



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Samnanger kommune et gebyr på 45 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester fra BIR Bedrift AS. Gebyret utgjorde ca. 6,8 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 16. mai 2012 i sak 2011/64

Klager: Demokratene Askøy

Innklaget: Samnanger kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Andreas Wahl og Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Demokratene Askøy (heretter kalt klager) mottatt 23. februar 2011. Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) er kommet til at Samnanger kommune (heretter kalt innklagede) ilegges et gebyr på 45 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede eier i fellesskap med kommunene Askøy, Bergen, Fusa, Kvam, Os, Osterøy, Sund og Vaksdal, selskapet Bergensområdets Interkommunale Renovasjonsselskap AS (heretter også kalt BIR AS eller BIR-konsernet). Ved brev fra Demokratene Askøy 23. februar 2011 ble samtlige eierkommuner, med unntak av Askøy kommune, klaget inn for klagenemnda med påstand om at det foretas ulovlig direkte anskaffelse av innhenting, transport og behandling av næringsavfall fra BIR Bedrift AS, et av BIR AS sine datterselskap. Klagen behandles i åtte separate saker, med saksnummer 2011/58 til 2011/65, heriblant foreliggende sak.
- (4) Askøy kommune ble klaget inn for klagenemnda for ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester fra BIR Bedrift AS ved brev fra Demokratene Askøy 29. oktober 2009. Denne klagen ble behandlet av klagenemnda i sak 2009/246, og resulterte i at Askøy kommune ble ilagt et overtredelsesgebyr på 50 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester i vedtak fattet 22. februar 2011.
- (5) BIR AS startet sin virksomhet 1. januar 1996. Selskapet var da et interkommunalt ansvarlig selskap med delt ansvar, BIR DA, opprettet med hjemmel i kommuneloven § 27. Selskapet var opprinnelig eid av kommunene Bergen, Askøy, Os, Osterøy,

Vaksdal, Fusa og Samnanger. Sund kommune ble medeier i 1997, og Kvam kommune ble medeier i 2004. Fra oppstarten utførte BIR AS (da BIR DA) alle oppgaver knyttet til avfallshåndtering for eierkommunene. Av *"VEDTEKTER FOR BERGENSOMRÅDETS INTERKOMMUNALE RENOVASJONSSELSKAP DA (Justert desember 2000)" § 2 "Formål"* fremgikk blant annet:

"Selskapets formål er å sørge for innsamling, transport og behandling av forbruksavfall. Selskapet kan også etablere innsamling, transport og behandling av produksjonsavfall og spesialavfall.

For øvrig kan selskapet ta på seg alle oppgaver som naturlig hører sammen med de oppgaver som er nevnt i 1. avsnitt."

- (6) Fra vedtektene § 5 *"Økonomi"* fremgikk at *"[s]elskapet har ikke som formål å gi fortjeneste (utbytte) til eierne"*, og videre blant annet at:

"Selskapet skal drives i balanse med inntekter fra kommuner, avfallsleverandører m.m. Denne bestemmelsen er ikke til hinder for at deler av virksomheten som selskapet driver i markedsmessig konkurranse kan gi overskudd.

De deltakende kommuner forplikter seg til å levere alt forbruksavfall til selskapet og ikke fortsette å drive eller opprette mottaksanlegg for forbruksavfall og spesialavfall uten etter avtale med selskapet. Det samme gjelder kildesortert forbruksavfall.

De deltakende kommuner forplikter seg til å overføre inngåtte avtaler med private entreprenører etc. til selskapet som på sin side forplikter seg til å respektere disse avtaler."

- (7) Innklagede har opplyst at stiftelsesdokument for angjeldende selskap ikke inneholder relevant informasjon utover hva som fremkommer av vedtektene.
- (8) På tidspunktet da BIR DA ble opprettet ble avfall i forurensningsloven definert som enten *"forbruksavfall"* eller *"produksjonsavfall"*, jf. lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) § 27. Som forbruksavfall ble regnet *"vanlig avfall, også større gjenstander som inventar og lignende, fra husholdninger, mindre butikker og lignende og kontorer. Det samme gjelder avfall av tilsvarende art og mengde fra annen virksomhet"*. Forbruksavfall omfattet altså både husholdningsavfall og avfall som oppstod i visse deler av næringslivet, jf. Ot.prp. nr. 87 (2001-2002) side 3. Innklagede har forklart at forbruksavfall omfattet avfall produsert av private husholdninger og avfall produsert i offentlig tjenestevirksomhet (såkalt kommunalt næringsavfall). Som produksjonsavfall ble regnet *"avfall fra næringsvirksomhet og tjenesteyting som i art eller mengde atskiller seg vesentlig fra forbruksavfall"*. Innklagede har forklart at produksjonsavfall i hovedsak omfattet avfall produsert i privat næringsvirksomhet. Det var kun innsamling og håndtering av forbruksavfall som var kommunenes ansvar, jf. forurensningsloven § 30. Kommunene hadde monopol på dette, og andres innsamling av forbruksavfall var avhengig av samtykke fra kommunene. Som det fremgår av vedtektene til BIR DA var det forbruksavfall de deltakende kommunene hadde forpliktet seg til å levere til selskapet.
- (9) Det interkommunale selskapet ble 1. januar 2002 omorganisert til et aksjeselskap med datterselskaper etter konsernmodellen (heretter også kalt BIR-konsernet). BIR AS inngår som morselskap. Av aksjeeieravtalen datert 26. juni 2001 fremgår blant annet:

"1.0 BAKGRUNN

BIR har gjennom en omdannelsesprosess endret selskapsform fra å være et interkommunalt ansvarlig selskap med delt ansvar opprettet med hjemmel i kommunelovens § 27 til å bli et aksjeselskap etter aksjeloven av 13. juni 1997 nr. 44. Det er videre forutsatt at BIR skal organiseres som et konsern der BIR inngår som morselskapet. Eierkommunenenes andel i BIR DA er gjenspeilet i aksjefordelingen i BIR.

BIR konsern skal bestå av de to heleide datterselskaper ATS AS og et nystiftet Bergensområdets Interkommunale Renovasjonsselskap (Drift) (hvor kjernevirksomheten i tidligere BIR DA skal inngå), og det 51 % eide selskapet Miljøfôr Vest AS.

[...]

2.0 FORMÅL

Formålet med denne aksjeeieravtale er å sikre BIR (Konsern) tilgang til avfall og å sikre at BIR (Konsern) utfører kommunens forpliktelser iht. Forurensningsloven § 30. Avtalen skal videre sikre at offentlige myndigheter/selskaper bevarer kontroll over selskapet, samt fastsette retningslinjer for valg av medlemmene til BIR (Konsern)'s bedriftsforsamling og styrer.

3.0 VIRKSOMHET MM

Aksjeeierne forplikter seg til å levere alt forbruksavfall til Forbrenningsanlegget i Rådalen og ikke drive eller opprette mottaksanlegg for forbruksavfall og spesialavfall uten etter avtale med BIR. Det samme gjelder kildesortert forbruksavfall."

- (10) Av de gjeldende vedtektene til BIR Bedrift AS fremgår at selskapet (da med et annet navn) ble stiftet 12. oktober 1998. Av vedtektene § 3 fremgår at selskapets formål "*skal være å drive som entreprenør innenfor avfallshåndtering og gjenvinning, nasjonalt og internasjonalt*". Videre fremgår at selskapet "*kan drive annen virksomhet som har sammenheng med dette, herunder eie og drive fast eiendom og ved aksjetegning eller på annen måte delta i andre foretak, samt forestå utvikling og salg av miljørelaterte produkter og tjenester*". Opprinnelig hadde selskapet navnet Avfall og Transportservice AS, men endret navn til BIR Bedrift AS i februar 2003.
- (11) BIR AS gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for "*innsamling og transport av avfall med tilhørende aktiviteter i flere av sine medlemskommuner*", jf. konkurransegrunnlag datert 3. mai 2002 punkt 1.1 "*Innledning*". Konkurransen var delt opp i seks deloppdrag, jf. punkt 1.2 "*Oppsummering av deloppdrag*". Deloppdrag én til fire gjaldt innsamling av restavfall og returpapir i henholdsvis Fusa, Os, Samnanger og Vaksdal kommune. Deloppdrag fem gjaldt innsamling av glass/metall i kommunene Askøy, Fusa, Os, Osterøy, Samnanger, Sund og Vaksdal. Deloppdrag seks gjaldt innsamling av problemavfall i samtlige daværende BIR-kommuner. Oppdragsgiver BIR AS ville inngå separate kontrakter for hvert deloppdrag. For deloppdragene én til fire hadde tilbydere anledning til å gi "*prisreduksjon for evt. kontrakt for flere deloppdrag*", jf. punkt 1.2. Konkurransen gjaldt ikke den endelige håndteringen av

avfallet, men kun det som fremgår av beskrivelsene av de enkelte deloppdrag her. Av den fremlagte dokumentasjonen fremgår det ikke opplysninger om at konkurransen ble gjennomført på vegne av andre enn BIR AS.

- (12) BIR AS inngikk kontrakt med Avfall og Transportservice AS 29. august 2002. Avfall og Transportservice AS skulle utføre "*[r]enovasjon i kommunene Fusa (deloppdrag 1), Os (deloppdrag 2), Samnanger (deloppdrag 3) og Vaksdal (deloppdrag 4)*". Alt arbeid skulle iverksettes og være operativt fra og med 1. januar 2003, og kontrakten hadde opphør uten oppsigelse 31. desember 2007, jf. kontrakten punkt 3 "*Kontraktstid*". BIR AS hadde opsjon på forlengelse i ett pluss ett år.
- (13) Før oppstart av kontrakten hadde BIR Bedrift AS (tidligere Avfall og Transportservice AS) kjøpt 50 prosent av selskapet ASS Renovasjon AS, nå Retura Vest AS. Kontrakten ble transportert over fra BIR Bedrift AS til Retura Vest AS. Det er Retura Vest AS som hele tiden har betjent avtalen.
- (14) Ved endring av forurensningsloven ved lov av 11. april 2003 nr. 23, med ikrafttredelse 1. juli 2004, ble det gjort endringer av betydning for foreliggende sak. For det første ble avfallsdefinisjonene i § 27 endret fra "*forbruksavfall*" og "*produksjonsavfall*" til "*husholdningsavfall*" og "*næringsavfall*". Husholdningsavfall ble etter endringen definert som "*avfall fra private husholdninger, herunder større gjenstander som inventar og lignende*", jf. § 27 andre ledd. Næringsavfall ble etter endringen definert som "*avfall fra offentlige og private virksomheter og institusjoner*", jf. § 27 tredje ledd. Etter endringen av forurensningsloven var kommunens plikt til å sørge for innsamling begrenset til kun å gjelde innsamling av "*husholdningsavfall*", jf. § 30. Avfall som ble produsert i offentlig tjenestevirksomhet falt altså utenfor kommunens monopoldel.
- (15) BIR AS sendte 30. januar 2004 et brev til alle eierkommunene benevnt "*FORURENSNINGSLOVEN – ENDRINGER FRA 1. JULI 2004*" med informasjon om lovendringen og konsekvenser av denne. Av brevet fremgikk blant annet:

"[...] Endringen innebærer at kommunene fortsatt skal ha ansvaret for, og enerett til, å håndtere husholdningsavfallet, men fritas for plikten til å samle inn avfall fra næringslivet. Kommunene vil fremdeles stå fritt til å tilby næringslivet tjenester, og til å ta fortjeneste for dette på samme måte som private renovatører. Næringslivet vil på sin side fritt kunne velge renovatør i markedet.

[...]

Næringslivskunder kan være BIR-kunder også etter 1. juli 2004

Alle kunder som etter ny definisjon ikke lenger er monopolkunder i BIR Gjenvinning AS etter 1. juli 2004, vil automatisk få tilbud om å være kunde i BIR gjennom vår konkurranseutsatte virksomhet BIR Bedrift AS. Det vil si at ingen kunder vil stå uten renovasjonsordning etter 1. juli 2004.

Oversikten over kunder som tilbys overgang til BIR Bedrift AS, vil gjøres tilgjengelige for private aktører som også kan gi tilbud til de samme næringslivskundene.

[...]

Kommunen som huseier har leveringsplikt av næringsavfall til BIR også etter 1. juli 2004

Lovendringen kan gi grunnlag for følgende spørsmål:

- *Vil endringen i definisjonen av monopol- og konkurranseavfall påvirke eierkommunenes leveringsplikt av forbruksavfall slik nedfelt i BIRs aksjeeieravtale pkt. 3.?*

Problemstillingen er forelagt Deloitte & Touche Advokater DA. Konklusjonen er som følger:

"Etter vår oppfatning og i henhold til alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper vil endringen av forurensningslovens definisjon av monopol/konkurranseavfall ikke påvirke det at eierkommunene har forpliktet seg til å levere alt forbruksavfall slik det var å forstå på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Kommunen har således plikt til å levere sitt forbruksavfall (gammel def.) og alt husholdningsavfall (ny def.) innenfor sine geografiske områder".

Kommunene som eiere vil – etter 1. juli 2004 – være forpliktet til å levere sitt næringsavfall slik definisjonen "forbruksavfall" var å forstå da avtalen ble inngått. Dvs. at sykehjem, institusjoner, skoler, barnehager, kontor m.v. fra 1. juli 2004 har leveringsplikt av alt avfall til BIR Bedrift AS.

Vi vil be om at kommunene bekjentgjør denne forpliktelsen til sine innkjøpsansvarlige.

BIR har totalt investert 1,1 milliarder kroner til bygging av forbrennings- og fjernvarmeanlegg. Aksjeeieravtalens hovedformål er blant annet å sikre BIR tilstrekkelig avfall til forbrenningsanlegget for å betjene investert kapital."

- (16) Vedlagt brevet var et dokument benevnt "Organisering 01.01.04", som for det første bestod av et organisasjonskart som illustrerte at BIR AS var delt i en monopoldel og en konkurranseutsatt del. Monopoldelen bestod av BIR Gjenvinning AS og BIR Transport AS. Den konkurranseutsatte delen bestod av BIR Avfallsbehandling AS (med datterselskapet Mjelstad Miljø AS), BIR Bedrift AS (med datterselskapet Retura Vest AS (50 prosent)), Miljøfôr AS (51 prosent) og Bossug AS (50 prosent). Videre fremgikk av dokumentet hvilke selskaper BIR AS hadde eierinteresser i.
- (17) BIR Bedrift AS/BIR Gjenvinning AS sendte et brev benevnt "Endringer i forurensningsloven" til alle de kommunale næringskundene hos BIR Gjenvinning AS 6. juni 2004. Fra brevet hitsettes:

"Fra 1. juli i år endres forurensningsloven (f-loven) og definisjonen av avfall. Kommunenes ansvar endres fra å gjelde innsamling av forbruksavfall til å gjelde innsamling av husholdningsavfall som etter loven defineres som alt avfall fra private boliger. Næringsavfall er også et nytt begrep, og defineres som avfall fra offentlige og private virksomheter og institusjoner. Innsamling av næringsavfall faller utenfor det kommunale ansvaret.

I følge f-loven § 32 skal næringsavfall bringes til lovlig avfallsanlegg med mindre det gjenvinnes eller brukes på annen måte. Dette innebærer at bedrifter og institusjoner står fritt til selv å velge løsninger og leverandører for avfallshåndtering.

Vi i BIR ønsker fortsatt å tilby våre eksisterende kunder gode avfallsløsninger. Dette gjør vi ved at løpende avtaler i BIR Gjenvinning AS overføres til BIR Bedrift AS fra 1. juli. Dersom du ikke foretar deg noe, vil avtalen fortsette som i dag og våre renovatører henter avfallet som nå."

- (18) BIR Gjenvinning AS endret navn til BIR Privat AS i juni 2004.
- (19) I 2004 ble ordningen mellom innklagede og BIR Gjenvinning AS overført til BIR Bedrift AS. I BIR Bedrift AS sine stiftelsesdokumenter og vedtekter fremgikk de samme rettigheter og plikter for partene, som ovenfor gjengitt for BIR DA og BIR AS.
- (20) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev fra klager 23. februar 2011. Innklagede ble varslet om klagen ved klagenemndas brev 2. mars 2011.
- (21) Innklagede ble ved e-post 5. april 2011 anbefalt av BIR AS å si opp ordningen med BIR Bedrift AS. Fra e-posten hitsettes følgende:

"Saksutredning

Deloitte Advokatfirma har levert sin saksutredning. Advokatfirma Wikborg Rein er i tillegg engasjert for å avgi second opinion. Disse betenkningene vil som avtalt bli oversendt eierkommunene før neste Eiermøte.

[...]

Oppsigelse av avtaler med BIR Bedrift AS

Som en konsekvens av det som fremgår i KOFA-saken med Askøy kommune, er det BIR sin anbefaling at eierkommunene sier opp den etablerte ordning med at BIR Bedrift AS forestår innsamling av eierkommunenes næringsavfall. Dette kan gjøres ved at eierkommunene sender BIR Bedrift AS følgende mail:

"XXXXX kommune sier med dette opp den etablerte ordningen hvoretter BIR Bedrift AS forestår innsamlingen av kommunens eget næringsavfall. Kommunene har til hensikt å gjennomføre en anbudskonkurranse for å inngå egen avtale om innsamling av dette avfallet. Denne prosessen vil bli iverksatt så snart praktisk mulig og kommunen ber om at BIR opprettholder dagens ordning frem til ny avtale inngås med den leverandør som velges.

Dersom det er spørsmål til dette, bes det vennligst om at xxxx kontaktes.

Det bes om at BIR Bedrift AS bekrefter mottak av denne e-post og oppsigelse."

- (22) Innklagede har i tilsvaret til klagenemndas sekretariat 10. mai 2011 forklart at kommunenes monopol på håndtering av forbruksavfall, og senere husholdningsavfall, har hatt betydning for organiseringen av BIR-konsernet. Det er forklart at BIR-

konsernets håndtering av monopoldelen innebar fare for at inntekter fra denne delen subsidierte virksomhet i BIR-konsernet som drev i konkurranse med private aktører. Organiseringsspørsmålet ble søkt løst ved å dele opp selskapet i ulike selvstendige datterselskap, slik at det ble en klar deling mellom konkurranseutsatt virksomhet og skjermet monopolvirksomhet. Innklagede har opplyst at monopoldelen i dag organiseres gjennom BIR Privat AS, mens arbeidet med næringsavfall organiseres gjennom BIR Bedrift AS. Innklagede har videre forklart at: *"Disse organisasjonsmessige hensynene har også hatt betydning for måten sakenes kontrakter har blitt organisert. For å opptre ryddig i forhold [til] konkurranselovgivningen, valgte BIR-konsernet å overføre håndteringen av innklagedes næringsavfall til BIR Bedrift AS."*

- (23) I tilsvaret datert 10. mai 2011 har innklagede opplyst følgende vedrørende kontraktsinngåelse:

"De innklagede kommunene inngikk kontrakt med BIR Gjenvinning AS den 29. august 2002 hva gjelder kommunene Fusa, Os, Samnanger og Vaksdal og den 25. mars 2004 for kommunene Askøy, Osterøy, Sund og Kvam."

- (24) Innklagede opplyste også at de *"innsamlings- og håndteringstjenestene BIR Bedrift AS har utført for de innklagede kommunene har skjedd til selvkost, slik at BIR Bedrift AS ikke har hatt overskudd fra avtalene med innklagede"*. Videre fremgikk følgende:

"KOFAs avgjørelse i sak 2009/246 mot Askøy kommune ble forelagt innklagede i månedsskifte februar-mars 2011. Som følge av utfallet i den saken, ble innklagede anbefalt av BIR AS å si opp sine avtaler med BIR Bedrift AS. [...] Syv av de ni eierkommunene har nå sagt opp ordningen med BIR Bedrift AS. Det er kun kommunene Kvam og Samnanger som ennå ikke har sagt opp sine avtaler. [...] Samnanger har betalt under kr 500.000 til BIR Bedrift AS de to siste årene."

