



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Oppegård kommune et gebyr på 400 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av VA-materiell. Gebyret utgjorde ca. 9,4 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 16. januar 2012 i sak 2011/12

Klager: Nils Berner

Innklaget: Oppegård kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Morten Goller, Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Nils Berner datert 19. desember 2010. Klagen er foranlediget av forvaltningsrevisjonsrapport fra Follo distriktsrevisjon, datert 27. august 2010, som ble fremlagt i klagesak 2010/305. På bakgrunn av påstandene i klagen, ble denne delt inn i tolv saker. Foruten herværende sak, er klagene delt inn i henholdsvis transporttjenester, datautstyr og eventuelle tilhørende tjenester, renholdstjenester, trykkeritjenester, legevikartjenester, institusjonsplass i omsorgsbolig, prøvetakings- og analysetjenester, garderobeskap til Sofiemyrhallen, elektrikertjenester, og institusjonsplass på Conrad Svendsen senter. Samtlige av disse sakene er nå avsluttet; i tre av sakene er det ilagt overtredelsesgebyr, én sak ble avvist av klagenemnda som for sent innkommet, og de resterende seks sakene ble trukket av klager. Foreliggende sak gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av VA-materiell i 2009, foretatt av Oppegård kommune (heretter kalt innklagede).
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 400 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Av forvaltningsrevisjonsrapport av 27. august 2010 fremgår det at revisjonen har vurdert innkjøp foretatt i 2009. Fra rapportens side 6 refereres følgende om etterlevelse:

"Revisjonens hovedinntrykk er at regelverk og rutiner blir fulgt i stor grad.

Samtidig viser undersøkelsen at det foretas enkelte kjøp i strid med lov, forskrift og interne rutiner. Selv om dette ikke forekommer ofte, er det noe kommunen må ta alvorlig, fordi det representerer en potensiell risiko for kommunen i forhold til økonomi og omdømme. Vi har bl.a. kommentarer som vedrører:

- *Anskaffelse som er delt opp, og som revisjonen mener burde ha vært kunngjort som ett kjøp.*
- *Anskaffelse som går betydelig ut over kontraktens opprinnelige omfang.*
- *Kjøp av til dels betydelig omfang som ikke er kunngjort.*
- *Manglende anskaffelsesprotokoller.*
- *Unntak fra utlysning begrunnet med én leverandør i markedet uten at dette er underbygget i anskaffelsesprotokollen.*
- *Unntak fra utlysning begrunnet med usedvanlig fordelaktig tilbud uten at dette er underbygget i anskaffelsesprotokollen*
- *Kjøp utenom inngåtte rammeavtaler.”*

(4) Videre hitsettes følgende fra rapporten:

”7.2 Faktabeskrivelse

[...]

7.2.2.2 Kjøp gjort uten konkurranse

[...]

VA-materiell

Det ble annonsert åpen anbudskonkurranse 14.2.08 for rammeavtale om VA-materiell. Denne konkurransen ble mislykket og det kom bare inn ett tilbud som imidlertid ble avvist. Oppegård kommune har kjøpt slike varer for i underkant av 1 mill kroner i 2009. Dette dreier seg om flere mindre kjøp gjennom året.

[...]

7.3 Vurderinger

[...]

7.3.3 Kjøp gjort uten konkurranse

[...]

Den utlyste rammeavtalen for VA-materiell ga intet resultat. Oppegård kommune har kjøpt slike varer for om lag 1 mill kroner i 2009. Dette dreier seg om mange mindre kjøp og kunne således vært godt egnet for en rammeavtale. Som en generell betraktning vil revisjonen fremheve at selv om en slik rammeavtale ikke har kommet på plass, har kommunen et ansvar for å sørge for at de kjøpene som gjøres baseres på de grunnleggende prinsippene for innkjøp.”

(5) Rammeavtalen som er omtalt i forvaltningsrevisjonsrapporten ble kunngjort 14. februar 2008 som en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale på VA-materiell. I anbudsinnbydelsen punkt 1.1 fremgikk det at rammeavtalen gjaldt VA-materiell som pumper, støpejernsrør, betongvarer og gategods. Videre var det i punkt 1.2 opplyst at

materiellet ville bli benyttet til kjøp i forbindelse med enklere vedlikehold og reparasjoner utført av oppdragsgivers driftspersonell, mens større investeringsprosjekt ikke var omfattet av rammeavtalen. I kunngjøringen punkt II.2.1) var det opplyst at anslått kontraktsverdi var to millioner kroner per år, mens det i kravspesifikasjonen (vedlegg I til konkurransegrunnlaget) punkt 1.0 *"Formål og forutsetninger"* var opplyst at anslått kontraktsverdi var på 2,6 millioner kroner per år. I anbudsinnbydelsen punkt 1.3 var det opplyst at avtale skulle inngås for tre år med opsjon på ytterligere ett år.

- (6) Vedlegg II til konkurransegrunnlaget var et prisskjema som var delt inn i varegruppe 1 *"Pumper og ventiler"*, varegruppe 2 *"Støpejernsrør og verktøy"*, varegruppe 3 *"Betongkummer"* og varegruppe 4, som ikke hadde noe navn og hvor det ikke var angitt hvilke produkter som skulle prissettes.

- (7) Vedlagt konkurransegrunnlaget var kontraktsvilkårene for avtalen som skulle inngås:

"1. FORMÅL OG FORUTSETNINGER"

1.1 Denne avtale skal bidra til mest mulig kostnadseffektiv anskaffelse av va-materiell til enklere vedlikehold og reparasjoner av kommunalt ledningsnett for vann og avløp. Avtalen vil bli benyttet av oppdragsgivers driftspersonell.

1.2 Avtalen innebærer at leverandør plikter å levere materiell innenfor angitte produktgrupper etter de vilkår som er fastsatt i avtalen.

[...]

