



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Klagenemnda ila Ålesund kommune et gebyr på 60 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av slamhåndtering. Gebyret utgjorde ca. 10 prosent av anskaffelsens verdi.*

### Klagenemndas gebyrvedtak 8. desember 2011 i sak 2011/161.

**Klager:** Elin Rødstøl

**Innklaget:** Ålesund kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Arve Rosvold Alver, Gro Amdal, Morten Goller

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

### Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Elin Rødstøl mottatt 31. mai 2011. Saken gjelder slamhåndtering utført av Ura pılanlegg AS.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 60 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

### Bakgrunn:

- (3) Det ble inngått "*FOU-KONTRAKT*" mellom innklagede og Ura pılanlegg AS 22. desember 2009. I kontraktens punkt 0 "*Formål og bakgrunn*" var det vist til forskriften § 1-3 (2) punkt g som hjemmel for tildeling av kontrakt uten kunngjøring. Videre fremgikk det at "*Resultatene fra FOU-prosjektet skal kunne benyttes av Kunden som grunnlag for spesifikasjoner i etterfølgende anbudsprosess*", og at partene måtte være nøye med å avklare detaljeringsgrad på resultater for dette formål. Under kontraktens punkt 1 "*Definisjoner*" var FOU-kontrakt definert som "*Forsknings- og utviklingskontrakt mellom en leverandørbedrift og en krevende offentlig virksomhet/etat hvor Innovasjon Norge har innvilget tilskudd*". Videre var "*Produkt*" definert som "*Nytt produkt, løsninger, tjenester eller metoder som ikke eksisterer i markedet*". Videre fremgikk at en "*Styringsgruppe*" sammensatt av personer fra leverandør og kunder skulle sørge for prosjektets overordnede styring og fremdrift. Det fremgikk under punkt 2 at innklagede og Ura pılanlegg AS hadde "*inngått herværende kontrakt om Utviklingsprosjektet "Etablering av anlegg for dyrking av pil"*". Videre hitsettes følgende fra kontrakten:

#### ***"3 Partenes forbehold, forberedelser og fordeling av plikter***

- *Ålesund kommune forplikter seg til å levere minimum 2000 Mg (tonn) avvannet og stabilisert slam i året fra Åse renseanlegg. [...]*

- *Ålesund kommune forplikter seg til å levere minimum 600 og maksimum 1 000 Mg (tonn) silavfall i året fra alle kommunenes renseanlegg. Mottak av silavfall startes først når biogassanlegget kan motta og stabilisere silavfall. Estimert etter framdriftsplanen til fra 1. september 2011. [...]*
- *Ålesund kommune forplikter seg til å betale månedlig til Ura pılanlegg AS 720 NOK/Mg slam og silavfall etter veiinger foreslått i vedlagte prosedyre "Transport av kalkstabilisert slam fra RA4 – Åse renseanlegg". I tillegg kommer gjeldende merverdiavgift. Satsen kan justeres hvert år fra den 1.1.2011 etter økningen av konsumprisindeksen fastsatt av Statistisk sentralbyrå.*
- *Ura pılanlegg AS forplikter seg til å hente disse silavfall- og slammengdene på en slik måte at det ikke oppstår problem ved opphopning av silavfall og slam som kan medføre miljøproblem på renseanleggene. Det vises her til vedlagte prosedyre for transport av slam. Det vil bli utviklet en liknende prosedyre for transport av silavfallet.*
- *Ura pılanlegg vil behandle silavfallet og slammet på en miljøvennlig og bærekraftig måte slik at gjeldende krav og regler til drift av et slikt anlegg blir oppfylt. Ura pılanlegg AS blir pålagt å påse at arealene i umiddelbar nærhet av anlegget fremstår på en miljømessig god måte innen 1. juli 2010. Det må etableres tilfredsstillende spylemuligheter for containerne før transporten av slammet starter.*
- *I den grad det er ønskelig og mulig forplikter Ålesund kommune seg til også å levere andre typer biologisk lett nedbrytbart avfall til Ura pılanlegg AS etter nærmere fastsatte satser.*

[...]

*Partene skal gjennomføre FOU-prosjektet i henhold til den beskrivelse og tidsplan som er angitt i vedlagte prosjektplan, med mindre annet blir avtalt underveis. Partene er ansvarlige for å utarbeide en omforent gjennomførings- og fremdriftsplan for Prosjektet.*

*Partene skal holde løpende møter for gjennomgåelse av kontraktens innhold, planene for utførelsen og fremdriften i prosjektet.[...]*

#### **4 Finansiering**

*Prosjektet er kostnadsberegnet til totalt kr (...)<sup>i</sup> ekskl mva. Finansieringen er basert på kostnadsoverslaget gitt i vedlegget "Finansieringsplan".*

*Prosjektet skal finansieres som følger:*

<i>Leverandør bedriftens finansiering</i>	<i>kr (...)</i>
<i>Kundens finansiering</i>	<i>kr (...)</i>
<i>Tilskudd fra Innovasjon Norge</i>	<i>kr (...)</i>
<i>Annen offentlig finansiering</i>	<i>kr (...)</i>

Sum finansiering

kr (...)

[...]

### **5 utbetaling fra Innovasjon Norge**

Utbetaling av tilskudd fra Innovasjon Norge skjer etter Innovasjon Norges standardvilkår for tilskudd til forsknings- og utviklingskontrakter, eventuelt med utfyllende særvilkår.[...]

### **6 Ferdigstillelse og sluttrapport, forsinkelse**

Prosjektet avsluttes formelt innen den 31.12.2014 gjennom ferdigstillelse og oversendelse av sluttrapport.

[...]

Leverandørbedriften er ansvarlig for at det utarbeides sluttrapport for Prosjektet. [...] Sluttrapporten skal beskrive resultater som er oppnådd på bakgrunn av søknad og tilhørende oppdragsspesifikasjon og ha et detaljeringsnivå som er avtalt i vedleggene til denne kontrakt[...].