- (25) Ved e-post 3. juni 2011 sendte Bergen kommune et brev til BIR AS sine eierkommuner, herunder innklagede, datert 1. juni 2011 benevnt *"Konkurranse om renovasjonstjenester for næringsavfall – informasjon fra Bergen kommune"*, der det blant annet ble gitt informasjon vedrørende en planlagt konkurranse for innsamling av næringsavfall. Fra brevet gjengis:

"Av forurensningsloven kap. 5 smh. lov om offentlige anskaffelser kan det utledes en plikt for kommunene til å konkurranseutsatte innsamlingen av kommunens eget avfall når dette ikke samles inn i egenregi."

Denne plikten har blitt ytterligere presisert gjennom KOFA-sak 2009-246, hvor Askøy kommune ble ilagt gebyr for ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester."

Bergen kommune skal gjennomføre en konkurranse for innsamling av næringsavfall med det formål å inngå en avtale med en eller flere renovasjonsselskap. [...]"

- (26) Klagenemndas sekretariat ba i e-post 5. oktober 2011 de innklagede kommunene i sakene 2011/58 til 2011/65 om å *"gi en individuell, nærmere redegjørelse for hvordan avfallshåndteringen organiseres i den enkelte kommune"*. Det ble herunder stilt spørsmål om de enkelte foretak og virksomheter (som KF, institusjoner, skoler,

aldershjem, m.m.) under hver av de innklagede kommunene har hatt direkte kontakt med BIR Bedrift AS.

- (27) Innklagede ga følgende foreløpige redegjørelse i e-post 7. oktober 2011, før "anmodningene besvares konkret fra den enkelte kommune":

"Svaret på dette er antageligvis delt. Med forbehold om at vi må avklare de faktiske forhold ytterligere med hver enkelt kommune, er det vår oppfatning at den innsamling av avfall som er utført av BIR Bedrift AS i ruteinnsamlingen (periodisk henting av avfall) har vært en etablert ordning som er videreført siden disse oppgavene lå i kommunal regi og før endringene i forurensningsloven som endret "avfallsstatus" for den aktuelle typen avfall, trådte i kraft. Imidlertid er det ved korreksjoner ift. hyppighet på henting, mengde osv. direkte avtalt mellom den enkelte skole, sykehjem, institusjon osv. og BIR Bedrift AS.

Når det gjelder avfallsinnsamling utover rutineinnsamling er det vår oppfatning at dette har skjedd gjennom separate avtaler/henvendelser fra den enkelte skole, sykehjem, institusjon osv. til BIR Bedrift AS.

Når det gjelder fakturering fra BIR Bedrift AS til den enkelte kommune har denne imidlertid skjedd til sentralt fakturamottak hos den enkelte kommune, og dette uavhengig av om det har vært rutineinnsamling eller innsamling utover rutineinnsamling. Betalingen er således mottatt av BIR Bedrift AS fra den enkelte kommune, uavhengig av om det er betaling for ruteinnsamling eller for separat bestilling fra den enkelte skole, sykehjem, institusjon osv. Andel av betalingen til BIR Bedrift AS har deretter den enkelte kommune normal belastet den enkelte skole, sykehjem, institusjon osv. Budsjettmessig er renovasjon en del av det som inngår i den enkelte skole, sykehjem, institusjon osv. sitt driftsbudsjett.

Det må eventuelt avklares med den enkelte kommune om det foreligger avvik fra nevnte utgangspunkter, dersom klagenemnda ser behov for ytterligere redegjørelse knyttet til disse forholdene."

- (28) Klagenemndas sekretariat ba i e-post 11. oktober 2011 de innklagede kommunene om å fremlegge "eventuelle skriftlige dokumenter som måtte eksistere og som er relevante i forhold til avtaleforholdet, herunder særlig avtalevilkårene, med BIR Bedrift AS. Dette kan for eksempel være skriftlig korrespondanse, møtereferat, notat o.l."

- (29) I e-post 13. oktober 2011 svarte innklagede følgende:

"Som tidligere redegjort for foreligger det ikke skriftlige avtaler mellom BIR Bedrift AS og noen av de innklagede kommunene.

Pt. er vi heller ikke kjent med at det foreligger noen skriftlige avtaler mellom BIR Bedrift AS og de enkelte enheter i de innklagede kommunene.

For helhetens skyld gjør vi oppmerksom på at sedvanlig praksis (også for andre enn innklagede kommuner) ved bestilling av tjenester fra BIR Bedrift AS, herunder ved endringer av bestillinger, har vært og er at bestillingene har skjedd via telefon, eventuelt per e-post. Det vil derfor neppe kunne fremlegges skriftlig dokumentasjon for

avtaleforholdene mellom bestillerenheten og BIR Bedrift AS utover eventuelle kopier av e-poster, logger for kommunikasjon og lignende."

- (30) I brev til klagenemndas sekretariat 4. november 2011 (vedlagt vedtekter for BIR DA, aksjeeieravtale for BIR AS, tillegg til aksjeeieravtale til BIR AS, gjeldende vedtekter for BIR AS og gjeldende vedtekter for BIR Bedrift AS) har innklagede vedrørende de opprinnelige stiftelsesdokumentene til BIR DA, opplyst at: *"Stiftelsesdokument for angjeldende selskap inneholder ingen relevant informasjon utover hva som fremkommer av den her vedlagte dokumentasjon, og av denne grunn er ikke stiftelsesdokument for selskapene fremlagt"*.
- (31) I brev 7. november 2011 har innklagede etter anmodning fra klagenemndas sekretariat, opplyst følgende om håndteringen av næringsavfallet i kommunen:

"Hos innklagede er renovasjon ansvarsmessig lagt under bygg/eiendom, og ansvaret for bygg/eiendom er igjen lagt til innklagedes tekniske etat. Budsjett og kostnads-/regnskapsmessig er utgiftene til renovasjon også lagt til teknisk etat."

Innklagede har ikke inngått rammeavtale med BIR Bedrift AS eller andre leverandører. Den ansvarlige ved den enkelte institusjon, skole mv. vurderer behov for angjeldende tjenester, og melder deretter behovet til teknisk etat, som deretter er ansvarlig for bestilling hos BIR Bedrift AS eller eventuelt andre leverandører. Teknisk etat har for øvrig konkret hatt avtaler med andre leverandører, typisk ved større renoverings- eller ryddeprosjekter. Teknisk etat har også leid containere fra andre leverandører enn BIR Bedrift AS."

Innklagede har delegert innkjøpsfullmakter til teknisk etat i forbindelse med innkjøp av tjenester til renovasjon, se vedlagte kopi av "Delegasjon av administrasjonssjefen si styrings- og avgjerdsmynde" (vedlegg nr.1), og særlig dens punkt 10.1.02."

Teknisk etat har rettet reklamasjoner mot BIR Bedrift AS og øvrige leverandører."

Fakturering fra BIR Bedrift AS har skjedd ved faktura stilet til sentralt fakturamottak i kommunen. Den enkelte faktura har likevel vært utstedt per institusjon, skole mv. og således til hver enkelt enhet i kommunen. Det enkelte "hentested" er således definert og spesifisert i hver faktura. Vi viser for øvrig i denne sammenheng til de innsendte eksemplene på faktura. Teknisk etat er ansvarlig for betaling av den enkelte faktura knyttet til renovasjon."

Anskaffelsene fra BIR Bedrift AS har kun vært til faktisk bruk for den enkelte institusjon, skole mv."

- (32) I brevet 7. november 2011 har innklagede videre oppgitt følgende om hvorvidt enkelte enheter i kommunen må anses som selvstendige innkjøpsenheter:

"Selv om faktureringen fra BIR Bedrift AS skjer per enhet, institusjon, skole mv., og den enkelte ordre/leveranse kun er til bruk for den enkelte enhet, institusjon, skole mv., er det vår vurdering at innklagede har sentralisert ansvaret og bestillerfunksjonen for kjøp av angjeldende renovasjonstjenester gjennom de generelle fullmaktene til teknisk etat i så henseende."

Likeledes viser vi til at teknisk etat retter reklamasjon på vegne av alle enhetene under innklagede.

Det er derfor vår vurdering at innklagede har sentralisert innkjøpsfunksjonen knyttet til angjeldende anskaffelser, og at dette skjer på vegne av innklagede som sådan, og følgelig at innklagede er det relevante rettssubjektet etter regelverket for offentlige anskaffelser i forhold til anskaffelsene foretatt hos BIR Bedrift AS."

- (33) I samme brev har innklagede svart følgende etter forespørsel fra sekretariatet om å gi en redegjørelse *"for når de innklagede kommunene for første gang fikk kunnskap om at Askøy kommune var klaget inn til KOFA (altså klagen i sak 2009/246), hvordan dette skjedde og hvilke vurderinger kommunene har foretatt seg vedrørende avtaleforholdet til BIR Bedrift AS siden den gang":*

"Ordføreren i innklagede er styremedlem i BIR AS. Innklagede ble først gjort kjent med KOFA 2009/246 i styremøte 24. mars 2011. Innklagede vurderte at KOFA 2009/246 ikke direkte berørte innklagede fordi omfanget på innklagedes tjenestekjøp hos BIR Bedrift AS var av mindre omfang."

- (34) I brev til klagenemndas sekretariat 18. november 2011 har innklagede oppgitt at *"BIR Bedrift AS [kan] opplyse om at brevet" sendt 6. juni 2004 ble "sendt ut til samtlige som på det tidspunktet mottok faktura fra BIR Bedrift AS."*

- (35) I e-post til sekretariatet 25. november 2011 har innklagede opplyst at: *"Det foreligger ingen skriftlig avtale mellom eierkommunene og BIR som omhandler renovasjon, utover det som fremgår av aksjonæravtalen og vedtektene."* Vedrørende kontrakten som ble inngått 29. august 2002 har innklagede opplyst følgende:

"Avtalene som det er vist til i tilsvaret gjelder to avtaler mellom BIR/BIR Gjenvinning (nå BIR Privat) og den leverandøren (Retura Vest AS) som vant oppdraget etter konkurranse."

- (36) I e-post 6. desember 2011 stilte sekretariatet følgende spørsmål til innklagede: *"Sekretariatet ber om en nærmere redegjørelse for hvordan de mer detaljerte avtalevilkårene for partenes rettigheter og plikter knyttet til renovasjonstjenestene for næringsavfall, herunder særlig pris, første gang ble fastsatt og hvordan endringer i avtalevilkår konkret skjer."*

- (37) Sekretariatet mottok følgende svar fra innklagede ved e-post 8. desember 2011:

"Siden det var løpende avtaler som ble overført til BIR Bedrift AS var det ingen endringer i avtalene før og etter at BIR Bedrift AS overtok ansvaret, jf. også brev av 6. juni 2004. Prisene ble derfor ikke satt/endret i denne forbindelse, og prisene var således en videreføring av de respektive kommunale avgiftsvedtak knyttet til renovasjon (renovasjonsavgiften). Således var prisene i 2004 de samme som de respektive kommunene hadde vedtatt i renovasjonsgebyr for 2004. Det ble ikke foretatt noen endringer av avtalevilkår/priser uten at den enkelte kunde/enkelte enhet henvendte seg spesifikt til BIR. Det er ikke mulig i dag å generere en oversikt om, og i evt. i hvilket omfang det evt. ble gjort endringer. Det var for øvrig ingen prisendring i årene 2001-2008 knyttet til de aktuelle kommuners renovasjonsavgift/pris hos BIR Bedrift AS. Etter 2008 ble prisene indeksregulert, og senere korrigert i samsvar med reelt kostnadsbilde hos BIR Bedrift AS. Prisene har variert fra kommune til kommune på grunn av ulike

transportkostnader. Det har vært lik pris per enhet i den enkelte kommune, i den forstand at det har vært lik pris for samme type tjeneste innen den enkelte kommune uavhengig av hvilken enhet som har vært kunde/har bestilt. Prisene har vært varslet enten per brev eller per tekst i faktura, det siste har vært den absolutte normal."

(38) Og videre at:

"De avtalevilkår som fremgår av BIR sine nettsider er vilkår gjeldende fra og med april 2010. Avtalevilkårene gjelder ikke for avtaler inngått forut for april 2010. Avtalevilkårene som fremkommer på nettsidene gjelder således for nye kunder og/eller nye oppdrag (leveranser utover løpende ordning/avtale) for eksisterende kunder, herunder også de enkelte enheter i de aktuelle kommunene.

Avtalevilkårene mellom de enkelte enheter hos de aktuelle kommunene og BIR Bedrift AS har vært og er formløse. Dersom det etter april 2010 er gjort konkrete ekstra bestillinger utover gjeldende rutegående ordning eller det har kommet nye enheter hos de aktuelle kommunene, har avtalevilkårene som fremgår på nettsiden til BIR vært gjeldende.

Uansett har avtalene vært inngått per telefon/e-post som tidligere forklart ovenfor nemnda. Vi minner nemnda i denne forbindelse om at BIR Bedrift AS i 2004 overtok håndteringen av den rutegående innsamling/behandling av det som i 2004 ble næringsavfall. Det BIR Bedrift AS overtok var en allerede etablert ordning. Ordningen for rutegående innsamling/behandling av det aktuelle avfallet var/er parallell med hvordan innsamlingen av husholdningsavfall skjer i dag. Like lite som det inngås separate skriftlige avtaler med hver enkelt husholdning i de aktuelle kommunene, ble det i 2004 inngått separate skriftlige avtaler med BIR Bedrift AS og den enkelte enhet i den aktuelle kommunen. Kun ved endringer i volum, hyppighet e.l. ble det tidvis gjort korrigeringer ift. ordningen BIR Bedrift AS overtok, og evt. korrigeringer skjedde og skjer normalt over telefon, e-post eller ved faktura som blir betalt. Finn vedlagt eksempel som illustrerer praksisen, hentet fra BIR Bedrift AS sitt kundesystem."

(39) Innklagede har videre besvart følgende spørsmål: *"I de generelle avtalevilkårene, <http://bir.no/birbedrift/Sider/Avtalevilkaar.aspx>, punkt 25 "Aksept" er det oppgitt at "Tilbudet anses som akseptert ved signering av avtalen eller ved bestilling av første oppdrag." Hvilken avtale er det her tale om? Det bes om at det fremlegges en kopi av denne avtalen, samt ethvert skriftlig dokument utarbeidet fra og med 1996 og frem til d.d. som omhandler på hvilke avtalevilkår BIR utfører renovasjonstjenestene for de innklagede kommunene.", med følgende:*

"Avtalen" det siktes til er avtalen som gjelder for alle BIR Bedrift AS sine kunder, både private og offentlige. Som tidligere redegjort for har ikke avtalene med de enkelte enheter i de aktuelle kommunene vært formalisert, og slikt dokument kan derfor ikke fremlegges. Ref. ovenfor, og også tidligere korrespondanse, foreligger det ikke skriftlig dokumentasjon å fremlegge knyttet til dette. For øvrig kan det nevnes at det har vært samme pris og samme system for prisregulering uavhengig av om kunden er privat eller offentlig, normalt har altså dette skjedd gjennom varsel om prisendring i faktura. Vi minner i denne sammenheng igjen om at systemet har vært at den enkelte enhet/kunde har bestilt via telefon eller e-post og at ordre/bestilling deretter har blitt effektivert uten annen formalisering enn faktura. Fra april 2010 har altså avtalevilkårene vært formalisert via BIR sin nettside. Disse vilkårene gjelder dermed fra når de er publisert og når akseptert – altså for nye kunder og nye oppdrag."

- (40) Sekretariatet ba videre om en detaljert redegjørelse for hvordan renovasjonsordningen (med BIR Bedrift AS) for en ny enhet innen kommunen, for eksempel en skole, i praksis kommer i stand, herunder hvordan kontakten med BIR Bedrift AS opprettes og hvordan priser/avtalevilkår blir videreformidlet til den nye enheten/institusjonen. Innklagede svarte følgende:

"Ny enhet blir kunde hos BIR Bedrift AS ved at enheten/kunden henvender seg til BIR Bedrift AS med bestilling av ønskede tjenester. BIR Bedrift AS gjør deretter en befaring hos kunden og kunden får utlevert nødvendig utstyr (containere mv.). Prisene er like for like tjenester for den enkelte kommune/kommunale enhet. Prisene formidles per telefon, e-post eller ved faktura. Avtalevilkårene er de samme for de forskjellige kundene, og vilkårene formidles per nettsiden til BIR.

Representanter for BIR stiller gjerne til møte med sekretariatet og/eller nemnda for ytterligere gjennomgang av de aktuelle avfallshåndteringsordningene."

- (41) I e-post fra sekretariatet senere samme dag ble innklagede stilt følgende oppfølgingsspørsmål:

"Betyr dette at det er eierkommunene selv som fastsetter prisene gjennom renovasjonsavgiften, og at det er slik prisene har blitt fastsatt f.o.m. 1996?"

- (42) Til dette svarte innklagede følgende samme dag:

"Nei, det betyr det ikke. Eierkommunene fastsatte i sin tid prisene gjennom årlige renovasjonsgebyr frem til 2004. Etter at BIR Bedrift AS overtok ansvaret for angjeldende avtaleforhold/ordning valgte BIR Bedrift AS å prise tjenestene likt med hva som tidligere hadde vært oppkrevd av eierkommunene gjennom renovasjonsavgiften. Denne prisen ble som nevnt beholdt en tid, men senere korrigert ref. vår e-post tidligere i dag."

- (43) Under saksforberedelsen til sak 2011/58 (Bergen kommune) ble det lagt frem 18 tilfeldig utvalgte fakturaer fra BIR Bedrift AS til Bergen kommune. Ettersom innklagede i foreliggende sak, i brev 7. november 2011, har vist til disse fakturaene, legger nemnda til grunn at tilsvarende fakturaer har blitt sendt til Samnanger kommune. Alle fakturaene er sendt til Bergen kommune sentralt og har angitt blant annet fakturanummer, kundennummer og "Deres ref.". Videre er navn, og ofte adresse på hentestedet, angitt. (Eksempelvis "Fridalen skole, Bøkeveien 19", "Årstad Kulturkontor, Støpeskjeen" og "Mildeheimen sykehjem".) Innklagede har forklart at "Faktura har vært sendt til kommunens fakturamottak, men det er ressursnummeret / adressen på den enkelte faktura som har vært benyttet for korrekt belastning hos den enkelte enhet" og at "Ressursnummeret er nummeret under "Deres referanse". Som det fremgår av kopien benyttes også referansenummeret som referanse under ordrenummeret for å tilkjennegi bestillerenheten under den enkelte ordrebestilling hos BIR Bedrift AS", jf. e-post til sekretariatet 13. oktober 2011. Fakturaene angir også til en viss grad hvilken tjeneste fakturaen gjelder. Innklagede har forklart at faktureringen "er gjennomført kvartalsvis for "abonnementstjenester"/"ruteinnsamling", og fortløpende for tjenester utover dette", jf. e-post 13. oktober 2011.