2. OMFANG

2.1 Leverandøren forplikter seg i henhold til bestemmelsene i denne avtale å levere materiell som angitt i Vedlegg I og II."

- (8) Innklagede mottok ett tilbud i konkurransen, og dette var fra Weel's Betong & Plast AS. I brev av 11. april 2008 ble Weel's Betong & Plast AS meddelt at tilbudet var avvist:

"Oppegård Kommune har ferdig behandlet tilbudet fra Dem på VA-materiell. Tilbudet er avvist fordi det er ufullstendig og inneholder vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget.

Tilbudet fra Dem er mangelfullt besvart når det gjelder service og oppfølging, og De har gitt tilbud kun på varegruppe 3 betongkummer, i konkurransegrunnlaget var det presisert at det ikke var anledning til å gi tilbud på deler."

- (9) Innklagede inngikk 1. april 2009 en rammeavtale med Brødrene Dahl AS, og følgende fremgikk av avtalen:

"1. Avtalens gyldighet"

Rammeavtalen har gyldighet fra 01.04.09 til 31.12.12. BD vil i perioden følge opp betingelser og vilkår lagt til grunn ved inngåelse av denne avtale.

2. Avtaleomfang

Avtalen omfatter leveranser av:

- *VVS-materiell*
- *VA-materiell*
- *Industrimateriell*

Uttak av materiell kan skje fra alle BD's avdelinger i Norge"

- (10) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved e-post av 19. desember 2010. Innklagede ble varslet ved klagenemndas e-post av 13. januar 2011.

- (11) I tilsvaret av 9. februar 2011 opplyste innklagede følgende:

"Det foreligger 88 fakturaer fra Brødrene Dahl AS og 4 fra Heidenreich i 2009. Fakturaene lyder på alt fra kr. 76,- til kr. 71.676,-. I tillegg er det ett kjøp som er på mer enn kr. 100.000 (kr. 118.545,-)."

- (12) I e-post fra sekretariatet av 11. april 2011 fikk innklagede følgende forespørsel:

"1. Vi ber om å få framlagt dei 88 fakturaene det blir vist til i tilsvaret av 9. februar 2011.

2. Vi ber om å få presisert kva kjøp som er gjort under rammeavtalen med Brødrene Dahl (vedlegg 10 til tilsvaret) og kva kjøp som er gjort utanfor denne rammeavtalen.

3. Vi ber om å få framlagt den relevante dokumentasjon, herunder eventuelle øvrige avtaler."

- (13) Innklagede besvarte forespørselen i e-post av 13. april 2011:

"1. Ved gjennomgang av de 88 fakturaene har det fremkommet at enkelte av fakturaene ikke gjelder VA-materiell. En del av fakturaene gjelder VVS-materiell og arbeidstøy som er kjøpt fra samme leverandør. Fakturaene som gjelder VA-materiell er vedlagt.

2. Samtlige av VA-fakturaer dokumenterer kjøp som er gjort i henhold til den oversendte rammeavtalen.

3. Det foreligger ikke øvrige avtaler om kjøp av VA-materiell."

- (14) I e-post av 24. mai 2011 ba sekretariatet om at klager presiserte sin anførsel:

"I tilsvaret av 9. februar 2011 har innklaga lagt fram ein rammeavtale som iht. avtalen punkt 2 omfattar leveransar av:

- *VVS-materiell*
- *VA-materiell*
- *Industrimateriell*

I din klage er det vist til forvaltningsrevisjonsrapport som talar om VA-materiell. Vi registrerer vidare at innklaga verkar å ha forstått det slik at klagen utelukkande gjeld VA-materiell og ikkje VVS-materiell og industrimateriell.

Vi ber om ei presisering av om du gjer gjeldande at rammeavtalen i sin heilskap er ei ulovleg direkte anskaffing, eller om anførselen er avgrensa til å gjelde den delen av rammeavtalen som gjeld VA-materiell."

- (15) Klager besvarte dette i e-post av 25. mai 2011:

"Som det fremgår av forvaltningsrevisjonsrapporten gjelder det kjøp av VA-materiell for om lag 1 million kroner i 2009. Jeg vil anta at det gjelder Vann og avløp generelt som også inkluderer VVS-materiell mv. Det er naturlig at Oppegård kommune selv redegjør nærmere for hva som ligger i dette kjøpet for om lag 1 million kroner og videre kjøp frem til oppstart av sak 13. januar 2010 hos KOFA."

- (16) Innklagede har fremlagt 57 fakturaer som gjelder kjøp av VA-materiell i 2009. Samtlige av fakturaene er datert etter 13. januar 2009. Fakturaene beløper seg på totalt 922 674,33 kroner eks. mva. 13 av fakturaene er datert før 1. april 2009. Disse utgjør 202 378,10 kroner.
- (17) Innklagede har videre fremlagt fakturaer for kjøp av VA-materiell i 2010 og frem til 30. november 2011. I 2010 ble innklagede fakturert for 1 129 000,21 kroner eks. mva., og i 2011 har innklagede blitt fakturert for 2 387 444,38 kroner eks. mva.
- (18) I e-post fra klagenemndas sekretariat til innklagede av 5. oktober 2011 ba sekretariatet om tilbakemelding på følgende forhold:

"I punkt 1.1 i konkurransegrunnlaget til anbudskonkurransen som vart kunngjort 14. februar 2008 framgår det at rammeavtalen gjeld "VA-materiell som; pumper, støpejernsrør, betongvarer og gategods", medan det i rammeavtalen med Brødrene Dahl AS av 1. april 2009 framgår at avtalen omfattar "VVS-materiell", "VA-materiell" og "Industrimateriell".

Vi har fylgjande spørsmål:

1. I rammeavtalen med Brødrene Dahl AS framgår det som nemnd at avtalen i tillegg til VA-materiell også gjeld VVS-materiell og industrimateriell. Kan de utdjupe kva VVS-materiell og industrimateriell er, og på kva måtar VVS-materiell og industrimateriell eventuelt skil seg frå VA-materiellet som rammeavtalen omfattar?