### **7 Endringer og opphør**

[...]Kunden har rett til, med rimelig frist og på et selvstendig/ensidig grunnlag, å si opp eller avbryte Prosjektet under forutsetning av at han dekker Leverandørbedriftens kostnader, herunder avviklings- og termineringskostnader for Prosjektet. Leverandørbedriften skal straks underrette Innovasjon Norge om slik oppsigelse.

### **8 Immaterielle rettigheter (IPR) m.m.**

Leverandørbedriften overtar eiendomsretten og retten til fremtidig utnyttelse av resultater, metoder og lignende i den utstrekning de er utarbeidet under denne kontrakt, med mindre annet følger av denne kontrakt eller blir avtalt, og så langt dette ikke strider mot Kundens behov for å kunne benytte resultatene fra FOU-prosjektet som grunnlag for spesifikasjoner i en etterfølgende anbudsprosess[...]

Partene har rett til fri utnyttelse av alle prosjektresultater i egen virksomhet/til dekning av eget internt behov(dvs. ikke-kommersielle aktiviteter). For Kunden gjelder også spesielt at resultatene skal kunne benyttes som grunnlag for spesifikasjon i en etterfølgende anbudsprosess.

Bortsett fra rettigheter for Kundens og dennes medarbeiders rettigheter som måtte følge ovenfor, aksepterer Kunden at Leverandørbedriften for egen del og utgift, etablerer de patent-, design-, eller varemerkerettigheter og lignende som ønskes. Hvis Leverandørbedriften ikke ønsker å etablere patentrettigheter og lignende, kan Kunden velge å beskytte immaterielle verdier så lenge Leverandørbedriften ikke har vesentlige

*innvendinger. Leverandørbedriften plikter i så fall å medvirke til at Kunden kan søke å oppnå patent."*

- (4) Når det gjelder prosjektplanen som er omtalt i kontraktens punkt 3, har innklagede opplyst at denne ikke inneholder noe informasjon om hvilke tjenester som Ura pılanlegg AS skal levere utover det som følger av kontraktens beskrivelser av disse tjenestene.
- (5) Innklagede har i tilsvar sendt inn uttalelse fra Lars M. Fugledal AS, som er innklagedes kontaktperson i Ura pılanlegg AS, hvor det gis informasjon om Ura pılanlegg AS, og prosjektet. I redegjørelsen er det vist til et behov for å finne andre metoder for å sluttbehandle lett nedbrytbart organisk materiale. Videre hitsettes følgende om prosjektet:

*"I utlandet har det i lengre tid vært gjort forsøk og fullskala program med dyrking av pil der disse avfallsrestene har vært brukt både som vekstmedium og gjødsel. Derfor ble det i 2003 og 2004 gjennomført et forprosjekt med prosjektnummer 24083 i SkatteFUNN som vurderte disse erfaringene og mulighetene for å utprøve denne løsningen under norske forhold.*

*Konklusjonen fra forprosjektet var at det var store muligheter til å lykkes med en løsning der slam og annet biologisk lett nedbrytbart materiale blir omdannet i et anlegg beplantet med pil, men tre forhold var kritiske:*

- *Kontroll med eventuell utvasking fra anlegget.*
- *Omdanningshastigheten.*
- *Stabil tilgang på slam i testperioden.*

*[...]*

*Det vi håper på med dette prosjektet er at med de rette typer pil vil slammet være tilstrekkelig omdannet etter to år med oppvarma rotzone men uten anaerob drift. Da kan vi etablere nye anlegg langt rimeligere i og med at vi ikke behøver å terrassere arealene og at det ikke er behov for å etablere store fangdammer for å samle opp alt vannet som renner ut av anlegget. Da holder det å samle opp tilstrekkelig med vann for å varme opp rotsona og stabilisere septikslam og biologisk lett nedbrytbart materiale.*

*Vår konklusjon er at dette er et prosjekt som er unikt i verdensmålestokk. Det har aldri vært gjort liknende forsøk med pil tidligere og vil medføre at vi kan omdanne slam på en måte som gir opp til 15 ganger mer energi igjen enn det som brukes på drifta av anlegget. I tillegg vil vi ta ut igjen av anlegget meget næringsrik jord av beste kvalitet.*

*Alt arbeid med prosjektet er lagt opp for å kunne fremskaffe ny kunnskap, informasjon og erfaringer slik at vi kan etablere langt enklere pılanlegg som kan behandle slam og biologisk lett nedbrytbart materiale langt rimeligere og langt mer bærekraftig enn dagens metoder. Hvis prosessen fungerer som vi forventer, vil anlegget som vi etablerer*

*gjennom dette prosjektet bli brukt til utvikling av nye pilarer for å omdanne de stadig nye organiske miljøgiftene som avdekkes i slammet."*

- (6) Av "Faktura 1" med forfallsdato 28. februar 2010 fremgår at innklagede skulle betale kroner 50 000 inkludert mva. til Ura pılanlegg AS. Det var oppgitt at mva utgjorde 0 kr.
- (7) Av "Faktura 2" med forfallsdato 30. juni 2010 fremgår at innklagede skulle betale kroner 83 300 inkludert mva. til Ura pılanlegg AS. Det fremgikk at netto beløp/mva grunnlag var kroner 66 640.
- (8) Av "Faktura 3" med forfallsdato 28. juli 2010 fremgår at innklagede skulle betale kroner 143 523 inkludert mva, til Ura pılanlegg AS. Det fremgikk at netto beløp/mva grunnlag var kroner 114 818,40.
- (9) Av "Faktura 4" med forfallsdato 15. august 2010 fremgår at innklagede skulle betale kroner 49 509 inkludert mva. til Ura pılanlegg AS. Det fremgikk at netto beløp/mva grunnlag var kroner 39 607,20
- (10) Av "Faktura 5" med forfallsdato 29. august 2010 fremgår at innklagede skulle betale kroner 100 350 inkludert mva. til Ura pılanlegg AS. Det fremgikk at netto beløp/mva grunnlag var kroner 80 280.
- (11) Av "Faktura 6" med forfallsdato 15. september 2010 fremgår at innklagede skulle betale kroner 47 430 inkludert mva. til Ura pılanlegg. Det fremgikk at netto beløp/mva grunnlag var kroner 37 944.
- (12) Av "Faktura 7" med forfallsdato 30. september 2010 fremgår at innklagede skulle betale kroner 47 241 inkludert mva. til Ura pılanlegg AS. Det fremgikk at netto beløp/mva grunnlag var kroner 37 792,80.
- (13) Av "Faktura 8" med forfallsdato 23. oktober 2010 fremgår at innklagede skulle betale kroner 70 956 inkludert mva. til Ura pılanlegg AS. Det fremgikk at netto beløp/mva grunnlag var kroner 56 764,80.
- (14) Av "Faktura 9" med forfallsdato 30. oktober 2010 fremgår at innklagede skulle betale kroner 47 070 inkludert mva. til Ura pılanlegg AS. Det fremgikk at netto beløp/mva grunnlag var kroner 37 656.
- (15) Av "Faktura 10" med forfallsdato 13. november 2010 fremgår at innklagede skulle betale kroner 72 990 inkludert mva. til Ura pılanlegg AS. Det fremgikk at netto beløp/mva grunnlag var kroner 58 392.
- (16) Klager har vedlagt e-post av 29. juni 2011 fra representant for Innovasjon Norge, hvor det fremgår at Ura pılanlegg AS har mottatt et bedriftsutviklingstilskudd på kroner 2 550 000 "i forbindelse med et forsøks- og demonstrasjonsanlegg for behandling av slam

og annet biologisk lett nedbrytbart organisk avfall". Klager har i epost datert 15. september 2011 opplyst at "Innovasjon Norge har trukket tilbake støtten til Ura Pil, i påvente av hva som skjer med bedriften." Innklagede har i tilsvar opplyst at Mattilsynets distriktskontor i Molde påla Ura pılanlegg AS å midlertidig stanse driften, og videre drift har vært i bero siden høst 2010 i påvente av behandling hos blant annet Fylkesmannen og det regionale Mattilsynet.

- (17) Klagenemndas sekretariat sendte 13. september 2011 e-post til innklagede hvor det ble bedt om ytterligere opplysninger vedrørende kontraktens estimerte verdi, samt informasjon om hvilken periode fakturene fra Ura pılanlegg AS relaterte seg til.
- (18) Innklagede besvarte sekretariatets henvendelse i e-post datert 14. september 2011. Det fremgikk at fakturaene gjaldt perioden januar 2010 til oktober 2010, samt at innklagede ikke hadde betalt Ura pılanlegg AS etter fakturaen med forfallsdato 13. november 2010. Videre fremgikk følgende vedrørende anskaffelsens estimerte verdi:

*"- Ble det på tidspunktet for kontraktsinngåelsen foretatt et estimat av kontraktens verdi?"*

*Av kontraktens (fremlagt som bilag til klagen) punkt 3, "Partenes forbehold, forberedelser og fordeling av plikter" går det frem hvilke mengde og til hvilken pris Ålesund kommune forpliktet seg til å levere i forbindelse med denne kontrakten. I punkt 6 "ferdigstillelse og sluttrapport, forsinkelse" er kontraktens lengde definert. (sluttrapport skal være ferdigstilt 31.12.2014)*

*- Hva er innklagedes estimat av kontraktens verdi på det nåværende tidspunkt?*

*Alternativ til å levere slammet i henhold til denne kontrakten er å ivareta dette på tradisjonell måte i egenregi. Kostnaden pr. tonn ved behandling i egenregi er lagt til grunn ved levering til Ura pılanlegg AS (kr. 720,- pr. tonn). Forpliktelsene i kontrakten, dersom minimumsleveransene (minimum 2000 tonn avvannet og stabilisert slam og minimum 600 tonn silavfall) blir lagt til grunn, og en antar at leveransene går uavbrutt til september 2014, vil være kr. 5 416 000,-. I tillegg kommer kr. 579 893,- som allerede er levert. Beløpene er eks. mva. Leveransene er pr. dato stanset i påvente av avklaring med Fylkesmannen og Mattilsynet, så estimatet avhenger av at leveransene blir gjenopptatt fra dags dato."*

- (19) Klagenemnda sendte 26. september 2011 et forhåndsvarsel til innklagede om ileggelse av gebyr pålydende 720 000 kroner. Innklagede ble gitt en frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer.
- (20) Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes brev 6. oktober 2011. Det er nærmere redegjort for disse kommentarene under innklagedes anførsler.

- (21) Klagenemnda mottok kommentarer fra klager i brev datert 11. og 16. oktober 2011. Det er nærmere redegjort for klagers kommentarer under klagers anførsler.
- (22) I klagers brev av 16. oktober 2011 var det vedlagt vedtak fra Fylkesmannen i Møre og Romsdal datert 14. oktober, hvor det fremgår innledningsvis at *"Fylkesmannen i Møre og Romsdal har ferdigbehandla søknaden frå Ura Pilanlegg AS av 28.03.2011 og har vedteke å avslå søknaden om utsleppsløyve etter forureiningslova"*. Vedtaket kan påklages til Klima- og forurensningsdirektoratet innen 3 uker etter melding om vedtaket er kommet frem eller fra vedkommende fikk eller burde fått kunnskap om vedtaket. Videre hitsettes følgende fra vedtaket:

### ***"Opprydding***

*Fylkesmannen vil i eige brev be om at Ura Pilanlegg AS syter for at det tilkøyrde slammet får nødvendig behandling og blir fjerna/brukt etter reglane i gjøldselvareforskrifta. Planane for dette, og gjennomføringa må også skje med nødvendig godkjenning frå Mattilsynet og Vestnes kommune."*

- (23) Klagenemndas sekretariat ba innklagede i e-post av 9. november 2011 om tilbakemelding på hvorvidt innklagedes vurderinger av om prosjektet var unntatt kunngjøringsplikt var dokumentert skriftlig.
- (24) Innklagede besvarte henvendelsen i e-post av 10. november 2011 hvor det fremgikk at vurderingene ikke var nedtegnet skriftlig. Det ble opplyst at prosjektet ble drøftet i et felles møte, og at prosjektet fremsto som *"svært nyskapende i forhold til å utvikle en god løsning på samfunnets slamavhendingsutfordringer"*. Det ble opplyst at innklagede ved kontraktsinngåelse ikke var i tvil om at prosjektet lå innenfor unntaket om kunngjøring for forsknings- og utviklingskontrakter. Det var videre lagt ved e-post av 11. desember 2009 hvor innklagede opplyste om at *"Avtalen ser helt grei ut og skal i alle fall gå klar av regelverket om offentlige anskaffelser."*

### **Anførsler:**

*Klagers anførsler:*

### ***Ulovlig direkteanskaffelse***

- (25) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse etter § 7b ved ikke å kunngjøre avtale om levering av slam.
- (26) Klager bestrider at anskaffelsen er en forsknings- og utviklingstjeneste (FOU) etter forskriften § 1-3 (2) bokstav g. Det vises til at SkatteFUNN ikke ønsket å tildele økonomiske midler til Ura pilanlegg AS fordi anlegget ikke inneholdt FOU. Norsk forskningsråd konkluderte 25. februar 2008 med at Ura pilanlegg AS ikke inneholdt nok FOU til å kunne motta økonomisk støtte. Å bruke kloakk som gjødsel innebærer ikke noen FOU. Denne typen plantaser er ingen nyvinning, da tilsvarende er utprøvd i Europa og spesielt i Danmark. Videre mener også Mattilsynet at dette ikke er FOU.

- (27) Klager viser videre til at Mattilsynet stoppet mottak av slam for Ura pılanlegg AS i oktober 2010, da slammet utgjør en trussel mot folke- og dyrehelsen i nærområdet, og forlanger at selskapet hygieniserer både det slammet som har blitt kjørt til stedet og den stedlige massen som har fått slam blandet inn i seg. Det virker videre som om Innovasjon Norge har gitt støtte til prosjektet på feil grunnlag. At anskaffelsen dreier seg om kloakk, burde tilsi at innklagede skulle vist ekstra varsomhet og aktsomhet i forhold til sine leverandører. Klager viser til loven §§ 1, 5 og 6. Videre viser klager til fornyings- og administrasjonsdepartementets "*Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*" på side 2 til 26, og hevder at innklagede har inngått en kommersiell kontrakt med Ura pılanlegg AS, som burde vært lyst ut på Doffin. Innklagede burde kontaktet ESA, og dersom dette ikke er gjort er den ulovlige direkte anskaffelsen bevisst, og innklagede har forsøkt å hemmeligholde den. Videre vises til klagenemndas sak 2004/206, hvor det fremgår at FOU er et unntak som bør tolkes snevert, og at det kan være brudd på regelverket selv om det såkalte FoU-prosjektet er finansiert av flere offentlige aktører. Videre vises til klagenemndas sak 2004/45. Resultatene tilfaller utelukkende Ura pılanlegg AS og ikke oppdragsgiver.
- (28) Innklagede bør gis et gebyr på 15 % for denne særdeles grove ulovlige direkte anskaffelsen.
- (29) Klager anfører videre at innklagede har brutt forskriften § 3-7, ved at en offentlig ansatt som står for en betydelig del av innkjøpskvantumet og leveransene til Ura pılanlegg AS blir med i en styringsgruppe for prosjektet. Dette vil gjøre vedkommende inhabil til å fatte bestemmelser på vegne av innklagede. Dette bør virke skjerpene på gebyret, jf. loven § 7b.
- (30) Klager har videre hevdet at dersom anskaffelsen hadde blitt lyst ut på Doffin kunne innklagede fått et tilbud som muligens var mer konkurransedyktig, og helt sikkert mer miljøvennlig enn det forurensende tilbudet fra Ura pılanlegg AS.
- (31) Klager anfører at innklagede har opptrådt grovt uaktsomt både i forhold til veilederen side 26 vedrørende notifisering av ESA, og i forhold til miljøforurensing. Det vises til at Mattilsynet har stoppet forurensingen som innklagede har bidratt til å finansiere og skaffe forurensende kloakk til.
- (32) Klager legger til grunn at Ura pılanlegg AS vil fortsette produksjonen som opprinnelig planlagt med en gang virksomheten sørger for at kloakken er hygienisert og oppbevart i henhold til forutsetningene for godkjenningen. Klager tolker også vedtaket fra Fylkesmannen på den måten at Ura pılanlegg AS kan starte opp igjen produksjonen etter at de har fått orden på miljøforurensningen. Da det ikke kan ses bort i fra fremtidige leveranser fra innklagede til Ura pılanlegg AS bør gebyrets størrelse ikke reduseres. Innklagede har ikke dokumentert at de har pålagt Ura pılanlegg AS å rydde opp. Til tross for at Fylkesmannen har avslått søknaden til Ura pılanlegg AS, viser den tydelig intensjonene om større drift.



*Innklagedes anførsler:*

***Ulovlig direkteanskaffelse***

- (33) Innklagede anfører at anskaffelsen faller inn under unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav g om forsknings- og utviklingstjenester, da kriteriene for dette er oppfylt.
- (34) Innklagede viser til at prosjektet representerer nye metoder for dyrking av pil og slamhåndtering. Det fremholdes at prosjektet har allmenn interesse, da avhending av slam er en utfordring i samfunnet generelt. Dersom resultatet av dette prosjektet svarer til formålet, vil metodene kunne benyttes av andre offentlige organer, og av markedet for øvrig. At det er tale om en FOU-kontrakt underbygges av at Innovasjon Norge er med på å støtte prosjektet. Det vises til kontrakten punkt 5, hvor det fremgår at tilskuddet fra Innovasjon Norge skjer etter standardvilkår for tilskudd til forsknings- og utviklingskontrakter. Innklagede betaler kostpris for levering av slammet, som vil si det samme som det koster kommunen å avhende slam i egenregi, og innklagede bidrar ikke med midler utover dette. Innklagede vurderer det som viktig å bidra til å finne alternative løsninger til utfordringer for samfunnet generelt, og det er nettopp slike hensyn forskriften § 1-3 (2) bokstav g er ment å ivareta. Videre finansieres prosjektet i samarbeid med flere andre, herunder Innovasjon Norge. Tjenesten tilfaller heller ikke oppdragsgiver fullt ut, herunder vises til kontraktens punkt 8.
- (35) Innklagede fremholder å ha opptrådt i tråd med gjeldende regler i forbindelse med kontraktsinngåelsen. Det er forutsatt i kontrakten at slammet blir håndtert på en miljøvennlig måte i tråd med gjeldende regelverk, og Ura pılanlegg AS hadde godkjenning fra Mattilsynet til å starte opp prosjektet.
- (36) Innklagede opplyser at da innklagede ble kontaktet av Ura pılanlegg AS med forespørsel om å delta i prosjektet, ble det fra innklagedes side foretatt en vurdering av hvorvidt dette var å anse som et forsknings- og utviklingsprosjekt. Etter hva innklagede kjenner til er det ikke andre anlegg i verden som har til hensikt å blant annet varme opp rotsonden til pila for å forlenge vekstsesongen, belaste anlegget over 140 ganger mer enn normal mengde slam, og å ta ut igjen omdannet masse for å utnytte næringen i slammet og silavfallet. Prosjektet ble vurdert som nyskapende og fremsto som en mulighet for både bærekraftig, miljøvennlig og samfunnsøkonomisk håndtering av slam. Leder for VAR-virksomheten hos innklagede ble med i styringsgruppen for prosjektet. At flere aktører, herunder Innovasjon Norge, også fant det interessant å bidra med økonomiske midler, støttet innklagedes konklusjon om at prosjektet lå innenfor unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav g.
- (37) Innklagede anfører at Ura pılanlegg AS gjennom prosjektet bidrar til utvikling, kompetanse og nyvinning. Slik innklagede vurderte det var det viktig å bidra til gjennomføring av en slik type forsknings- og utviklingsprosjekt, som gir en gevinst til innklagede spesielt og samfunnet generelt. Innklagede var med denne bakgrunn villig til å stille både med nødvendig slam og finansiering. Prosjektet finansieres gjennom et

samarbeid med flere aktører, herunder Innovasjon Norge, og innklagede som offentlig oppdragsgiver dekker verken alle kostnader, eller har den hele og fulle nytten av forsknings- og utviklingstjenesten.

- (38) Innklagede anfører at formålet med FOU-kontrakten ikke på noe tidspunkt har vært slamavhending. Tilgang til en viss mengde slam av god og jevn kvalitet gjennom hele prosjektperioden var i følge Ura pılanlegg AS en forutsetning for prosjektet. Ura pılanlegg AS har opplyst at innklagede ble forespurt om deltakelse i prosjektet fordi innklagede ble vurdert å være eneste leverandør innen aktuell avstand som kunne levere nødvendig mengde lik slam av god kvalitet gjennom hele prosjektperioden. Innklagedes økonomiske bidrag til prosjektet er satt til tonnpris beregnet ut fra avhending i egenregi. Innklagedes finansiering i prosjektet fikk ikke betydning for beregningen av vann- og avløpsgebyr for innbyggerne. VAR-virksomheten driver etter selvkostprinsippet. Dersom innklagede ikke hadde inngått avtalen med Ura pılanlegg AS, ville en behandlet slammet i egenregi. Det har ikke vært aktuelt for innklagede å konkurransenutsette oppgaven, og markedet er ikke under noen omstendighet frarøvet muligheten for oppdrag med slambehandling.
- (39) Innklagede anfører at hovedelementet i kontrakten er å utvikle nye metoder for slambehandling og ikke avhending. Slammet, og måten dette behandles på er et avgjørende element i et prosjekt som er nyskapende, og som vil gi viktig kompetanse på et felt som pr. i dag representerer store utfordringer for det offentlige. Hovedformålet med innklagedes deltakelse er å bidra til at det fremskaffes løsninger som ikke er tilgjengelige i dagens marked. Dersom resultatet svarer til formålet vil dette utgjøre en gevinst både for innklagede og samfunnet for øvrig. En forutsetning for å kunne utvikle dette er ytelser som normalt klassifiseres som tjenester for slambehandling, men som i dette prosjektet er avgjørende for hele forsknings- og utviklingsprosjektet.
- (40) Innklagede anfører subsidiært at innklagede ikke har opptrådt grovt uaktsomt, og at gebyr ikke skal ilegges. Hensikten bak reglene om ulovlig direkteanskaffelse er etter forarbeidene i Ot. Prp. Nr. 62 (2005-2006) å komme til livs kommuner som overser kravet til kunngjøring. Innklagede konkluderte etter nøye vurderinger med at prosjektet gikk inn under unntaksregelen i forskriftens § 1-3 (2) bokstav g. Innklagede har ikke oversett eller ignorert kunngjøringsplikten, og har vært i god tro både i forhold til prosjektet og regelverket. Innklagede har i verste fall vurdert prosjektet uriktig i forhold til hvorvidt dette kan anses som forskning og utvikling i forskriftens stand. Innklagedes gode tro må få betydning for aktsomhetsvurderingen. Det vises til at innklagede både ved kontraktsinngåelse og senere har vurdert prosjektet til å tilfredsstillende kravene for forsknings- og utviklingskontrakter. Videre vises det til at slambehandling uansett ikke ville blitt konkurranseutsatt, men blitt avhendet i egenregi, og at et eventuelt marked ikke er frarøvet noe. Prosjektet har heller ikke hatt økonomisk betydning for innklagede. Det fremgår av forarbeidene at typiske tilfeller som rammes av forskriften § 7b er tilfeller hvor man tilsynelatende mer bevisst forsøker å omgå regelverket, og tilfeller hvor det offentlige er ute på markedet. Dette er ikke tilfellet for innklagede. Det vises til

innklagedes vurdering av hvorvidt prosjektet var forskning og utvikling, samt at flere aktører var interessert i å være med å finansiere prosjektet. Kontrakten som er benyttet er Innovasjon Norges standardkontrakt for FOU-kontrakter. Videre verken var eller er innklagede ute på markedet med slambehandling, og innklagedes deltakelse i prosjektet er dermed uten betydning for markedet.

- (41) Atter subsidiært anføres at gebyrets størrelse er satt for høyt. Det vises til at skyldgraden må hensyntas, og at innklagede har foretatt vurderinger, og vært i god tro hele tiden. Videre er prosjektet stilt i bero i påvente av avklaring blant annet fra forurensningsmyndighetene, og det er usikkert hvorvidt prosjektet vil bli satt i gang igjen.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (42) 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 § 13 a (1). Innklagede inngikk kontrakt med Ura pılanlegg 22. desember 2009. Det fremgår av kontrakten at prosjektet formelt avsluttes 31. desember 2012. Innklagede ble varslet om klage på ulovlig direkte anskaffelse ved brev av 6. juni 2011. Klagen er rettidig, og klagenemnda har myndighet til å ilegge gebyr for hele perioden klagen gjelder, jf. klagenemndsforordningen § 13a (1).

#### ***Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse***

- (43) Det følger av loven § 7b 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 om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1. Kunngjøringsplikt etter forskriften del II inntreder ved anskaffelser hvor verdien overstiger kroner 500 000, og kunngjøringsplikt etter forskriften del III for prioriterte tjenester inntreder hvor kontraktens verdi overstiger kroner 1,6 millioner, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (44) Innklagede har opplyst at kontraktens verdi ble estimert ut fra kontraktens punkt 3 "*Partenes forbehold, forberedelser og fordeling av plikter*". Det fremgår av kontrakten mellom innklagede og Ura pılanlegg AS at Ura pılanlegg AS skulle hente avtalte silavfall- og slammengder, og at innklagede skulle betale 720 kroner per tonn. Det fremgår ikke av kontrakten når prosjektet skulle starte opp, men i henhold til kontrakten hadde innklagede en forpliktelse til å "*levere*" minimum 2000 tonn slam og minimum 600 tonn silavfall hvert år. For mottak av silavfall var estimert oppstart 1. september 2011. Over fem år gir dette kontrakten minimum en verdi på kroner 8 640 000. Innklagede har for øvrig opplyst at dersom forpliktelsene i kontrakten blir lagt til grunn ville kontrakten fra og med 14. september 2011 ha en verdi på kroner 5 416 000. I tillegg kommer kroner 579 893 som allerede er betalt. Innklagedes estimerte verdi var da til sammen kroner 5 995 893 eksklusiv merverdiavgift for alle fem årene.

(45) Det følger av forskriften § 2-3 (10) at beregningsgrunnlaget for tidsbegrensede tjenestekontrakter med en løpetid på mer enn 48 måneder er *"den månedlige rate multiplisert med 48 måneder"*. På bakgrunn av kontraktsforpliktelsene er det, sammenholdt med beregningsregelen i forskriften § 2-3 (10), klart at kontraktens verdi overstiger kunngjøringsgrensen, jf. § 2-1 (2).

(46) Det er ubestridt at anskaffelsen ikke har vært kunngjort. Spørsmålet er imidlertid om innklagedes kontrakt med Ura pilanlegg AS av 22. desember 2009 omfatter *"forsknings- og utviklingstjenester"* som er unntatt forskriftens virkeområde.

(47) Det følger av forskriften § 1-3 (2) bokstav g at forskriften ikke får anvendelse for:

*"forsknings- og utviklingstjenester, når oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet"*.

(48) Bestemmelsen er et unntak fra kunngjøringsreglene og må dermed tolkes restriktivt, jf. klagenemndas sak 2004/206 premiss (28). Det følger av ordlyden at tjenesten som leveres må gjelde forskning og utvikling, jf. også klagenemndas sak 2004/206 hvor det i premiss (29) ble uttalt at:

*"Det følger av bestemmelsens ordlyd at leverandøren under gjennomføringen av tjenesten må bidra til utvikling av kompetanse eller teknologi."*

(49) Av forarbeidene til loven i NOU 1997:21 *"Offentlige anskaffelser"* fremgår det på side 33 at *"En OFU-kontrakt [forsknings- og utviklingskontrakt] er en avtale mellom en offentlig virksomhet og en bedrift om utvikling av et produkt/eller en løsning som skal kunne dekke et anskaffelsesbehov i etaten."* Unntaket er også omtalt i en fortolkningsuttalelse fra Nærings og handelsdepartementet av 11. juli 2003:

*"Ordlyden omtaler de forsknings- og/eller utviklingskontrakter, hvor oppdragsgiver sammen med kontraktspartneren "deler gevinsten" av nyskapningen eller når også andre aktører bærer kostnadene for utviklingen. Kontrakter hvor den offentlige oppdragsgiver dekker alle kostnader og har den hele og fulle nytten av forsknings- eller utviklingstjenesten, er med andre ord ikke omfattet av unntaket."*

*Det sentrale for typen kontrakter som omfattes, er at kontrakten har til hensikt å fremskaffe ny kunnskap eventuelt utvikle eller videre utvikle nye løsninger (herunder teknologi, behandlingsopplegg, modeller for tjenestens innhold, mv). Dette innebærer blant annet at kontrakten har til formål å fremskaffe noe som ikke er tilgjengelig i dagens marked. Det legges også til grunn at bestemmelsen kun omfatter kontrakter hvor forskning eller utviklingsdelen utgjør et hovedelement. Kontrakter om å utføre en alminnelig tjeneste, som innebærer mindre elementer av videreutvikling, vil med andre ord ikke anses å oppfylle bestemmelsens krav til nyskapning. Et forsknings eller utviklingskontrakt kan likevel innebære at den offentliges samarbeidspartner får ansvaret for utførelse av en tjeneste når dette er en forutsetning for nyskapningen. Det*

*synes imidlertid å gjelde en forutsetning at kontrakten er tuftet på en innretning som stiller visse krav til dokumentasjon av de modeller som prøves ut eller av resultatet."*