(44) I klagenemndas sak 2009/246 forelå en skriftlig inngått avtale benevnt "*Avtale om arbeidsfordeling mellom Askøy kommune og BIR Gjenvinning AS*" fra 2004. Etter spørsmål fra sekretariatet om tilsvarende avtale var inngått med de øvrige BIR-kommunene, svarte innklagede følgende i brev 30. november 2011: "*BIR har sendt ut likelydende avtaler til de aktuelle kommunene som avtalen mellom Askøy kommune og BIR Gjenvinning AS. Imidlertid er ingen av disse avtalene blitt signert, og det er derfor ingen avtaler å fremlegge for klagenemnda.*" Etter forespørsel fra sekretariatet om å få fremlagt de avtalene som ble sendt ut, opplyste innklagede i e-post 18. april 2012 at det var foretatt "*nye og grundige søk*" etter nevnte avtaler, og at det på bakgrunn av søket kunne fremlegges signert versjon av avtale om arbeidsfordeling for kommunene Osterøy, Samnanger og Vaksdal. Avtalene var signert i 2004. Innledningsvis i avtalene fremgår følgende: "*BIR er oppretta for å utføra kommunen sine plikter iht. Forureiningslova § 30. Pliktene er regulert gjennom BIR sine vedtekter, aksjonæravtalen og renovasjonsforskrifta for BIR-området. Denne avtale skal regulera den praktiske arbeids- og ansvarsfordelinga i den daglege drifta, mellom kommunen og BIR Gjenvinning AS, som har ansvaret for renovasjonstenestene som BIR utfører på vegne av eigarkommunane.*" Innklagede opplyste i tillegg følgende når det gjelder signerte og skriftlige avtaler mellom eierkommunene og BIR Privat AS: "*i forbindelse med de nye søkene ble avtaler fra 2005 funnet for samtlige eierkommuner*". Skriftlige og signerte avtaler om arbeidsfordeling mellom de innklagede kommunene i sakene 2011/59 til 2011/65 og BIR Privat AS fra 2005 er fremlagt for nemnda (altså for alle kommunene unntatt Bergen kommune).

(45) Klagenemnda sendte 3. februar 2012 et varsel til innklagede om illeggelse av overtredelsesgebyr pålydende 75 000 kroner, noe som utgjorde ca. 10,2 prosent av anskaffelsens verdi. Innklagede ble gitt en frist til 23. februar 2012 til å komme med eventuelle kommentarer til varselet. Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes brev 23. februar 2012. Det blir nærmere redegjort for disse kommentarene under innklagedes anførsler, imidlertid hitsettes følgende:

"Samnanger kommune har utlyst konkurranse for innkjøp av de aktuelle tjenestene som i dag leveres av BIR Bedrift AS, og både kommunen og BIR Bedrift AS er innforstått med at tjenesteleveransene fra BIR Bedrift AS skal opphøre så snart kontrakt med ny tjenesteleverandør kan effektueres. De facto har således Samnanger kommune sagt opp avtalen med BIR Bedrift AS, på linje med de innklagede i sakene 2011/58-63 og 65, selv om oppsigelsen ikke er formalisert."

(46) Videre opplyste innklagede at det var "*planlagt effektivering av kontrakt med ny leverandør fra og med 4. juni 2012*", og at vederlaget i perioden "*mars 09 – mai 2011 (de facto oppsigelse)*" var 421 333,32 kroner eksklusiv merverdiavgift og at estimert vederlag frem til ny leverandør var på plass var 200 550 kroner eksklusiv merverdiavgift.

(47) I e-post til sekretariatet 13. mars 2012 opplyste innklagede følgende om den kunngjorte konkurransen:

"Som redegjort for har de innklagede i de aktuelle sakene arrangert konkurranse for inngåelse av avtale med leverandør av avfallsinnsamlingstjenester. Den aktuelle konkurransen er avlyst, men ny konkurranse er allerede planlagt utlyst ultimo mars 2012. På grunn av avlysningen av den allerede kunngjorte konkurransen vil det bli

mindre forskyvninger ift. tidspunkt for effektivering av kontrakt med ny leverandør. Vi viser i denne sammenheng til de opplysninger som er gitt i den innklagedes merknader datert 23. februar 2012. Under den nye konkurransen forventer de innklagede tildeling av kontrakt i løpet av juni/juli 2012 og effektivering av kontrakt med ny leverandør fra og med medio august 2012.

De innklagede er derfor fortsatt praktisk sett nødt til å la BIR Bedrift AS samle inn avfallet inntil kontrakt med leverandør kan effektueres i august 2012. De innklagede/enhetene under de innklagede er således tvunget til å kjøpe de aktuelle tjenestene fra BIR Bedrift AS inntil ny leverandør kan levere tjenestene i august 2012."

- (48) Etter forespørsel fra sekretariatet opplyste innklagede i e-post 23. mars 2012 at innklagede, basert på månedlig gjennomsnittspris i perioden juli 2010 til juli 2011, beregner å betale 200 550 kroner eksklusiv merverdiavgift i perioden fra kontrakten ble sagt opp til oppstart av den nye kontrakten medio august 2012. Dette er imidlertid samme sum som innklagede oppga for perioden frem til 4. juni 2012, jf. premiss (46). Opplysningen gitt i e-post 23.mars 2012 mangler dermed summen for perioden mai til medio august. Månedlig gjennomsnittspris i perioden mai 2011 til 4. juni 2012 blir 16 713 kroner eksklusiv merverdiavgift (200 550 kroner delt på 12). På denne bakgrunn legges det til grunn at det innklagede kommer til å betale fra og med oppsigelse og frem til ny kontrakt har oppstart totalt er 242 332,50 kroner eksklusiv merverdiavgift (det vil si 200 550 kroner pluss 2,5 ganger 16 713 kroner).

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (49) Klager anfører at innklagede har foretatt ulovlig direkte anskaffelse av innhenting, transport og behandling av kommunens næringsavfall, ved at innklagede har kjøpt tjenester for mer enn terskelverdi og avtalen ikke er kunngjort i samsvar med regelverket. Det er avtalen innklagede har med BIR Bedrift AS, og summene BIR Bedrift AS har fakturert innklagede, som er påklaget.

1. Hvorvidt verdien av kjøpene som foreligger i denne saken skal ses samlet eller per innkjøpsuavhengig enhet

- (50) Klager gjør gjeldende at de kommunale enheter som har fått levert tjenester fra BIR Bedrift AS ikke kan anses som selvstendige innkjøpsenheter.

2. Hvorvidt det er adgang til å ilegge gebyr

2.1 Aktuelle hensyn

- (51) Saken er godt kjent gjennom klagenemndas sak 2009/246, og nemndas vedtak i nevnte sak bør etter klagers syn legges til grunn for avgjørelsen i foreliggende sak. Klager kan i utgangspunktet ikke se at foreliggende sak skiller seg vesentlig fra tilsvarende sak mot Askøy kommune, hvor nemnda ila gebyr. Likebehandlingsprinsippet i forvaltningen tilsier således at disse sakene bør behandles og bedømmes likt. Klager er for så vidt enig med innklagede i at innklagede skal ha sin klage behandlet særskilt, og ikke bli ilagt gebyr bare fordi Askøy kommune ble ilagt gebyr i en tilsvarende sak. Realitetene og bevisføringen i sak 2009/246 bør imidlertid kunne legges direkte til grunn, når forholdet ellers er likt.

- (52) Som det fremgår av BIR AS sitt brev til eierkommunene 6. juni 2004, ble kommunene gjort oppmerksomme på at kommunene stod fritt til å velge leverandør for håndtering av det kommunale næringsavfallet. Slik sett har BIR AS innrømmet at kontrakten med BIR Gjenvinning AS kunne ha vært satt til side, dersom innklagede hadde ønsket dette. Innklagede hadde således mulighet til å følge lov og forskrift om offentlige anskaffelser, men valgte å være passiv og lot BIR AS overføre kontrakten til BIR Bedrift AS. Dette tilsier at innklagede har opptrådt grovt uaktsomt i denne saken.

2.2 Skriftlighetskravet

- (53) Klager mener at dette spørsmålet ble behandlet og funnet tilstrekkelig dokumentert i sak 2009/246. På dette punktet var verken brevet av 30. januar 2004 eller 6. juni 2004 kjent for verken klager eller klagenemnda. Brevet underbygger skriftligheten av kontraktene.

2.3 Hvorvidt det foreligger hjemmel for gebyr

- (54) Hjemmelen for gebyr ble, slik klager ser det, behandlet i sak 2009/246, dette også hva angår foreldelse (pågående, kontinuerlig direkteanskaffelse – uten tidsbegrensninger).

3 Hensiktsmessigheten av å ilegge gebyr

3.1 Den fakultative vurderingen

- (55) Klager gjør prinsipielt gjeldende at innklagede siden 2004 har vært kjent med at det ble foretatt ulovlig direkte anskaffelse fra BIR Bedrift AS. Som klagenemnda konkluderte med i sak 2009/246 var det grunnlag for å ilegge gebyr. Likebehandlingsprinsippet tilsier da at det også er tilfellet i denne saken.
- (56) Det som er spesielt for sak 2009/246 er tidspunktet overtredelsesgebyret er regnet fra. Nemnda la til grunn at det måtte beregnes fire måneder etter at innklagede ble kjent med at avtalen kunne være lovstridig. I det tilfellet var det en interpellasjon til kommunestyret 19. oktober 2009 som ble lagt til grunn. Først senere ble det kjent at innklagede allerede i 2004 var kjent med at avtalen var en ulovlig direkte anskaffelse, jf. brevet datert 6. juni 2004. Det er derfor naturlig at et eventuelt overtredelsesgebyr regnes fra et annet og tidligere tidspunkt enn det som ble gjort i sak 2009/246.
- (57) BIR AS var allerede ved iverksettelsen av den nye forurensningsloven i 2004 klar over at kommunene stod fritt til å velge andre enn BIR-konsernet til å håndtere næringsavfallet sitt, jf. brev fra BIR datert 6. juni 2004. Av brevet fremkommer det at BIR Bedrift AS får overført BIR Gjenvinning AS (i dag BIR Privat AS) sine kommunale næringskunder, dersom disse ikke aktivt velger en annen løsning for avfallshåndtering. Innklagede har dermed siden 2004 vært kjent med at det ble foretatt ulovlig direkte anskaffelse fra BIR Bedrift AS. Som det fremgår av brevet er innklagede ikke bundet av aksjonæravtalen fra 2001, ei heller hva gjelder behandling av avfall. Dette er en ny opplysning i forhold til hva som var kjent da sak 2009/246 ble avgjort. Disse opplysningene bør være skjerpene hva gjelder vurderingen av hvor uaktsomt innklagede har opptrådt i denne saken.
- (58) Av Bergen kommunes brev 1. juni 2011 til "BIR-kommunene" fremgår det at eierkommunene hele tiden har hatt kjennskap til at det foreligger en klar plikt til å konkurranseutsette håndteringen av kommunenes eget næringsavfall. Behandlingen av, og resultatet i sak 2009/246 er dermed kun en ytterligere presisering av dette forholdet.

Resultatet i sak 2009/246 er i seg selv ikke avgjørende for å fastsette tidspunktet for når innklagede burde forstått at anskaffelsen var i strid med regelverket.

- (59) Subsidiært hevdes det at innklagede i alle fall kjente til klagen i sak 2009/246 på det tidspunkt som Askøy kommune ble ilagt gebyr fra, og gebyr må ilegges fra dette tidspunkt.
- (60) Mange andre avfallsselskaper er organisert/vil organiseres på tilsvarende måte som BIR-konsernet. Å ilegge innklagede gebyr vil derfor ha en preventiv virkning.

3.2 Gebyrets størrelse

- (61) Klager har påpekt at innklagede forholdt seg til BIR sine "direktiver", fremfor å handle i tråd med anskaffelsesregelverket. Klager anmoder nemnda om ikke å legge formildende vekt på at innklagede har innhentet to juridiske vurderinger, da innklagede har nektet å fremlegge disse, samtidig som klager er nektet å bruke oppsummeringen av de juridiske vurderingene som bevis.
- (62) Klager anfører at den ulovlige direkte anskaffelsen må anses avsluttet når innklagede ikke lenger leverer sitt næringsavfall til BIR Bedrift AS etter den ulovlige avtalen.

Innklagedes anførsler:

- (63) Innklagede anfører prinsipalt at det ikke er rettslig grunnlag for overtredelsesgebyr siden anskaffelsens verdi i den aktuelle perioden ikke har oversteget 500 000 kroner.
- (64) Subsidiært anføres at det uansett ikke er rettslig adgang til å ilegge gebyr i denne saken. Anførselene utdypes i det følgende.
- (65) Innledningsvis understrekes at overtredelsesgebyr er å likestille med straff i EMK sin forstand. Høyesterett har i dom inntatt i Rt. 2011 s. 910 premiss 48 utalt at det gjelder et krav om klar sannsynlighetsovervekt i saker om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Det er samme sted presisert at dette innebærer at det må fremskaffes (i) en samling (ii) tungtveiende, (iii) nøyaktige og (iv) samstemmende bevis for at en overtredelse har funnet sted. Det samme må gjelde i saker om overtredelsesgebyr etter lov om offentlige anskaffelser. I vurderingen av om beviskravet er oppfylt må nemnda også ta i betraktning at den ikke har slik etterforskningskompetanse som eksempelvis Konkurransetilsynet har, og at saksbehandlingen for nemnda utelukkende er basert på skriftlighet. Overtredelsesgebyrets inngripende karakter innebærer også et krav om at det må foreligge klar hjemmel for å konstatere overtredelse og illeggelse av gebyr. Varselet sier intet om hvilket bevis- og hjemmelskrav som nemnda bygger på, og etter innklagedes syn er disse kravene ikke oppfylt i foreliggende tilfelle. Den sikkerhet om faktum og juss som varselet gir inntrykk av for å underbygge det varslede gebyret, stemmer etter innklagedes syn ikke med den faktiske bevis- og rettskildesituasjonen i saken.
- (66) Det påpekes også at varselet bygger på en strengest mulig tolkning av regelverket for illeggelse av et høyest mulig gebyr, uten hensyn til at innklagede og de andre eierkommunene gjennom BIR har forsøkt å løse en viktig samfunnsoppgave på en mest mulig hensiktsmessig måte uten å komme i konflikt med anskaffelses- og konkurransereglene. Det vises her til den frihet det offentlige har til å organisere sine oppgaver uten at anskaffelsesreglene skal være til hinder for dette, og at EU-domstolen

har satt til side ellers gjeldende prinsipper for egenregi av hensyn til det offentliges behov for å finne hensiktsmessige løsninger for håndtering av sine oppgaver med avfallshåndtering. Fra innklagedes side er det derfor uforståelig at nemnda behandler foreliggende sak som en "vanlig sak" om ulovlig direkte anskaffelse, og at nemnda heller ikke tar hensyn til de øvrige spesielle forhold i saken, herunder at det ikke er påvist konkurransevridende virkninger og at innklagede lojalt har forholdt seg til nemndas syn ved å si opp avtalen med BIR Bedrift AS så snart som mulig etter at avgjørelsen i Askøy-saken forelå.

1. Hvorvidt det er adgang til å ilegge gebyr

1.1 Aktuelle hensyn

- (67) Klagenemndas vurdering av om det er adgang til å ilegge gebyr i det foreliggende tilfellet må skje på bakgrunn av EU-rettspraksis om avfallshåndtering. Tidspunktet for vurderingen av om anskaffelsesreglene gjelder er i utgangspunktet når kontrakt ble tildelt, selv om senere begivenheter etter omstendighetene kan tas i betraktning, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-29/04 (Mödling) premiss (38). Dette tilsier at utgangspunktet for vurderingen er tidspunktet for oppstart av ordningen med BIR Gjenvinning AS. På dette tidspunktet hadde kommunene monopol på innsamling og håndtering av kommunalt næringsavfall. Ordningen med BIR Gjenvinning AS på dette tidspunktet fremstår som lovlig og unntatt regelverket, noe som må medtas i vurderingen av dagens avtale med BIR Bedrift AS.
- (68) Formålet med avtalene mellom innklagede og BIR Bedrift AS var todelt. For det første skulle kommunens næringsavfall samles inn, og for det andre skulle avfallet fungere som brensel til BIR Avfallsenergi AS, jf. aksjonæravtalen. BIR Avfallsenergi AS driver forbrenningsanlegget i Rådalen, hvilket inkluderer mottak og forbrenning av avfall for å produsere fjernvarme. Selskapet eies av BIR-konsernet. BIR-konsernet ble som nevnt opprettet for, og har til formål å utføre eierkommunenes lovpålagte oppgaver etter forurensningsloven § 30. Tilsvarende betraktninger var tungtveiende momenter i EU-domstolens sak C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), som gjaldt en avtale inngått mellom Hamburg kommunes gaterengjeringstjeneste og fire tilstøtende Landkreise. Kontrollvilkåret var klart ikke oppfylt, men innklagede ble likevel frifunnet. Domstolen vektla spesielt at samarbeidet mellom offentlige myndigheter hadde til formål å tjene allmenn interesse, og at samarbeidet fremmet dette formålet på en måte som ivaretok likebehandlingsprinsippet slik at ingen virksomheter fikk en konkurransefordel overfor private aktører, jf. premiss (47). Dette kan overføres til foreliggende sak. I sak 2008/8 premiss (41), under henvisning til EU-domstolens sak C-360/96 (Arnhem), fant klagenemnda at innsamling og håndtering av våtorganisk avfall var oppgaver som tjente allmennhetens behov. Dette tilsier at foreliggende tilfelle, hvor innklagede organiserer innsamling og håndtering av kommunalt næringsavfall, også anses å skje i allmennhetens interesse og at det har til hensikt å dekke allmennhetens behov.
- (69) Som vist i C-480/06 finnes det løsninger vedrørende avfallshåndtering som går klar av regelverket, selv om vilkårene for egenregi ikke er oppfylt. Det er innklagedes oppfatning at nemnda behandler forholdet (parallelliteter) mellom BIR-konsernet og sak C-480/06 altfor enkelt. Innklagede viser derfor til danske konkurransemyndigheters oppfatning av sak C-480/06, samt EU-kommisjonens uttalelser i staff working paper. Det danske Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i sitt notat "*Vejledende udtalelse om vand- og spildevandsforsyningsselskabernes aftaleindgåelse med serviceselskab*"

datert 30. mai 2011 gitt uttalelser om sak C-480/06. Nemnda bes merke seg at det var private parter involvert i sak C-480/06, og at EU-domstolen likevel aksepterte avfallshåndteringsordningen. Det er ikke private aktører på eiersiden i BIR/BIR Bedrift AS.

- (70) Uttalelsen fra den danske Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om at dommen antakelig ikke endrer på situasjonen hvor en offentlig enhet inngår vertikale avtaler, kan ikke gjelde hvor flere kommuner samarbeider horisontalt og vertikalt, idet det fremgår av sak C-480/06 premiss 46 og 47 at det ikke kunne gjøres forskjell avhengig av om det var opprettet et interkommunalt foretak eller ikke. Dette må få betydning for vurderingen, og i det minste for vurderingen av skyldspørsmålet.
- (71) Det er etter innklagedes oppfatning også en rekke andre parallelliteter mellom sak C-480/06 og foreliggende gebyrsak. Nemnda har ikke behandlet likhetene i varselet. Innklagede anfører således at nemndas varsel bygger på uriktig anvendelse av anskaffelsesregelverket. For det første er BIR-konsernet og samarbeidet i sak C-480/06 begge "ekte" samarbeid mellom utelukkende offentlige myndigheter. Partene i aksjonæravtalen for BIR-konsernet er utelukkende kommuner i Bergensområdet som samarbeider gjennom det felleseide selskapet BIR AS med datterselskap. For det andre er begge samarbeidene knyttet til sikring av gjennomføring av "*public serviceoppgave*", det vil si utførelse av tjenester av allmenn interesse, slik som innsamling og behandling av avfall – inkludert næringsavfall. I følge de opplysninger innklagede har fått fra Rugenberger Damm sine hjemmesider (og Deloitte Advokatfirma AS sine advokater i Hamburg), omfatter samarbeidet mellom Hamburg og omegnskommunene også innsamling og behandling av næringsavfall. Etablering og gjennomføring av samarbeidet skjer utelukkende ut fra overveielser knyttet til utførelse av tjenester av allmenn interesse, som også er lovpålagte for kommunene. Det er ingen kommersielle hensyn bak dette samarbeidet. Det må også vektlegges at samarbeidet er nødvendig for å sikre finansiering av de store utbyggingsoppgaver som påligger BIR AS sine eierkommuner med tanke på avfallshåndtering (både innsamling og behandling), tilsvarende som ved samarbeidet i sak C-480/06. Dette interkommunale samarbeidet sikrer gunstige økonomiske rammebetingelser for de samarbeidende kommuner hva gjelder løsning av disse oppgavene og ivaretagelse av kommunenes ansvar.
- (72) Videre er det et poeng at samarbeidet skjer utelukkende på ikke-kommersielle vilkår ved at BIR AS, herunder BIR Bedrift AS, kun får en kostnadsdekning og et lite administrasjonstillegg for å samle inn avfallet. Det er lite trolig at kommersielle aktører ville ha innlatt seg på såpass omfattende avfallshåndtering til selvkost. Endelig må det også tas hensyn til at BIR-konsernet leverer kun tjenester innenfor et geografisk avgrenset område bestående av eierkommunene. Kommersielle aktører ville trolig også levert tjenester på andre områder. Dette samsvarer med forholdene i sak C-484/06.
- (73) Innklagede påpeker også noen ulikheter mellom BIR-samarbeidet og sak C-480/06. Blant annet hadde selve forbrenningsanlegget Rugenberger Damm private eiere, selv om flertallet er offentlige myndigheter. I BIR-konsernet (og datterselskapene) er det utelukkende kommunale eiere. Dette betyr som nevnt at det ikke er private aktører på noen sider av det avtalekomplekset og organisatoriske oppsettet som er gjenstand for behandling for klagenemnda. Dette i motsetning til hva som er tilfelle i sak C-480/06.
- (74) I sak C-480/06 hadde de samarbeidende kommuner foretatt en direkte anskaffelse fra Rugenberger Damm-anlegget. I BIR-samarbeidet har man i noen kommuner

gjennomført anbudskonkurranser for innsamling av avfallet. Noen av leverandørene der har private eiere. Videre har eierkommunene full kontroll over BIR AS og datterselskapene. Således er det ikke tale om å overlate oppgaver til en virksomhet det offentlige ikke har herredømme over, slik som var tilfellet i samarbeidet i sak C-480/06.

- (75) Til tross for disse ulikhetene – med negativt fortegn i forhold til egenregi – kom EU-domstolen til at dette var innenfor regelverkets rammer. På denne bakgrunn ser innklagede med stor undring på klagenemndas manglende behandling av BIR-konsernet i forhold til denne avgjørelsen.
- (76) Det er altså parallellitet mellom flere sentrale faktiske forhold i den foreliggende gebyrsaken og sak C-480/06. Ulikhetene er etter vår vurdering for det meste av en slik karakter at de stiller sak C-480/06 i et anskaffelsesrettslig mer problematisk lys enn BIR-samarbeidet, eksempelvis hva gjelder manglende eierkontroll og private eierinteresser. Innklagede mener at BIR-samarbeidet dreier seg om et horisontalt samarbeid mellom eierkommunene og at den interne organiseringen i BIR-konsernet ikke endrer noe i forhold til dette. Nemnda har ikke vurdert dette *horisontale* samarbeidet etter de regler og prinsipper som EU-domstolen baserer sin avgjørelse på.
- (77) Innklagede bemerker at når nemnda flere steder i varselet viser til at det er "klart" at regelverket er brutt og at det ikke kan være "tvilsomt", skyldes dette at klagenemnda ikke har vurdert rekkevidden og anvendelsen av de prinsippene som EU-domstolen legger til grunn i sak C-480/06. Hadde nemnda derimot gjort dette, ville nemnda etter innklagedes skjønn ikke kunne kommet til så klare konklusjoner. Disse forhold må også legges til grunn ved vurderingen av skyldkravet og gebyrets størrelse.
- (78) Videre må klagenemnda vektlegge at BIR-konsernet dimensjonerer sin virksomhet for å dekke fremtidig behov for innsamling og behandling av avfall i eierkommunene. Det må være mulig å kunne planlegge fremover i tid, og for eksempel foreta årlige kapasitetsutvidelser og reduksjoner. Blant annet var det av avgjørende betydning for byggingen av forbrenningsanlegget at det ble sikret behandlingskapasitet i de nærmeste år, og at det ble sikret avfallsleveranser til anlegget. Disse sikringene er bakgrunnen for leveringsplikten til kommunene. I tillegg ser BIR-konsernet muligheten for å kunne påta seg å utføre lovpålagte oppgaver for andre nærliggende kommuner i fremtiden, ettersom disse ikke vil ha tilstrekkelig ressurser til å etablere egne forbrenningsanlegg. Når deponeringsforbudet for avfall trer inn for fullt, vil forbrenningsbehovet melde seg hos flere kommuner. Klagenemnda kan ikke slå ned på at BIR-konsernet og eierkommunene tenker langsiktig, ansvarlig og rasjonelt i forhold til behovet for behandlingskapasitet for lovpålagt avfall i Hordaland i fremtiden.
- (79) Lokal håndtering av avfall er også i samsvar med nærhetsprinsippet og prinsipper i EU-direktiver om avfallsbehandling. Samtidig er dette opplagt en mer miljøvennlig behandling enn å frakte avfallet over store avstander til andre anlegg, jf. sak C-480/06 premiss (37) og (38). Dette er samfunnsmessige og allmenntilgynnsomme hensyn som samarbeidet mellom de innklagede kommunene er tuftet på, og som klagenemnda bør ta hensyn til i sine vurderinger. Dette styrkes av at privateide virksomheter til nå ikke synes å ha vist tilstrekkelig vilje til å foreta forbrenningsinvesteringer i det norske markedet. Offentlig samarbeid er da en forutsetning for etablering av tilstrekkelig forbrenningskapasitet i Norge, og for å ivareta pliktene etter forurensningsloven og hensynene vektlagt av EU-domstolen i C-480/06.

- (80) Videre vises det til at BIR Bedrift AS har utført tjenestene til selvkost. Det innebærer at betalingene fra innklagede ikke har generert et overskudd i BIR Bedrift AS som BIR-konsernet eller BIR Bedrift AS kunne ha utnyttet i konkurranse med private selskaper. Det har således verken funnet sted konkurransevridning eller fare for konkurransevridning. Ingen virksomhet er slik sett gitt en mulig konkurransefordel.
- (81) Klagenemnda må ta ovennevnte i betraktning når gyldigheten av ordningen og eventuell ileggelse av gebyr vurderes.

1.2 Skriftlighetskravet

- (82) Innklagede gjør gjeldende at avtalen mellom innklagede og BIR Bedrift AS ikke er skriftlig, og dermed ikke er en kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand. Det kan da ikke ilegges gebyr. Det vises til forskriften § 1-3 (1) og § 4-1 hvor det fremkommer et tydelig vilkår om at den aktuelle avtalen må være i skriftlig form. Skriftlighetskravet følger også av direktiv 2004/18 artikkel 1 nr. 2 bokstav a og artikkel 1 nr. 12. Hva som er skriftlig er definert i forskriften § 4-1 bokstav h, hvor det sentrale er at kontrakten kan leses eller gjentas, også for ettertiden. Dette må avgrenses mot det muntlige, ettersom muntlige utsagn verken kan leses, reproduseres eller sies å være tilgjengelig for ettertiden. I NOU 2007: 21 side 122 blir det uttrykt at skriftlighetskravet utgjør en begrensning av forskriftenes anvendelsesområde, selv om det etter utvalgets mening i praksis ikke innebærer en viktig begrensning. Men både direktivet, forskriftsteksten og forarbeidene gir i utgangspunktet uttrykk for et krav om at kontrakten må være skriftlig. At dette er et vilkår for forskriftenes anvendelse, følger også av klagenemndas sak 2010/1 premiss (52).
- (83) Juridisk teori tilsier at det er et lempelig krav om skriftlighet, og begrunner det med regelverkets formål og omgåelseshensyn. Klagenemnda har i flere saker drøftet skriftlighetsvilkåret og funnet at et dokument som fastlegger hovedelementene i ytelsen er tilstrekkelig. Innklagede hadde tidligere avtale med BIR Gjenvinning AS. Denne avtalen var skriftlig, og blir i utgangspunktet omfattet av forskriften. Men avtalen med BIR Gjenvinning AS ble stilltiende overført til BIR Bedrift AS i 2004. Innklagede har undersøkt og lett etter avtaledokumenter som knytter seg til avtalen mellom kommunen og BIR Bedrift AS. Så langt har dette søket vært forgjeves. Det synes altså ikke å foreligge noen skriftlige avtaler mellom innklagede og BIR Bedrift AS. Følgelig knytter det seg også en betydelig usikkerhet til hva som egentlig ligger i ordningen mellom innklagede og BIR Bedrift AS.
- (84) Betraktninger om omgåelseshensyn gjør seg likevel ikke gjeldende i foreliggende sak. Det vises til at det aldri har vært noe mål å omgå regelverket, eller forsøk på sådan. Allerede i 2004 ble BIR AS organisert for å unngå uheldig subsidiering av konkurranseutsatt virksomhet. Og som klagenemnda skriver i sak 2009/246 premiss (42), er det manglende oversikt om at forholdet til BIR Bedrift AS var problematisk i relasjon til anskaffelsesregelverket, som har medført at kommunen ble innklaget. Manglende oversikt om avtaleforhold kan ikke i seg selv anses illojalt i forhold til regelverket. Etter at innklagede ble oppmerksom forholdet til anskaffelsesregelverket, har det blitt innhentet juridiske vurderinger fra ulike advokatfirmaer. Innklagede har nå også foretatt oppsigelse av ordningen med BIR Bedrift AS. Innklagede har således hele tiden forsøkt å opptre i tråd med, og lojalt i forhold til regelverket.

- (85) Skriftlighetskravet ble også drøftet i den tilsvarende sak 2009/246. I premiss (32) viser klagenemnda til EU-domstolens sak C-454/06 (presstext) premiss (47). Saksforholdet der var at leverandøren overførte sine forpliktelser overfor oppdragsgiveren til sitt datterselskap. EU-domstolen godtok dette og vektla at morselskapet hadde instruksjonsmyndighet over datterselskapet og at det mellom disse to forelå avtale om overføring av inntekter og tap, jf. premiss (45). Videre meddelte de to selskapene til oppdragsgiveren at de ville hefte solidarisk etter overførselen. Ifølge EU-domstolen var dette tale om en intern omstrukturering hos leverandøren, og innebar derfor ikke inngåelse av en ny avtale som følge av vesentlig endring. Med henvisning til denne delen av presstext virker det som om klagenemnda mener at det ikke foreligger et krav om at den nye avtalen (det vil si avtalen etter overføring) må være skriftlig, når den springer ut av en slik overføring og tidligere skriftlig avtale.
- (86) Et slikt resonnement fremstår ikke klart for innklagede. Den foreliggende saken gjelder overføring mellom to søsterselskap, fra BIR Gjenvinning AS til BIR Bedrift AS, og er således ulik presstext. Ingen av søsterselskapene har instruksjonsmyndighet over hverandre. Heller ikke foreligger det avtaler om overføring av inntekter eller tap, og i alle fall ikke solidarisk heftelse overfor kommunen. En slik ordning ville stride med organisasjonstanken om vanntett skille mellom selskap som retter seg mot konkurranse med private, og selskap som kun leverer til offentlige oppdragsgivere. Foreliggende sak er derfor ulik saksforholdet i presstext.
- (87) Videre synes det ikke som om EU-domstolen nevner eller problematiserer skriftlighetsvilkåret i denne sammenheng. Domstolens premisser er kortfattede, og det foreligger så vidt innklagede kan se ikke sikre holdepunkt for at domstolen egentlig har vurdert eller vært oppmerksom på skriftlighetsvilkåret. Etter innklagedes vurdering er det på bakgrunn av presstext ikke mulig å legge til grunn at skriftlighetsvilkåret ikke gjelder ved avtaleoverføring mellom to selskaper.
- (88) Skal skriftlighetsvilkåret ha noen realitet, hvilket det må ha siden det vitterlig fremgår av forskriften og øvrige kilder som nevnt ovenfor, må man finne at det ikke er oppfylt i foreliggende sak, hvor det ikke kan dokumenteres noen skriftlig avtale. Siden avtalen i det foreliggende tilfellet ikke er skriftlig, kan forskriften ikke komme til anvendelse. Dermed gjelder heller ikke kunngjøringsplikten, og det foreligger ingen ulovlig direkte anskaffelse i regelverkets forstand. Klagenemnda kan ikke illegge overtredelsesgebyr.
- (89) I varselet premiss (64) viste klagenemnda til stiftelsesdokumentene for BIR DA fra 1996 og aksjeeieravtalen fra 26. juni 2001, og fant deretter at disse dokumentene utgjør de sentrale avtalevilkårene og at de ble lagt til grunn da renovasjonstjenestene ble overført til BIR Bedrift AS i 2004. Etter innklagedes vurdering virker det konstruert i mangel av andre holdepunkter for skriftlighet, når nemnda legger til grunn aksjeeieravtalen og stiftelsesdokumentene fra 1996 for å komme til at skriftlighetsvilkåret er oppfylt. Det sentrale som fremgår av de rettskildene nemnda viser til er at de skriftlige elementene som indikerer at skriftlighetsvilkåret er oppfylt, må være mellom oppdragsgiver og valgte leverandør, det vil si mellom de direkte partene i avtalen. Verken BIR-konsernet eller BIR Bedrift AS er part i aksjeeieravtalen av 26. juni 2001. Aksjeeieravtalen er en intern avtale mellom aksjonærene om driften av selskapet og gjelder kun mellom eierkommunene. Den regulerer ikke sentrale elementer i et eventuelt partsforhold mellom Samnanger kommune som oppdragsgiver og BIR-konsernet som leverandør. Ut i fra de rettskildene nemnda selv vektlegger i vurderingen av skriftlighetsvilkåret, kan aksjeeieravtalen ikke tas til inntekt for at vilkåret er oppfylt.

- (90) Når det gjelder de øvrige stiftelsesdokumentene, kan de heller ikke uten videre sies å kaste lys over avtaleforholdet fra 2004. En så ukritisk og enkel anvendelse av dokumentene i forhold til dagens regelverk som nemnda legger til grunn, innebærer at klagenemnda bruker dokumentene i en annen situasjon og under andre forutsetninger enn de opprinnelig var tiltenkt. Stiftelsesdokumentene ble utarbeidet med sikte på opprettelse og regulering av et kommunalt eid selskap. Stiftelsesdokumentene skulle regulere tjenester selskapet skulle utføre for sine eiere, hvilket etter dagens terminologi er sammenlignbart med egenregi. Dokumentene ble utarbeidet før dagens anskaffelsesregelverk trådte i kraft, og har derfor åpenbart ikke vært utformet med tanke på dette regelverket eller avtalekonstellasjoner omfattet av regelverket. Nemnda kan ikke uten videre bygge på en hypotese om at dersom dokumentene hadde vært utformet ved avtaleoverføringen i 2004, og da med mulighet til å ta hensyn til regelverket, ville de ha vært utformet nærmest identisk hva gjelder innhold og forpliktelser med selskaps- og avtaledokumentene fra 1996. I denne vurderingen må nemnda ta hensyn til beviskravet om klar sannsynlighetsovervekt.
- (91) Stiftelsesdokumentene og aksjeeieravtalen kan således ikke tas til inntekt for at skriftlighetsvilkåret er oppfylt og innklagedes anførsel om at skriftlighetskravet ikke er oppfylt er ikke tilbakevist av nemnda. Nemnda må derfor også på denne bakgrunn legge til grunn at skriftlighetsvilkåret ikke er oppfylt.

1.3 Hvorvidt det foreligger hjemmel for gebyr

1.3.1 Klagefrist

- (92) Det fremgår av ordlyden i klagenemndsforskriften § 13a andre ledd at når adgangen til å ilegge gebyr er foreldet, er også klagefristen utløpt. Dette er også lagt til grunn av klagenemnda tidligere, jf. eksempelvis sak 2010/338 premiss (39). I dette tilfellet er adgangen til å ilegge gebyr foreldet, og da må også klagefristen være utløpt. Nemnda må dermed avvise klagen.

1.3.2 Foreldelse

- (93) Klagenemnda har ikke hjemmel til å ilegge gebyr da kontrakten ble inngått for mer enn to år siden. Klagenemnda orienterte innklagede om klagen 2. mars 2011, mens ordningen med BIR Bedrift AS ble etablert i 2004. Dette var altså mer enn to år før varselet, og etter ordlyden i § 7b tredje ledd kan det da ikke ilegges gebyr.
- (94) Ifølge bestemmelsen er det ikke "*adgang*" til å ilegge gebyr dersom kontrakten er inngått for mer enn to år siden. Ordlyden er klar og presis, nemnda mangler "*adgang*" og er da helt forhindret fra å gebyrlegge avtaler som er inngått for mer enn to år siden. Også formuleringen i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13 a (2) tilsier at det i denne setningen ligger en begrensning. Det står i § 13a (2) at klage kan fremsettes inntil "*et krav om overtredelsesgebyr er foreldet*" og det vises til loven § 7b (3). Etter den alminnelige språkforståelse og lære medfører foreldelse at et krav ikke kan gjøres gjeldende eller fullbyrdes. Dette tilsier også at det i anskaffelsesretten er tale om en absolutt forutsetning for illeggelse av gebyr, og at gebyr ikke kan ilegges mer enn to år etter inngåelse av avtalen som er aktuell å gebyrlegge.
- (95) Slik innklagede forstår nemnda, hevdes det at det foreligger en oppsigelsesplikt og forsømmelse av oppsigelsesplikten kan likestilles med inngåelse av ny avtale. Slik synes nemnda å komme til at ethvert kjøp de siste to årene basert på den samme avtalen,

innebærer inngåelse av en ny avtale. I realiteten leser klagenemnda loven § 7b (3) tredje setning som om det stod "gebyr kan bare ilegges for de to siste årene" før innklagede ble varslet om klagen. Nemnda ser da bort fra ordene "*adgang*" og "*kontrakt er inngått*". Etter innklagedes oppfatning er en slik forståelse av bestemmelsen uten rettskildemessig dekning.

- (96) Den forståelsen som nemnda legger til grunn, avviker fra den naturlige språklige forståelsen av loven § 7b (3) tredje setning, og medfører at setningen mister sin betydning i forhold til sin formulering. Dette alene er nok til å tilsi at nemndas forståelse av § 7b (3) tredje setning er uriktig. Setningen regulerer hvilken adgang nemnda overhode har til å legge gebyr, ikke hvilken periode som skal gebyrlegges.
- (97) Overtredelsesgebyr er å likestille med straff, jf. også de hensynene som nemnda selv mener å fremme gjennom gebyret. Legalitetsprinsippet stiller da spesielt strenge krav til lovhjemmelen. En tolkning av lovhjemmelen som ikke harmonerer med den naturlige språklige forståelsen kan ikke stå seg. Innklagede kan ikke se at nemnda vurderer sin oppfatning opp mot bestemmelsens konkrete utforming og ordlyd. Dette er en klar mangel ved varselet.
- (98) Samnanger kommune vil understreke at innklagedes forståelse av loven § 7b (3) tredje setning ikke innebærer at det blir fritt frem for oppdragsgivere å foreta ulovlige direkte anskaffelser. Rettsvirkningen er kun at ulovlige direkte anskaffelser ikke kan gebyrlegges dersom avtalen ble inngått for mer enn to år siden. Avtalene vil likevel kunne være i strid med anskaffelsesregelverket.
- (99) Innklagede kan ikke se at nemnda vurderer forholdet til sin egen avgjørelse i sak 2010/1. I dens premisser (67) til (69) fant nemnda at en avtale inngått i desember 2007 hvor varsel om innkommet klage ble sendt innklagede tidlig i 2010, ikke kunne gebyrlegges. Innklagede kan ikke se hvorfor den foreliggende sak skal behandles annerledes.
- (100) For det tilfellet det likevel anses å foreligge avtale mellom Samnanger kommune og BIR Bedrift AS, må avtalen anses inngått med overføringen i 2004. Dette er klart mer enn to år før klagen ble meddelt innklagede. Nemndas adgang til å legge gebyr er da klart foreldet.
- (101) Nemnda viser til egen praksis vedrørende plikten til å si opp avtaler, blant annet sak 2007/19. I varselet står det at dette var første saken hvor "*klagenemnda konstaterte en plikt til å si opp kontrakten*". Innklagede kan ikke se at dette er riktig. I sak 2007/19 fant nemnda at kravet til avtalers varighet var brutt og at det dermed forelå en ulovlig direkte anskaffelse. Det synes derimot ikke å fremgå noe om oppsigelsesplikt. I så henseende er avgjørelsen irrelevant for foreliggende sak. I varselet i foreliggende sak viser klagenemnda til en rekke egne saker som angivelig skal tilkjennegi og begrunne oppsigelsesplikt. Innklagede konstaterer med dette at nemnda ikke finner nevneverdig støtte for oppsigelsesplikt i andre rettskilder enn sin egen praksis. Denne praksisen til nemnda kan etter innklagedes syn ikke tillegges vekt, siden den baserer seg på et uriktig utgangspunkt.
- (102) Nemnda skriver i varselet at oppsigelsesplikten er behandlet og presisert i de sakene som nevnes. Dette er unyansert. I flere av sakene verken behandles eller presiseres oppsigelsesplikten. Det vises kun til sak 2009/144 og øvrige saker, som igjen viser til denne. Det er således sak 2009/144 som er opphavet til nemndas, etter innklagedes syn,

uriktige lære om oppsigelsesplikt. Innklagede anførte i tilsvaret at dette opphavet ikke var i samsvar med andre rettskilder, herunder C-76/97 (Walter Tögel) og C-454/06 (presstetext). Klagenemnda vurderer imidlertid ikke innklagedes anførsel, men avfeier kun kort EU-rettspraksisen ved å vise til at den gjelder et annet tilfelle enn den foreliggende saken. Nemnda synes således å ha misforstått innklagedes anførsel, og må foreta en ny gjennomgang og vurdering av den.

- (103) Poenget er at opphavet til nemndspraksisen om oppsigelsesplikt, sak 2009/144, ikke er forenelig med praksis fra EU-domstolen og øvrige rettskilder. Siden utgangspunktet da er uriktig, kan heller ikke senere nemndspraksis basert på dette utgangspunktet være riktig. I C-76/97 ble avtalen inngått før fristen for å innføre direktiv 92/50 om offentlige tjenestekjøp. EU-domstolen fant at myndighetene da ikke hadde plikt til å gripe inn i det bestående rettsforholdet selv om det var av ubestemt varighet og ble påbegynt før direktivets ikrafttredelse. Dette støttes av EU-domstolens sak C-454/06.
- (104) Avtalene i saken 2009/144 ble inngått i 1991, lenge før gjeldende anskaffelsesregelverk. Til tross for EU-rettspraksisen, fant klagenemnda, på tilsynelatende frirettlig grunnlag, at det forelå en oppsigelsesplikt og at myndighetene slik sett hadde plikt til å gripe inn. Dette ble basert på at all den tid oppdragsgiveren hadde rett til å si opp avtalen, forelå det ikke et bestående rettsforhold. Som vist i innklagedes tilsvare, kan det ikke ha betydning for oppsigelsesplikten hvorvidt det foreligger et bestående rettsforhold eller ei. Heller ikke hvorvidt oppsigelser avstedkommer erstatningsplikt. Andre rettskilder støtter ikke nemnda på dette punktet i sak 2009/144 – snarere tvert i mot. Følgelig kan ikke 2009/144 legges til grunn som rettslig grunnlag for oppsigelsesplikt. Da kan heller ikke øvrig nemndspraksis, som viser til sak 2009/144 og avgjørelsens resonnement hva gjelder oppsigelsesplikt, være uttrykk for gjeldende rett.
- (105) Innklagede viser også til at etter loven § 7 (2) kan retten bare sette til side oppdragsgiveres regelstridige beslutninger frem til kontrakt er inngått. Etter kontraktsinngåelsen kan ikke retten sette til side beslutningene, selv om de måtte være i strid med loven eller forskriften, herunder også kontrakter som bygger på ulovlige direkte anskaffelser. Retten kan altså etter kontraktsinngåelse ikke sette til side en beslutning om ikke å si opp en avtale, det vil si at retten ikke kan pålegge oppsigelsesplikt etter kontrakt er inngått. All den tid domstolen ikke har kompetanse til å pålegge oppsigelsesplikt etter kontrakt er inngått, kan heller ikke klagenemnda ha slik kompetanse. Regelverket ville være inkonsistent dersom klagenemnda skulle kunne pålegge oppdragsgiver en plikt som domstolen selv er forhindret fra å pålegge oppdragsgiver. Nemnda kan dermed ikke legge til grunn at det foreligger en oppsigelsesplikt i den foreliggende saken. Det kan uansett ikke være et skjerpene moment at Samnanger kommune ikke har gitt formell oppsigelse til BIR Bedrift AS.

1.3.3 Ikke lovhemmel

- (106) Innklagede hevder videre at unnlatelse av å si opp en avtale som er inngått for mer enn to år siden ikke faller inn under *"anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter"*, jf. § 7b første ledd.
- (107) Ordlyden uttrykker at det er manglende kunngjøring som kan gebyrlegges, ikke manglende avtaleoppsigelse. Kunngjøring finner normalt sted før selve anskaffelsen. Lovgiver fokuserer i loven på omstendighetene før en anskaffelse av en ytelse finner sted, ikke hva som skjer under leveringen av disse ytelsene.

- (108) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 26 medregnes også forlengelse, utvidelse og endring (både av avtalen og av dens parter) som ulovlig direkte anskaffelse, så lenge dette mangler hjemmel i avtalen eller kunngjøringen. Men dette er aktive handlinger som må initieres av en av partene. Unnlatt oppsigelse er derimot ikke en slik aktiv handling. Forarbeidene kan derfor ikke tas til inntekt for at slik passiv opptreden også innebærer en ulovlig direkte anskaffelse.
- (109) Til dette kommer også at gebyret skal fremme preventive og dermed pønale hensyn. For oppdragsgivere som ilegges gebyr både fremstår og virker gebyret som straff. Legalitetsprinsippet sammenholdt med alminnelige rettsgrunnsetninger og grunnleggende hensyn om forutberegnelighet, krever da at gebyrhjemmelen må være klar og presis.
- (110) Uten klar støtte i rettskilder, og med en ordlyd som tilsier at det kritikkverdige er manglede kunngjøring før anskaffelsen, kan det ikke utledes at unnlatelse av oppsigelse mange år etter avtaleinngåelsen er en ulovlig direkte anskaffelse. Det kan være brudd på anskaffelsesregelverket, eksempelvis reglene om kontraktens varighet eller hensynet til konkurranse, men innebærer ikke en ulovlig direkte anskaffelse slik dette er definert i § 7b.
- (111) På denne bakgrunn gjøres det gjeldende at § 7b første ledd ikke hjemler gebyr i foreliggende tilfelle.

2 Skyldkravet

- (112) Innklagede anfører at det ikke er grunnlag for å konstatere at innklagede *"i det minste har vært grovt uaktsom med hensyn til kunngjøringsplikten"*, jf. varselet premiss (90). I samme premiss står det at *"[e]tter klagenemndas oppfatning, er det lite tvilsomt at vilkårene for egenregi ikke (lenger) var oppfylt da kontrakten mellom innklagede og BIR-konsernet ble overført fra BIR Gjenvinning AS til BIR Bedrift AS i 2004"*. Tilsvarende formulering er inntatt i premiss (91) om at det ikke kan ha *"vært særlig tvilsomt"* at vilkårene for egenregi ikke var oppfylt da kontrakt ble inngått i 2004. Klagenemnda uttaler seg her i etterpåklokskapens lys, og vurderer situasjonen i 2004 på bakgrunn av rettstilstanden slik den er i 2011 og 2012. Nemnda overser at det har blitt avsagt et stort antall avgjørelser relatert til egenregi i EU-domstolen, og for så vidt også i nemnda, mellom 2004 og tidspunktet for varselet. Det er således klart enklere å vurdere egenregi i 2011 enn det var i 2004.
- (113) EU-domstolens avgjørelse i C-107/98 (Teckal) fra 1999 er utgangspunktet for utviklingen av egenregi som unntak fra kunngjøringsplikten. Det heftet vesentlig usikkerhet rundt egenregiunntaket etter denne avgjørelsen, se eksempelvis fremstillingen i Mario Comba & Steen Treumer m.fl., *The in house providing in European law* (København 2010), s. 19. flg. vedrørende dette. Da kontrakten ble overført i 2004 var rettstilstanden vedrørende egenregiunntaket følgelig ikke på langt nær så avklart som den er i dag. Rettstilstanden ble mer avklart med senere rettspraksis fra EU-domstolen, slik som C-26/03 (Stadt Halle) fra januar 2005, C-231/03 (Coname) fra juli 2005, C-458/03 (Parking Brixen) fra oktober 2005 og C-29/04 (Möding) avsagt november 2005. Til illustrasjon viser innklagede til nemndas egen avgjørelse i sak 2005/251 fra november 2005, hvor nemnda fremstår noe famlende og omstendelig om rettsspørsmål tilknyttet egenregi som ikke fremstår særlig tvilsomme i dag.

- (114) På denne bakgrunn må nemnda anses å bygge på en altfor streng norm når den i dag hevder at det ikke var tvilsomt at vilkårene for egenregi var oppfylt i 2004, selv om rettsstilstanden den gang vitterlig var usikker og uavklart. Dette synes å bety at nemnda krever at innklagede allerede i 2004 skulle tatt fremtidig rettspraksisutvikling med i sin vurdering. At innklagede ikke foretok nye vurderinger av avtalen med BIR Bedrift AS etter hvert som rettsutviklingen fant sted i årene etter 2004 skyldtes kun manglende oversikt og oppmerksomhet om at dette avtaleforholdet kunne være problematisk, slik som klagenemnda vektla i Askøy-saken i 2009/246.
- (115) Det vises i denne sammenheng også til brev fra Konkurransetilsynet til BIR AS av 10. oktober 2005, hvor tilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 9 første ledd bokstave påpekte konkurransebegrensende virkninger av datidens organisering av BIR AS i forhold til dagjeldende anbudsregime. I påpekningen anmodet Konkurransetilsynet BIR om å foreta et enda skarpere skille mellom bestiller- og tilbyderrollen i BIR-konsernet, og mellom de deler av virksomheten som utførte henholdsvis lovpålagte og ikke-lovpålagte oppgaver. BIR etterkom dette med innføring av et enda klarere selskapsmessig skille mellom lovpålagte og ikke lovpålagte oppgaver innenfor BIR. Innklagede opplever det derfor underlig at dette nå praktisk talt brukes mot BIR og eierkommunene i foreliggende sak for klagenemnda. Dersom BIR ikke hadde fulgt Konkurransetilsynets påpekning, og i stedet eksempelvis hadde valgt å ha all aktivitet i ett selskap, forstår innklagede det slik at klagenemnda hadde kommet til at den foreliggende saken mot Samnanger kommune ikke hadde vært et brudd på anskaffelsesregelverket – fordi vilkårene for egenregi ville vært oppfylt. Innklagede mener disse forhold må få betydning ved vurdering av denne saken, herunder ved vurderingen om illeggelse av overtredelsesgebyr. På denne bakgrunn er skyldgraden mindre graverende enn det nemnda har lagt til grunn i varselet.

3 Hensiktsmessigheten av å ilegge gebyr

3.1 Den fakultative vurderingen

- (116) Dersom klagenemnda mot formodning skulle finne at det er rettslig adgang til å ilegge gebyr, anføres det at gebyr ikke er hensiktsmessig siden hensynene gebyret skal fremme allerede er ivaretatt i foreliggende sak. Selv om det skulle foreligge en ulovlig direkte anskaffelse og skyldkravet eventuelt er oppfylt, har nemnda en fakultativ adgang til å avgjøre hvorvidt gebyr skal ilegges eller ei, jf. loven § 7b første ledd. Ifølge Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 ble overtredelsesgebyret innført *"for å sikre større etterlevelse av regelverket"*. Preventive hensyn er hovedformålet med reglene om overtredelsesgebyr. Det preventive element er ofte vektlagt av klagenemnda, se blant annet sak 2010/24 med videre henvisninger. Nemnda har vektlagt i formildende retning at en anskaffelse utgjorde et beskjedent beløp og en viss konkurranse ble sikret, jf. sak 2010/187. Videre har nemnda latt være å ilegge gebyr dersom anskaffelsen ikke synes å bære preg av omgåelse av regelverket, se eksempelvis sak 2010/17. I denne forbindelse vises det til at konkurransehensyn faktisk ble sikret, ved at blant annet BIR Gjenvinning AS gjennomførte anbudskonkurranser om transport og innsamling av det kommunale næringsavfallet for innklagede. Dette ble også vektlagt i den tilsvarende saken mot Askøy kommune, jf. 2009/246 premiss (49). For innklagede er også anskaffelsens verdi lav, for årene 2009 og 2010 var verdien på kontrakten henholdsvis 177 045 kroner og 191 464 kroner.

- (117) Det er således ikke tale om graverende brudd, noe som også taler mot illeggelse av gebyr. I denne forbindelse må det også tas i betraktning at ca. [...] ¹ prosent av det som har vært betalt til BIR Bedrift AS har gått til BIR Avfallsenergi AS (forbrenning), ca. [...] prosent til BIR Transport AS (eller annen transport/innsamling), ca. [...] prosent til BIR Privat AS, ca. [...] prosent til varekostnader og ca. [...] prosent til egen produksjon i BIR Transport AS, herunder ca. [...] prosent til administrasjon. Den alt vesentligste delen av det eierkommunene er fakturert for av BIR Bedrift AS for behandlingen av det kommunale næringsavfallet, har således gått til den skjermede delen av BIR-konsernets virksomhet. BIR Bedrift AS har kun beregnet et administrasjonsgebyr på ca. [...] prosent, hvilket innebærer at BIR Bedrift AS ikke har hatt noen fortjeneste på disse tjenestene.
- (118) Formålet med å ilegge overtredelsesgebyr må være at en oppdragsgiver skal innstille den regelstridige anskaffelsen, og i stedet dekke sine behov på en måte som samsvarer med regelverket. Dette har nå skjedd i den foreliggende saken. De innklagede kommunene ble i e-post fra BIR AS 5. april 2011 anbefalt å si opp avtalene med BIR Bedrift AS. Anbefalingen kom kort tid etter at innklagede ble kjent med utfallet i sak 2009/246.
- (119) Ved at avtalen med BIR Bedrift AS er avsluttet og ny kontrakt snart er i drift, må målet med overtredelsesgebyret sies å være nådd. Den preventive effekten ble oppnådd allerede ved sak 2009/246, og illeggelse av gebyr nå kan ikke ha ytterligere oppdragelsesvirkning på innklagede. Det synes på denne bakgrunn ikke å være noen rimelig grunn til å ilegge innklagede gebyr nå. De preventive hensynene har allerede fått fullt utslag og vil derfor ikke støtte illeggelse av gebyr på det nåværende stadiet. Etter vår vurdering kan ikke gebyr ilegges uten støtte i de preventive hensynene. Det er derfor ikke hensiktsmessig å ilegge overtredelsesgebyr.
- (120) Innklagede er videre uenig i klagers påstand om at det må ilegges gebyr i sakene 2011/58-2011/65 *fordi* det er ilagt gebyr i sak 2009/246. Hvorvidt det skal ilegges gebyr i en eller flere av de foreliggende sakene må avgjøres konkret, i hver enkelt sak. En tilnærming om kollektiv sanksjon/gebyrileggelse med grunnlag i "likebehandlingsprinsippet" slik klager anfører, er det ikke rettslig grunnlag for. Som det fremgår av forarbeidene, særlig Ot.prp. nr. 62 (2005-2006), i forbindelse med innføringen av gebyrhjemmelen i loven § 7b var formålet "*å sikre større etterlevelse av regelverket*". Gebyr skal således forbeholdes de tilfeller hvor det vil kunne ha preventiv effekt å ilegge et overtredelsesgebyr. Dette er også presisert i selve lovteksten ved at det er en fakultativ adgang til å ilegge gebyr. En kollektiv sanksjonering/gebyrileggelse som klager anfører, vil således være i direkte strid med loven og lovens intensjon. Det er også støtte i klar og entydig forvaltnings- og rettspraksis *mot* kollektive sanksjoner. Det er således ikke rettslig grunnlag for gebyr i noen av de foreliggende sakene siden hensynene som overtredelsesgebyr skal fremme allerede er ivaretatt ved at de innklagede har terminert de avtaleforhold klagenemnda mener er i strid med loven, jf. sak 2009/246. Sanksjoneringen knyttet til avtaleforholdene mellom de innklagede og BIR Bedrift AS er således fullendt ved illeggelse av gebyr overfor Askøy kommune.

3.2 Gebyrets størrelse

¹ Prosentsatsene er av innklagede hevdet å utgjøre opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt, og er her ikke oppgitt da klagenemnda finner at disse ikke har relevans for de vurderinger nemnda har foretatt.

- (121) Skulle klagenemnda likevel ilegge gebyr, gjøres det gjeldende at perioden som kan legges til grunn for beregningen av gebyret, og gebyrets størrelse, må begrenses. Det fremgår av loven § 7b hva som skal vektlegges spesielt ved vurderingen av gebyrets størrelse.
- (122) Lengste periode som kan være grunnlag for beregning av gebyret, er verdien de to siste år før orientering om innkommet klage, jf. foreldelsesfristen i § 7b tredje ledd og sak 2009/144 hvor verdien fra foreldelsesfristens utgangspunkt og frem til siste fulle år før gebyråret ble lagt til grunn. I sak 2009/246 der Askøy kommune var innklaget beregnet klagenemnda gebyret på grunnlag av anskaffelser som skjedde fire måneder etter at kontrakten ble påklaget. Nemnda fremholdt i premiss (49) at i denne perioden burde Askøy kommune ha vurdert lovligheten og iverksatt en anskaffelsesprosess. En slik firemåneders-periode til å områ seg må også innrømmes innklagede i den foreliggende saken, siden sakene utspringer fra samme saksforhold med samme leverandør og samme tjenester.
- (123) Videre må nemnda vektlegge i formildende retning at vilkårene for egenregi var klart oppfylt før 2004. Hadde ikke overføringen til BIR Bedrift AS funnet sted, ville innsamlingen av avfallet neppe vært i strid med anskaffelsesregelverket. Til dette kommer også at egenregiunntakets kontrollvilkår er oppfylt i foreliggende sak. Det samme kan hevdes om omsetningsvilkåret, dersom BIR-konsernets totale omsetning legges til grunn, og ikke bare BIR Bedrift AS sin omsetning. Etter det innklagede kjenner til, er det ikke endelig avklart i rettspraksis at det er det enkelte selskapet og ikke konsernet som skal vurderes i forbindelse med omsetningsvilkåret, og klagenemnda tok første gang stilling til dette i Askøy-saken. Det vises til at juridisk litteratur åpner for å foreta identifisering mellom to selvstendige selskaper i andre henseender innenfor anskaffelsesretten, se eksempelvis Kai Krüger, Festskrift til Mads Henry Andenæs, 2010, side 144 flg. og Arrowsmith side 750. Selv om Arrowsmith her skriver om avvisning, viser det at regelverket kan åpne for å vurdere flere selskaper som ett – slik at hele BIR-konsernet eller BIR AS og BIR Bedrift AS anses som samme selskap i anskaffelsesregelverkets forstand i relasjon til egenregi.
- (124) Innklagede er videre av den oppfatning at det uansett er urimelig at nemnda gebyrlegger anskaffelsen i den midlertidige perioden frem til ny kontrakt er på plass. Innklagede har ingen reelle alternativer til å foreta en direkte anskaffelse i den midlertidige perioden. Dette må nemnda la gjenspeiles i vurderingen av hensiktsmessigheten av gebyr og dets størrelse. Nemnda må også ta hensyn til at innklagedes skyld i denne saken er mildere enn det som er lagt til grunn i varselet. Videre kan ikke nemnda utelate fra vurderingen at det foreligger et betydelig antall parallelliteter mellom foreliggende sak og det saksforholdet som var oppe til EU-domstolens vurdering i sak C-480/06.
- (125) Det er også formildende at den vesentligste delen av innklagedes vederlag har gått til den skjermede delen av BIR-konsernet. Til dette kommer også at betalingen som har tilfalt BIR Bedrift AS kun har medført dekning av BIR Bedrift AS sine utgifter, da tjenesten er levert til innklagede til tilnærmet selvkost. På denne bakgrunn har det ikke funnet sted konkurransevidning. Klagenemnda må vektlegge dette.
- (126) I sakene 2009/39 og 2009/170 uttalte klagenemnda at det kan være formildende at innklagede innhentet to juridiske vurderinger, noe som kunne indikere at innklagede ønsket å handle i tråd med anskaffelsesregelverket. Det samme gjelder i foreliggende sak, hvor vurderinger og bistand gjennom BIR er innhentet fra Deloitte Advokatfirma

AS og Wikborg Rein & CO. Videre må flere av de samme momentene som i vurderingen av om gebyr skal ilegges vektlegges. De preventive hensynene gjør seg ikke gjeldende, noe som også må gjenspeiles i gebyrets størrelse. Konkurransen ble for de fleste kommunene sikret i 2004, noe som ble vektlagt i formildende retning i sak 2009/246. Videre er kontraktsverdien liten, særlig når det sees bort fra den delen av vederlaget som har gått til den skjermede virksomheten i BIR AS. Dette taler også for ingen eller svært lav gebyrsats

- (127) Dersom klagenemnda skulle ilegge gebyr i noen av sakene, kan ikke klagers anførsel om at det foreligger skjerpende omstendigheter med grunnlag i brevene sendt 6. juni 2011 og 2. mars 2011 tas til følge. Brevet datert 6. juni 2004 er et generelt informasjonsbrev som i sin tid ble sendt ut til kommunale næringskunder hos BIR Gjenvinning AS (nå BIR Privat AS) i forbindelse med endringene i forurensningsloven som trådte i kraft 1. juli 2004. Brevet er uten relevans for eventuelle skjerpende omstendigheter i forhold til gebyrileggelse siden hjemmel for gebyr trådte i kraft først i 2007. Brevet omhandler for øvrig ikke eierkommunenes forpliktelser etter aksjonæravtalen slik klager pretenderer. Klagers konklusjon om at det fremgår av brevet av 6. juni 2004 at lovendringen medfører bortfall av eierkommunenes leveringsplikt etter aksjonæravtalen er således uriktig. Det vises også til brev 30. januar 2004 fra BIR til eierkommunene. Brevet er et informasjonsskriv i forbindelse med lovendringen i 2004, og har som formål å orientere eierkommunene om at lovendringen medfører at kommunalt næringsavfall overføres fra lovpålagte oppgaver til konkurranseutsatt del, og at lovendringen ikke endrer eierkommunenes leveringsplikt etter aksjonæravtalen. Dette er foranlediget av at BIR-konsernet, også i tråd med Konkurransetilsynets anbefalinger, har etablert en konsernstruktur med vanntette skott mellom monopol/konkurranse. Overføringene av kontraktsforholdene var ment å skulle sikre skillet mellom monopol/konkurranse.
- (128) Når det gjelder fra hvilket tidspunkt de påståtte ulovlige direkte anskaffelsene må anses avsluttet, kan ikke brevet 6. juni 2011 anses som et uttrykk for at *"eierkommunene hele tiden har hatt kjennskap til at det foreligger en klar plikt til å konkurranseutsette håndteringen av kommunen sitt eget næringsavfall"*, slik klager hevder. Som det fremgår av brevet legger avsender av brevet til grunn at det kan *"utledes en plikt for kommunene til å konkurranseutsette innsamlingen av kommunens eget avfall når dette ikke samles inn i egenregi"*. Dette er riktig som utgangspunkt, men det understrekes at det ikke er foretatt noen nærmere forklaring eller presisering i dette brevet av hvordan dette må vurderes juridisk.
- (129) Tvert i mot foreligger det formildende omstendigheter ved at innklagede lojalt har forholdt seg til Askøy-saken ved å de facto si opp avtalen med BIR Bedrift AS etter at saken ble kjent for innklagede. Klagenemnda brukte selv nesten halvannet år på å behandle Askøy-saken og kan ikke ha forventning om at innklagede skulle ha foregrepet det uventede utfallet i den saken ut fra egen rettslig vurdering, og innrettet seg deretter på et tidligere tidspunkt. Dertil kommer at innklagede i foreliggende sak ikke tidligere er ilagt overtredelsesgebyr.
- (130) Klagenemnda må legge til grunn at innklagede de facto har sagt opp avtalen, og beregningsgrunnlag for eventuelt gebyr må derfor undergis samme beregningsmetode som i de øvrige sakene som er aktuelle her.

- (131) I varselet er det lagt til grunn at verdien av anskaffelsen er 737 040 kroner eksklusiv merverdiavgift, beregnet med utgangspunkt i gjennomsnittlig månedlig vederlag fra kommunen i perioden 2009 til 2010. Etter innklagedes syn kan ikke verdien av anskaffelsen beregnes med utgangspunkt i gjennomsnittlig vederlag i den aktuelle perioden, da dette gir et misvisende bilde av hva som de facto er betalt, og som følgelig er verdien av anskaffelsen, utenom perioden 2009 til 2010.
- (132) Innklagede viser til at det er variasjoner i omfanget på tjenesteleveransene fra BIR Bedrift AS og at prisene har vært justert de siste år. Gjennomsnittlig månedlig vederlag fra kommunen i 2009 og 2010 er således ikke nødvendigvis representative som gjennomsnittlig vederlag, og er derfor ikke anvendelig som grunnlag for beregning av anskaffelsens verdi. Det vises også til at nemnda i sakene 2011/60 og 2011/61 bruker tall fra perioden juli 2010 til juli 2011 som beregningsgrunnlag for å finne gjennomsnittlig månedlig vederlag/anskaffelsens verdi. Eksempelvis dersom man beregner anskaffelsens verdi i denne saken likt med hva klagenemnda gjorde i sakene 2011/60 og 2011/61, blir anskaffelsens totale verdi i denne saken 621 883,32 kroner (421 333,32 kroner for perioden mars 2009 til mai 2011, og 200 550 kroner som er estimert vederlag frem til ny leverandør overtar tjenesten).
- (133) Det fremstår som om nemnda har en mer tilfeldig tilnærming til hvordan gjennomsnittlig vederlag/anskaffelsesverdi skal beregnes. En slik tilnærming er ikke akseptabel all den tid anskaffelsens verdi er grunnlag for om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse og for utmålingen av overtredelsesgebyret.
- (134) Subsidiært må nemnda uansett vektlegge i formildende retning i gebyrvurderingen at innklagede ikke har noe reelt alternativ til å la BIR Bedrift AS utføre renovasjonstjenesten i perioden frem til ny konkurranse gjennomføres.

Klagenemndas vurdering:

- (135) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester for kommunalt næringsavfall fra BIR Bedrift AS. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (136) Saken reiser en rekke problemstillinger. Nemnda tar først stilling til hvorvidt regelverket kommer til anvendelse, det vil si spørsmålet om hvorvidt det foreligger skriftlig kontrakt mellom partene. Deretter vil nemnda ta stilling til hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse i foreliggende sak, herunder blant annet om det er tale om én eller flere anskaffelser, om det foreligger kunngjøringsplikt, og deretter spørsmålet om oppsigelsesplikt. Nemnda kommer derfor tilbake til hvorvidt klagen er rettidig.

Hvilket beviskrav gjelder i saker om overtredelsesgebyr etter lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter

- (137) I innklagedes kommentar til klagenemndas forhåndsvarsel, har innklagede tatt opp at det ikke i forhåndsvarselet eksplisitt er angitt hvilket beviskrav klagenemnda legger til grunn i saker om overtredelsesgebyr etter anskaffelsesloven med tilhørende forskrifter. Til dette kan klagenemnda opplyse at det etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2011 s. 910 premiss (48) må legges til grunn at det gjelder et krav om klar sannsynlighetsvekt i

sakene om overtredelsesgebyr som klagenemnda behandler. For øvrig kan også bemerkes at klagenemnda ikke har funnet at denne saken skal avvises som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Hvorvidt det foreligger skriftlig kontrakt

(138) Av forskriften § 1-3 (1) følger det at "[d]enne forskrift får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter". Begrepet "kontrakt" er i forskriften § 4-1 bokstav a definert som en "gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører". Hva som anses "skriftlig" fremgår av § 4-1 bokstav h: "ethvert uttrykk bestående av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres." Det kan videre omfatte elektronisk melding når informasjonen i denne er tilgjengelig for ettertiden.

(139) I foreliggende sak er det på det rene at det ikke foreligger et enkelt skriftlig og signert dokument mellom innklagede og BIR Bedrift AS som både angir partenes rettigheter og forpliktelser, og på hvilke vilkår disse skal gjelde. Det foreligger imidlertid diverse skriftlige selskapsdokumenter, vedtektene til BIR DA og stiftelsesdokument fra 1996, aksjeeieravtale mellom eierne til BIR AS av 26. juni 2001, signert arbeidsfordelingsavtale mellom BIR Gjenvinning AS og Samnanger kommune, samt diverse skriftlige fakturaer. Spørsmålet blir dermed om dette er tilstrekkelig til at det foreligger en "skriftlig" kontrakt mellom innklagede og BIR Bedrift AS om innhenting, transport og behandling av næringsavfall.

(140) I Steinicke og Groesmeyer side 158 og 159 uttales det at kravet til skriftlighet, sett hen til direktivets formål, trolig må fortolkes slik at en skriftlig avtale omfatter enhver form for skriftlig nedtegnelse av partenes rettigheter og plikter, som begge parter har tiltrådt så lenge den skriftlige nedtegnelsen inneholder alle vesentlige vilkår for fastleggelse av partenes hovedforpliktelser etter kontrakten, og den uttrykkelig eller stilltiende er akseptert av begge partene. Det har dermed ikke betydning hvilken form den skriftlige nedtegnelsen har, eller om partene har underskrevet den. Det uttales videre at: "Meget taler for at anse en muntlig ordre, der er afgivet på grundlag af den økonomiske aktørs almindelige leveringsbetingelser og listepriiser, for en skriftlig aftale. Det må i hvert fald gælde, hvis den mundtlige bestilling bekræftes skriftlig." Videre uttales at en "ordregivende myndigheds faktiske aftag af en ydelse, der sker ut fra generelle leveringsvilkår, må dog muligvis også anses for at indebære en skriftlig aftaleindgåelse, f.eks. ved en ordregivende myndigheds køb af elektricitet hos den elforsyningsvirksomhed, som er forsyningspligtig virksomhed efter elforsyningsloven § 33, hvor priser og andre leveringsbetingelser for elforsyningen er anmeldt til Energitilsynet efter elforsyningslovens § 72, jf. § 76, og hvor den ordregivende myndighed stiltiende har acceptert disse ved sit aftag af el fra forsyningspligtvirksomheden".

(141) Om kravet til skriftlighet uttales det følgende i Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets "Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar" side 18:

"Det følger av kontraktsdefinisjonen i forskrifta at den aktuelle kontrakten må vere skriftleg. Både formålet med regelverket og vanlege omgåingsomsyn tilseier likevel at krava ikkje kan vere strenge på dette punktet. [...] I praksis vil ikkje kravet om skriftlig form setje reelle grenser for kva kontraktar som blir omfatta av regelverket. Det førekjem normalt ikkje anskaffingar som blir omfatta av forskrifta utan at dei er

nedteikna skriftleg. Dessutan tilseier omgåingsomsyn at dersom ein oppdragsgivar skulle gjere ein slik avtale munnleg, så gjeld regelverket likevel."

- (142) I klagenemndas saker 2010/1 premiss (52) og 2010/71 premiss (15) er det presisert at forskriften kun kommer til anvendelse hvor det er inngått en "*skriftlig*" kontrakt, eller hvor en "*skriftlig*" kontrakt skal inngås, jf. forskriften § 1-3 (1) sammenholdt med § 4-1 bokstav a. Det er i begge sakene fastslått at det skal være en lav terskel for når skriftlighetskravet anses oppfylt. I sak 2010/1 premiss (64) ble det lagt til grunn at det forelå en skriftlig kontrakt ved at innklagede ved å betale fakturaer aksepterte valgte leverandørs skriftlige tilbud. I sak 2010/71 premiss (16) ble det lagt til grunn at skriftlighetskravet var oppfylt ved at en utløpt rammeavtale skisserte avtalevilkårene for den gjeldende, muntlige avtalen. Fra sak 2010/1 hitsettes følgende presisering av skriftlighetskravet:

”(56) Klagenemnda mener på dette grunnlag at det ikke kreves mye før skriftlig kontrakt anses å foreligge. Som et utgangspunkt må det i hvert fall være tilstrekkelig at det er utarbeidet et skriftlig dokument som fastlegger hovedtrekkene i anskaffelsen og de mer sentrale elementer i partenes forpliktelser, som for eksempel pris. Således må et skriftlig tilbud som aksepteres, normalt være tilstrekkelig, hvilket også synes å være lagt til grunn av klagenemnda tidligere, jf. sak 2005/295. Om det ellers kan sies å foreligge en skriftlig kontrakt må avgjøres i hvert enkelt tilfelle.

(57) Faren for omgåelse av regelverket tilsier videre at det må oppstilles en presumsjon for at oppdragsgivere har til hensikt å inngå skriftlig kontrakt, dersom man befinner seg på et område og har å gjøre med en kontraktstype der dette er vanlig praksis. Særlig ved anskaffelser over nasjonal terskelverdi på 500 000 kroner vil det som det klare utgangspunkt måtte legges til grunn at det vil bli inngått en skriftlig avtale, og at forskriften derfor kommer til anvendelse. I så fall skal det særdeles mye til før innklagede kan bli hørt med at det er aktuelt med muntlig avtale. Dette synes også å være lagt til grunn i teorien, jf. blant annet Dragsten/Lindalen, side 422 og Veilederen til reglene om offentlige anskaffelser, side 18."

- (143) Spørsmålet om hvorvidt det foreligger skriftlig kontrakt har senere blitt behandlet i klagenemndas saker 2010/312, 2011/49, 2011/15 og 2011/123. I samtlige saker kom nemnda til at det forelå en skriftlig kontrakt i regelverkets forstand blant annet ved at de innklagede partene enten hadde betalt fakturaer fra den valgte leverandøren basert på leverandørens skriftlige tilbud, eller ved at en muntlig forlenget avtale var basert på en tidligere inngått skriftlig avtale. For øvrig er klagenemnda også enig med innklagede i at skriftlighetsvilkåret er oppfylt dersom "*oppdragsgiver og valgte leverandør har tiltrådt enhver form for skriftlig nedtegnelse*". For at det skal foreligge en slik tiltredelse, er det imidlertid ikke nødvendig at den skriftlige nedtegnelsen er et dokument som er utferdiget som et dokument mellom partene. Det må være tilstrekkelig at det foreligger et skriftlig dokument som i hovedsak angir rettighetene og forpliktelsene til partene og på hvilke vilkår disse gjelder, som partene for eksempel gjennom konkludent adferd viser at de opptre i henhold til, eller at partene muntlig er blitt enige om å opptre slik.
- (144) Ovennevnte uttalelser og klagenemndas praksis viser at skriftlighetskravet i forskriften, verken av departementet eller i teorien, tidligere er blitt tolket som en reell begrensning når det gjelder spørsmålet om hvilke avtaler som er omfattet av forskriften. Bakgrunnen for dette synspunktet er omgåelsesbetraktninger.

- (145) Selv om det i denne saken ikke foreligger et enkelt skriftlig og signert dokument som både angir partenes rettigheter og forpliktelser og på hvilke vilkår disse skal gjelde, så foreligger det flere skriftlige dokumenter som er relevante ved vurderingen av om det kan sies å foreligge en "skriftlig" kontrakt mellom BIR Bedrift AS og Samnanger kommune.
- (146) For det første kan det vises til de skriftlige vedtektene og stiftelsesdokumentene til BIR DA. Her angis det hvilke rettigheter og forpliktelser både BIR DA og eierkommunene har. For BIR DAs vedkommende fremgår det at "[s]elskapets formål er å sørge for innsamling, transport og behandling av forbruksavfall", og for eierkommune at "[d]e deltakende kommuner forplikter seg til å levere alt forbruksavfall til selskapet og ikke fortsette å drive eller opprette mottaksanlegg for forbruksavfall og spesialavfall uten etter avtale med selskapet". Selv om disse dokumentene opprinnelig ble utarbeidet ved opprettelsen av et kommunalt eid selskap som kun skulle ha til formål å forestå de renovasjonstjenester eierkommunene hadde behov for, er det de rettighetene og forpliktelsene som fremgår av dette dokument som fremdeles er gjeldende mellom partene, også etter at kontrakten ble overført til BIR Bedrift AS. Dette dokument er derfor relevant i vurderingen av hvorvidt det foreligger en skriftlig kontrakt mellom partene. Det er et skriftlig dokument som angir partenes rettigheter og forpliktelser, og som både BIR Bedrift AS og Samnanger kommune gjennom konkludent adferd har tiltrådt.
- (147) Det neste skriftlige dokumentet klagenemnda finner relevant ved vurderingen av om det foreligger en skriftlig kontrakt er aksjeeieravtalen av 26. juni 2001, som er en avtale inngått mellom eierne av BIR AS (Samnanger kommune og de øvrige eierkommunene) i forbindelse med endringen av BIRs selskapsform fra interkommunalt ansvarlig selskap til aksjeselskap. I denne fremgår det at: "*Formålet med denne aksjeeieravtale er å sikre BIR (Konsern) tilgang til avfall og å sikre at BIR (Konsern) utfører kommunens forpliktelser iht. Forurensningsloven § 30. Avtalen skal videre sikre at offentlige myndigheter/selskaper bevarer kontroll over selskapet, samt fastsette retningslinjer for valg av medlemmene til BIR (Konsern)'s bedriftsforsamling og styrer.*" Videre heter det også at: "*Aksjeeierne forplikter seg til å levere alt forbruksavfall til Forbrenningsanlegget i Rådalen og ikke drive eller opprette mottaksanlegg for forbruksavfall og spesialavfall uten etter avtale med BIR. Det samme gjelder kildesortert forbruksavfall.*" Selv om BIR Bedrift AS ikke er part i denne avtalen, er dette et skriftlig dokument som angir partenes rettigheter og forpliktelser, og som både BIR Bedrift AS og Samnanger kommune har tiltrådt gjennom konkludent adferd.
- (148) Videre vil klagenemnda vise til den skriftlige, signerte avtalen om arbeidsfordeling mellom Samnanger kommune og BIR Gjenvinning AS fra 2004. Dette et skriftlig dokument som i detalj angir hvilke praktiske forpliktelser både BIR (Gjenvinning AS) og kommunen skal ha ved utførelsen av renovasjonstjenesten, og som både BIR Bedrift AS og Samnanger kommune må anses å ha tiltrådt gjennom konkludent adferd etter at kontrakten ble overført til BIR Bedrift AS. Det vises i denne sammenheng til at når avtaleforholdet ble overført fra BIR Gjenvinning AS til BIR Bedrift AS, så fortsatte avtalen "*som i dag*", dersom partene ikke foretok seg noe, jf. brevet datert 6. juni 2004. Videre var kommunens eget næringsavfall omfattet av kommunens ansvar etter forurensningsloven § 30 på tidspunktet da avtalen ble sendt ut, og altså omfattet av arbeidsfordelingsavtalen

- (149) Etter endringen i forurensningsloven i 2004 ble kontrakten overført til BIR Bedrift AS, et selskap som driver i markedsmessig konkurranse, fra BIR Gjenvinning AS, som var et selskap som ikke opererte i konkurranse med andre. Etter det innklagede har opplyst fortsatte kontraktsforholdet på de samme vilkår som før overføringen, og rettighetene og pliktene til partene skal ifølge innklagede være angitt på samme måte som tidligere i BIR Bedrift AS' stiftelsesdokumenter og vedtekter. Stiftelsesdokumentene og vedtektene er skriftlige dokumenter som direkte angir BIR Bedrift AS' og Samnanger kommunes rettigheter og forpliktelser som partene gjennom konkludent adferd har tiltrådt.
- (150) I forbindelse med endringene i forurensningsloven sendte BIR Bedrift AS/BIR Gjenvinning AS 6. juni 2004 et brev til alle sine kommunale næringskunder hvor det ble opplyst at *"løpende avtaler i BIR Gjenvinning AS overføres til BIR Bedrift AS fra 1. juli"* og at dersom kundene *"ikke foretar"* seg noe, *"vil avtalen fortsette som i dag og våre renovatører henter avfallet som nå"*.
- (151) Ovennnevnte viser at kontraktsgjenstanden og partenes rettigheter og plikter hele tiden har vært fastsatt skriftlig. Videre følger det også av det siterte at kontraktstidspunktet er fastsatt. Leveransene skulle skje omgående fra og med det aktuelle opprettede selskap var operativt (i 1996, 2002 og 2004). Når det gjelder hvilken pris eierkommune skulle betale for BIR-konsernets tjenester, følger det av innklagedes e-post av 8. desember 2011 at denne fra og med opprettelsen i 1996 ble fastsatt av eierkommunene selv gjennom renovasjonsavgiften, og at BIR Bedrift AS videreførte denne prisen da kontrakten ble overført til dette selskapet i 2004. Renovasjonsavgiften fastsettes skriftlig av den enkelte kommune.
- (152) Dette innebærer etter nemndas syn at de sentrale avtalevilkårene, herunder hva som er kontraktsgjenstanden, hvilken pris som skal betales og hva som er leveringstiden, i foreliggende sak hele tiden har vært fastsatt skriftlig. Det må også legges til grunn at renovasjonstjenestene som er kjøpt i denne saken er en type kjøp som det vanligvis inngås skriftlig kontrakt om. Videre er det også på det rene at BIR-konsernet har utført de tjenestene renovasjonsordningen gjelder, og at innklagede har betalt de skriftlige fakturaene BIR-konsernet har utstedt for sine tjenester. Dette er etter nemndas oppfatning nok til å konkludere med at det her foreligger en skriftlig kontrakt mellom innklagede og BIR Bedrift AS, og at anskaffelsen omfattes av forskriften, jf. § 1-3 (1) og § 4-1 bokstav a. Det kan her også tilføyes at det i denne saken foreligger et spesielt tett forhold mellom avtalepartene, ved at BIR AS eies av de kommunene, herunder innklagede, som er innklaget, og at BIR-konsernet ble opprettet utelukkende for å dekke eierkommunenes behov for renovasjonstjenester. Dette gjør nok at det har vært mindre viktig enn ellers å detaljregulere avtalevilkårene skriftlig mellom partene, også etter at kontrakten ble overført til BIR Bedrift AS som driver i markedsmessig konkurranse med andre lignende foretak.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (153) I lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd er en ulovlig direkte anskaffelse definert som *"en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*. De nærmere reglene knyttet til kunngjøring av konkurranse fremgår av forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 9-1 og 18-1, jf. §§ 2-1 og 2-2.

- (154) Den aktuelle anskaffelsen gjelder levering av renovasjonstjenester for kommunalt næringsavfall, og kategoriseres dermed som en prioritert tjeneste, jf. forskriften vedlegg 5 kategori (16). Anskaffelsen er da etter sin art i utgangspunktet kunngjøringspliktig, jf. forskriften § 4-1 bokstav d, jf. § 1-3. For å ta stilling til hvorvidt den aktuelle anskaffelsen er kunngjøringspliktig, jf. terskelverdiene angitt i forskriften § 2-1 og § 2-2, må verdien av anskaffelsen fastsettes, herunder blant annet om det er tale om én eller flere anskaffelser. Dersom anskaffelsen overstiger terskelverdiene foreligger det en ulovlig direkte anskaffelse, men mindre et av unntakene fra kunngjøringsplikten kommer til anvendelse.

Hvorvidt kjøpene skal ses samlet eller separat

- (155) Det rettslige utgangspunktet er at kjøpene skal vurderes samlet, da det er kommunen som sådan som utgjør det relevante rettssubjektet, jf. loven § 2 og forskriften § 1-2 (1). De enkelte enheter som denne saken omfatter er ikke skilt ut fra kommunen som egne rettssubjekter og inngår dermed rettslig som en del av kommunens økonomiforvaltning. I motsetning til sakene 2011/58 til 2011/63 og 2011/65, har innklagede ikke gjort gjeldende at de enkelte enheter i kommunen utgjør separate selvstendige innkjøpsenheter. Av innklagedes brev 7. november 2011 fremgår det at innklagedes vurdering er at *"innklagede er det relevante rettssubjektet etter regelverket for offentlige anskaffelser i forhold til anskaffelsene foretatt hos BIR Bedrift AS"*. Nemnda finner dermed ikke grunn til å gå nærmere inn på dette spørsmålet i foreliggende sak, utover å bemerke at det på bakgrunn av opplysningene som fremgår av brevet 7. november 2011 må legges til grunn at innklagede fungerer som en koordinator for renovasjonsordningen med BIR Bedrift AS og at samtlige kjøp i foreliggende sak må ses samlet for Samnanger kommune med alle sine enheter. Alle disse kjøp faller inn under den skriftlige kontrakten som er inngått.

Verdien av anskaffelsen

- (156) Foreliggende avtale mellom innklagede og BIR Bedrift AS er en tidsubegrenset tjenestekontrakt som har løpt siden kontrakten ble overført til BIR Bedrift AS i 2004. Forskriften § 2-3 (10) fastsetter følgende for hvordan verdien av en tidsubegrenset tjenestekontrakt beregnes ved vurderingen av hvorvidt denne er kunngjøringspliktig: *"For tidsubegrensede tjenestekontrakter eller tjenestekontrakter med en løpetid på mer enn 48 måneder, hvor det ikke er fastsatt en samlet pris, skal beregningsgrunnlaget være den månedlige rate multiplisert med 48"*. Siden innklagede ikke selv har opplyst hva som er den anslåtte verdien av kontrakten, finner klagenemnda det naturlig å ta utgangspunkt i den summen innklagede har betalt og vil betale fra og med 2. mars 2009 til ny kontrakt antas å ha oppstart, medio august 2012.
- (157) Innklagede har opplyst at vederlaget til BIR Bedrift AS for perioden 2. mars 2009 til mai 2011 var 421 333,32 kroner eksklusiv merverdiavgift. Videre er det estimert at innklagede vil betale 242 332,50 kroner eksklusiv merverdiavgift i perioden fra og med mai 2011 til ny kontrakt forventes inngått og iverksatt medio august 2012. Dette gir en samlet sum på 663 665,82 kroner eksklusiv merverdiavgift. Deler man denne summen på 41,5 måneder (2. mars 2009 til medio august 2012) får man en månedlig rate på 15 992 kroner eksklusiv merverdiavgift. Multiplisert med 48 får man da en estimert anskaffelsesverdi på 767 616 kroner eksklusiv merverdiavgift. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi i utgangspunktet forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 (2) og 2-2 (1).

Hvorvidt det foreligger unntak fra kunngjøringsplikten

- (158) For anskaffelser som følger forskriften del II, er unntakene fra kunngjøringsplikten som følger av forskriften uttømmende fastsatt i dennes § 2-1 (2) bokstav a til f. Innklagede har ikke påberopt seg unntaksbestemmelser i forskriften, og nemnda kan heller ikke se at noen av disse kan gi unntak for kunngjøringsplikten i foreliggende sak. Det legges også til grunn at kontrakten ikke kunne tildeles BIR Bedrift AS med hjemmel i læren om egenregi, jf i denne sammenheng til 2009/246 (Askøy kommune), hvor nemnda i premiss (33) og (34) kom til at grunnlaget for unntak for egenregi ikke var til stede. Selv om kontrollvilkåret er oppfylt, har BIR Bedrift AS en omsetning til andre enn eierkommunene som overstiger det som kan aksepteres ut fra omsetningskriteriet når selskapets omsetning vurderes separat fra BIR-konsernets totale omsetning. At det kun er det enkelte selvstendige rettssubjekts omsetning som er relevant ved vurderingen av om omsetningsvilkåret er oppfylt for egenregitildeling til dette selskapet, følger etter nemndas oppfatning av at det kun er denne omsetningen, og ikke omsetningen til et eventuelt konsern som det aktuelle rettssubjekt er en del av, som er vurdert i de sakene EU-domstolen har behandlet vedrørende omsetningsvilkåret. Videre kan det i tillegg også nevnes at EU-domstolen også i andre sammenhenger vurderer det enkelte rettssubjekt for seg, for eksempel når det vurderes hvorvidt et bestemt organ er et offentligrettslig organ. Her er det kun forhold knyttet til det aktuelle rettssubjekt som vurderes, og ikke forhold knyttet til eventuelle andre organer som dette rettssubjektet er i konsern med, jf. EU-domstolens avgjørelser i sakene C-360/96 (BFI Holding) premiss (56) til (58), med videre henvisning til sak C-44/96 (Mannesmann) og klagenemndas avgjørelser i sakene 2010/270 premiss (30) og 2011/126 premiss (29).
- (159) Innklagede har imidlertid fremsatt en rekke andre innsigelser mot at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, og disse vil bli behandlet i det følgende.
- (160) Innklagede har for det første hevdet at EU-domstolens avgjørelse i sak C-480/06 (Stadtreinung Hamburg) tilsier at det ikke foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (161) Det klare utgangspunktet i anskaffelsesretten er at en offentlig kontrakt, hvis verdi overstiger terskelverdien og som tildeles en enhet som er selvstendig i relasjon til den offentlige kontraktstildelende oppdragsgiveren, skal inngås etter en kunngjort konkurranse i henhold til forskriftens kunngjøringsregler. Ethvert avvik fra dette utgangspunktet utgjør et unntak fra hovedregelen om kunngjøring. Når det gjelder unntak uttalte EU-domstolen i de forente saker C-20/01 og C-28/01 (dom 10. april 2003) følgende i premiss (58): *"undtagelser til de regler, som skal sikre, at de traktatfæstede rettigheder i sektoren for offentlige tjenesteydelsesaftaler bliver virksomme, må fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem (jf., for så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, dom af 28.3.1996, sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1949, præmis 13)".* Unntak fra kunngjøringsreglene krever altså en tilstrekkelig klar hjemmel, og det er den som påberoper seg at det er hjemmel for unntak som må påvise at vilkårene for unntaket er oppfylt. Slik hjemmel kan for eksempel være lovfestet, jf. forskriftens unntaksbestemmelser, eller ulovfestet, slik som er tilfellet for læren om egenregi og det i EU-domstolens avgjørelse i sak C-480/06s introduserte unntak for offentlig samarbeid.
- (162) Det er riktig at EU-domstolen i sak C-480/06 aksepterte at det hadde blitt inngått en kontrakt direkte mellom selvstendige enheter selv om verdien av kontrakten oversteg

kunngjøringsgrensen og det verken forelå lovfastsatte unntaksbestemmelser som hjemlet dette eller at vilkårene for egenregi var oppfylt. EU-domstolen introduserte dermed med dette et nytt unntak fra kunngjøringsplikten. Denne dommen kan imidlertid etter klagenemndas syn ikke innebære at foreliggende anskaffelse av renovasjonstjenester fra BIR Bedrift AS ikke anses som en ulovlig direkte anskaffelse

- (163) Dette for det første fordi EU-dommen omhandler et horisontalt samarbeid mellom ulike offentlige myndigheter (4 tyske landkreiser og Hamburg kommunes gaterengjøringstjeneste). Foreliggende sak gjelder en kontrakt mellom flere kommuner og et offentlig foretak, BIR Bedrift AS, som endog driver i markedsmessig konkurranse med andre foretak. I EU-dommens premiss (47) er det uttrykkelig presisert at det unntaket EU-domstolen stiller opp i denne saken ikke kan komme til anvendelse hvis ikke *"prinsippet om likebehandling af de berørte i direktiv 92/50 er sikret, således at ingen privat virksomhet får en konkurransefordel"*. Selv om dette rent direkte betyr at en kontrakt ikke kan tildeles et privat selskap med hjemmel i læren om offentlig samarbeid, må det, ut fra prinsippet om likebehandling, innebære at det samme må gjelde også for tildeling til et offentlig foretak som driver i markedsmessig konkurranse med andre foretak, slik som tilfellet er for BIR Bedrift AS. Å slutte fra C-480/06 at et samarbeid mellom offentlige aktører er uberørt av kunngjøringsplikten så lenge ingen privat part får noen fordel av det, harmonerer også dårlig med EU-domstolens tidligere avgjørelser om egenregi, hvor domstolen ved å stille opp kontroll- og omsetningskriteriene nettopp har søkt å beskytte markedet mot for store vridninger i konkurransesituasjonen, også i de tilfellene det bare finnes offentlige deltakere i oppdragsgivers virksomhet. Det kan her vises til EU-domstolens avgjørelser i sakene C-340/04 (Carbotermo), C-295/05 (Asemfo) og C-324/07 (Coditel Brabant), hvor det ble gjort inngående vurderinger av om kontroll- og omsetningskriteriene var oppfylt selv om sakene ikke reiste spørsmål om privat eierskap. Når BIR Bedrift AS, som driver i markedsmessig konkurranse med andre foretak, får tildelt en kontrakt direkte oppnår selskapet en klar konkurransemessig fordel i forhold til sine konkurrenter.
- (164) For det andre er det også i dommens premiss (31) uttrykkelig uttalt at denne avgjørelsen kun gjelder avtalen mellom de offentlige myndighetene, og ikke avtalen mellom Hamburg kommunes gaterengjøringstjeneste og det delvis privateide forbrenningsanlegget Rugenberger-Damm. Dette innebærer at det p.t. ikke foreligger noen rettskilder som tyder på at en direktetildeling av kontrakt over terskelverdiene til et privat eller offentlig foretak som driver i markedsmessig konkurranse med andre foretak ville blitt godtatt uten at vilkårene for egenregi var oppfylt. I foreliggende sak minner kontraktstildelingen til BIR Bedrift AS mer om kontraktstildelingen til Rugenberger-Damm enn samarbeidsavtalen mellom de ulike offentlige myndighetene. For øvrig vil klagenemnda bemerke at essensen i C-480/06 synes å være at det ikke egentlig forelå en anskaffelsesrettslig kontrakt mellom partene, men at hver av partene istedenfor brukte egne ressurser i et administrativt arbeidsfellesskap for å samarbeide om å løse en felles oppgave om avfallshåndtering. Selv om Hamburg kommune forpliktet seg til å ta imot en bestemt mengde avfall, skulle landkreisene utelukkende betale kostpris for dette og disse skulle også stille til rådighet ledig land for avfallsdeponering om Hamburg kommune ikke hadde tilstrekkelig kapasitet i sitt anlegg. Klagenemnda finner etter dette at sak C-480/06 ikke kan innebære at kontraktstildelingen til BIR Bedrift AS ikke anses som en ulovlig direkte anskaffelse.
- (165) Til innklagedes innsigelse om at manglende kunngjøring ikke kan anses som det samme som manglende avtaleoppsigelse, vil klagenemnda bemerke at det er den manglende

kunngjøringen i samsvar med forskriften før oppdragsgiver for eksempel tildeler kontrakten til noen direkte, før oppdragsgiver foretar en vesentlig endring av kontrakten, eller før oppdragsgiver foretar et kjøp hvor vilkårene for egenregi ikke er oppfylt, som fører til at den etterfølgende kontraktsinngåelsen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede skulle således foretatt en kunngjøring i samsvar med forskriften før det forhold som dermed utgjør en ulovlig direkte anskaffelse blir begått.

- (166) Når det gjelder innklagedes innsigelse om at det må tas hensyn til at BIR AS har behov for å planlegge og å dimensjonere sin virksomhet fremover, at lokal håndtering av avfall er i samsvar med nærhetsprinsippet og EU-prinsipper om avfallshåndtering, og at BIR Bedrift AS har utført sine tjenester til selvkost, er dette ikke forhold som kan gi unntak fra kunngjøringsplikten. Klagenemnda kan heller ikke se at det i foreliggende tilfelle, skulle foreligge andre forhold som gir grunnlag for unnlatt kunngjøringsplikt.
- (167) Da innklagede ikke har kunngjort anskaffelsene fra BIR Bedrift AS, og ingen av unntakene fra kunngjøringsplikten kommer til anvendelse, foreligger det en ulovlig direkte anskaffelse i foreliggende sak.