2. Omfattar VA-materiellet i den kunngjorte konkurransen etter dykkar syn det same som det som blir omtala som VA-materiell i rammeavtalen med Brødrene Dahl – både med omsyn til eigenskapar og omfang av materiell? Dersom svaret på dette er ja, ber vi om at de utdjupear kvifor dette etter dykkar syn er tilfelle. Dersom det etter dykkar syn ligg føre skilnader, ber vi om at de gjer greie for desse.

3. Korleis er tilhøvet mellom VA-materiellet i den kunngjorte konkurransen og det som blir omtala som VVS-materiell og industrimateriell i rammeavtalen med Brødrene Dahl AS? Omfattar VA-materiellet i den kunngjorte konkurransen etter dykkar syn også det som i rammeavtalen er kategorisert som VVS-materiell og industrimateriell? Viss svaret på det sistnemnde spørsmålet er ja, ber vi om at de utdjupear kvifor dette etter dykkar syn er tilfelle."

- (19) I e-post fra innklagede av 13. oktober 2011 ble det opplyst følgende:

"Til spm. 1

I vedlegg "Rammeavtale med markering" er det markert hva som er VA-materiell (blått), VVS-materiell (gult) og industrimateriell (grønt). I tillegg er øvrige produkter markert med rosa. Vi håper dette gir et tydelig inntrykk av forskjellene mellom type varer.

Til spm. 2

Rammeavtalen i den kunngjorte konkurransen er basert på et standardsortiment av VA-materiell som det skulle gis pris på, samt øvrig sortiment for en større variasjon i dimensjoner på ledninger, ventiler og rør/rørdeler. Dette fremgår av konkurransens kravspesifikasjon pkt. 2.0.

Produktene Oppegård kommune kjøper innenfor VA fra Brødrene Dahl etter den inngåtte avtalen er i hovedsak de samme som beskrevet i konkurransegrunnlaget til den utlyste konkurransen under varegruppe 1 og 2, samt utfyllende øvrig sortiment. Innenfor varegruppe 2 er det nevnt noe verktøy, som avtalen med BD også er benyttet til (da markert som industrimateriell). Varegruppe 3 (betongkummer) kjøpes imidlertid av en annen leverandør, slik at VA-kjøpene er noe spredt på flere leverandører.

Altså:

Kommunen kunngjorde konkurranse om VA-materiell, herunder betongkummer og noe VA-verktøy. Avtalen med BD omfatter mye mer, både VA-materiell, VVS-materiell og forskjellige typer industrimateriell. VA-materiellet som ble kunngjort, kjøpes faktisk fra BD, med unntak av betongkummer.

Til spm. 3:

VA-materiellet i den kunngjorte konkurransen inkluderer altså ikke VVS-materiell. Det inkluderer noe industrimateriell, jf. det som er sagt om VA-verktøy.

Oppegård kommune har henvendt seg til Brødrene Dahl om en rammeavtale om VA-materiell. Dette er en rabattavtale som kommunen ikke har vært kritisk til avgrensningen av. Den har da også kort oppsigelsestid. At rabattavtalen skulle omfatte mye mer enn VA-materiell var ikke en del av kommunens forespørsel."

- (20) Klagenemnda sendte 23. november 2011 et forhåndsvarsel til innklagede om illeggelse av gebyr pålydende 600 000 kroner, noe som utgjorde ca. ti prosent av anskaffelsens verdi slik den var beregnet i forhåndsvarselet. Innklagede ble gitt en frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes e-post 7. desember 2011. Det er nærmere redegjort for disse kommentarene under innklagedes anførsler. Innklagede har i kommentarene av 7. desember 2011 opplyst at rammeavtalen med Brødrene Dahl AS er brakt til opphør.
- (21) Innklagede har i den forbindelse fremlagt brev til Brødrene Dahl AS av 29. november 2011, hvor det blant annet heter:

"OPPSIGELSE AV RAMMEAVTALE

Vedr. "Rammeavtale mellom Oppegård kommune ved tekniske virksomheter og Brødrene Dahl AS" og VA-materiell, VVS-materiell og industrimateriell, av 01.04.09.

Oppegård kommune sier med dette opp ovennevnte avtale med virkning fra og med 30.-11.11."

- (22) I brev til innklagede fra Brødrene Dahl AS av 30. november 2011 ble det opplyst følgende:

"Det bekreftes herved at vi aksepterer deres oppsigelse av rammeavtalen."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (23) Klager anfører at innklagede, på bakgrunn av opplysningene i forvaltningsrevisjonsrapporten av 27. august 2010, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av VA-materiell. Det er vist til rapportens opplysninger i punkt 7.3.3 *"Kjøp gjort uten konkurranse"*.

Innklagedes anførsler:

- (24) Innklagede bestrider at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av VA-materiell. Det anføres at innklagede har gjort det som var mulig for å anskaffe materialet i tråd med forskriften del III, at de løpende kjøpene i liten grad kunne grupperes og samles opp til større kjøp ut fra kjøpenes art, hyppighet, lagringsbehov og uforutsigbarhet, samt at dette uansett antagelig ikke ville gitt respons fra mulige leverandører.
- (25) Det kan innledningsvis opplyses at VA-materialet som klagen gjelder, er kummer og rør til offentlig vann og avløpsnett, med til dels betydelige dimensjoner. Virksomhet Vann, avløp og renovasjon (VAR) ivaretar vannforsyning – (bygg og anlegg) under bakken, enten det er drikkevann/spillvann eller avløpsvann, for hele kommunen. Produktene saken gjelder må ikke forveksles med produkter som rørleggere bruker for tilførsel av vann og avløp fra bakkenivå og inn/ut til bygninger. Kommunene har et gammelt nedslitt ledningsnett for vann/avløp/spillvann. Det utføres kontinuerlig utskiftning av ledningsnettet av eksterne leverandører som også har med seg kummer/rør og lignende. Det utarbeides egne kravspesifikasjoner i henhold til NS 3402 og det arrangeres åpne anbudskonkurranser. I 2010 hadde VAR seks slike anbudskonkurranser. Materiell (kummer, rør, sluk mv.) som brukes til ledningsnett, kummer og pumpestasjoner skal tilfredsstille kravene i drikkevannsforskriften og forurensningsloven m.fl. Materiell som brukes er duktile støpejernsrør, glassfiberarmerte rør og deler, betongrør og kummer. Det stilles krav til denne type materiell i forhold til at anleggene skal sikres lengst mulig levetid, tetthet og funksjon. VARs driftspersonell har behov for varer fra rørgrossist til følgende oppgaver:
- 1) Preventivt vedlikehold på pumpestasjoner som består av utskiftning av mindre deler. Delene skal tilfredsstille kravene i drikkevannsforskriften og forurensningsloven og være av samme kvalitet som beskrevet ovenfor.
 - 2) Akutte situasjoner kan oppstå på ledningsnettet i form av lekkasjer, frostskafer og lignende. I disse tilfellene skal driftspersonellet utbedre skaden enten permanent eller midlertidig alt etter hvor stor skaden er. I slike tilfeller har VARs driftspersonell behov for å skaffe deler rimelig raskt og det vil ta for lang tid å forespørre opptil flere leverandører på pris og leveringsbetingelser for hver enkelt situasjon. Slike situasjoner

kan også oppstå etter kontortid. Behovet ivaretas av samtlige tre ledende rørgrossister, ettersom de har døgnåpne hentelagre.

- (26) Når det gjelder anførselen om at innklagede har gjort det som kan forventes for å anskaffe materiellet i tråd med forskriften del III, vises det til at innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av denne type VA-materiell i 2008, men at denne konkurransen ble mislykket. I lys av at Brødrene Dahl AS og Heidenreich AS ble anmeldt for kartellvirksomhet og bøtelagt i 1995, hadde innklagede forventninger om at konkurransen i 2008 skulle fungere. Innklagede forventet at rørgrossistene Brødrene Dahl AS, Heidenreich AS og Ahlsell AS ville levere tilbud i konkurransen, men ingen av disse leverandørene deltok. Brødrene Dahl AS ble kontaktet av innklagede ultimo april 2008 med spørsmål om hvorfor selskapet ikke hadde deltatt i den åpne anbudskonkurranse. Brødrene Dahl AS opplyste da at selskapet ikke la arbeid i den type konkurranser, men at innklagede som potensiell kunde ville få rabatter. Innklagede konkluderte etter dette med at markedet på dette tidspunktet ikke fungerte for denne type konkurranse. Videre registrerte innklagede at det var få eller ingen anbudskonkurranse om rammeavtaler på VA-materiell. Innklagede vet ikke hva som er årsaken til dette, men antar at en del av årsaken er at det er få kommuner som innehar nødvendig personell til å utføre reparasjon og vedlikehold på vann- og avløpsnett.
- (27) Innklagede tok kontakt med Brødrene Dahl AS for å få en prisavtale på produkter som innklagede hadde behov for å bruke til reparasjoner og vedlikehold av ledningsnett. Bakgrunnen var at behovet for denne type varer er kontinuerlig, og det var ønskelig å få en lavest mulig pris på varene, selv om det ikke hadde vært mulig å få rammeavtale etter konkurranse på området. Avtalen ble inngått med oppsigelsesfrist for kommunen på to måneder, i tilfelle grunnlag for konkurranse om ny rammeavtale i avtaleperioden.
- (28) Konkurransetilsynet gjennomførte 10. november 2009 rassa hos Rørgrossistenes Forening VVS, Brødrene Dahl AS, Ahlsell AS og Heidenreich AS. Bakgrunn for rassaen skal ha vært "hemmelige" samarbeidsavtaler. Konkurransetilsynet fikk tingrettens kjennelse på at det var skjellig grunn til mistanke om ulovlig samarbeid mellom de tre dominerende rørgrossistene i Norge. Konkurransetilsynet opplyste 20. desember 2010 at etterforskningen fortsatt pågikk.
- (29) Innklagede følger således med på utviklingen i det aktuelle markedet. Frem til i dag har det dessverre fremstått som klart at det er lite sannsynlig at markedet vil respondere på en konkurranse, herunder en konkurranse med forhandling, og ny konkurranse er derfor avventet. Innklagede har et klart ønske om å få etablert lovlig rammeavtale etter konkurranse, herunder av økonomiske hensyn. Ettersom etterforskningen til Konkurransetilsynet synes å ta tid, vil innklagede uansett måtte gjennomføre en ny konkurranse om relativt kort tid.
- (30) Videre anføres det at innklagede uansett ikke hadde plikt til å gjennomføre konkurranse for VA-materiellet som er kjøpt i 2009. Det vises til at kjøpene er gjort ujevnt, men gjennom hele året. En del av anskaffelsen har måttet gjøres på kort tid. Innklagede har heller ikke mulighet til å "kjøpe opp" for en periode, ettersom det til dels er uforutsigbart hva innklagede har behov for i neste uke, samtidig som innklagede ikke har lagringsplass til blant annet plasskrevende betongrør. Det er således tale om anskaffelser som er dårlig egnet for gruppering i mindre konkurranser.

- (31) Når det gjelder klagenemndas forhåndsvarsel, erkjenner innklagede at vilkårene i forskriften § 14-4 ikke er oppfylt.
- (32) Med hensyn til skyldkravet, bestrides det at innklagede har opptrådt grovt uaktsomt. For at terskelen for "grovt uaktsomt" ikke skal være mye lavere i anskaffelsesretten enn i strafferetten og erstatningsretten, må det forutsettes at klagenemnda oppfatter at innklagede hadde reelle handlingsalternativer våren 2009. Slik innklagede så det var det ikke et reelt alternativ å gjennomføre konkurranse med forhandling med et uvillig marked som Økokrim i tillegg hadde skjellig grunn til å mistenke for prissamarbeid. Det ble da heller ikke vurdert som et relevant alternativ å forhandle med en leverandør etter § 14-4 c), ettersom det ikke var tekniske eller kunstneriske årsaker eller en enerett som gjorde at konkurransen ikke ble vellykket.
- (33) Når det så gjelder gebyrgrunnlaget, er alle fakturaene for 2009 innsendt fordi klagen gjaldt kjøp av VA-materiell for dette året. Innklagede beklager dersom det er gitt misvisende informasjon om de 13 første fakturaene i 2009. Disse er ikke påløpt iht. etterfølgende avtale. Det anføres derfor at det ikke er riktig å ilegge gebyr for fakturaer påløpt før avtalen trådte i kraft.
- (34) Videre er rammeavtalen med Brødrene Dahl sagt opp. Mens ny konkurranse om flerårig rammeavtale pågår, vil behovet for materiell søkes dekket etter konkurranser om enkeltkjøp/gruppering av kjøp, samt at kjøp som kan utsettes vil vurderes utsatt. Det anføres derfor at gebyrgrunnlaget må justeres ned slik at det ikke ilegges gebyr for perioden 30. november 2011 til 31. desember 2012.

Klagenemndas vurdering:

Klagefrist og adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr

- (35) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd.
- (36) Av klagenemndsforskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Av bestemmelsen fremgår det at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (37) Den foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved e-post av 19. desember 2010, og meddelt innklagede ved klagenemndas e-post av 13. januar 2011. Klagenemnda har således myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr for kontrakt(er) inngått etter 13. januar 2009. Ettersom klagen bare omhandler eventuell ulovlig direkte anskaffelse foretatt i 2009, jf. klagers henvisning til forvaltningsrevisjonsrapporten fra Follo distriktsrevisjon, datert 27. august 2010, kan eventuelle kontrakter inngått etter utgangen av 2009 ikke anses innklaget. Innklagedes rammeavtale med Brødrene Dahl AS ble inngått 1. april 2009, og klagen er således rettidig for denne avtalen.
- (38) Rammeavtalen med Brødrene Dahl AS omfatter VA-materiell, VVS-materiell og industrimateriell. På bakgrunn av klagers tilbakemelding i e-post av 25. mai 2011

sammenholdt med opplysningene i forvaltningsrevisjonsrapport av 27. august 2010 og dokumentasjon fremlagt av innklagede, forstår klagenemnda det slik at det utelukkende er den delen av innklagedes kjøp under rammeavtalen som gjelder VA-materiell, som er klaget inn med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Det avgjørende for nemnda her har vært at klager i sin e-post av 25. mai 2011 har vist til at klagen gjelder kjøp av VA-materiell til en verdi av ca. én million kroner som påtalt i forvaltningsrevisjonsrapporten, at rapporten påtaler kjøp av VA-materiell til i underkant av én million kroner, og at det er dette beløpet som er det som best samsvarer med hva innklagede faktisk har anskaffet VA-materiell for i 2009 (922 674,33 kroner, jf. premiss (16)). Kjøp av VVS- materiell og industrimateriell under rammeavtalen er altså ikke inkludert i dette beløpet. Nemnda legger dette til grunn i det følgende.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (39) Av loven § 7b første ledd følger det at med en ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1. Det er her tale om kjøp av VA-materiell, som er en vareanskaffelse.
- (40) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på minst 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskriften § 9-1/§ 18-1, jf. § 2-1 andre ledd jf. § 2-2 første ledd.
- (41) Innklagede har i e-post av 13. april 2011 opplyst at samtlige av fakturaene som er fremlagt for 2009 gjelder kjøp av VA-materiell foretatt under rammeavtalen med Brødrene Dahl AS av 1. april 2009. Dette la klagenemnda derfor til grunn i forhåndsvarselet av 23. november 2011. I kommentar til forhåndsvarselet av 7. desember 2011 har innklagede imidlertid uttalt at de 13 fakturaene som er datert før 1. april 2009, dvs. før rammeavtalen iht. avtalens punkt 1 trådte i kraft, *ikke* er påløpt under rammeavtalen av 1. april 2009, og at den uttalelse som ble gitt i e-posten av 13. april 2011 således var uriktig på dette punkt. Ettersom rammeavtalen ble inngått 1. april 2009 og iht. avtalen punkt 1 også trådte i kraft fra dette tidspunktet, legger nemnda til grunn at de aktuelle fakturaene ikke er påløpt under rammeavtalen.
- (42) Innklagede har i e-post av 13. april 2011 opplyst at det ikke foreligger øvrige avtaler om kjøp av VA-materiell. Ettersom de 13 fakturaene som er datert før 1. april 2009 totalt utgjør et beløp som ligger langt under kunngjøringsgrensen på 500 000 kroner, jf. premiss (16), og derfor ikke vil utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse isolert sett, finner nemnda ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.
- (43) Spørsmålet blir således om rammeavtalen med Brødrene Dahl AS av 1. april 2009 er en ulovlig direkte anskaffelse.
- (44) Innklagede har ikke fremlagt dokumentasjon eller opplyst om det ble foretatt vurderinger av anskaffelsens verdi i forkant av inngåelsen av rammeavtalen med Brødrene Dahl AS. Videre følger det av fremlagt dokumentasjon at innklagede frem til 30. november 2011 har anskaffet VA-materiell for til sammen 4 236 740,82 kroner eks. mva. under rammeavtalen med Brødrene Dahl.
- (45) I mangel av andre holdepunkter for hva som ville vært et forsvarlig anslag, finner klagenemnda at det beløp som gjennomsnittlig er påløpt hver måned rammeavtalen har

vart multiplisert med antall måneder som iht. rammeavtalens punkt 1 utgjorde dens varighet, må legges til grunn ved vurderingen av hva som ville vært et forsvarlig anslag for rammeavtalens anslåtte kontraktsverdi, jf. forskriften § 2-3 femtende ledd. I perioden etter 13. januar 2009 og frem til 30. november 2011 har innklagede blitt fakturert for 4 236 740,82 kroner eks. mva. for kjøp av VA-materiell under rammeavtalen med Brødrene Dahl AS. Dette utgjør i gjennomsnitt 132 398,15 kroner eks. mva. i måneden. Anslått verdi av den delen av rammeavtalen som gjelder VA-materiell utgjør dermed 5 957 916,75 kroner eks. mva. Anskaffelsen følger dermed etter sin verdi reglene i forskriften del I og III, jf. § 2-1 første ledd og § 2-2 første ledd, og skulle således som utgangspunkt vært kunngjort i henhold til forskriften § 18-1.

- (46) Innklagede har anført at det ikke foreligger en ulovlig direkte anskaffelse og vist til at innklagede har gjort det som var mulig for å anskaffe materiellet i tråd med forskriften del III.
- (47) For anskaffelser som er omfattet av forskriften del III, er unntak fra kunngjøringsplikten regulert i forskriften § 14-4, hvor det er angitt i hvilke tilfeller oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.
- (48) Etter forskriften § 14-4 bokstav a kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring når *"tilbudene i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse er ukorrekte, eller dersom tilbudene er uakseptable i henhold til krav fastsatt i samsvar med § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-5 (HMS-egenerklæring), § 20-1 (fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter), § 20-3 (avvik), § 20-4 (alternative tilbud) eller § 22-2 (kriterier for valg av tilbud), forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår og at alle leverandørene som oppfyller kravene for deltakelse i konkurransen, og som i den forutgående konkurransen har avgitt tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav, inviteres til å delta"*. Etter forskriften § 14-4 bokstav b kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring *"dersom det i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet, forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene og at det på anmodning oversendes en rapport til Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet"*.
- (49) Ettersom dette er unntaksbestemmelser er det opp til oppdragsgiver å godtgjøre at vilkårene er oppfylt. Bestemmelsene må tolkes restriktivt, jf. klagenemndas sak 2008/24 og tidligere avgjørelser fra EU-domstolen.
- (50) For å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er det både etter § 14-4 bokstav a og b et vilkår at det ikke er foretatt *"vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår(ene)"*.
- (51) Når det gjelder partenes adgang til å gjøre endringer i en eksisterende avtale, hvor også begrensningen er at denne ikke kan være vesentlig, har EU-domstolen uttalt følgende om dette i sin avgjørelse i sak C-454/06 ("presstext") premiss (34):

"Med henblikk på at sikre gennemsiktighet i procedurene og likebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse av en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når

de er avgjørende forskjellige fra bestemmelsene i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer (jf. i denne retning dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 44 og 46)."

- (52) Det avgjørende for EU-domstolen er altså at kontraktsvilkår i den nye avtalen er avgjørende forskjellig fra vilkår i den opprinnelige avtale, og at denne endringen viser at det var partenes vilje å reforhandle avtalens grunnleggende elementer. Hvis så er tilfelle, vil det altså foreligge en vesentlig endring i de opprinnelige kontraktsvilkår(ene).
- (53) Hva som skal anses som vesentlig i det enkelte tilfelle må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Det sentrale i relasjon til foreliggende sak vil være en vurdering av om: *"den etterfølgende konkurransen fremstår som den samme anskaffelsen som den forutgående konkurransen."*, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/7. Relevant her vil blant annet være om de to kontraktene omfatter den samme anskaffelsesgjenstanden, både i art og omfang. Videre vil det ha betydning om det er de samme leverandørene som kan inngi tilbud, jf. for eksempel klagenemndas sak 2007/36, hvor en endring som *"medførte at flere leverandører hadde mulighet til å delta i konkurransen"* ble ansett for å utgjøre en vesentlig endring i relasjon til forskriften § 17-2 (rettelse, supplering og endring av konkurransegrunnlaget innen tilbudsfristens utløp som ikke er vesentlig). Tilsvarende ble også lagt til grunn i nemndas sak 2011/242, hvor det ble uttalt at: *"Det er imidlertid klart at det ikke kan foretas endringer som er av en slik karakter at de kan påvirke potensielle tilbyderes ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen."* Dersom det i de nye kontraktsvilkårene oppstilles nye minstekrav, er dette også et forhold som i hovedregelen fort medfører at det er tale om en vesentlig endring, jf. for eksempel klagenemndas sak 2009/73 premiss (37) med videre henvisninger, hvor det var tale om et tilbud som avvek fra et minstekrav, og hvor nemnda da konstaterte at avvik fra et minstekrav som den klare hovedregel vil utgjøre et vesentlig avvik.
- (54) Innklagede har i e-post av 13. oktober 2011, jf. premiss (19), beskrevet kontraktsgjenstanden i henholdsvis den kunngjorte konkurransen og i kontrakten som ble inngått med Brødrene Dahl AS. På bakgrunn av det som blir opplyst i denne e-posten, forstår klagenemnda det slik at VA-materiellet som anskaffes fra Brødrene Dahl AS "i hovedsak" tilsvarende det som ble beskrevet under varegruppe 1 og 2, samt øvrig sortiment, i den kunngjorte konkurransen. Imidlertid blir VA-materiellet som ble beskrevet under varegruppe 3 (betongkummer) etter det opplyste anskaffet fra en annen leverandør enn Brødrene Dahl AS, og er således ikke omfattet av den aktuelle rammeavtalen. Dermed omfatter rammeavtalen med Brødrene Dahl AS færre typer VA-materiell enn det som var omfattet av den kunngjorte konkurransen.
- (55) Videre forstår nemnda det slik at den kunngjorte konkurransen ikke omfattet VVS-materiell, men at dette er omfattet av rammeavtalen med Brødrene Dahl AS. Med hensyn til industrimateriell forstår nemnda det slik at det i den kunngjorte konkurransen ble beskrevet noen typer industrimateriell, men at avtalen med Brødrene Dahl AS omfatter flere typer industrimateriell enn det som var tilfelle i den kunngjorte konkurransen. Rammeavtalen omfatter dermed mer enn den kunngjorte konkurransen når det gjelder VVS-materiell og industrimateriell.
- (56) Som følge av at rammeavtalen med Brødrene Dahl AS omfatter færre typer VA-materiell enn den kunngjorte konkurransen gjorde, at rammeavtalen i motsetning til den

kunngjorte konkurransen omfatter VVS-materiell, og at rammeavtalen omfatter flere typer industrimateriell enn den kunngjorte konkurransen, kan nemnda ikke se at avtalen med Brødrene Dahl AS fremstår som den samme anskaffelsen som anskaffelsen som ble kunngjort i den forutgående konkurransen. Til dette kan også tilføyes at innklagedes egen oppfatning er at rammeavtalen med Brødrene Dahl AS omfatter "*mye mer*" enn det den kunngjorte kontrakten omfattet, jf. innklagedes uttalelse til klagenemnda i e-post av 13. oktober 2011, jf. premiss (19). Videre kan tilføyes at det ut fra det opplyste også kan synes som om det er forskjellige leverandører som kan eller er interessert i å tilby det som den opprinnelige avtalen omfattet versus det som den nye avtalen omfatter. Rammeavtalen med Brødrene Dahl AS inneholder derfor etter nemndas syn "*vesentlige endringer*" fra kontraktsvilkårene i den kunngjorte konkurransen. Vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 14-4 bokstav a eller bokstav b er dermed ikke oppfylt.

- (57) Innklagede har videre vist til at det er lite sannsynlig at markedet ville respondere på en konkurranse, ettersom de tre ledende rørgrossistene på det aktuelle tidspunkt var under etterforskning av Konkurransetilsynet som følge av mistanke om ulovlig prissamarbeid. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at disse antakelsene fra innklagede skulle kunne begrunne unntak fra kunngjøringsplikten etter forskriften § 14-4.
- (58) Innklagede har videre anført at innklagede uansett ikke hadde plikt til å gjennomføre konkurranse for VA-materiellet som ble anskaffet i 2009. Det er vist til at innklagedes behov er uforutsigbart, at anskaffelsene ofte må gjennomføres på kort tid, og til at innklagede ikke har lagringsplass. Dette medfører etter innklagedes syn at anskaffelsene er dårlig egnet for gruppering i mindre konkurranser for plasskrevende materiell.
- (59) Klagenemnda kan heller ikke se at dette forhold omfattes av noen av unntaksbestemmelsene i § 14-4. Videre kan nemnda heller ikke se at de forhold innklagede har vist til skulle føre til særskilte vanskeligheter med å kunngjøre en konkurranse etter regelverket. Nemnda viser her til at innklagede ved inngåelse av en rammeavtale nettopp vil kunne foreta avrop som medfører rask levering av det materiellet innklagede til enhver tid måtte ha behov for. Dette illustreres også av det forhold at innklagede kunngjorde en konkurranse om anskaffelse av VA-materiell i 2008, og av at innklagede i 2009 inngikk rammeavtale om levering av denne typen materiell.
- (60) Nemnda finner etter dette at ingen av unntaksbestemmelsene i § 14-4 kommer til anvendelse. I innklagedes kommentarer til forhåndsvarselet er det erkjent at forskriften § 14-4 ikke kommer til anvendelse på rammeavtalen med Brødrene Dahl AS. Ettersom verdien av anskaffelsen overstiger kunngjøringsgrensen, har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av VA-materiell.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (61) Skyldkravet for å kunne ilegge overtredelsesgebyr er at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt "*forsettlig eller grovt uaktsomt*", jf. loven § 7b første ledd.
- (62) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) er det nærmere redegjort for skyldkravet, og det fremgår følgende på side 26:

”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 rettsuvitenhet 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.”

- (63) Ut fra anskaffelsens verdi er det klart at anskaffelsen skulle vært kunngjort. Klagenemnda har ovenfor lagt til grunn at det ikke forelå omstendigheter som kvalifiserte til unntak fra kunngjøringsplikten. Etter nemndas syn kan det heller ikke anses tvilsomt at det ikke forelå rettslig grunnlag for å unnta anskaffelsen fra kunngjøringsplikten. Som klagenemnda har kommet til over, omfattet rammeavtalen med Brødrene Dahl AS ikke den samme anskaffelsen som den som var kunngjort i den forutgående, mislykkede konkurransen. I tillegg kommer det at anskaffelsen følger forskriften del III, og således ikke bare skulle blitt kunngjort i Norge, men i hele EU-området. Selv om de ledende rørgrossistene i Norge var under etterforskning for prissamarbeid, hadde innklagede derfor etter nemndas syn ingen sikre holdepunkter for at markedet ikke ville fungere ved en kunngjøring av anskaffelsen. Nemnda anser etter dette innklagedes handlemåte som i det minste grovt uaktsom. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (64) Det følger av loven § 7b første ledd at oppdragsgiver *”kan”* ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren 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 blant annet skal legges vekt på *”overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning”*, jf. § 7b andre ledd.
- (65) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *”for å sikre større etterlevelse av regelverket”*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas sak 2010/24 premiss (42) med videre henvisninger.
- (66) I klagenemndas sak 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:

”Hensynet bak reglene om overtredelsesgebyr er at fravær av konkurranse fører til mindre effektiv ressursbruk og risiko for prioritering av utvalgte leverandører. Manglende kunngjøring av en konkurranse iht regelverket vil normalt føre til mindre transparens omkring en anskaffelsesprosess, og dermed mindre mulighet for markedet og andre til å påse at konkurranse gjennomføres. Mangel på kunngjøring av en konkurranse bør derfor sanksjoneres hardere enn andre overtredelser av regelverket for offentlige anskaffelser.”

- (67) Anskaffelsen av VA-materiell under rammeavtalen med Brødrene Dahl AS er foretatt helt uten konkurranse. Ettersom avtalen i utgangspunktet hadde en varighet frem til 31. desember 2012, ville anskaffelsen vært unntatt konkurranse i nesten fire år, dersom den ikke hadde blitt sagt opp før dette tidspunktet. De nevnte forhold medfører etter nemndas syn at hensynet til gebyrets preventive virkning gjør seg gjeldende. Det er dessuten tale om en anskaffelse av ikke ubetydelig verdi. Nemnda viser videre til at plikten til å kunngjøre konkurranse for anskaffelser over terskelverdi er absolutt, med mindre noen av unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse. Kunngjøring av anskaffelser skal også ivareta flere hensyn enn de rent økonomiske, blant annet allmennhetens tillit til at offentlige tjenesteoppdrag tildeles på en objektiv og nøytral måte, og fremme av likebehandling mellom private leverandører, jf. loven § 1 og 5.
- (68) På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at det skal ilegges overtredelsesgebyr i denne saken.

Gebyrgrunnlaget

- (69) Gebyrgrunnlaget som ble lagt til grunn i forhåndsvarselet av 23. november 2011 var 6 017 150, 82 kroner eks. mva. Dette var basert på den anslåtte verdien av anskaffelsen i perioden 1. januar 2009 til 31. desember 2012. Innklagede har i sine kommentarer til forhåndsvarselet uttalt at de 13 første fakturaene for 2009 ikke kan henføres til den rammeavtale av 1. april 2009 som denne saken gjelder og dokumentert at avtalen med Brødrene Dahl AS ble sagt opp med virkning fra 30. november 2011. Klagenemnda har etter dette sett bort fra verdien av de 13 første fakturaene, jf. premiss (42) ovenfor, og valgt å begrense tidsperioden for verdiberegningen fra 1. april 2009 og frem til det faktiske termineringstidspunktet, dvs. 30. november 2011. Gebyrgrunnlaget utgjør da 4 236 740,82 kroner.

Gebyrets størrelse

- (70) Ved utmålingen av gebyret skal det legges vekt på de samme momenter som nevnt ovenfor; overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkning, jf. loven § 7b andre ledd. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b andre ledd andre punktum.
- (71) I klagenemndas sak 2009/120 premiss (36) uttalte nemnda følgende om gebyrets størrelse:

”Siden klagenemnda 1. januar 2007 fikk myndighet til å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser, er det ilagt overtredelsesgebyr i elleve saker. I den første saken, 2007/19, la klagenemnda i formildende retning vekt på at ordningen med overtredelsesgebyr var ny. I sak 2008/5 og 2008/56 uttalte nemnda at reglene om overtredelsesgebyr nå måtte forutsettes kjent blant oppdragsgiverne. Siden disse sakene, som ble avgjort i juni og oktober 2008, er det ikke blitt færre saker om ulovlige direkte anskaffelser. Både antall saker som klages inn for KOFA, og generell medieomtale viser at ulovlige anskaffelser foretas i et ikke ubetydelig omfang. De preventive hensyn bak overtredelsesgebyrene synes dermed ikke fullt ut å ha hatt ønsket effekt. På denne bakgrunn finner klagenemnda at gebyrpraksis bør skjerpes, og at satsene gradvis bør bli høyere. De høyeste prosentsatsene, opp mot 15 prosent, bør likevel reserveres for særlig grove

tilfeller der de skjerpende omstendigheter er iøynefallende, og det ikke foreligger formildende omstendigheter."

- (72) I den nevnte sak ila klagenemnda et gebyr på ca. 12,3 prosent av kontraktssummen. Skjerpingen av gebyrsatsen er blant annet fulgt opp i sakene 2010/222, 2010/305, 2010/306, 2011/13, 2011/19 og 2011/20, hvor det ble ilagt gebyrer for mellom 12 og 14 prosent av kontraktssummene/anskaffelsens anslåtte verdi for avtaleperioden.
- (73) Nemnda viser til vurderingen som er lagt til grunn når det gjelder skyldspørsmålet og spørsmålet om det skal ilegges overtredelsesgebyr. Preventive hensyn, og det faktum at tjenesten helt har vært unntatt fra konkurranse over en periode på flere år, taler for at gebyret settes relativt høyt. I formildende retning vektlegges det at innklagede i 2008 gjennomførte en kunngjort mislykket konkurranse om delvis det samme VA-materiellet som nå er inkludert i rammeavtalen av 2009 med Brødrene Dahl AS. Det vises videre til at innklagede, etter å ha mottatt forhåndsvareselet, sa opp avtalen med Brødrene Dahl AS med virkning fra 30. november 2011. Innklagede har opplyst at det vil bli avholdt ny konkurranse om flerårig rammeavtale, og at behovet i mellomtiden vil søkes dekket etter konkurranser om enkeltkjøp/gruppering av kjøp, samt at kjøp som kan utsettes vil vurderes utsatt. Dette innebærer at det ulovlige forholdet er opphørt, og at innklagede forhåpentligvis innen kort tid vil få på plass en lovlig inngått avtale. Dette er et forhold som klagenemnda finner å tillegge vekt i formildende retning. Klagenemnda finner at gebyret i foreliggende sak skjønnsmessig kan settes til 400 000 kroner. Dette utgjør ca. 9,4 prosent av anskaffelsens verdi på 4 236 740,82 kroner eks. mva.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Oppegård kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 400 000

- firehundretusen - 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 § 7b femte ledd. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å begjære en sak prøvd for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

16. januar 2012

Arve Rosvold Alver