- (50) At det er kontraktens hovedelement som avgjør klassifiseringen av kontrakter som inneholder ulike elementer, følger eksempelvis av EU-domstolens avgjørelse i sak C-145/08, premiss 48 og 49. Det vil for øvrig også være en plikt til å kunngjøre de deler av avtalen som er omfattet av direktivet dersom disse kan skilles fra resten av avtalen jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-215/09.
- (51) Det fremgår av kontrakten punkt 8 at partene hadde rett til fri utnyttelse av alle prosjektresultatene, og at resultatene skulle kunne benyttes som grunnlag for spesifikasjon i en etterfølgende anbudsprosess. Ut ifra den kontrakten som er fremlagt er imidlertid Ura pılanlegg AS sin forpliktelse beskrevet som at Ura pılanlegg AS skal hente slam og silavfall hos innklagede, og behandle dette, og innklagede skal betale et vederlag ut fra mengden avfall og slam som hentes. Kontraktens mest sentrale punkter regulerer dermed reelt forpliktelser vedrørende fjerning og behandling av slam mot et avtalt vederlag. Den sentrale delen av tjenesten som Ura pılanlegg AS utfører er derfor ikke en forsknings- eller utviklingstjeneste, men slamhåndtering omfattet av CPV-referansenummer 90513600-2 "*Tjenester for fjerning av slam*", 90513700-3 "*Tjenester for transport av slam*" og 905138-4 "*Tjenester for behandling av slam*". Kontrakten er dermed en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori (16), jf. forskriften vedlegg 5. At Ura pılanlegg AS i etterkant eventuelt skal benytte avfallet i et nyskapende prosjekt har i denne forbindelse ikke avgjørende betydning. Det fremstår som et helt underordnet element ved avtalen at innklagede skal kunne benytte prosjektresultatene i egen drift eller ved senere anbudsprosess, og det er heller ikke dokumentert at Ura pılanlegg AS skal levere noen tjeneste i denne forbindelse som kan kategoriseres som en forsknings- og utviklingstjeneste. At det skal utarbeides en sluttrapport, som skal oversendes innklagede, og at representant for innklagede sitter i prosjektets styringsgruppe, kan heller ikke endre kontraktens karakter av å være en tjenestekontrakt der fjerning og behandling av slam må anses som kontraktens hovedelement. På denne bakgrunn finner klagenemnda at kontrakten ikke kan karakteriseres som en "*forsknings- og utviklingstjenester*" som er unntatt forskriftens virkeområde, jf. forskriften § 1-3 (2) bokstav g, og innklagede har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

### ***Skyldkravet – loven § 7b 1.ledd***

- (52) Skyldkrav ved overtredelsesgebyr er i loven § 7b (1) beskrevet som at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt "*forsettlig eller grovt uaktsomt*".
- (53) Det fremgår av forarbeidene i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 at:

*"Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsomt 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. Det presiseres for øvrig at det ikke er et krav om at en enkelt person har handlet forsettelig eller grovt uaktsomt, men at det også kan være feil begått på forskjellige plan i oppdragsgiverens organisasjon, og som hver for seg ikke kan karakteriseres som grovt uaktsomme, men som samlet sett gjør at oppdragsgiveren må sies å ha opptrådt grovt uaktsomt.*  
[...]

*Det typiske eksempelet på en ulovlig direkte anskaffelse, er når oppdragsgiver splitter opp en anskaffelse i den hensikt å komme under den nasjonale terskelverdien. Et annet eksempel er når oppdragsgiver forlenger, utvider eller endrer avtaler med en opprinnelig leverandør, til tross for at det ikke foreligger opsjoner i den opprinnelige kontrakt til å gjøre dette, slik at en i realiteten står overfor en ny avtale som skal tildeles etter regelverket. Det vil også være en ulovlig direkte anskaffelse når oppdragsgiver benytter seg av rammeavtaler som andre oppdragsgivere lovlig har inngått, uten at kontrakten eller kunngjøringen lovlig rommer muligheten for at andre virksomheter enn de kontrakten er inngått med, kan gjøre bestillinger fra den. "*

- (54) Innklagede bestrider å ha opptrådt grovt uaktsom, og anfører at gebyr dermed ikke må ilegges.
- (55) Innklagede har i hovedsak vist til at det ble foretatt en nøye vurdering av prosjektet, hvor det ble konkludert med det falt under unntaket i forskriftens § 1-3 g. Videre vises det til at forarbeidene viser til tilfeller hvor det tilsynelatende bevisst forsøker å omgå regelverket, som ikke er tilfellet i det foreliggende tilfellet. Innklagede hevder ikke å ha verken ignorert eller oversett kunngjøringsplikten, og at innklagede dermed har vært i god tro ved kontraktsinngåelsen og senere, i forhold til både prosjektet og regelverket. Innklagede har videre vist til at slambehandling uansett ikke ville blitt konkurranseutsatt, men avhendes i egenregi, og at markedet dermed ikke er fratatt noe. I tillegg der vist til at flere aktører var interessert i å finansiere prosjektet, og at kontrakten som er benyttet er Innovasjon Norges standard kontrakt for FOU-kontrakten.
- (56) Klagenemnda bemerker at det ikke kan få betydning for vurderingen av skyldkravet hvorvidt innklagede ville avhendet slambehandlingen i egenregi dersom kontrakt med Ura pilanlegg As ikke hadde blitt inngått. Det avgjørende for skyldkravet må være hvorvidt innklagede burde skjønt at kontrakten ikke kunne anses som en FOU-kontrakt. Nemnda viser til at det etter forarbeidene forutsettes at oppdragsgiver har god kunnskap til regelverket. Klagenemnda mener at innklagede hadde klar oppfordring til å foreta grundige vurderinger dersom innklagede var i tvil om kontrakten var unntatt regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at innklagede har dokumentert at det er foretatt en slik grundig vurdering. I e-post fra innklagede av 11. desember 2009 fremgår det at innklagede før kontraktsinngåelse vurderte at kontrakten

skulle "i alle fall gå klar av regelverket om offentlige anskaffelser". Det er videre opplyst av innklagede at prosjektet ble drøftet i et felles møte. Klagenemnda kan ikke basert på disse opplysningene legge til grunn at innklagede har foretatt nødvendige avklaringer. Det er heller ikke innkommet øvrige opplysninger som skulle tilsi en annen vurdering av skyldspørsmålet. Med en kontraktsvarighet på 5 år er det også klart at kontraktens verdi ville overstige kunngjøringsgrensen. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har opptrådt "grovt uaktsomt", og skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

### **Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr**

- (57) Det følger av loven § 7b (1) at oppdragsgiver "kan" ilegges overtredelsesgebyr dersom innklagede eller noen som handler på dennes vegne har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse og skyldkravet i loven er oppfylt. Ved vurderingen av hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr "skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsens på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning."
- (58) I Ot.prp.nr.62 (2005-2006) side 6 uttalte det daværende 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 2010/305 premiss (37) med videre henvisninger. I saken ble det videre vist til klagenemndas sak 2007/90 premiss 52 hvor det ble lagt til grunn følgende:

*"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."*

- (59) I det foreliggende tilfellet gjelder anskaffelsen slamhåndtering, som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori (16). Verdien overstiger EØS-terskel verdiene etter forskriften § 2-2 (1), og anskaffelsen skulle dermed vært kunngjort i TED-databasen, jf. forskriften § 18-1. I tillegg har kontrakten en varighet på 5 år, og konkurransen vil dermed være begrenset i en lang periode. I e-post av 14. september 2011 opplyste innklagede at kontraktens estimerte beløp var ansett til å være kroner 5 995 893, som er et betydelig beløp. Dette var for øvrig et anslag ut fra dagens situasjon. Dersom anskaffelsens estimerte verdi regnes ut fra innklagedes forpliktelser i henhold til kontrakten ville beløpet blitt enda høyere. Etter klagenemndas forhåndsvarsel ble sendt ut har innklagede ikke kommet med nye opplysninger om formildende omstendigheter som tilsier at det ikke skal ilegges gebyr. Klagenemnda har derfor etter en helhetsvurdering kommet til at det skal ilegges gebyr i den foreliggende saken.

### **Gebyrgrunnlaget**

- (60) Klagenemnda vil først ta stilling til hva som skal anses å utgjøre beregningsgrunnlaget for ileggelse av overtredelsesgebyr.
- (61) I klagenemndas sak 2011/13 ble gebyret satt til 13,2 prosent. Ved beregningen av gebyrgrunnlaget valgte klagenemnda å begrense tidsperioden for verdiberegningen til hva som faktisk var betalt, da det var dokumentert at avtalen var terminert, jf. avgjørelsens premiss (77). I klagenemndas sak 2009/208 ble gebyret beregnet ut fra kontraktens verdi i hele kontraktperioden på fem år, hvilket viser at beregningsregelen i § 2-3 (9) ikke er forstått som en begrensning i adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr.
- (62) Kontrakten har i det foreliggende tilfellet vært stilt i bero siden høst 2010, i påvente av avklaringer fra andre myndigheter. I varsel om overtredelsesgebyr premiss (53) åpnet klagenemnda for å redusere gebyrets størrelse i klagenemndas endelige gebyrvedtak. I kommentar til forhåndsvarsel har innklagede fremhevet at det er usikkert hvorvidt prosjektet vil bli satt i gang igjen. Dette innebærer at også tidspunktet for en eventuell ny oppstart må anses som svært usikkert. Klagenemnda bemerker at usikkerheten knyttet til gjennomføringen av kontrakten, og det faktum at prosjektet allerede har vært i bero i over ett år, gjør at situasjonen det foreliggende tilfellet er særegen. Dette skiller seg klart fra tjenestekontrakter hvor gjennomføringen av kontrakten skjer kontinuerlig og det normalt kan antas at tjenestene vil gjennomføres slik de fremkommer av kontrakten. På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at gebyrgrunnlaget begrenses til det beløp innklagede faktisk har betalt, kroner 579 893.

### **Gebyrets størrelse**

- (63) Ved utmåling av gebyrets størrelse skal samme momenter vektlegges som for hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr. Opplistingen angir ikke uttømmende hva som kan vektlegges. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b (2).
- (64) 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 skjerpene omstendigheter er iøynefallende, og det ikke foreligger formildende omstendigheter."*

- (65) I den aktuelle saken ble det gitt et gebyr på ca. 12,3 prosent av kontraktssummen (3 357 670 kroner). Skjerpningen av gebyrsatsen er fulgt opp i klagenemndas praksis, jf. klagenemndas sak 2010/305 hvor det etter en gjennomgang av klagenemndas praksis ble gitt et gebyr på 12 prosent.
- (66) Klagenemnda viser til vurderingen som er lagt til grunn når det gjelder skyldspørsmålet og hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr. Som det fremgår over er hensynet til å ilegge overtredelsesgebyr at det skal ha en preventiv effekt i forhold til ulovlige direkte anskaffelser. På bakgrunn av den foreliggende dokumentasjon har ikke klagenemnda grunnlag for å fastslå at formålet med kontraktsinngåelsen har vært å omgå regelverket om offentlige anskaffelser vedrørende slamavhending. Selv om kontraktens hovedelement må anses å være fjerning og behandling av slam, må kontrakten anses som særegen ved at den er tett knyttet til et prosjekt som i hvert fall inneholder elementer av forskning- og utvikling. Dette gjør at selve overtredelsen av regelverket om offentlige anskaffelser ikke kan anses som særlig grov. Etter en skjønnsmessig vurdering er klagenemnda kommet til at gebyret passende kan settes til kroner 60 000. Dette utgjør ca. 10 % av anskaffelsens samlede verdi.

#### **Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:**

\*\*\*

*"Ålesund kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 60 000 kroner.*

*- sekstitusen - kroner.*

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

\*\*\*

Vedtaket om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtaket 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 prøvet for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

Bergen, 8. desember 2011  
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver

---

<sup>i</sup> Innklagedes sladding