Hvorvidt klagen er rettidig – plikt til å si opp kontrakten

- (168) Den neste problemstillingen klagenemnda må ta stilling til, er om klagen er rettidig. Det er på det rene at kontraktsforholdet mellom BIR-konsernet og eierkommunene med alle dens underliggende enheter startet allerede i 1996. Videre er det på det rene at kontrakt med BIR Bedrift AS ble inngått i 2004, da kontrakten ble overført til dette selskapet.
- (169) Av klagenemndsforordningen § 13a (2) følger det at: "*Klage kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd*". I denne bestemmelsen heter det at: "*Adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at tvisteløsningsorganet (klagenemnda) meddeler oppdragsgiver at det har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.*"
- (170) Foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved brev 23. februar 2011, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev 2. mars 2011. Dette innebærer at om den relevante kontrakten for foreliggende sak ikke anses inngått etter 2. mars 2009, så er saken foreldet og kan ikke behandles av klagenemnda. Siden kontrakten med BIR Bedrift AS ble inngått i 2004, altså ca. fem år før skjæringstidspunktet for foreldelse, 2. mars 2009, er denne saken foreldet for behandling i klagenemnda med mindre det i foreliggende sak, i alle fall senest fra og med foreldelsestidspunktet, forelå en plikt til å si opp kontrakten.
- (171) En slik plikt til å si opp avtalen er konstatert i flere av klagenemndas tidligere saker om ulovlig direkte anskaffelse.
- (172) Den første saken hvor klagenemnda fant at det forelå en plikt til å si opp kontrakten var i sak 2007/19. Her var saksforholdet at det forelå en rammeavtale som hadde vart i mer enn fire år. Idet nemnda ikke kunne se at vilkårene for dette var oppfylt og kontrakten fremdeles løp, konstaterte klagenemnda at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse. Oppsigelsesplikt har senere blitt vurdert mer eller mindre eksplisitt i følgende saker: 2009/144, 2009/246, 2010/361, 2010/338, 2010/4, 2010/1, 2010/23, 2010/222, 2010/312, 2011/14 og 2011/179.
- (173) I klagenemndas sak 2011/14 oppsummerte nemnda plikten til å si opp en avtale slik:

"Som det fremkommer av alle de nevnte sakene, er varigheten av avtalene et relevant moment i vurderingen av hvorvidt det foreligger en plikt til å si opp avtalen. Dette gjelder uavhengig av om avtalene er tidsbegrensede eller tidsubegrensede. Oppsigelsesplikt kan videre foreligge dersom vilkårene for egenregi ikke er oppfylt. Det følger av sak 2009/144 at det også vil kunne foreligge plikt til å si opp en avtale som er inngått før EØS-avtalen trådte i kraft, dersom avtalen ikke kan anses som et bestående rettsforhold. Konsekvensen av oppsigelsesplikten var at unnlatt oppsigelse innebar en fortløpende ny avtaleinngåelse."

(174) I 2011/14 premiss (28) og (29) konkluderte nemnda etter dette slik:

"(28) På samme måte som for avtalene i sak 2010/361, er avtalen i foreliggende sak tidsubestemt. Av avtalens punkt 8 fremgår det at avtalen tok til å løpe 1. januar 2008, og innklagede har opplyst at avtalen per 26. april 2011 ikke var terminert. Til forskjell fra avtalene i sak 2010/361, som hadde hatt en varighet på nærmere ti år før de ble klaget inn for klagenemnda, hadde herværende avtale dermed vart i mindre enn tre år på tidspunktet for klagen til klagenemnda. Også for de øvrige gjennomgåtte saker der nemnda har kommet til at det forelå oppsigelsesplikt, har avtalene vart lenger enn avtalen i foreliggende sak. Dette gjelder riktignok med unntak for sak 2010/338, men det var her tale om en oppsigelsesplikt som sprang ut av en plikt til å vurdere hvorvidt vilkårene for egenregi var oppfylt ved at en ny situasjon var inntrådt ved en fusjon, og klagenemnda kan derfor ikke se at varigheten av avtalene i den saken er relevant ved vurderingen av oppsigelsesplikt i denne saken.

(29) På bakgrunn av avtalens varighet frem til nå, finner klagenemnda ikke at det har oppstått noen oppsigelsesplikt for innklagede. Det foreligger dermed ingen unnlatt oppsigelse som kan likestilles med inngåelse av ny avtale. Klagenemnda vil imidlertid påpeke at en plikt til oppsigelse vil kunne inntre etter hvert som avtalen løper videre. Nemnda finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på når en slik oppsigelsesplikt kan tenkes å oppstå."

(175) Det er det grunnleggende kravet til konkurranse, som hele anskaffelsesregelverket er bygd på, som er det rettslige grunnlaget for den oppsigelsesplikt klagenemnda har fastslått i sin tidligere praksis. Kravet til konkurranse er direkte uttrykt både i lovens hoved- og faneparagraf, § 5, og i forskriften § 3-1. Når vilkårene for å fortsette en avtale ikke lenger er til stede, for eksempel en rammeavtale som har vart lenger enn de lovfastsatte tidsrom eller når vilkårene for egenregi ikke lenger er oppfylt, har den offentlige oppdragsgiveren en plikt til å kunngjøre avtalen (på nytt) og snarest bringe det ulovlige forhold til opphør ved å si opp avtalen. Det vil være å undergrave anskaffelsesregelverket å unnlate å si opp en avtale når avtalen allerede på inngåelsestidspunktet eller på et senere tidspunkt er i strid med regelverket som gjaldt på det aktuelle tidspunkt.

(176) Nemnda kan i dette henseende ikke se at de to EU-dommene, C-76/97 (Tögel) og C-454/06 (presstext), som innklagede har vist til, skulle tilsi en annen oppfatning i forhold til foreliggende sak, da det i begge disse sakene var tale om kontrakter inngått før et bestemt direktiv trådte i kraft, og om hvorvidt et senere direktiv kunne gripe inn i dette rettsforholdet. I foreliggende sak var kunngjøringsreglene i 2004 likelydende med dagens kunngjøringsregler. Videre følger det også av EU-domstolens uttalelse i presstext-saken om tidsubegrensede kontrakter og kontraktsklausuler om ikke å si opp en kontrakt i en viss tidsperiode, at selv om det på det nåværende utviklingstrinn av fellesskapsretten ikke er noe til hinder for å inngå tidsubegrensede offentlige kontrakter, så kan ikke slike kontrakter fortsette å løpe i det uendelige idet: *"En sådan praksis vil*

med tiden kunne hindre konkurransen mellom mulige tjenesteydere og følgelig hindre anvendelsen af Fællesskabets direktiver om offentliggørelsen af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler." (Dommens premiss (73)). Videre er det også viktig at EU-domstolen i spørsmålet om lovligheten av klausulen om ikke å si opp kontrakten i en viss perioden i premiss (75), ikke uttalte at en slik klausul var ulovlig, men kun uttalte at en slik klausul "ikke på forhånd" var ulovlig. Disse uttalelsene viser etter nemndas syn at også EU-domstolen er skeptisk til at kontrakter skal kunne løpe i det uendelige, enten fordi de er inngått som tidsubegrensede kontrakter eller fordi det er tale om ulovlige direkte anskaffelser, basert på at dette vil være i strid med det grunnleggende kravet til konkurranse som hele anskaffelsesregelverket er bygd på. Klagemennda kan ut fra dette ikke se at avgjørelsene i Tögel og presstext som innklagede har vist til, skulle tilsi at det ikke foreligger noen oppsigelsesplikt. Tvert imot synes domstolen heller å forutsette at en slik plikt er nødvendig for ikke å hindre anvendelsen av fellesskapsrettens direktiver innen anskaffelsesretten, noe klagemennda stiller seg sterkt tvilende til at EU-domstolen ville ha godtatt. Det kan her også vises til følgende uttalelse fra EU-domstolen i de forente saker C-20/01 og C-28/01 premiss (35-37):

"35 I øvrigt bemærkes, at selv om det er korrekt, at direktiv 92/50 i det væsentlige indeholder procedureregler, står det ikke desto mindre fast, at direktivet blev vedtaget med det formål at fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og følgelig tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde tjenesteydelser til de ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat (jf. bl.a. dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC Construction, Sml. I, s. 7725, præmis 32).

36 Det indgreb i den frie udveksling af tjenesteydelser, som er foretaget gennem tilsidesættelsen af bestemmelserne i direktiv 92/50, må således anses for at bestå i hele den periode, hvor de aftaler, der er indgået i strid med direktivet, udføres.

37 I den foreliggende sag vil de aftaler, som hævdes at være indgået i strid med bestemmelserne i direktiv 92/50, fortsat have retsvirkninger i årtier. Det kan derfor ikke hævdes, at de påståede traktatbrud er bragt til ophør inden udløbet af de frister, som var fastsat i de begrundede udtalelser."

- (177) Tilslutt kan tilføyes at EU-domstolen i sin avgjørelse i sak C-451/08 (som gjaldt offentlige bygge- og anleggskonsesjoner) uttalte følgende om tildeling av tidsubegrensede konsesjoner (en bygge- og anleggskonsesjon er en kontrakt av samme type som en bygge- og anleggskontrakt, med det unntak at vederlaget for arbeidene som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte byggverket eller i en slik rett sammen med betaling, jf. forskriften § 4-1 bokstav f):

"79 For så vidt angår varigheden af koncessionskontrakterne er der under alle omstændigheder tungtvejende grunde, herunder særligt opretholdelsen af konkurransen, som taler for at betragte tildeling af en koncessionskontrakt uden tidsbegrænsning som værende i strid med Unionens retsorden, således som generaladvokaten har anført i punkt 96 og 97 i forslaget til afgørelse (jf. i samme retning dom af 19.6.2008, sag C-454/06, presstext Nachrichtenagentur, Sml. I, s. 4401, præmis 73)."

- (178) Det foreligger etter dette et tilstrekkelig rettslig grunnlag for oppsigelsesplikten.

- (179) Etter overføringen av kontrakten fra BIR Gjenvinning AS, som ikke drev i markedsmessig konkurranse, til BIR Bedrift AS, som driver i markedsmessig konkurranse i 2004, var vilkårene for egenregi ikke lenger oppfylt. Slik har situasjonen fortsatt frem til i dag, hvor kontrakten fremdeles utføres av BIR Bedrift AS, idet innklagede først forventer å ha fått på plass ny leverandør etter kunngjort konkurranse i samsvar med regelverket medio august 2012.
- (180) Som fastslått i 2009/246 (Askøy kommune) og 2010/338 har innklagede en fortløpende plikt til å si opp en avtale når vilkårene for egenregi ikke er oppfylt, jf. den her sistnevnte sak hvor det om dette ble uttalt følgende: *"Dersom vilkårene for egenregi ikke var oppfylt, vil manglende oppsigelse av den løpende avtalen og manglende kunngjøring, representere en ny avtaleinngåelse."* Dette innebærer at kontrakten med BIR Bedrift AS også fra og med 2. mars 2009 ikke kunne hjemles i egenregi. Den avtaleinngåelsen som kan sies å være inngått på dette tidspunkt er dermed innenfor foreldelsesfristen og klagen på dette er dermed rettidig. Det er dette klagenemnda i det følgende vil behandle som anskaffelsen.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (181) For at det skal kunne ilegges overtredelsesgebyr, kreves det at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*, jf. loven § 7b første ledd.
- (182) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser er det nærmere redegjort for skyldkravet. Der fremkommer blant annet at:

"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 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."

- (183) Av den fremlagte dokumentasjon i foreliggende sak, til forskjell fra den dokumentasjon som ble fremlagt for nemnda i sak 2009/246 (Askøy kommune), fremgår det at eierkommunene til BIR AS allerede i 2004, ved overføringen av kontrakten fra BIR Gjenvinning AS til BIR Bedrift AS, ble informert av BIR AS om at endringen i forurensningsloven medførte at kommunene ikke lenger hadde en lovpålagt plikt til å samle inn avfall fra andre enn private husholdninger, jf. brevet av 30. januar 2004. Det var således kun aksjeeieravtalen av 26. juni 2001, som ga eierkommunene en plikt til å levere alt avfall som var omfattet av den gamle forurensningslovens definisjon av *"forbruksavfall"*. I brev til alle de kommunale næringskundene 6. juni 2004 fra BIR Bedrift AS/BIR Gjenvinning AS ble det opplyst at disse sto fritt til å velge løsninger og leverandører for avfallshåndtering, men at de enhetene som ikke ønsket å endre sin ordning ville bli overført til BIR Bedrift AS, et selskap i den delen av BIR-konsernet som drev i markedsmessig konkurranse med andre selskap. Den informasjon som BIR-konsernet her ga kommunene, ga etter klagenemndas oppfatning innklagede en klar oppfordring om å vurdere forholdet til anskaffelsesregelverket, og herunder

kunngjøringsplikten, nærmere. At Konkurransetilsynet i brev av 10. oktober 2005 anmodet om at det ble foretatt et enda skarpere skille mellom bestiller- og tilbyderrollen i BIR-konsernet, og at dette etter det opplyste også ble etterkommet, styrket etter nemndas syn oppfordringen om å vurdere nærmere om anskaffelsesregelverket tillot den ordning som ble valgt for håndteringen av næringsavfall.

- (184) Etter klagenemndas oppfatning, var vilkårene for egenregi ikke oppfylt da kontrakten mellom innklagede og BIR-konsernet ble overført fra BIR Gjenvinning AS til BIR Bedrift AS i 2004. Selv om det er riktig at læren om egenregi ikke var så utviklet i 2004 som den er i dag, er egenregi et unntak fra hovedregelen om kunngjøring når det tildeles en kontrakt over terskelverdi til en selvstendig enhet. Det er oppdragsgiver selv som må bære risikoen dersom det antas at vilkårene for et unntak fra kunngjøringsplikten er oppfylt, og som det er uttalt i forarbeidene skal det lite til for å konstatere at skyldkravet er oppfylt ved rettsuvidenhet. Det kan også her vises til EU-domstolens uttalelse om unntak i premiss (58) i dommen i de forente sakene C-20/01 og C-28/01 avsagt 10. april 2003, altså i god tid før kontraktsoverføringen i vår sak: *"undtagelser til de regler, som skal sikre, at de traktatfæstede rettigheter i sektoren for offentlige tjenesteydelsesaftaler bliver virksomme, må fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem (jf., for så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, dom af 28.3.1996, sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1949, præmis 13)."*
- (185) I foreliggende sak ble det foretatt en viktig endring ved overføringen av kontrakten, som tilsa at det ble foretatt en nærmere vurdering. Videre vil nemnda også tilføye at siden det her gjaldt tildeling med hjemmel i egenregiunntaket, så har innklagede hatt en fortløpende plikt til å vurdere om direktetildeling fremdeles kunne hjemles i dette unntaket, jf. klagenemndas sak 2010/338 premiss (40). Videre er det etter nemndas syn ikke tvilsomt at anskaffelsen er kunngjøringspliktig både etter sin art og verdi, jf. beregningsregelen i forskriften § 2-3 (10). Basert på den avklaring som har vært om egenregiunntaket både fra EU-domstolen og klagenemnda frem til 2. mars 2009, er klagenemnda etter dette av den oppfatning at innklagede i alle fall fra og med 2. mars 2009 i det minste har vært grovt uaktsomt med hensyn til kunngjøringsplikten for foreliggende kontrakt. Skyldkravet er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (186) Det følger av loven § 7b første ledd første setning at oppdragsgiver *"kan"* ilegges overtredelsesgebyr dersom det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det særlig skal legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*, jf. § 7b andre ledd.
- (187) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 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.

- (188) I en av de første gebyrsakene klagenemnda behandlet, 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."

- (189) Innklagede har, slik nemnda konstaterte over, i alle fall fra og med 2009 vært grovt uaktsom med hensyn til kunngjøringsplikten for foreliggende kontrakt. Etter nemndas syn var vilkårene for egenregi ikke oppfylt da kontrakten ble inngått med BIR Bedrift AS. Ut fra innklagedes opptreden siden 2004, synes dette faktum ikke særlig vektlagt før det ble kunngjort en ny konkurranse og kontrakten de facto ble sagt opp. Dette til tross for at innklagede har hatt flere klare oppfordringer til å vurdere lovligheten av den ordningen som ble valgt. Selv om det ikke er av avgjørende betydning for spørsmålet om hvorvidt avtalen mellom BIR Bedrift AS og innklagede lovlig kunne unntas anskaffelsesregelverket, legges det i formildende retning vekt på at deler av tjenestene har blitt/blir utført av et selskap på bakgrunn av konkurransen som BIR AS gjennomførte.
- (190) Oppsigelse skjedde først etter at klager oversendte klagenemndas forhåndsvarsel om gebyrvedtak i sak 2009/246 til innklagede 19. januar 2011, og etter at BIR AS anbefalte innklagede å si opp avtalen med BIR Bedrift AS ved e-post 5. april 2011. I perioden etter 2. mars 2009 er verdien på anskaffelsen 663 665,82 kroner eksklusiv merverdiavgift. Hertil kommer at innklagede forut for dette har hatt renovasjonsordningen med BIR Bedrift AS siden midten av 2004, altså i ca. fem år før foreldelsestidspunktet i foreliggende sak. Klagenemnda finner etter dette at det skal ilegges gebyr i denne saken.

Gebyrets størrelse

- (191) Ved utmålingen av gebyret skal det, i likhet med spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser, og gebyrets preventive virkning, jf. loven § 7b andre ledd, første setning. Opplistingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. lovens § 7b andre ledd, andre setning.
- (192) I foreliggende sak er anskaffelsens verdi etter beregningsregelen, jf. § 2-3 (10), 767 616 kroner. I henhold til foreldelsesreglene kan klagenemnda bare ilegge gebyr for kontrakt inngått etter 2. mars 2009. Innklagede vil etter det estimerte ha betalt totalt 663 665,82 kroner til BIR Bedrift AS i perioden fra og med 2. mars 2009 til ny kontrakt antas inngått og i drift. Siden summen av det innklagede faktisk vil betale for tjenestene i den relevante perioden er mindre enn anskaffelsens verdi etter § 2-3 (10), velger nemnda å legge til grunn den summen innklagede faktisk har betalt som grunnlag for å beregne gebyrets størrelse, det vil si 663 665,82 kroner.

- (193) 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 direkte 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.”

- (194) I sak 2009/120 ila klagenemnda et gebyr på cirka 12,3 prosent av kontraktssummen. Skjerpingen av gebyrsatsen er fulgt opp i nemndas etterfølgende saker, og gebyrsatsen har i de siste sakene, jf. sakene 2011/20, 2011/19, 2011/15, 2011/52, 2011/13, 2010/305 og 2010/306, lagt på mellom ca. 10 og 13 prosent. I klagenemndas avgjørelse i sak 2009/246 vedrørende Askøy kommunes kontrakt med BIR Bedrift AS ble det kun ilagt et gebyr på ca. 6,3 prosent av anskaffelsens verdi, men i den saken var forholdene i 2004 ikke belyst på den måten som er tilfellet i foreliggende sak.
- (195) Når det gjelder gebyrets størrelse i foreliggende sak, vises det til de vurderinger som er gjort med hensyn til skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. I formildende retning trekker det at innklagede de facto har sagt opp den ulovlige kontrakten og er i gang med å få på plass en ny kontrakt i samsvar med regelverket. Videre er det i noen grad lagt vekt på at deler av tjenestene blir utført av et selskap på bakgrunn av konkurransen som BIR AS gjennomførte og at anskaffelsens verdi er mindre enn i de øvrige sakene. I skjerpende retning trekker at skyldkravet må anses oppfylt i alle fall fra og med 2009, at den ulovlige direkte anskaffelsen har foregått i mange år og at det var først i kommentaren til forhåndsvarselet at innklagede opplyste om at kontrakten var sagt opp. Klagenemnda finner at gebyret i foreliggende sak skjønnsmessig kan settes til 45 000 kroner. Dette utgjør ca. 6,8 prosent av anskaffelsens anslåtte verdi (663 665,82 kroner).
- (196) Når det gjelder de øvrige innsigelsene og kommentarene innklagede har fremsatt i kommentaren til forhåndsvarselet, har klagenemnda vurdert disse, men finner ut fra de vurderinger som det er redegjort for ovenfor ikke grunn til å kommentere disse særskilt.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Samnanger kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 45 000

- førtifemtusen - 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 prøvet for retten, gjelder også for statlige myndigheter og organer.

Bergen, 16. mai 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl