 1. februar 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger